foro galego

Revista xurídica xeral de Galicia

VIII Época · Núm. 219
enero-junio 2026

Edita:
ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA
Federico Tapia, 11 - Bajo. 15005 A Coruña

Gestión editorial y realización:
Herminio Martínez ı ENHE ESTUDIO

ISSN: 1695-5463
D.L: C 216/2014

foro galego

PRESIDENTES:

Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
Presidente de la Real Academia Gallega
de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila
Decano del Ilustre Colegio Provincial
de Abogados de A Coruña

COORDINADORES:

Excmo. Sr. D. José Ricardo Pardo Gato
Abogado. Doctor en Derecho.
Académico Numerario de la Real Academia Gallega
de Jurisprudencia y Legislación
Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de España

Sr. D. José Luis Delgado Domínguez
Secretario Técnico del Ilustre Colegio Provincial
de Abogados de A Coruña

ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA
1760 - 2010

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

vocaLes:

Sr. D. José Miguel Orantes Canales
Diputado 1º de la Junta de Gobierno

Sra. Dª. María Fernanda Álvarez Pérez
Diputada 2º de la Junta de Gobierno

Sr. D. Jesús Ángel Sánchez Veiga
Diputado 3º de la Junta de Gobierno

Sra. Dª. Beatriz Núñez Vázquez
Diputada 4ª de la Junta de Gobierno

Sr. D. José Luis Villar de la Riera
Diputado 5ª de la Junta de Gobierno

Sr. D. José Carlos Tomé Santiago
Diputado 6º de la Junta de Gobierno

Sra. Dª. María del Pilar Cortizo Mella
Tesorera de la Junta de Gobierno

Sr. D. Antonio Abuín Porto
Bibliotecario de la Junta de Gobierno

Sr. D. Juan Antonio Armenteros Cuetos
Contador de la Junta de Gobierno

Sra. Dª. Maria Luisa Tato Fouz
Secretaria de la Junta de Gobierno

Excmo. Sr. D. José Ricardo Pardo Gato
Abogado. Académico Numerario de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. D. Francisco Manuel Ordóñez Armán
Notario. Académico Numerario de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. D. José Ignacio García Moratilla
Registrador de la Propiedad. Académico Numerario de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Sr. D. Miguel Ángel Pérez Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de A Coruña

Sr. D. José Luis García-Pita y Lastres
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad de A Coruña

Sr. D. Jesús Martínez Girón
Catedrático de Derecho del Trabajo
de la Universidad de A Coruña

consejo de redacción:

D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila
D. Jesús Ángel Sánchez Veiga
D. Antonio Abuín Porto
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Miguel Ángel Pérez Álvarez
D. José Luis García-Pita y Lastres
D. Francisco Manuel Ordóñez Armán
D. Antonio Fernández de Buján y Fernández
D. José Ricardo Pardo Gato
D. José Luis Delgado Domínguez

foro galego

sumario

estudios doctrinales

1. DEL BOE A LA PRÁCTICA: UN AÑO DE VIGENCIA DE LOS MASC. EL IMPACTO DE LA REFORMA SOBRE LA PRÁCTICA JUDICIAL Y LA CULTURA DE LA NEGOCIACIÓN
Raquel Blázquez Martín
9

2. CIBERESTAFAS Y RESARCIMIENTO ECONÓMICO BAJO LA LUPA DE LA ABOGACÍA
José Ricardo Pardo Gato
47

3. FISCALIDAD EMPRESARIAL Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. LA LEY 2/2024, DE 7 DE NOVIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LOS BENEFICIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LOS PROYECTOS QUE UTILIZAN LOS RECURSOS NATURALES DE GALICIA
Xosé A. Sarmiento Méndez y Martiño Sarmiento Murias
77

4. LA JORNADA LABORAL DEL MARINO MERCANTE. PARTICULARIDADES EN EL REMOLQUE PORTUARIO
José Miguel Blas Orbán
95

5. premio pardo gato de investigación jurídica:
EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RECLAMACIONES MÉDICAS
Maruxa Adanech Cruz Boado
125

comentarios de jurisprudencia

1. EL FISCAL INVESTIGADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Adriano J. Alfonso Rodríguez
177

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES INTERPRETATIVOS DE LA FUNCIÓN REVISORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
Ana Magdalena Fernández Cáceres
203

[SIGUE]

sumario

trabajos finales de alumnos del master en abogacía

impartido por la udc y el ilustre colegio provincial de abogados de a coruña

1. DEEPFAKES SEXUAIS NON CONSENTIDAS: RETOS DO DEREITO PENAL
   Cristina Brea Fernández
   215

2. COLUSIÓN ALGORÍTMICA. TEORÍA, CASOS Y DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
   Alberto Tajes Moreno
   263

3. DISEÑO INDUSTRIAL NO REGISTRADO: IMPACTO Y RELEVANCIA EN LA INDUSTRIA DE LA MODA
   Iván Campos Frasquet
   303

normas de edición

345

estudios doctrinales

DEL BOE A LA PRÁCTICA: UN AÑO DE VIGENCIA DE LOS MASC. EL IMPACTO DE LA REFORMA SOBRE LA PRÁCTICA JUDICIAL Y LA CULTURA DE LA NEGOCIACIÓN

Raquel Blázquez Martín
Magistrada del Tribunal Supremo (Sala Primera)

Resumen: Trece meses de aplicación del novedoso requisito de procedibilidad introducido en la Ley Orgánica 1/2025 a través de los medios adecuados de solución de controversias (MASC) y de otras figuras aledañas han sido el equivalente jurisdiccional y doctrinal de un *tsunami* desatado con una intensidad nada desdeñable. Han sido tantas las dudas, tan variadas las cuestiones concernidas y tan dispares las respuestas que resulta imposible resumir en un artículo tamaña producción jurídica. Trataré, con las líneas que siguen, de ofrecer con una perspectiva temporal y una mirada global en qué hemos avanzado y cuál es el camino que queda aún por recorrer.

Abstract: Thirteen months of implementing the novel procedural requirement introduced in Organic Law 1/2025 through appropriate dispute resolution methods (ADRM) and other related frameworks have been the jurisdictional and doctrinal equivalent of a tsunami unleashed with considerable intensity. The doubts have been so numerous, the issues concerned so varied, and the responses so diverse that it is impossible to summarize such a vast legal output in a single article. In the following lines, I will attempt to offer, from a temporal perspective and a global viewpoint, the progress we have made and the path that still lies ahead.

Palabras clave: Masc, ADR, práctica judicial, cultura, negociación, litigios, consumo.

Keywords: Masc, ADR, judicial practice, culture, negotiation, litigation, consumer law.

SUMARIO. I. LOS MASC COMO PRIMERA ENTREGA DE LA SAGA DE LA EFICIENCIA PROCESAL. 1. Una visión por capítulos. A. Introducción. B. Un breve spoiler sobre costas y abuso del servicio público. 2. La medida de las reacciones adversas a los MASC. 3. La coincidencia de la obligatoriedad de los MASC con la implantación de los tribunales de instancia. II. EL MAPA Y EL TERRITORIO. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS MASC. 1. El diseño legal del universo MASC. Conflictos, procesos y materias exentos. 2. Desarrollos, controversias y soluciones de los tribunales sobre las materias sometidas a MASC y sobre los bloques exentos. A. Conflictos que afectan al sector público. B. Las materias que no están a disposición de las partes. 3. Criterios de las Audiencias para excluir algunas materias no exentas por ley o no mencionadas en la LO 1/2025. A. El proceso monitorio generalista. B. El proceso monitorio específico de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. C. El proceso declarativo derivado de la oposición al monitorio. D. Las acciones de nulidad contractual por razón de usura. E. El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. G. Criterios jurisprudenciales de exención generalmente admitidos. a) Acciones posteriores relacionadas con la demanda principal. b) El ejercicio del derecho de rectificación. c) El arbitraje. d) Los procedimientos de cuenta jurada. e) Acciones indemnizatorias en materia de accidentes de circulación. f) Deudores solidarios. H. Exclusiones minoritarias (por el momento). 4. Algunas precisiones sobre los conflictos transfronterizos. 5. Las peculiaridades del ámbito mercantil y societario. Las cláusulas compromisorias. 6. Otra perspectiva del ámbito de aplicación: el régimen transitorio de la LO 1/2025.. A. Régimen transitorio general. B. La sumisión voluntaria a los MASC en los procesos iniciados antes del 3 de abril de 2025. C. Las posibilidades del art. 19.5 LEC. a) La derivación intrajudicial a mediación o a otro medio de solución de controversias. b) El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2026. sobre la derivación a mediación de determinados recursos-masa a derivación judicial. III. ALGÚN APUNTE SOBRE EL CONCEPTO Y LA TIPOLOGÍA DE LOS MASC. 1. La definición de los MASC. Mitos y realidades sobre los ofrecimientos de renuncia de quien los inicia. 2. Las modalidades especiales de intento de resolución extrajudicial del conflicto. A. Los litigios sobre cláusulas abusivas. B. Las acciones individuales en materia de consumo. C. La Ley 7/2017, de 2 de noviembre relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LOS MASC COMO PRIMERA ENTREGA DE LA SAGA DE LA EFICIENCIA PROCESAL

1. Una visión por capítulos

A. Introducción

Desde que el 3 de abril de 2025 entrara en vigor la parte de Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero (LO 1/2025), que instituyó los medios adecuados de solución de controversias como un requisito de procedibilidad de obligado cumplimiento en la inmensa mayoría de los litigios civiles y mercantiles, hemos dedicado un tiempo y un esfuerzo muy considerables a conocer y a sistematizar los criterios más relevantes que iban forjando los tribunales, primero a golpe de juntas de unificación de criterios en los tribunales de instancia y en las audiencias provinciales y, desde hace ya bastantes meses, a través de los autos que resuelven los recursos de apelación contra los autos de inadmisión de demandas por el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso y no subsanado, de la novedosa exigencia procesal.

La LO 1/2025 trajo consigo muchas otras novedades y, entre ellas, un régimen transitorio peculiar, que se nos antojaba paradójicamente como poco eficiente en una norma que se adjetivaba como de «medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», un nuevo enfoque del abuso del proceso y una nueva regulación de las costas procesales.

Este conglomerado de materias, novedosas o retocadas, observado con la perspectiva de más de un año de aplicación práctica, nos coloca ante un espejo en forma de interrogante. ¿Es posible que estemos ante dos capítulos de una misma serie, que se inició con la entrada en vigor de esta parte de la LO 1/2025, y de la que solo conocemos parcialmente la trama y el desenlace de la primera entrega, centrada exclusivamente en el MASC como requisito de procedibilidad, y que ello impidiera una valoración certera de la serie completa hasta que no veamos íntegro el segundo capítulo, que tendrá como argumento principal el desarrollo del abuso del proceso y el impacto sobre las costas?

Desde aquel 3 de abril de 2025 hemos estado muy atentos a todos los debates sobre la mejor forma de interpretar la vertiente de los MASC que está en íntima conexión con el requisito de procedibilidad y sobre algunas otras cuestiones colaterales que forman parte de la regulación expuesta en los artículos 2 a 19 de la LO 1/2025, todo ello con su correspondiente dosis de crítica, en ocasiones muy razonadas y otras veces traducida en verdaderas *enmiendas a la totalidad*. Pero es que aún no hemos podido aplicar la cuadratura del círculo que, se supone, vendrá dada por la aplicación del nuevo sistema de costas procesales y por el desarrollo que sea capaz de alcanzar el concepto del abuso del servicio público de justicia.

Nuestra preocupación se ha centrado en los artículos 5 y concordantes de la LO 1/2025, en el art. 264 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) —que obliga a incluir entre los elementos que necesariamente deben acompañar a la demanda «el documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la

ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad»—, y en el art. 399 LEC, que regula el contenido de la demanda y que ahora exige incluir en él, ya la descripción que necesariamente debe hacerse del proceso de negociación previo, con identificación de los documentos que justifiquen que se ha acudido a un MASC siempre que opere el requisito de procedibilidad, ya de la imposibilidad de llevarlo a cabo: la famosa «declaración responsable» de la parte actora de la imposibilidad de esa actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido).

La percepción general, avalada por objetivos argumentos estadísticos, es que los tribunales de instancia han aplicado con una relativa profusión el nuevo apartado del art. 403 LEC, que contempla el incumplimiento del requisito de procedibilidad como causa de inadmisión de la demanda. Si continuamos con el símil seriéfilo, todo esto sucedió a lo largo de la primera mitad del primer capítulo de la serie. Luego llegó la segunda mitad, y generalmente las Audiencias Provinciales han flexibilizado la rigidez que inicialmente había presidido el examen del cumplimiento del requisito de procedibilidad, con una mirada de más largo alcance en la que ha tomado protagonismo el principio *pro actione* para conducirnos hacia una interpretación más flexible de los nuevos modos procesales que el legislador nos ha impuesto.

Con todo, aun contando con el enfoque más sosegado de esta segunda mitad, la seguridad jurídica ha quedado muy mermada. No me refiero solo a ese diferente enfoque que han aplicado —hablo en términos muy generales, y pido disculpas de antemano por los efectos injustos que toda generalización conlleva— los tribunales de instancia, por un lado, y las audiencias provinciales. Creo que, siendo honestos, no podemos eludir la incómoda foto de la frecuente y llamativa diferencia de pareceres y de criterios de las juntas de unificación de unos y otros órganos. Opino que la foto de marras ha quedado un tanto desenfocada y que, si tenemos que acudir a las frases hechas, es más lo que nos une que lo que nos separa. Hemos avanzado, sin duda, en soluciones más previsibles y homogéneas, pero quedan aún muchas preguntas que admiten soluciones diferentes dependiendo del territorio en el que nos encontremos.

Tan literal ha sido la dispersión territorial del entendimiento de la LO 1/2025 que el Consejo General del Poder Judicial se vio obligado a intentar ayudar a la abogacía y a la propia carrera judicial mediante la creación de un mapa interactivo que permite, navegando sobre él con el cursor, conocer los criterios de interpretación y aplicación de los MASC en las distintas audiencias provinciales y en los tribunales de instancia de cada localidad[1].

En los debates y en las reflexiones sobre los riesgos que conlleva la imposición generalizada de los MASC, frente a los modelos de otros países de nuestro entorno que apuestan por una obligatoriedad muy mitigada de la negociación previa, hemos comentado el peligro de que los profesionales, que son en definitiva quienes guían las estrategias de sus clientes, trataran el requisito de procedibilidad como un obstáculo y buscaran

1 El mapa es accesible desde este enlace: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Ley-Organica-1-2025/Unificacion-de-criterios--Interpretacion-y-aplicacion-LO-1-2025/

la fórmula, banalizando el objetivo, de convertirlo en un protocolo rutinario que sirviera para saltar a la casilla de salida de la admisión de la demanda.

La impresión generalizada inicial apuntaba hacia una cierta sospecha de que se intentaría utilizar la forma más rápida y barata de cumplir un requisito que despertaba poca convicción, como si se tratara de un *revival* del antiguo acto de conciliación obligatorio que estuvo vigente hasta la Ley 35/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, he de insistir en que aún no hemos grabado el capítulo de las costas y del abuso del servicio público de justicia, de modo que está aún por ver qué consecuencias tiene la temida banalización —si es que ha sido real— de la exigencia del MASC.

Las costas, además de su innegable trascendencia económica para el justiciable de a pie, se han convertido en según qué casos en el real y verdadero objeto del litigio. Por eso, si el engranaje, nada sencillo, por cierto, de los nuevos artículos 394 y 395 LEC funciona, es posible que nos topemos, tal vez de sopetón, con la evidencia de que era importante cumplir el MASC con buen criterio y con buena fe. Si quien gana el pleito tiene que soportar sus propios gastos, porque no hizo bien los deberes en el primer capítulo de esta particular serie, esa cultura del acuerdo de la que hemos dicho en alguna ocasión que carecemos, podrá empezar a cambiar.

Explica gráficamente Jaime Font de Mora, en un artículo dedicado al estudio del nuevo texto de los arts. 245, 245 bis, 394 y 395 LEC[2], que las costas son la zanahoria o el premio que se ofrece a la parte para que cumpla *motu proprio* y de forma adecuada y leal con el requisito del MASC: la expectativa de la zanahoria para quien primero ha pasado con buena fe por la fase del *palo*, si es que el intento de una solución consensuada del conflicto antes de acudir a la vía judicial admitiera una calificación de tan grueso calibre.

El auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, 5/2026, de 16 de enero[3], estimaba un recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de inadmisión de una demanda de nulidad de una cláusula de gastos de un préstamo hipotecario, pues el tribunal de instancia había apreciado que no se cumplía el requisito de procedibilidad porque la reclamación extrajudicial previa de una solución negociada se había cursado antes de la entrada en vigor de la LO 1/2025, además de resolver el motivo principal de la impugnación, en el sentido de entender que el requisito de procedibilidad estaba correctamente practicado, y explicar que la inadmisión de la demanda se había basado en un criterio excesivamente formalista que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, ya incluía el lógico aviso a navegantes: *«[q]ue la nueva Ley establezca determinadas consecuencias, a los efectos previstos en el artículo 394 y, en su caso, en los artículos 245 y 247, esto es, a los efectos de la imposición de costas, de la tasación de costas y, también, en relación con el devengo de intereses, podrá dar lugar en el seno del proceso ulterior, caso de haberlo, a la valoración de la posición mantenida por las partes durante la negociación previa y tomarse en consideración, en orden a la aplicación de*

2 Font de Mora, J.: *El incidente de tasación de costas tras la LO 1/2025: principales novedades y cuestiones controvertidas,* SEPIN Procesal Civil, abril de 2026, SP/DOCT/129795.

3 ROJ: AAP BU 117/2026.

estas novedosas consecuencias, que la reclamación extrajudicial fue anterior a la LO 1/2025, mas no puede justificar que el requisito de procedibilidad no se ha cumplido y denegar la admisión de la demanda».

Tampoco ha tenido aún desarrollo otro incentivo introducido en la reforma en forma de beneficios fiscales. La disposición final 14.ª de la LO 1/2025 modificó la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para extender la exención de las indemnizaciones recibidas por daños personales derivados de responsabilidad civil a todas aquellas indemnizaciones satisfechas por la entidad aseguradora del causante del daño que deriven de un acuerdo de mediación o de cualquier otro MASC legalmente establecido, siempre que en la obtención del acuerdo haya intervenido un tercero neutral y el acuerdo se haya elevado a escritura pública —exigencias que parecen destinadas a prevenir tentaciones de fraude de ley—, hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daño sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incorporado como anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En fin, las medidas de eficiencia organizativa concentradas en el Título I de la LO 1/2025 precisan de complementos procesales contundentes, como anunciaba ya el preámbulo en la justificación de «*la necesidad de introducir los mecanismos eficientes […] imprescindibles para hacer frente al número actual de asuntos judicializados, que, unido al riesgo patente de aumento de los plazos de pendencia, coloca a la Administración de Justicia en una situación muy delicada que exige adoptar medidas inmediatas y efectivas, so pena de que aquélla se vea abocada a un incremento en la duración media de los asuntos e incluso un colapso de la actividad de los Tribunales, con grave afectación a los intereses de la sociedad española cuya tutela se confía a dichos órganos jurisdiccionales*». Y esos complementos procesales que, por evidentes razones cronológicas, aún no han podido alcanzar ni un mínimo desarrollo, podrán hacer cambiar la particular mirada que cada profesional tenga sobre los MASC.

B. Un breve *spoiler* sobre costas y abuso del servicio público

No vendrá mal, por tanto, introducir aquí un breve resumen de lo que ya está empezando a suceder en materia de costas con la nueva redacción de los artículos 394, 395, 245 y 245 bis LEC.

Si la demanda se estima o desestima íntegramente, no habrá (imperativamente) pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado. Habrá, pues, litigantes vencedores que no serán beneficiados por la condena en costas si, por ejemplo, han hecho un uso torticero del MASC previo y es posible determinar esa circunstancia sin violar el deber de confidencialidad, o si han utilizado de forma indebida la declaración responsable prevista como mecanismo sustitutivo en el art. 264 LEC, o cuando hay dispensa de confidencialidad y se advierte ya que se ha esquivado el MASC con alguna argucia.

Lo mismo podrá suceder con el demandado vencedor que no quiso saber nada del MASC intentado en su día por el demandante, o con cualquiera de las dos partes que no ha participado en una derivación intrajudicial a un MASC a la que, en un principio, ha prestado conformidad.

Si la estimación de la demanda es parcial, la regla general de la no imposición de costas, salvo temeridad, tendrá una nueva excepción: si alguna de las partes no hubiere acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así se hubiera acordado […] durante el proceso, se le podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada. En este caso la decisión judicial es facultativa y no imperativa.

La enigmática redacción del art. 394.4 LEC[4] parece evocar algo diferente de los casos expuestos: la posibilidad de que la parte que ha sido efectivamente condenada en costas pueda quedar exenta del pago de las mismas, o que vea minorado su importe, que es la gran novedad de los arts. 245.5 y 245 bis, con la utilización del inédito incidente de exoneración o reducción de la condena en costas que se puede promover en un momento en el que ya es posible levantar la confidencialidad del MASC. Es entonces cuando la parte condenada al pago de las costas podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando hubiera formulado una propuesta a la parte contraria en cualquier MASC, la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida, y la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.

Este novedoso mecanismo parece responder a una figura de creación judicial anglosajona denominada «calderbank letter»[5]. Para Font de Mora[6] es el aldabonazo final que puede sancionar a quien utilizó el MASC indebidamente, solo para cubrir el expediente cumpliendo formalmente con el requisito de procedibilidad. Lo que está en juego en este caso es obtener una exención completa del pago de las costas o bien aplicar una

4 Si la parte requerida para iniciar una actividad negociadora previa tendente a evitar el proceso judicial hubiese rehusado intervenir en la misma, la parte requirente quedará exenta de la condena en costas, salvo que se aprecie un abuso del servicio público de Justicia.

5 Arsuaga Cortázar, J.: *El requisito de procedibilidad tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia y su impacto en las costas procesales,* Soluciones para la tutela judicial efectiva en la litigación en masa en materia civil-mercantil. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 5 Año: 2025. El ejemplo que utiliza es este, por referencia al Director General de ASEMED (Asociación Española de Mediación), D. Lorenzo Aguilar y su explicación en su comparecencia parlamentaria como experto, durante la tramitación del proyecto de ley, que "la *figura procede del derecho anglosajón llamada calderbank letter, que es una creación jurisprudencial del tribunal de apelación británico por la cual si un matrimonio se va a divorciar y la esposa le hace una propuesta irrevocable a su marido ofreciéndole 10 000 libras esterlinas por su divorcio -la cantidad no es importante-, el esposo no lo acepta y demanda a su esposa pidiéndole 15 000 libras y luego el juez falla reconociendo al esposo 7000 libras, es decir, que ha tenido un reconocimiento menor de lo que su esposa ofrecía, ¿cómo van a condenar en costas a esa señora si ella actuó diligentemente? El que hizo un uso abusivo de la justicia fue él, puesto que pidió una cosa que no le han dado. ¿Cuándo se quiebra la confidencialidad? En el procedimiento no, porque en el procedimiento la oferta vinculante confidencial no se puede presentar ni el juez la puede aceptar. Pero cuando haya una pieza de tasación de costas, que el asunto ya está enjuiciado, y vaya a tasar las costas el esposo, ella podrá presentar su oferta vinculante confidencial […]. Ella lo que va a pedir es una excepción para no tener que pagar las costas porque actuó diligentemente, quien no actuó diligentemente fue él (..)*".

6 Font de Mora, J.: *El incidente de tasación de costas tras la LO 1/2025: principales novedades y cuestiones controvertidas,* SEPIN Procesal Civil, abril de 2026, SP/DOCT/129795.

minoración o reducción. Y para ello el juzgador ha de atender a dos parámetros: que el favorecido por las costas no hubiera aceptado en el MASC la propuesta de acuerdo efectuada por el que posteriormente hubiera sido condenado en costas o por un tercero neutral; y que la resolución judicial que ponga término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.

2. La medida de las reacciones adversas a los MASC

La introducción de los MASC como requisito de procedibilidad obligatorio en la mayor parte de los procesos civiles y mercantiles no tuvo buena acogida en la comunidad jurídica. Seguramente, existirá una mayoría silenciosa —o menos locuaz que la de quienes han abanderado las críticas a la reforma— que no esté en desacuerdo con los intentos que la ley ensaya para garantizar la sostenibilidad de un sistema judicial que, en el ámbito de la jurisdicción civil, está al borde del colapso, cuando no directamente hundido.

En la actualidad está pendiente una cuestión de inconstitucionalidad que fue planteada por el auto del Tribunal de Instancia de Valencia de Alcántara de 14 de noviembre de 2025 en un proceso de modificación de medidas contencioso[7], que se centra en la obligatoriedad de los MASC en materias de alimentos, guarda y custodia y visitas de menores y su confrontación con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución (CE) y la protección de la familia y de los menores (artículo 39 CE).

En el terreno del derecho de familia, pero también en otros ámbitos, han proliferado las iniciativas de reforma de la ley. Por ejemplo, el 7 de octubre, el Parlamento Autonómico de Cataluña aprobaba una moción en la que instaba al Gobierno a la modificación de la LO 1/2025, de 2 de enero, para incluir mayores excepciones a la obligatoriedad de los MASC en su artículo 5.2, concretamente para excluir los juicios de desahucio, los juicios monitorios y las reclamaciones de cuotas impagadas en las comunidades de propietarios. El Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona respaldó la moción.

Por otro lado, el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya presentó el 20 de junio de 2025 a la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la enmienda número 88 al Proyecto de Ley Orgánica para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal, en la que se incluye una nueva excepción en el apartado 2 del artículo 5 de la LO 1/2025, para excluir los procesos que afectan directamente a niños, niñas y adolescentes[8].

El Grupo Parlamentario Popular, por su parte, presentó una proposición no de ley que fue aprobada el 13 de noviembre de 2025 por 185 votos a favor, 16 votos en contra y 149 abstenciones[9], en la que instaba al Gobierno, entre otras medidas, a impulsar la unificación de criterios en la aplicación de los MASC en los órganos judiciales que integran el poder judicial del Estado mediante reformas normativas y reglamentarias y a modificar

7 ROJ: ATICI 1/2025 - ECLI:ES:TICI:2025:1A.

8 Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 9 de julio de 2025, Serie A, núm. 59-3, pág. 139.

9 La nota de prensa de esta proposición no de ley puede consultarse en este enlace: https://www.congreso.es/es/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_notasprensa_mvcPath=detalle&_notasprensa_notaId=50232

urgentemente las excepciones a los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 5.2 de la LO 1/2025, para incluir en el elenco al menos los juicios monitorios, los juicios relativos a reclamaciones de cuotas impagadas a comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, los desahucios por cualquiera de las causas previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos y los procedimientos de familia en los que se vean involucrados menores.

También el Grupo Nacionalista Vasco presentó una proposición de ley para suprimir la obligatoriedad de acudir a negociaciones extrajudiciales previas en procesos de familia que involucren a menores[10].

Particularmente beligerante ha sido la Asociación Española de Abogados de Familia (AEAFA) en su propuesta de excluir del universo de los MASC los procesos que afecten a menores, que ha reconducido ante el Congreso de los Diputados a través del derecho de petición colectiva, amparado por los artículos 29 y 77 CE, al considerar que los trámites exigidos por la Ley de Eficiencia de la Justicia, «lejos de agilizar la administración de Justicia y conseguir la resolución amistosa de las controversias» en procesos de familia, «están generando, en muchos casos, una desprotección flagrante de los niños, niñas y adolescentes y retrasos innecesarios y perjudiciales para su bienestar».

Es llamativo que la abogacía y, en particular, la abogacía de familia, que ha forjado su particular *lex artis* huyendo del acceso directo a la vía judicial sin intentar un previo intento de acuerdo con la otra parte, se haya mostrado tan combativa con una ley que positiviza precisamente ese saludable hábito deontológico, pues, en realidad, podría entenderse que lo que añade la LO 1/2025 es la necesidad de documentar la tentativa de negociación extrajudicial del conflicto. Las mayores disfunciones pueden proceder del plazo de carencia que debe transcurrir para dejar expedita la vía judicial (los treinta días de espera del art. 10.4 LO 1/2025) y de la falta de una explicación clara y explícita de las razones —que pueden existir, convenzan más o menos— por las que acudir a los MASC no se exige en los procesos de medidas cautelares y sí en los procesos de medidas provisionales previas a la demanda de divorcio o de medidas sobre custodia y alimentos de menores.

3. La coincidencia de la obligatoriedad de los MASC con la implantación de los tribunales de instancia

Por otro lado, tampoco podemos perder de vista que esta radical reforma del acceso a la jurisdicción civil se solapa deliberadamente con la nueva organización de los tribunales de instancia que, a su vez, está enfrentándose a mayores o menores dificultades dependiendo de las comunidades autónomas y de los territorios.

El BOE de 12 de noviembre de 2025 publicó la Resolución de la Secretaría General para la Innovación y Calidad del Servicio Público de Justicia, por la que se acuerda el diseño y estructura de la Oficina Judicial para los Tribunales colegiados y Tribunales de Instancia conforme a las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 1/2025.

10 BOCG. Congreso de los Diputados Núm. B-297-1 de 19/01/2026, pág. 1.

De acuerdo con los artículos 6 y 9 de esta Resolución, dentro de los Servicios Comunes que serán el soporte básico de los tribunales de instancia se incluirán «los servicios relacionados con la atención a la ciudadanía, a profesionales y personas litigantes que tendrán entre sus funciones la atención a peticiones de información sobre medios adecuados de solución de controversias en coordinación con la Administración prestacional competente».

El artículo 19, por su parte, se ocupa de la coordinación con equipos (unidades administrativas) de medios adecuados de solución de controversias a través de protocolos de actuación y asigna la competencia para instrumentar y articular dicha coordinación a quienes ejerzan la dirección de los servicios comunes, de manera conjunta con el personal que preste el servicio de información sobre MASC dentro de la oficina judicial.

II. EL MAPA Y EL TERRITORIO. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA EXIGIBILIDAD DE LOS MASC

1. El diseño legal del universo MASC. Conflictos, procesos y materias exentos

En el diseño legal de la obligatoriedad de los MASC como requisito de procedibilidad hay tres grandes bloques de excepciones. El primero lo integra la materia concursal (artículo 3 LO 1/2025), lo que el preámbulo justifica con el argumento de que en su normativa reguladora ya se prevén instrumentos «en los que se materializan soluciones pactadas acomodadas a la naturaleza y peculiaridades» de los conflictos concursales.

El segundo bloque de exclusiones es el de los conflictos en los que esté implicada una entidad del sector público, que no responde a un propósito de marginar definitivamente los conflictos que conciernen a la Administración púbica y que, por unas u otras razones, son competencia de la jurisdicción civil. En el preámbulo de la LO 1/2025 se justifica por la necesidad de llevar a cabo una regulación *ad hoc* de los MASC en este ámbito que preserve el interés general inherente a lo público, el principio de legalidad exigido en el artículo 103 de la Constitución y la autotutela declarativa y ejecutiva de los actos administrativos. La exclusión, que debería tener un carácter meramente provisional, se complementa con la disposición final trigésimo-primera, que emplaza al Gobierno a «elaborar y presentar a las Cortes Generales, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, un proyecto de ley que atienda, en el ámbito administrativo, a los medios de solución de controversias cuando una de las partes es la Administración». El plazo vencerá el 3 de abril de 2027 y no han trascendido noticias relevantes sobre el eventual avance de los (también eventuales) trabajos, pero lo cierto es que el vencimiento del término puede coincidir con una temporada electoralmente convulsa.

No obstante, la disposición final duodécima modifica la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, para regular la firma de acuerdos amistosos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que hasta ahora se trataba como una materia prácticamente indisponible frente a la que solo cabían conductas procesales de oposición. El apartado 1 del artículo 7 de la Ley 52/1997 mantiene la

necesidad de la autorización expresa de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (previo informe del departamento, organismo o entidad pública correspondiente) para que la Abogacía del Estado pueda válidamente desistir de acciones o recursos, apartarse de querellas, o allanarse a las pretensiones de la parte contraria. Sin embargo, se añade un párrafo segundo que contempla específicamente la firma de acuerdos amistosos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que podrá llevar a cabo el titular de la Abogacía General del Estado con el visto bueno de los titulares del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores.

El tercer bloque excluido de los MASC son los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, según el artículo 4 LO 1/2025, que añade a renglón seguido que «sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil [CC], sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado». En este inciso se condensa, como ahora se verá, la gran polémica sobre los contornos de la aplicación de los MASC al derecho de familia. Sí disponemos de una línea roja nítidamente marcada: en ningún caso podrán aplicarse los MASC a los conflictos de carácter civil que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que es una forma un tanto enrevesada de excluir los conflictos que sean competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer en los tribunales de instancia.

A estos tres grupos de exclusiones, definidos por razón de lo que podríamos denominar, sin mucho rigor, macro-materias, se unen las excepciones vertebradas en el artículo 5, apartados 2 y 3, por razón de las micro-materias. Así, no se exigirá la actividad previa propia de los MASC en los litigios que tengan por objeto (i) la tutela judicial civil de derechos fundamentales, lo que remite al ámbito propio del art. 249.1.2 LEC; (ii) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 CC; (iii) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; (iv) la filiación, paternidad y maternidad; (v) los antiguos interdictos, esto es la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute y la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande; (vi) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional; y (vii) el juicio cambiario.

Queda aún un último reducto exento, que se define ya no por materias, *macros* o *micros,* sino por razón del tipo de procedimiento, y que afecta a la interposición de demandas ejecutivas, a la solicitud de medidas cautelares previas a la demanda o de diligencias preliminares, a los expedientes de jurisdicción voluntaria —salvo que se trate de los expedientes de intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales, así como de los de intervención judicial en caso de

desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad— y, por último, al proceso monitorio europeo[11] y el proceso europeo de escasa cuantía[12].

2. Desarrollos, controversias y soluciones de los tribunales sobre las materias sometidas a MASC y sobre los bloques exentos

A. Conflictos que afectan al sector público

Las resoluciones que han abordado este grupo de exclusiones lo han considerado aplicable, por ejemplo, a una demanda de desahucio promovida por ADIF (Administración de Infraestructuras Ferroviarias), que es la cuestión que trata el auto de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, 109/2026, de 28 de enero[13], en el sentido de dispensar el requisito de procedibilidad porque, de acuerdo con el artículo 1 del RD 2395/2004, ADIF es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible, integrante del sector público estatal.

También se han integrado en esta cláusula de excepción las demandas de desahucio formuladas por las empresas municipales de vivienda o entidades públicas similares. Así se acordó, como decisión jurisdiccional, en el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 8.ª, 122/2026, de 18 de marzo[14], y como criterio interpretativo unificado, por la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid.

También se ha planteado la exención en las demandas en las que se ejercitan acciones de impugnación de calificaciones negativas previstas en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria (LH). Los criterios orientadores de la Junta de Magistrados/as de Primera Instancia y de los Juzgados Hipotecarios de Madrid de 26 de septiembre de 2025 (punto 9.5) han considerado que forman parte del grupo de exclusión definido en el art. 3.2 de la LO 1/2025, puesto que la parte demandada es una entidad perteneciente al sector público, lo que es claro en las demandas dirigidas directamente contra la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, y algo más contraintuitivo en las que se formulan directamente contra el/la titular del Registro de la Propiedad que ha realizado la calificación negativa. No parece haber razones de peso para introducir diferencias de calado entre una y una posibilidad de impugnación, habida cuenta del carácter potestativo del recurso ante la Dirección General. De hecho, el art. 328 LH unifica el tratamiento procesal del recurso contra «las calificaciones negativas del registrador y en su caso, las resoluciones expresas y presuntas de la Dirección General», recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil por los trámites del juicio verbal. Pero ¿la solución sería otra si la acción ejercitada en la demanda fuera una acción de responsabilidad civil por negligencia profesional en la calificación negativa? En la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), que es la más completa, no se localizan aún resoluciones que se pronuncien sobre los matices de unos y otros supuestos en la exigibilidad del MASC.

11 El proceso monitorio europeo se rige por el Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

12 Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007.

13 ROJ: AAP MA 66/2026.

14 ROJ: AAP SE 171/2026.

Parece evidente que en los procesos civiles en los que la única parte demandada es el Ministerio Fiscal rige la exención del artículo 3.2, como sucedería, por ejemplo, con las demandas de impugnación de los decretos de la Fiscalía de Menores sobre determinación de la edad de migrantes no acompañados[15]. Ahora bien, esta construcción subjetiva procesal no puede extrapolarse a los procesos en los que el Ministerio Fiscal interviene por la afectación de intereses de menores o de derechos fundamentales. Lo explica, respecto de la primera situación, el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, 228/2025, de 2 de octubre[16], en un proceso contencioso sobre visitas de parientes y allegados (el abuelo del menor, concretamente). La resolución descarta el argumento del demandante-apelante, que insistía en que, puesto que el Ministerio Público debía intervenir en el procedimiento, no era exigible acudir al MASC («[*e*]*llo tendría razón de ser si el Fiscal fuera la única parte demandada, cosa que no sucede en este caso, puesto que la demanda va dirigida contra los progenitores del menor, siendo evidente que el Ministerio Fiscal debe ser oído en el procedimiento con la finalidad de defender el interés superior del niño*»).

Una cuestión interesante que se ha planteado en el horizonte de la mejor aplicación del sistema de eficiencia que persigue el MASC es la intervención del Ministerio Fiscal en la fase extrajudicial previa, que se nos antoja inviable, aunque no por ello menos sugerente[17].

B. Las materias que no están a disposición de las partes

En torno al artículo 4.1 de la LO 1/2025 y su prohibición de MASC, ni aun por derivación judicial, en los conflictos que versen sobre materias que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable y a su inciso añadido, ya apuntado («pero sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 [CC], sin perjuicio de la homologación judicial del acuerdo alcanzado») se ha forjado una de las mayores polémicas (sin hablar de las agrias críticas) acerca de los MASC como requisito de procedibilidad en los procedimientos de separación, divorcio, adopción y modificación de medidas donde existan hijos/as menores de edad. Realmente, ha habido mucho ruido sobre cuestiones que finalmente se han saldado con una solución mayoritaria afirmativa sobre la exigibilidad del MASC, si acaso con alguna excepción en las medidas provisionales previas.

Ya desde la publicación de la ley se puso en relación el primer inciso del precepto con el art. 751 LEC, cuya rúbrica («Indisponibilidad del objeto del proceso») se utilizó para defender que no podía exigirse el MASC cuando en los procesos indicados existan hijos menores de edad. Pero la literalidad de la ley no sustentaba esta tesis, no solo por sus referencias a los artículos 102 y 103 CC, sino también por otras menciones complemen-

15 Ténganse en cuenta, sobre estos procedimientos las STC 40/2023, de 8 de mayo y 130/2022, de 24 de octubre y la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre esta materia (STS 760/2022, de 8 de noviembre, y 564/2022, de 12 de julio).

16 ROJ: AAP A 428/2025.

17 Analiza esta cuestión Pérez Martín, A.J.: *Los MASC y si incidencia en los procesos judiciales,* LexFamily, 1.ª edición, abril de 2025, págs. 47 y ss.

tarias, como la del art. 5.2 (que exige la actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad en todos los procesos declarativos del Libro II y en los procesos especiales del Libro IV de la LEC), o por la excepción expresa de lo que el legislador había querido dejar fuera, como la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 CC, la filiación, la paternidad y la maternidad, y otros procesos que incorporan como ingrediente el poder coactivo del Estado (el ingreso de menores con problemas de conducta o la entrada forzosa en domicilios para la ejecución de medidas de protección de menores). Por no hablar de que una de las pocas excepciones a la liberación del MASC en los expedientes de jurisdicción voluntaria es precisamente (artículo 5.3 LO 1/2025) la intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad. O de cómo el apartado 2 de la disposición final octava de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se modifica por la LO 1/2025 para incluir en la formación de los mediadores, entre otras materias, los «módulos de igualdad, de atención a las personas con discapacidad, de detección de violencia de género que tenga en cuenta la perspectiva de discapacidad, de perspectiva de género y de infancia y de diversidad sexual, de género y familiar para todos los mediadores que deseen actuar en el ámbito del Derecho de familia».

El art. 751 LEC y su referencia a la indisponibilidad del objeto del proceso, en fin, nunca ha impedido los procesos de mutuo acuerdo, tramitados siempre bajo la supervisión y el control del tribunal y del Ministerio Fiscal.

Centradas ya las dudas en las medidas provisionales previas, las soluciones han sido dispares. La Junta de Jueces de Familia de Madrid, por poner un ejemplo de un partido judicial grande, ya desde abril de 2025 exigió el MASC y remarcó su diferencia con las exentas medidas cautelares previas de los artículos 721 y ss. LEC, que constituyen, a casi todos los efectos, un proceso especial autónomo e independiente de la demanda posterior. En el mismo sentido se pronunciaron los criterios de las secciones de derecho de familia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secciones 12ª y 18ª) en noviembre de 2025, como antes lo había hecho la Junta de Jueces de Familia de Barcelona en abril de 2025.

Ya en sede jurisdiccional han aplicado esta interpretación autos como el de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, 36/2026, de 9 de febrero[18], dejando una puerta abierta a las situaciones urgentes («*la concreta demanda de medidas provisionales previas no aparece entre los procedimientos exentos de la obligación de acudir a la actividad negociadora previa prevista en [la] LO 1/2025,y contemplados en el artículo 5; habiéndose determinado, en todo caso con carácter general, que tan solo podrían estar exentas de la obligación, las demandas que acreditaren la existencia de una situación urgente»),* que en todo caso encontrarían acceso directo a la jurisdicción, sin necesidad de MASC, a través de las medidas del art. 158 CC. Tampoco será necesario el MASC para el proceso principal subsiguiente al de medidas del art. 158 CC cuando exista identidad de pretensión (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, 507/2025, de 12 de noviembre[19].

18 ROJ: AAP GI 48/2026.

19 ROJ AAP B 10904/2025.

Con todo, existe el riesgo cierto de inflacionar el proceso de medidas del art. 158 CC, como advierte el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.ª, 951/2026, de 22 de enero de 2026[20] («*El art. 158 C.Civil contempla una serie de medidas urgentes dirigidas a la protección del hijo menor que podrán ser adoptadas por el Juez de oficio o a petición del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, siendo el cauce procesal previsto para la adopción de estas medidas de protección el de la Jurisdicción Voluntaria (art. 87-1 LJV). En el caso presente lo que se plantea por la actora en su demanda es un procedimiento contencioso frente al padre del hijo en común para la adopción de una serie de medidas sobre la patria potestad, la guarda y custodia del menor, el régimen de visitas y la pensión alimenticia, procedimiento declarativo que se habrá de ventilar por los trámites previstos en el art. 748-4º LEC en relación con el art. 770 LEC, como la propia demanda se encarga de precisar. De lo anterior se desprende que la demanda que nos ocupa no puede subsumirse en la excepción contemplada en el apartado b) del art. 5-2 Ley Orgánica 1/2025, como se pretende en el recurso, motivo por el que la resolución apelada deberá ser confirmada»).*

En cambio, resoluciones como el auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, 122/2026, de 12 de febrero[21], no consideran exigible el MASC en las medidas provisionales previas ni, si se han promovido, tampoco en el proceso posterior: *«[a]sí lo decidimos los magistrados y magistradas de esta Audiencia Provincial en el pleno de unificación de criterios y prácticas procesales celebrado el pasado 23 de enero de 2026:* […] *Exigir la acreditación de la actividad negociadora en todos los procedimientos a que se refiere el precepto, con excepción de los procedimientos de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 771 LEC y arts. 102 y 103 CC), y del proceso declarativo posterior planteado dentro del plazo legal, (art. 771.5 LEC).*

Se mostraron también en contra de exigir el MASC en las medidas provisionales previas las Conclusiones de las XXIII Jornadas de Presidentes/as de Audiencias Provinciales, la Junta de Jueces de Logroño y la Junta de Jueces de Familia de Palma de Mallorca.

Hay otro apunte que puede tener su importancia: el art. 139.2 de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, señala que no se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se formulen en relación con juicios en que estén interesados los menores. Sobre esta aparente paradoja, el auto de la Audiencia de Cantabria, Sección 2.ª, 75/2026, de 14 de marzo[22]) razona que el hecho de que esté vedada la conciliación judicial no significa que no puedan acudir a otros MASC alternativos.

Los tribunales que consideran exigible el MASC flexibilizan, no obstante, el rigor de los requisitos necesarios para tenerlo por intentado o acreditado. Por ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1.ª, 18/2026, de 2 de marzo[23], que entiende que la declaración responsable de las abogadas de las dos partes es suficiente para acreditar la vía previa negociadora.

20 ROJ: AAP O 14/2025.

21 ROJ: AAP PO 289/2026.

22 ROJ: AAP S 414/2026.

23 ROJ: AAP HU 45/2026.

Cuestión distinta es que, promovidas las medidas provisionales previas tras el MASC infructuoso, la demanda principal no requiera ya de un nuevo intento de solución extrajudicial. Como dice el auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, 15/2026, de 20 de enero[24], el art. 771.5 LEC establece que, en sede de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, los efectos y medidas acordados sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio, lo que hace inviable la exigencia de un nuevo MASC.

Sí ha tenido una acogida más generalizada la no exigibilidad del MASC en las demandas de mutuo acuerdo cuando no existen hijos menores, porque en ese caso el convenio regulador ya será suficientemente acreditativo de una negociación extrajudicial exitosa.

3. Criterios de las Audiencias para excluir algunas materias no exentas por ley o no mencionadas en la LO 1/2025

A. El proceso monitorio generalista

Alguna línea crítica de las que acompañaron a la LO 1/2025 desde su origen, secundada luego por varias de las mociones de reforma a las que me he referido antes, aboga por la exclusión del monitorio del requisito de procedibilidad, en una línea interpretativa que no ha sido secundada por las resoluciones judiciales que han examinado la cuestión ni por la mayoría de las juntas de unificación de criterios. No ayuda a la tesis de la exclusión la referencia expresa (y exclusiva) de la norma al proceso monitorio europeo. También queda fuera el proceso europeo de escasa cuantía (Reglamento 861/2007).

Más allá de razones de estricta política legislativa, no encuentro argumentos sólidos para hacer en este ámbito una excepción que la ley indudablemente no contempla. Si la parte demandada formula oposición, el monitorio continuará como un procedimiento declarativo, verbal u ordinario en función de la cuantía, de modo que si se le dispensa del requisito de procedibilidad nos encontraremos con verbales u ordinarios que han eludido el cumplimiento de una exigencia que es el eje esencial de la reforma.

Es cierto que el requisito de acreditar documentalmente el cumplimiento del requisito de procedibilidad se encuentra en el art. 264 LEC y que la exigencia de describir el proceso de negociación previo o la imposibilidad del mismo, con el posible efecto inadmisor de la demanda, reside en el art. 399.3 LEC, normas todas ellas que tienen como ámbito de aplicación los procesos declarativos y no estrictamente el monitorio, pero lo cierto es que no parece haber mayor dificultad en concebir una lectura amplia del art. 403 LEC para incluir en la referencia a «los documentos que la ley exija» no solo los establecidos en la LEC, sino en cualquier otra ley, en este caso el artículo 5 de la LO 1/2025.

Sí se ha constatado en este primer año largo de aplicación de la reforma que las empresas peticionarias en masa de monitorios, que en muchos casos —aunque no necesariamente— son cesionarias de créditos o de contratos, han intentado disfrazar el cumplimiento del requisito de procedibilidad de simples cartas de reclamación que no suelen

24 ROJ: AAP NA 98/2026.

ir acompañadas de una prueba justificativa de la entrega a la persona destinataria. En términos generales, si no se justifica la entrega del documento que da inicio al MASC, no se cumple el presupuesto del artículo 10.2 de la LO 1/2025 («[e]n su defecto, podrá acreditarse el intento de negociación mediante cualquier documento que pruebe que la otra parte ha recibido la solicitud o invitación para negociar o, en su caso, la propuesta, en qué fecha, y que ha podido acceder a su contenido íntegro»), y no podrá comenzar el cómputo de los treinta días que deben transcurrir para acreditar el fracaso del intento de la solución consensuada previa a la vía judicial. El foco de la controversia entre los tribunales se ha fijado en este punto en el empleo de envíos masivos remitidos a través de sistemas estandarizados que utilizan el servicio de Correos o de otras empresas que se dedican a las comunicaciones en masa y que aportan certificados de ensobrado, remisión y no devolución, todo ello a rebufo de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera sobre el requerimiento previo a la inclusión de datos personales en ficheros de solvencia patrimonial[25].

Como criterio general de interpretación de la norma, el empleo de estos sistemas de comunicación masiva ha sido descartado por la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid («[n]o se considerará acreditada la exigencia mediante envíos masivos o cualesquiera que no permitan tener constancia de la recepción») y Santiago de Compostela, y, entre otras Audiencias, por los criterios unificados de la junta de la Audiencia Provincial de Ourense de 4 de julio de 2025.

Sin embargo, en el terreno jurisdiccional del análisis del caso concreto, resoluciones como el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª, 447/2025, de 5 de noviembre[26], se refiere gráficamente a lo que bautiza como «envíos MASC» y analiza si son suficientes para documentar el proceso de negociación o su imposibilidad. El auto considera que empleo de estos medios es suficiente y que la certificación de no devolución que los acompaña sirve a los fines del art. 10.2 LO 1/2025, *«por cuanto este agente certifica que se ha generado, impreso, ensobrado y clasificado la comunicación de "Inicio de procedimiento de negociación de deuda. Iniciativa MASC (Medios Adecuados de Solución de Controversias). Ley Orgánica 1/2025" y transcribe el contenido literal de la comunicación; asimismo certifica la fecha de remisión de la citada comunicación mediante correo certificado con acuse de recibo, siendo el Servicio Estatal de Correos y Telégrafos quien certifica si ha tenido lugar o no la recepción y su fecha*».

En el mismo sentido se pronuncia el auto de la misma Audiencia, Sección 16.ª, 461/2025, de 19 de diciembre[27] o el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 4.ª, 639/2025, de 16 de octubre[28], que aborda las comunicaciones masivas remitidas por vía electrónica y deja a salvo la posibilidad de que la documentación que teóricamente acredita la recepción del inicio del MASC pueda ser impugnada por la parte demandada al amparo del artículo 326 LEC, en cuyo caso la carga de probar la entrega corresponderá a la parte que la afirmado como ingrediente del cumplimiento del MASC.

25 Vid., entre otras muchas, las sentencias 626/2026, de 20 de abril, 1505/2023, de 27 de octubre y 34/2024, de 11 de enero.

26 ROJ: AAP B 11077/2025.

27 ROJ: AAP B 11636/2025.

28 ROJ: AAP LO 587/2025.

Otra cuestión diferente será que la no recepción de la comunicación sea imputable a la persona a la que va destinada, que es un problema general no privativo de los procesos monitorios y que se ha resuelto mediante la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera, que ha reiterado que, si la falta de recepción se debe a la conducta pasiva u obstruccionista del destinatario, la comunicación de que se trate se tendrá por entregada.

B. El proceso monitorio específico de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal

A diferencia del monitorio generalista, el monitorio regulado en el artículo 21 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH) viene precedido de unos trámites obligatorios (acuerdo de la junta y comunicación al deudor, básicamente) que algunos tribunales han entendido que cumplen el objetivo de los MASC y que, por ello, deben ser validados como tales.

Así, la certificación del acuerdo liquidatario y la justificación de su notificación al deudor se han considerado suficientes en los acuerdos de unificación de criterios de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de noviembre de 2025 y de las Audiencias Provinciales de Albacete (29 de enero de 2026) y de Pontevedra (23 de octubre de 2026).

En contra, considera que no es un proceso exento de MASC el acuerdo de unificación de criterios de la Audiencia Provincial de Almería de 28 de octubre de 2025.

En las resoluciones judiciales conocidas hasta la fecha, lo exige el auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa 130/2026, de 24 de abril[29] («*comenzaremos señalando que los procedimientos sobre impugnación de acuerdos de Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal no están excluidos de la exigencia del requisito de procedibilidad, pues no figuran en el listado de procedimientos excluidos contenido en el artículo 5.2 LO 1/25 antes citado. Tampoco existe doctrina mayoritaria de Audiencias Provinciales que avale que este tipo de procedimientos haya de quedar excluido del requisito de procedibilidad o que considere indisponible o no susceptible de acuerdo o negociación extrajudicial la materia propia de los mismos. Consideramos además que ningún obstáculo existe para que pueda desarrollarse una actividad negociadora con una Comunidad de Propietarios, actividad que bien puede iniciarse remitiendo la correspondiente propuesta de negociación al Presidente de la Comunidad a fin de que éste la transmita a la Junta de Propietarios y en ésta puedan adoptarse los acuerdos oportunos al respecto*»), sin perjuicio de que en el caso concreto lo dé por cumplido. El auto de la Audiencia de Málaga, Sección 6.ª, 1975/2026, de 20 de marzo[30], sin un pronunciamiento expreso sobre la exigencia general del MASC, da por buenas las actuaciones previas a la demanda.

29 ROJ: AAP SS 408/2026.

30 ROJ: AAP MA 353/2026.

C. El proceso declarativo derivado de la oposición al monitorio

Sí se ha logrado un amplio consenso en la decisión de no exigir un nuevo MASC en los juicios verbales u ordinarios derivados de la oposición a un monitorio previo, incluso aunque el monitorio se hubiera promovido antes del 3 de abril de 2025. Recoge este criterio el acuerdo de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de marzo de 2025 («*No se exige MASC en una demanda de ordinario que trae causa de una demanda de monitorio que fue presentada antes de que entrara en vigor la ley 1/2025 de 3 de abril de 2025. Hay un vacío legislativo al respecto, habida cuenta de que el artículo 7 sobre los efectos de apertura del proceso de negociación otorga un plazo de 30 días para responder a la propuesta de MASC. Si se exigiera el MASC al ordinario esta exigencia sería incompatible con el plazo de un mes que prevé el artículo 818.2 de la LEC para presentar la demanda de juicio ordinario tras la oposición del deudor al juicio monitorio, ya que no se ha previsto la suspensión del plazo del ordinario del 818.2 LEC*») y, en similar sentido, el acuerdo de la Audiencia Provincial de Cantabria de 9 de octubre de 2025, que ha encontrado aplicación concreta en el auto de la Sección 2.ª 208/2025, de 10 de noviembre de 2025[31].

En conclusión, si tanto el monitorio como la oposición al mismo, que da paso al declarativo correspondiente, son posteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2025, solo sería exigible el MASC para la presentación del monitorio, pero no para la demanda del juicio ordinario (acuerdo de la Audiencia de Asturias de 19 de noviembre de 2025).

D. Las acciones de nulidad contractual por razón de usura

El debate en torno a este tipo de acciones no cuestiona la exigencia de una actividad negociadora previa como tal, sino si es suficiente para tener por adecuadamente cumplido el MASC acudir al régimen especial previsto en la disposición adicional séptima de la LO 1/2025, circunscrita a los litigios en materia de consumo iniciados por acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios. En ellos se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y también por las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones o el empleo de los procedimientos a que se refiere la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 (actualmente derogada, como luego se verá), relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, o los que pudieran haber sido establecidos en normativa sectorial en desarrollo de la misma.

Mientras los acuerdos de la Audiencia Provincial de Almería de 28 de octubre de 2025 y de Asturias de 19 de octubre de 2025 han entendido que las demandas en las que se ejercita la acción de nulidad por usura exigen un MASC propio, y que no bastan a estos

31 ROJ: AAP S 1400/2025.

efectos los sistemas más expeditivos de la disposición adicional séptima, el Acuerdo de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de enero de 2026 se pronuncia en sentido contrario.

En el mapa actual de la litigiosidad por usura es muy frecuente la acumulación de la acción pertinente con otras tendentes a obtener un pronunciamiento anulatorio similar por falta de transparencia del contrato o por la abusividad de sus cláusulas. Los autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, 238/2025 y 235/2025, de 14 de octubre[32], abogan por simplificar la cuestión y exigir, en estos supuestos de acumulación de acciones, únicamente la reclamación extrajudicial previa de la disposición adicional séptima.

E. El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria

La exclusión de la exigencia de los MASC del conjunto de procedimientos que tienen por objeto la tutela sumaria de la posesión llevaron a la Junta de Magistrados/as de Primera Instancia y de los Juzgados Hipotecarios de Madrid de 26 de septiembre de 2025 a dispensar del requisito de procedibilidad a los procesos del art. 41 de la Ley Hipotecaria regulados en el art. 250.1.7, precisamente por el carácter sumario que les confiere esta última norma (punto 9.2).

F. Las demandas de desahucio por falta de pago

Acerca de las demandas de desahucio por falta de pago la controversia se ha centrado en si el requerimiento de pago que tiene por finalidad evitar la enervación de la acción, conforme al artículo 22 LEC, hace al mismo tiempo las veces de MASC. Ejemplo de esta controversia ha sido el cambio de criterio de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid, que inicialmente validaba el requerimiento del art. 22 LEC, y que ha debido modificar su parecer a la vista del acuerdo de la Audiencia Provincial de Madrid en junta de unificación de criterios de 18 de diciembre de 2025.

En contra, los Acuerdos de las Audiencias de Asturias de 19 de diciembre de 2025 y de Pontevedra de 23 de enero de 2026 han dado por buenos estos requerimientos.

G. Criterios jurisprudenciales de exención generalmente admitidos

Los acuerdos de unificación de criterios son tan numerosos que su exposición en este artículo ocuparía un lugar que, en esta senda de la eficiencia por la que transitamos, es preferible dejar para el análisis de otras cuestiones. Bastará, por ello, recopilar en este apartado los criterios uniformes que la mayoría de las juntas de jueces y de magistrados han consensuado sobre determinadas materias o acciones que han quedado al margen de la exigibilidad general de los MASC. Destaco aquí las más relevantes:

a. Acciones posteriores relacionadas con la demanda principal

Forman parte de este capítulo las sucesivas demandas de ampliación por deudas periódicas, la reconvención, la ampliación de la demanda por apreciación de una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, la intervención voluntaria o provocada de

32 ROJ: AAP CA 555/2025 y ROJ: AAP CA 554/2025.

los artículos 13 y 14 LEC, la sucesión procesal y las alegaciones de nulidad radical o de crédito compensable del art. 408 LEC.

b. El ejercicio del derecho de rectificación

La exclusión procede en este caso no tanto de las juntas de unificación de criterios, sino de la motivación del auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, 226/2025, de 28 de noviembre[33], que ha sido generalmente aceptada y que se basa en tres argumentos esenciales. En primer lugar, la vinculación con las formas de protección de los derechos fundamentales, por más que la conexión quede un tanto diluida por la tramitación del ejercicio del derecho a la rectificación en el formato del juicio verbal.

En segundo lugar, se da la circunstancia de la ley reguladora del derecho de rectificación, la Ley Orgánica 2/1984, establece unos plazos para resolver las cuestiones que se planteen al amparo de esta, que resultaban incompatibles con un procedimiento ordinario. Y, por último, dicha ley ya establece un sistema de reclamación previa obligatorio.

c. El arbitraje

También ha sido generalmente admitido el criterio expuesto en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y de lo Penal, 8/2026, de 10 de marzo[34], que exime del MASC a los arbitrajes, a los que la sentencia califica como «*un medio alternativo de resolución de conflictos que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales aceptan de antemano la decisión del árbitro al que han acordado someterse, sin posibilidad de trasladar el examen de la controversia al juez ni de sustituir en ningún caso, la decisión del árbitro por la de aquel, más allá de la restringida protección que ofrece el procedimiento judicial de nulidad del laudo*", lo que, en otras palabras, significa que estamos ante «*un equivalente jurisdiccional, en los términos en que actualmente lo entiende el Tribunal Constitucional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada»,* en el que sería paradójico exigir un previo MASC.

Ahora bien, si el procedimiento tiene por objeto el nombramiento de un árbitro por falta de acuerdo entre las partes o porque la contraparte no da respuesta a la iniciativa de la otra, el procedimiento se judicializa en relación con ese exclusivo objeto (de hecho, se tramita por los cauces del juicio verbal) y, en tal caso, estamos ante un supuesto que no está expresamente excluido del MASC, pues no forma parte del elenco de exclusiones de la LO 1/2025.

d. Los procedimientos de cuenta jurada

En este caso ha sido la Sala Primera del Tribunal Supremo la que ha resuelto la exclusión del MASC de este tipo de procedimientos. El auto de 7 de abril de 2026[35] acoge como

33 ROJ AAP S 1542/2025.

34 ROJ STSJ M 2733/2026.

35 ROJ ATS 3532/2026.

argumentos principales de esta decisión que el procedimiento previsto en el artículo 34 LEC tiene carácter incidental respecto del proceso principal y que la cuenta jurada no forma parte ni de los procedimientos declarativos del Libro II ni de los procedimientos especiales del Libro IV de la LEC:

«Esta Sala ha reiterado en numerosas resoluciones (AATS de 17 de junio de 2015, rec. 2324/2012, 15 de julio de 2015, rec. 508/2008, y 23 de septiembre de 2015, rec. 53/2012) que el procedimiento previsto en el art.34 LEC tiene carácter incidental respecto del proceso principal, por lo que no resulta exigible dicho requisito. Además, de la simple lectura del art. 5.2 de la Ley 5/2025 se deduce que ese requisito de procedibilidad sólo está previsto para los procedimientos declarativos del Libro II y determinados procedimientos especiales del Libro IV de la LEC, y en ninguno de ellos se encuentra la jura de cuentas».

e. Acciones indemnizatorias en materia de accidentes de circulación

Los diferentes criterios territoriales también se avinieron a consensuar que, en el caso de las acciones indemnizatorias en materia de accidentes de circulación, la reclamación previa a la aseguradora prevista en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, constituye un MASC en sí mismo y que no es sensato exigir otra actividad negociadora previa.

El auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, 86/2026, de 11 de marzo[36] recopila algunos de los acuerdos de unificación de criterios que han adoptado esta misma postura: la Junta Sectorial Civil de la Audiencia Provincial de Ourense de 4 de julio de 2025; de Tenerife, de 25 de septiembre de 2025; de Valladolid de 5 de noviembre de 2025; de Barcelona de 31 de octubre de 2025; de Girona de 1 de octubre de 2025; y de Tarragona de 23 de octubre de 2025.

Ahora bien, si la demanda se dirige, además de contra la aseguradora, contra el conductor o el propietario del vehículo, o exclusivamente contra ellos, sí resulta exigible el MASC previo a la interposición de la demanda.

Existen dudas acerca de las demandas formuladas por cesionarios de créditos derivados de accidentes de tráfico, en particular en lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria, que es un campo en el que no es infrecuente la cesión de créditos. El auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, 148/2025, de 5 de noviembre[37] admite la misma solución en una demanda de reclamación de la cantidad correspondiente a los gastos de alquiler del vehículo de sustitución ejercitada por el cesionario del perjudicado.

f. Deudores solidarios

En coherencia con el apunte sobre el distinto régimen del MASC en las acciones derivadas de accidentes de tráfico, también es mayoritaria la extensión de la exigencia de

36 ROJ: AAP GI 156/2026.

37 ROJ: AAP Z 2241/2025.

responsabilidad a todos los deudores solidarios en otro tipo de relaciones jurídicas. Lo explica, por ejemplo, el auto de la Sección 1.ª de la Audiencia de Barcelona, 105/2016, de 16 de marzo[38], al hilo de una demanda que se dirige contra una aseguradora respecto de la que debemos considerar que se intentó un proceso negociador infructuoso, y contra la comunidad de propietarios asegurada, respecto de la que no se había intentado el MASC.

La misma idea subyace al criterio de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid al exigir el MASC, en las demandas de desahucio, también contra el avalista, fiador o coarrendatario.

H. Exclusiones minoritarias (por el momento)

La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, 191/2025, de 11 de junio[39] excluye del requisito de procedibilidad las acciones de adición de la liquidación de la sociedad de gananciales *(«[i]ncluso si obligáramos al cónyuge, en este caso, o al contador, en otros, a, tras el procedimiento de liquidación formular un MASC y, en su caso, posteriormente un declarativo, se estarían perjudicando los derechos económicos de un profesional o de una de las partes. Así, el profesional se ha visto obligado a intervenir en el procedimiento. Y, aquí, a la parte recurrida se le estaría obligando, pese a haber anticipado la provisión en su totalidad para que avanzara el procedimiento, a acudir al MASC y posteriormente al declarativo, en su caso. Lo que supondría un formalismo excesivo, prolongando un desequilibrio procesal contrario a la buena fe procesal, máxime cuando existen bienes con los que hacer cargo a la deuda y se ha beneficiado del trabajo del contador partidor, pues sin él [el] procedimiento no podría avanzar»).*

En otro ámbito, el de la acción de impugnación de acuerdos comunitarios, el auto de la Audiencia de Zaragoza, Sección 4.ª, 206/2025, de 6 de octubre de 2025[40], ha excluido del MASC la demanda correspondiente. Asume que la impugnación de un acuerdo comunitario no está excluida de los supuestos previstos expresamente en el artículo 5 LO 1/2025, pero entiende que se trata de una materia regida por normas imperativas que requiere la participación directa de los copropietarios, y que ello justifica que no pueda exigirse una actividad extrajudicial como es la propia del MASC *("[e]l acuerdo se circunscribe, por tanto, al ámbito de la […]LPH, cuyas normas de carácter imperativo reservan a la Junta la competencia para la adopción, modificación y revocación de acuerdos, según la regulación de las mayorías dispuesta en su artículo 17 y siguiendo, además, los trámites previstos en la Ley de Propiedad Horizontal (principalmente, la convocatoria e inclusión de los puntos del orden del día). Este régimen limita la disponibilidad sobre la indicada materia y, por ende, la posibilidad de acudir a fórmulas extrajudiciales efectivas. 3. De este modo, una oferta de negociación, mediación o conciliación formulada al presidente, como representante de la comunidad (artículo 13.3. LPH), no tendría eficacia alguna, puesto que el presidente carece de facultades para*

38 ROJ: AAP B 764/2026.

39 ROJ: SAP MU 1793/2025.

40 ROJ: AAP Z 2121/2025.

transigir sobre la validez o nulidad de los acuerdos comunitarios. 4. De hecho, los acuerdos comunitarios se adoptan en la Junta de propietarios previa deliberación entre sus asistentes, lo cual no deja de equivaler al empleo de "cualquier otro tipo de actividad negociadora", como se indica en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 1/2025 para entender cumplido este requisito»).

4. Algunas precisiones sobre los conflictos transfronterizos

Los MASC son de aplicación general también a los litigios civiles y mercantiles que surjan de conflictos transfronterizos, esto es, según el artículo 3 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al que se remite el (también) artículo 3 de la LO 1/2025, aquellos en los que al menos una de las partes tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado distinto de las restantes partes con las que se mantiene un conflicto y aquellos otros en los que el contenido o algunas de las consecuencias de un eventual acuerdo aspiren a ser ejecutadas en el territorio de un Estado distinto como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes.

El artículo 3 de la LO 1/2025 no se queda en la remisión a su homólogo de la Ley de Mediación, sino que añade que la regulación sobre MASC será aplicable «cuando exista sumisión expresa o tácita a la normativa española, o cuando la actividad negociadora se desarrolle en España y al menos una de las partes esté domiciliada en España».

Y es que precisamente la presencia de un elemento transfronterizo puede acarrear dificultades añadidas al encauzamiento del conflicto, esencialmente en la determinación de la ley aplicable y de la competencia internacional[41], que serán cruciales en la determinación de cuándo debe aplicarse la regulación española y, con ella, la exigibilidad del MASC.

También en la LO 1/2025 encontramos algún elemento de simplificación. Como toda la materia de ejecución ha quedado exenta de MASC, el exequátur de resoluciones extranjeras y su ejecución en España, regidas por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, queda al margen del requisito de procedibilidad. Lo mismo sucederá cuando las normas de la Unión Europea permiten la ejecución directa sin necesidad de exequátur, pues en tales casos, con más claridad si cabe, el procedimiento tiene naturaleza claramente ejecutiva.

5. Las peculiaridades del ámbito mercantil y societario. Las cláusulas compromisorias

La visión sobre la proyección de los MASC en el ámbito mercantil, y particularmente en los litigios societarios, habida cuenta de la exclusión legal de la materia concursal, empezó siendo un tanto pesimista. Se decía que, ante situaciones de conflicto societario estructural o regulaciones sectoriales que dejan poco margen a la negociación, las posibilidades de los MASC eran muy escasas[42], con una percepción especialmente

41 Vid., sobre este particular, Martín Mazuelos, F.J.: *MASC en procedimientos con elemento internacional,* Diario LA LEY, Nº 10946, Sección Tribuna, 20 de mayo de 2026.

42 García-Villarrubia, M.: *Los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MASC) y la litigación societaria,* Almacén de Derecho, disponible en el enlace Los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MASC)

sombría de las demandas de impugnación de acuerdos sociales —salvo en conflictos relacionados con las políticas de dividendos—, en las acciones sociales de responsabilidad ejercitadas por la propia sociedad y en las pretensiones relacionadas con el levantamiento del velo y algo más esperanzadora en las acciones individuales y en los conflictos derivados de pactos parasociales.

Llamaba la atención este pesimismo en un ámbito litigador tan habituado a la negociación, a las cláusulas compromisorias y a la sumisión a arbitraje. Parece que estos primeros augurios no se han cumplido[43] y que la intensidad y los resultados de la negociación extrajudicial están produciendo resultados aceptables cuando al hilo de la impugnación de un concreto acuerdo, por ejemplo, puede abrirse un cambio de consenso más global o cuando la perspectiva de las acciones individuales de responsabilidad permite abordar elementos de reestructuración de la deuda. También en las operaciones mercantiles de adquisición (*M&A)* los contratos pueden servir no solo para cerrar la operación, sino también para gestionar los eventuales conflictos futuros, ahora que se cuenta ya con la perspectiva segura de la exigibilidad del MASC que, en términos muy generales, está desplazando una parte de la litigiosidad hacia el arbitraje.

6. Otra perspectiva del ámbito de aplicación: el régimen transitorio de la LO 1/2025

A. Régimen transitorio general

La disposición transitoria novena de la LO 1/2025 se limita a establecer en su primer apartado que, con carácter general, «[l]as previsiones recogidas por la presente ley serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor».

En la valoración de este régimen transitorio surgieron dudas que ahora han quedado ya desfasadas. Por ejemplo, como la entrada en vigor del nuevo régimen de los MASC como requisito de procedibilidad coincidía con la reforma de la LEC, y, por tanto, con la del art. 403 LEC, cualquier demanda presentada a partir de esa entrada en vigor, el 3 de abril de 2025, debía haber ido precedida de un MASC necesariamente precedente a esa fecha de corte, lo que, en cierta medida, anticipaba el momento temporal de su exigencia.

Se creó entonces un nuevo frente en forma de polémica ciertamente estéril, que ya ha perdido relevancia, a saber, si los MASC realizados antes del 3 de abril de 2025 eran válidos para cumplir el requisito de procedibilidad o si la iniciativa extrajudicial de la parte debía demorarse hasta después del 3 de abril de 2025 para gozar de plena efectividad en el trance admisor de la demanda, lo que, en realidad, añadía un decalaje de treinta días (artículo 10) a la *vacatio legis.*

Las soluciones interpretativas, ya en forma de criterios unificados, ya en forma de autos, fueron prácticamente unánimes en el reconocimiento de la validez del MASC inten-

y la litigación societaria, consultado el 17 de junio de 2026.

43 García-Villarrubia, M.: *L MASC, conflictos societarios 2.0 y disputas post-M&A,* Almacén de Derecho, disponible en el enlace https://almacendederecho.org/masc-conflictos-societarios-2-0-y-disputas-post-ma, consultado el 17 de junio de 2026.

tado antes del 3 de abril de 2025, eso sí, siempre que la actividad negociadora previa no fuera anterior al 3 de abril de 2024, pues era esta la única forma de respetar el artículo 7.3 LO 1/2025, que exige, para el caso de que la solicitud inicial de negociación no tenga respuesta o de que el proceso negociador finalice sin acuerdo, que las partes presenten la demanda dentro del plazo de un año a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la solicitud de negociación por la parte a la que se haya dirigido la misma o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad.

Cada solución ha venido abriendo paso, no obstante, a nuevas dudas, de modo que la siguiente cuestión a resolver era si la validez de esos MASC intentados antes del 3 de abril de 2025 era extrapolable a los regímenes especiales —me refiero a los sistemas de reclamación previa de los artículos 439.5 y 439 bis LEC y de la disposición adicional séptima de la LO 1/2025—.

El auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, 71/2026, de 3 de marzo[44], resolvió que no era posible exigir el cumplimiento del término máximo de un año para la interposición de la demanda exigido con carácter general en el artículo 7.3 de la LO 1/2025 por tratarse de materias sometidas a una regulación específica para aquellos supuestos en los que el demandante ostenta la condición de consumidor, en el entendimiento de que la ponderación del requisito de procedibilidad exigía tomar en consideración no solo el ámbito objetivo de la LO 1/2025, con las especialidades correspondientes (las materias reguladas en los artículos 439.5 y 439 bis LEC y en la disposición adicional séptima LO 1/2025), sino también el ámbito subjetivo, esto es, la condición de la persona que interpone la demanda en ejercicio de unos derechos revestidos de una protección específica, de modo que quien ostenta la condición de consumidor no tiene por qué acudir a uno de los mecanismos previstos en el artículo 5, en relación con el artículo 2 LO 1/2025, sino que bastará con la reclamación extrajudicial («se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad», dice la disposición adicional séptima). Por las mismas razones, concluye este auto, tampoco cabe exigir el cumplimiento de un requisito temporal que no exige la regulación específica de estos litigios de consumo en los que el demandante es consumidor. Sí se advierte, no obstante, que es imprescindible («lo verdaderamente relevante») que el consumidor haya intentado la solución extrajudicial de la controversia, que es lo que en definitiva persigue la nueva normativa.

A la misma solución llega el auto de la Audiencia de Navarra, Sección 3.ª, 62/2026, de 5 de marzo[45], con una fundamentación jurídica algo diferente que entronca con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en particular, con la sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023 (asunto C-33/22), que establece que en los casos en que existe una jurisprudencia clara y constante —en el caso, gastos de un préstamo hipotecario—la entidad financiera no tiene tanto un deber de reacción al requerimiento como un deber propio, proactivo, ante el conocimiento de esa jurisprudencia reiterada que declara la nulidad de la cláusula de gastos y el principio de efectividad de los derechos

44 ROJ: AAP L 43/2026.

45 ROJ: AAP NA 357/2026.

de los consumidores *«no hay razón alguna para obligar a la demandante a reiterar el requerimiento»*[46].

La expresión poco afortunada de la transitoria («procedimientos incoados»), que era una secuela de la misma redacción empleada en el RDL 6/2023, de 19 de diciembre, suscitó un breve debate que se saldó rápidamente, ya desde las primeras juntas de unificación de criterios y desde las primeras decisiones de los tribunales de instancia, a favor de tomar como referencia para la aplicación de las nuevas normas la fecha de presentación de la demanda, y no la de su incoación.

Mayor protagonismo cobró luego la cuestión de cómo conjugar las nuevas reglas con los incidentes de un proceso principal que, aún con esa naturaleza incidental, abrían subfases del procedimiento dotadas de una cierta autonomía, como las impugnaciones de las tasaciones de costas. Una parte de los Letrados/as de la Administración de Justicia (LAJ) y alguna junta de unificación de criterios, como la de los LAJS de Valencia de 28 de mayo de 2025[47], abogaba por aplicar la nueva normativa a procedimientos anteriores a la entrada en vigor de la LO 1/2025 en relación con las subastas judiciales, que también se vieron afectadas por importantes modificaciones, pero lo cierto es que la transitoria novena aporta poco sustento normativo a esas decisiones, sobre todo si se compara con el muy distinto contenido que tuvo la disposición transitoria sexta de la LEC 1/2000 («[l]Los procesos de ejecución ya iniciados al entrar en vigor esta Ley se regirán por lo dispuesto en ella para las actuaciones ejecutivas que aún puedan realizarse o modificarse hasta la completa satisfacción del ejecutante»).

La Sala Primera del Tribunal Supremo vino a resolver la cuestión en auto de 27 de enero de 2026[48], dictado en un incidente sobre impugnación de tasación de costas en el que el recurrente fundaba su recurso en el art. 246 LEC, en la redacción dada por el artículo 22.19 de la LO 1/2025. La Sala se pronunció en contra de esa interpretación y decidió que, según la tan citada disposición transitoria novena, las previsiones de esta ley son aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor, lo que se proyectaba no solo sobre el procedimiento principal, sino también sobre todos sus incidentes, como he apuntado más arriba en relación con las juras de cuentas. En consecuencia, el art. 246 LEC, en su nueva versión, no era aplicable al supuesto enjuiciado.

Es importante tener en cuenta la toma de postura del Tribunal Supremo, porque nos movemos en un terreno en el que la inseguridad jurídica puede alcanzar cotas considerables, debido a que la mayoría de los incidentes se resuelven por decreto o por auto que no tiene acceso al recurso de apelación. No será posible, pues, el efecto unificador de las soluciones que al respecto pudieran aportar las Audiencias Provinciales.

46 Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en ese concreto supuesto, a la fecha de presentación de la demanda no había transcurrido aún un año desde el requerimiento extrajudicial.

47 Puede consultarse su contenido en https://es.slideshare.net/slideshow/acuerdos-junta-laj-pi-valencia-28-5-2025-pdf/280222054. En contra, Achón Bruñén, M.J.: *Últimas modificaciones del proceso de ejecución: Ley Orgánica 1/2025 y STC de 29 de enero de 2025 (Rec. 5514/2023),* Diario La Ley, ISSN 1989-6913, nº 10715, 2025.

48 ROJ: ATS 621/2026.

B. La sumisión voluntaria a los MASC en los procesos iniciados antes del 3 de abril de 2025

La fecha de corte que tan nítidamente resulta de la disposición transitoria novena no impide, por mandato expreso de la propia norma, que en los procedimientos judiciales ya en curso a la entrada en vigor de la LO 1/2025, las partes de común acuerdo puedan someterse a cualesquiera medios adecuados de solución de controversias.

C. Las posibilidades del art. 19.5 LEC

a. La derivación intrajudicial a mediación o a otro medio de solución de controversias

El art. 19.5 LEC prevé que, en cualquier momento del procedimiento, el/la LAJ o el Tribunal pueda plantear a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias, siempre que considere, mediante resolución motivada (lo que no impide que se trate de una decisión oral), que concurren circunstancias que posibilitan una solución del conflicto en dicho ámbito y, singularmente, en los casos en que no haya sido posible llevar a cabo la actividad negociadora previa. La derivación requerirá la conformidad de las partes, que podrán pedir conjuntamente la suspensión del procedimiento.

No es forzado entender —si se integra el inciso con el preámbulo de la LO 1/2025—, que la referencia expresa a los «casos en que no haya sido posible llevar a cabo la actividad negociadora previa» no se limita a los litigios iniciados por demanda posterior al 3 de abril de 2025 en los que esta actividad negociadora se viera imposibilitada, por ejemplo, por desconocimiento del domicilio de la contraparte. También puede ser extrapolable a todos aquellos supuestos como los de los procesos iniciados por demandas anteriores a esa fecha en los que la negociación no fuera preceptiva, lo que vendría a amortiguar los duros efectos de una disposición transitoria que puede demorar en varios años unas medidas de eficiencia procesal que demandan una aplicación casi inmediata, si quieren alcanzar mínimamente el fin que el legislador ha colocado en el centro de la reforma: la garantía de sostenibilidad del sistema judicial y la neutralización del riesgo de colapso.

Los tribunales y la abogacía hemos de ser conscientes, además, de que el propio Estatuto General de la Abogacía Española define el contenido de esta profesión con la mirada puesta en dos objetivos definidos en pie de igualdad: la concordia y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

b. El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2026. sobre la derivación a mediación de determinados recursos-masa a derivación judicial.

El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2026 sobre la derivación a mediación de determinados recursos-masa en materia de derecho privado de la competencia («cártel de los camiones») decidió que en todos los recursos pendientes concernidos se dictaría una providencia mediante la cual se propondría a las partes la derivación a mediación para alcanzar una solución consensuada del conflicto.

Hablando de riesgos —inminentes o ya acaecidos— de colapso del sistema, no está de más explicar aquí que el 31 de diciembre de 2025, que es la fecha en la que se cerró la última estadística anual, la Sala Primera del Tribunal Supremo, con una planta de diez magistrados/as, tenía ante sí 27.864 recursos pendientes. De ellos, el 90% aproximadamente estaba pendiente de admisión y el 10% pendiente del señalamiento de fecha para deliberación, votación y fallo. En ambas categorías, el peso de la litigación masiva es innegable, pues agrupa en torno al 60% de los recursos pendientes, con gran incidencia de las controversias sobre derecho bancario, condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas (aproximadamente un 43,5%) y sobre el llamado cártel de camiones, que representaban en la fecha indicada, y de forma estimativa, un 16% del total. Para poner en contexto estas cifras hay que saber que el volumen de entrada de recursos en la Sala, que hace muy pocos años rondaba los 3.000 asuntos, se sitúa ahora en torno a los 15.000, esto es, se ha multiplicado por cinco.

Si computamos el tiempo necesario para tramitar la primera y la segunda instancia de los litigios iniciados por demandas presentadas a partir del 3 de abril de 2025, el espejo nos devuelve una imagen paradójica: el impacto de la LO 1/2025 será nulo hasta dentro de unos años si no hacemos nada para remediarlo. No hay que olvidar que el propio preámbulo de la ley justifica la «necesidad de introducir los mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para hacer frente al número actual de asuntos judicializados» por la muy delicada situación de la Administración de Justicia, y llama la atención sobre la importancia de que las medidas de eficiencia sean «inmediatas y efectivas» ante ese riesgo de colapso que he mencionado ya demasiadas veces. Los MASC se abordan como una «medida imprescindible para la consolidación de un servicio público de justicia sostenible» que se erige en un requisito general de procedibilidad, «por la imperiosa necesidad de potenciar la negociación entre las partes», al que acompaña una radical reforma de las costas procesales y la introducción de la figura del abuso del servicio público de justicia «como actitud incompatible con su sostenibilidad, a la que no es ajena la regulación de otras instituciones preexistentes, como la temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal», pero su efecto, a efectos del recurso de casación, se demorará varios años.

No está de más abrir aquí un paréntesis sobre el papel del recurso de casación en el sistema de justicia. De todos es sabido que el diseño legal del recurso de casación responde al modelo propio de los recursos extraordinarios, más aún desde la reforma del RDL 5/2023, de 28 de junio, que primó el interés casacional como cauce principal de acceso al recurso precisamente para potenciar el papel del Tribunal Supremo en el ámbito civil y mercantil de crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina legal que establece, como ordena el art. 1.6 CC.

En el cómo lograr que los limitados medios de los que dispone la Sala Primera se apliquen con prioridad a lograr el mejor cumplimiento de esta función legal hemos constatado que su diseño legal y su configuración no están preparados para resolver recursos en masa, una vez que ya ha fijado jurisprudencia sobre la cuestión controvertida en cada caso. Las consecuencias están muy a la vista: se dificulta de manera muy preo-

cupante la función casacional sobre las cuestiones jurídicas que verdaderamente la necesitan; se alargan de modo alarmante los tiempos de resolución, con el indeseable efecto rebote, en forma de multiplicador exponencial de la litigiosidad, que provoca la tardanza en establecer soluciones jurisprudenciales que aporten certeza a los órganos de primera y de segunda instancia.

Este es el contexto en el que se adoptó el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 27 de enero de 2026. En él se tuvieron en cuenta los perfiles de la litigiosidad masiva relacionada con el derecho privado de la competencia y la condición de comerciantes que tienen las partes de estos recursos, por lo que se entendió que instituciones como el Centro Español de Mediación de la Cámara de Comercio de España podían aportar garantías de idoneidad y eficacia, lo que desde luego no impide a las partes acudir a cualquier otro sistema de mediación o negociación que consideren más conveniente.

Como la derivación intrajudicial exige, en el tenor inequívoco del artículo 19.5 LEC, la conformidad de las partes, el Acuerdo del Pleno deja bien a las claras que la aceptación o no por las partes de la propuesta de la Sala de someter el conflicto a mediación será voluntaria. Y, al mismo tiempo, extrae las consecuencias que el ordenamiento jurídico permite en los litigios anteriores a la vigencia de la LO 1/2025: por todas las circunstancias expuestas, la eventual negativa a colaborar en una resolución consensuada del conflicto podrá tener efectos en materia de costas.

Se tuvo en cuenta, a este respecto, que las partes cuentan ya con elementos de previsibilidad suficientes para conocer cuál será la respuesta de la Sala, si finalmente no queda otro remedio que resolver el recurso a través de una sentencia. En la fecha del acuerdo ya se habían dictado unas 200 sentencias que, desde junio de 2023, una vez resueltas las cuestiones jurídicas fundamentales, aplicaban una y otra vez la misma doctrina a cada caso concreto. Y se invocó, como argumento adicional, pero no de menor peso, la interpretación jurisprudencial de los arts. 7.1. CC, 11 LOPJ y 394 y 398 LEC y, en particular, de los conceptos de buena y mala fe procesal y de temeridad en materia de costas, así como la elaboración jurisprudencial de la figura del abuso del proceso (STS 1715/2024, de 20 de diciembre).

En todo caso, la esencia —y la necesidad— del Acuerdo vino marcada por la necesidad de neutralizar, en la medida de las limitadísimas posibilidades de la Sala (que ni puede dosificar el ritmo de entrada de recursos ni la sostenibilidad del servicio público de la Administración de Justicia ni tiene perspectivas de poder incrementar un nivel de resolución que está ya muy por encima de todas sus posibilidades), el daño que produce al conjunto del sistema la ineficiente utilización de la casación civil.

III. ALGÚN APUNTE SOBRE EL CONCEPTO Y LA TIPOLOGÍA DE LOS MASC

1. La definición de los MASC. Mitos y realidades sobre los ofrecimientos de renuncia de quien los inicia

No me detendré mucho en las modalidades de MASC que ofrece la LO 1/2025, pero sí creo importante aquilatar la definición legal de los MASC. Dice el artículo 2 de la LO 1/2025 que los MASC incluyen «cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe para encontrar una solución extrajudicial, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral».

Estamos ante una definición abierta que se aleja de cualquier tentación de fijar un sistema de *numerus clausus*, lo que es perfectamente compatible con la regulación específica de determinados medios novedosos en un panorama tradicionalmente agotado en la mediación, la conciliación y el arbitraje. Y en esta definición abierta se ha cruzado una duda que ha generado opiniones dispares y de cuya solución dependía, en gran medida, la arquitectura y la eficiencia del nuevo sistema. ¿Qué hemos de entender por la «actividad negociadora previa de buena fe»?[49]

Las opiniones que subyacían a las dispares respuestas que se han venido dando a esta pregunta se alinean en dos tendencias: la de quienes exigen que la negociación conlleve algún tipo de renuncia para quien toma la iniciativa, y la de quienes consideran que no hay obligación alguna de renunciar ni de rebajar las posiciones en el conflicto. Desde esta segunda interpretación, que se defiende como la única posible en los casos en los que lo que procede es exigir pura y simplemente el cumplimiento íntegro y completo de la obligación, quien finalmente es demandante solo tendría que acreditar que ha intentado en sede extrajudicial una actividad negociadora que evite la vía judicial, pero sin necesidad de ofrecer contrapartidas o renuncias de derechos o de expectativas. Otra cosa será que si, frente al ofrecimiento de inicio de la actividad negociadora previa de buena fe, la contraparte responde con una oferta vinculante razonable y ofrece garantías suficientes para el cumplimiento, consideremos que el rechazo total de quien será parte demandante para aceptar esa oferta tenga luego consecuencias en el pronunciamiento o en la exacción de las costas, a través del incidente de exención o minoración.

La postura de las Audiencias Provinciales se ha situado mayoritariamente del lado de la tesis de la no obligatoriedad de renuncia alguna, lo que se ha traducido en la revocación de muchos autos de inadmisión de demandas dictados por tribunales de instancia que se habían instalado en la opinión contraria.

A título de ejemplo, el auto de la Audiencia de Girona, Sección 2.ª, 414/2025, de 17 de noviembre[50], se pronuncia sobre un burofax remitido por la demandante que contenía, además de un requerimiento de pago, un expreso ofrecimiento de iniciar una negociación respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por quien luego fue parte

49 Sobre esta cuestión, vid. Ortuño Muñoz, P.: *El derecho a no negociar y otras precisiones sobre los MASC,* Confilegal, 21/ 04/ 2025. Consultado el 18 de junio de 2026 en el enlace https://confilegal.com/20250421-opinion-el-derecho-a-no-negociar-y-otras-precisiones-sobre-los-masc/

50 ROJ: AAP GI 1464/2025.

demandada, sin exigir que ese ofrecimiento de negociación contenga algún ingrediente de renuncia. Una situación similar es la que analiza el auto de la Audiencia de Madrid, Sección 13.ª, 25/2026, de 16 de enero[51], del que se deduce que basta con expresar que el MASC se presenta para acreditar fehacientemente el intento de buscar una solución extrajudicial de este asunto, como paso previo a la interposición de las correspondientes acciones judiciales.

Más explícitamente, el auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, 48/2025, de 18 de julio[52], razona que lo exigido a quien toma la iniciativa del MASC es el ofrecimiento a la contraparte de la posibilidad de cumplir con una obligación que reputa exigible sin necesidad de proceso judicial, a lo que añade: *«[l]a ley no regula el contenido de esa oferta, pudiendo el acreedor ofrecer una quita (ya del principal ya de los intereses) o un aplazamiento, pero sin que ello sea indispensable. No se puede obligar al acreedor a renunciar, total o parcialmente, al crédito para que sea válida, so pretexto de que si no lo hay, no cabe predicar la existencia de negociación, pues ello implicaría tanto como imponer un sacrificio injustificado para poder acceder a los Tribunales, con quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, y en la práctica una expropiación de su posición jurídica sin indemnización alguna como requisito para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la tutela judicial , lo cual es inasumible*. […] *En este sentido, muchas Audiencias rechazan la tesis del juzgado de origen, que consideraba insuficiente la oferta de negociación por no incluir una propuesta concreta o una renuncia parcial.*

También el auto de la Audiencia de Tarragona, Sección 3.ª, 171/2026, de 14 de mayo[53], que se remite a otro anterior de la misma Sección de 19 de febrero de 2026, se remite al «*acuerdo 5 de la Junta de Magistrados de Tarragona de 23 de octubre de 2025: "no es necesario que incluya una oferta concreta que implique una renuncia a las pretensiones (quita, espera, condonación del principal o de los intereses, etc.), al ser el MASC solamente un requisito razonable de haberse intentado, de manera real y efectiva, un ofrecimiento a la parte contraria de resolver extrajudicialmente la controversia sin que suponga tener que hacer cesión de los legítimos derechos que se tengan"*».

El auto de la Audiencia de Álava, Sección 1.ª, 87/2026, de 9 de marzo[54] apunta que para estimar cumplido el requisito de procedibilidad legal «*bastaría con manifestar la voluntad de proceder a una negociación voluntaria y de buena fe y que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, sin que sea necesario incluir propuestas concretas de solución».* No obstante, añade: «*[s]alvo en los supuestos previstos en la disposición adicional 7ª LO 1/2025, la mera reclamación o requerimiento de pago o cumplimiento extrajudiciales, con anuncio del posterior ejercicio de acciones judiciales, no cumple el requisito de procedibilidad».* Esto es, ha de ofrecerse el inicio de la negociación para llegar a una solución consensuada, pero no necesariamente una renuncia a parte del derecho que se cree propio.

51 ROJ: AAP M 773/2026.

52 ROJ: AAP A 253/2025.

53 ROJ: AAP T 248/2026.

54 ROJ: AAP VI 68/2026.

El auto de la Audiencia de Cantabria, Sección 2.ª, 83/2026, de 23 de marzo[55], tiene en cuenta la perspectiva de la confidencialidad en un ofrecimiento de pago aplazado sin intereses respecto del que considera «*cumple de manera suficiente la identificación del objeto de la negociación, sin que sea necesario que se recojan todas las condiciones y ofertas realizadas por la parte actora ya que esto estaría amparada por el secreto de la negociación, como establece el artículo 9 de la tan citada Ley orgánica*». Quiere decirse con ello que en la fase de admisión de la demanda tampoco va a ser posible conocer qué ofrece el promotor del MASC ni, en consecuencia, si el ofrecimiento conlleva algún tipo de renuncia.

Aunque no exigen de forma expresa un concreto ofrecimiento de renuncia o rebaja de las posiciones iniciales de quien inicia el MASC, otros autos resultan un tanto equívocos en su insistencia de que no es suficiente un mero requerimiento de pago como actividad negociadora. No es descartable que la calificación de la comunicación inicial dependa de una redacción más o menos afortunada. El auto de la Audiencia de Barcelona, Sección 15.ª, 292/2025, de 21 de noviembre[56], recuerda que, con la finalidad de homogeneizar la interpretación de la LO 1/2025, los presidentes de Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona establecieron el 31 de octubre de 2025 una serie de acuerdos y, entre ellos, el 4 tiene el siguiente tenor: *«[e]n la invitación al MASC bastará con manifestar la voluntad de proceder a una negociación voluntaria y de buena fe y que se defina adecuadamente el objeto de la negociación, sin que sea necesario incluir propuestas concretas de solución. Salvo en los supuestos previstos en la disposición adicional 7ª LO 1/2025 la mera reclamación o requerimiento de pago o cumplimiento extrajudiciales, con anuncio del posterior ejercicio de acciones judiciales, no cumple el requisito de procedibilidad*". Lo que la Sección 15.ª interpreta es que, si bien no es suficiente con un simple requerimiento, sí que lo es cuando este mismo va acompañado de una invitación a negociar.

El auto de la misma Audiencia, Sección 13.ª, 450/2025, de 6 de noviembre[57] se manifiesta en el mismo sentido. En cambio, el auto de la Sección 1.ª 93/2026, de 19 de marzo[58], sobre un correo electrónico que se indica *«[m]ediante el presente escrito se le conmina formalmente a abonar la cantidad de 5.250 euros en el plazo improrrogable de siete días naturales, quedando a su disposición para convenir los datos de pago o una solución amistosa que evite acudir a la vía judicial»*, consideró que era suficiente para acreditar el intento de negociación.

La invitación a negociar resulta directamente del tenor de la norma, pero no es equiparable a una renuncia parcial. El auto de la Audiencia de Ávila, Sección 1ª, 23/2026, de 5 de marzo de 2026[59], lo que reprocha a la demanda, cuya inadmisión ratifica, es que no describa el proceso de negociación previo llevado a cabo ni la imposibilidad del mismo,

55 ROJ: AAP S 473/2026.

56 Roj: AAP B 11094/2025.

57 ROJ: AAP B 11069/2025.

58 ROJ: AAP B 711/2026.

59 AAP AV 81/2026.

limitándose a decir que hubo un requerimiento de pago extrajudicial y que el intento de solución extrajudicial se ha intentado sin éxito. La documental aportada acreditaba un requerimiento previo de pago que no invitaba a negociar. La Audiencia consideró que la mención, junto al requerimiento de pago de las palabras "la nueva legislación (MASC)", no era suficiente «*pues tal mención a MASC no es sino una jerga utilizada entre expertos en el ejercicio de acciones en los tribunales, que no puede darse por entendido por un ciudadano medio o vecino, por lo que no puede aceptarse como actividad negociadora eficaz que rompa la dinámica de la confrontación, como exige la ley*».

A la controversia "renuncia sí/renuncia no" se suma el debate en torno a la acreditación de que se ha obrado de buena fe, que podría salvarse fácilmente si se entiende que la buena fe se presume y que la acreditación de la mala fe corre de cuenta de la parte interesada en mantener esta alegación, demostrando, por ejemplo, la utilización artificiosa del MASC con fines dilatorios o la ocultación de datos relevantes durante el desarrollo de esa actividad extrajudicial previa.

Lo apunta el ya citado auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, 48/2025, de 18 de julio[60]: «*[e]l mero hecho de ofrecer una negociación es suficiente, cuando la otra parte la ignora, para pasar a la siguiente fase. Por mucho que pudiera sospecharse que el actor se limitaba, en su fuero interno, a cumplir una formalidad sin una voluntad real de negociar nada, no se le puede negar el cumplimiento del presupuesto legal de acceso a los tribunales*».

2. Las modalidades especiales de intento de resolución extrajudicial del conflicto

A. Los litigios sobre cláusulas abusivas

Los artículos 439.5 y 439 bis LEC contienen una regulación específica del intento de resolución extrajudicial del conflicto en las acciones relacionadas con cláusulas abusivas de préstamos y créditos hipotecarios que sirve para cumplir el requisito de procedibilidad. No hay una respuesta unívoca a la pregunta dogmática de si estamos ante un verdadero MASC al que la ley ha pretendido dar una tipificación diferente y específica, pero nos bastará con saber que, si se cumplen los requisitos que marcan los artículos citados, el requisito de procedibilidad quedará cumplido y que la actuación de las partes no será necesariamente inocua a efectos de costas y/o apreciación del abuso del servicio público de justicia, sin perjuicio de la previsión adicional de otras consecuencias privativas de esta modalidad de actividad extrajudicial previa.

La forma de dar cumplimiento entonces a esta modalidad de requisito de procedibilidad se resume en lo siguiente:

(i) No se admitirán las demandas que tengan por objeto las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito hipotecarios cuando no se acompañe a la demanda el documento que justifique la reclamación previa extrajudicial del consumidor al profesional.

60 ROJ: AAP A 253/2025.

(ii) Esa reclamación previa tendrá como finalidad que el profesional reconozca expresamente el carácter abusivo de dichas cláusulas y la consiguiente devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor.

(iii) El profesional deberá admitir o denegar la reclamación. En el primer caso, efectuará un cálculo de la cantidad a devolver, con el desglose de los intereses correspondientes; si el consumidor está de acuerdo, el profesional procederá a la devolución del efectivo en el plazo de un mes y, en su caso, reconocerá la nulidad de las cláusulas. Si transcurrido ese plazo no ha pagado, se producen dos efectos automáticos: primero, la suma ofrecida devengará los intereses legales del dinero incrementados en ocho puntos desde que conste fehacientemente que ha sido aceptada la oferta por el perjudicado; y, segundo, quedará expedita la vía judicial para el consumidor, continuando el devengo de los intereses referidos.

Si, por el contrario, el profesional no admite la abusividad o considera que la devolución no es procedente, comunicará razonadamente los motivos en los que funda su decisión; el contenido de esa comunicación produce un efecto automático de preclusión de alegaciones, porque no podrá luego esgrimir otros motivos diferentes en el proceso judicial que se siga.

Hay un plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación para que el consumidor y el profesional lleguen a un acuerdo y se entenderá que el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo en casos de rechazo expreso, silencio o desacuerdo del consumidor con el cálculo de la cantidad a devolver que se le ofrece o con la posición del profesional sobre la nulidad de las cláusulas interesadas.

Las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación previa durante el tiempo en que esta se sustancie y, como ya he apuntado, la posición mantenida durante esta negociación previa podrá ser valorada en el seno del proceso ulterior, caso de haberlo, a los efectos previstos en el artículo 394 y, en su caso, en los artículos 245 y 247.

B. Las acciones individuales en materia de consumo

Fuera de los conflictos sobre la abusividad de cláusulas en préstamos o créditos hipotecarios, la disposición adicional 7ª LO 1/2025 se ocupa de las especialidades del cumplimiento del requisito de procedibilidad en las relaciones de consumo. Prevé, en este sentido, que en los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los MASC previstos en legislación especial en materia de consumo o a los generales previstos en la LO 1/2025.

Se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o por

haber acudido a alguno de los procedimientos a que se refiere la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, a la que luego me referiré.

En este ámbito tendrá gran importancia la imposición de intereses de demora a los predisponentes, que es una penalización que se introduce a través de la reforma del art. 19 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLDCU). Se trata de una medida general de imposición de oficio de intereses de demora, similares a los del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (aplicación de oficio de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en el 50%, con un tipo mínimo del 20% si transcurren dos años desde la condena a la restitución de cantidades), que se aplicará en los procedimientos en que se ejerciten acciones promovidas por consumidores y usuarios cuando el empresario no contribuyera a una solución consensuada de una controversia que tuviera su base en una cláusula de idéntica significación que otra ya declarada nula por abusiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o por sentencia firme que constara inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo específicamente sobre la materia.

C. La Ley 7/2017, de 2 de noviembre relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo

En la interpretación de esta norma, que tiene como finalidad garantizar a los consumidores residentes en la Unión Europea el acceso a mecanismos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo que sean de alta calidad por ser independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos, debemos contar con la nueva Directiva (UE) 2025/2647 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2025, por la que se modifica la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, así como las Directivas (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 y (UE) 2020/1828, tras la supresión de la plataforma europea de resolución de litigios en línea.

La Directiva (UE) 2025/2647, de 16 de diciembre de 2025, representa un punto de inflexión en la configuración del sistema europeo de resolución alternativa de litigios de consumo. Más allá de la supresión de la plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR), esta norma pone de manifiesto un cambio profundo de orientación: el abandono de un modelo excesivamente centralizado y tecnológicamente ingenuo, en favor de un sistema jurídico-institucional descentralizado, basado en entidades especializadas, supervisadas y próximas a los operadores económicos y al consumidor.

El sistema anterior descansaba en la Directiva 2013/11/UE y en el Reglamento (UE) 524/2013. Pese a sus ambiciosos objetivos, la experiencia práctica reveló un uso muy limitado de la Plataforma ODR, una baja implicación de comerciantes y una escasa capacidad real de resolución de conflictos. Esta constatación empírica condujo a su supresión y a la necesidad de reformar en profundidad el sistema.

La Directiva se adopta al amparo del artículo 114 TFUE, lo que revela su vocación de instrumento funcional del mercado interior. Modifica la Directiva 2013/11/UE y diversas

directivas sectoriales en materia de consumo, configurando un nuevo equilibrio entre protección del consumidor, eficiencia económica y tutela judicial efectiva.

La reforma amplía el ámbito material de los ADR (acrónimo inglés de los «mecanismos alternativos de resolución de conflictos») de consumo a los servicios y contenidos digitales, incluidos aquellos en los que el consumidor aporta datos personales como contraprestación. Asimismo, incorpora los conflictos surgidos en la fase precontractual y permite, en determinados supuestos, la inclusión de comerciantes establecidos en terceros Estados que dirijan su actividad al mercado europeo.

Se refuerzan de manera significativa las obligaciones de información, transparencia y cooperación de los comerciantes, y se exige a los Estados miembros un mayor control y acreditación de las entidades ADR, fomentando la especialización sectorial.

La Directiva no renuncia a la digitalización, pero rechaza la idea de una plataforma centralizada única, como era la plataforma ODR. Se impone la accesibilidad electrónica de las entidades ADR y la cooperación transfronteriza, dejando a los Estados miembros margen para diseñar soluciones organizativas más ajustadas a las particularidades de sus sistemas jurídicos.

De otro lado, la reforma incide en la Directiva (UE) 2015/2302, fortaleciendo los mecanismos de reclamación extrajudicial en el sector turístico. La Directiva (UE) 2019/2161 refuerza la dimensión sancionadora del incumplimiento de las obligaciones de información sobre ADR. Y, por último, la reformada Directiva (UE) 2020/1828 clarifica la relación entre ADR y acciones colectivas, evitando vaciamientos indebidos de la tutela judicial colectiva.

España deberá abordar una adaptación coordinada del TRLDCU, de la normativa autonómica de consumo y de los sistemas de acreditación de entidades ADR, para lo cual será necesario revisar la cobertura material y sectorial real del sistema, reforzar la mediación en materia de consumo y mejorar la coordinación institucional.

Desde la perspectiva jurisdiccional, la reforma exigirá una mayor familiaridad de jueces y tribunales con los mecanismos ADR, así como una supervisión adecuada de los acuerdos alcanzados, sin menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva.

El plazo de transposición de la nueva Directiva (artículo 5) finaliza el 20 de marzo de 2028 y las disposiciones de transposición deben ser aplicables a partir del 20 de septiembre de 2028.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Achón Bruñén, M.J.: *Últimas modificaciones del proceso de ejecución: Ley Orgánica 1/2025 y STC de 29 de enero de 2025 (Rec. 5514/2023),* Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 10715, 2025.

Achón Bruñén, M.J.: *Análisis crítico de los numerosos problemas prácticos que puede ocasionar la nueva regulación de las costas procesales civiles introducida por la Ley*

1/2025, de 2 de enero, Diario La Ley, ISSN 1989-6913, nº 10652, 2025.

Arsuaga Cortázar, J.: *El requisito de procedibilidad tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de Medidas en Materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia y su impacto en las costas procesales,* Soluciones para la tutela judicial efectiva en la litigación en masa en materia civil-mercantil. Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos Digitales de Formación Nº volumen: 5 Año: 2025.

Blázquez Martín, R.: *El impacto de los medios adecuados de solución de controversias en el proceso civil tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.* Diario LA LEY, Nº 10643, Sección Tribuna, 14 de enero de 2025.

Font de Mora, J.: *El incidente de tasación de costas tras la LO 1/2025: principales novedades y cuestiones controvertidas,* SEPIN Procesal Civil, abril de 2026, SP/DOCT/129795.

García-Villarrubia, M.: *Los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MASC) y la litigación societaria,* Almacén de Derecho, disponible en el enlace Los mecanismos alternativos de resolución de controversias (MASC) y la litigación societaria, consultado el 17 de junio de 2026.

García-Villarrubia, M.: *L MASC, conflictos societarios 2.0 y disputas post-M&A,* Almacén de Derecho, disponible en el enlace https://almacendederecho.org/masc-conflictos-societarios-2-0-y-disputas-post-ma, consultado el 17 de junio de 2026.

Martín Mazuelos, F.J.: *MASC en procedimientos con elemento internacional,* Diario LA LEY, Nº 10946, Sección Tribuna, 20 de mayo de 2026.

Ortuño Muñoz, P.: *El derecho a no negociar y otras precisiones sobre los MASC,* Confilegal, 21/ 04/ 2025. Consultado el 18 de junio de 2026 en el enlace https://confilegal.com/20250421-opinion-el-derecho-a-no-negociar-y-otras-precisiones-sobre-los-masc/

Pérez Martín, A.J.: *Los MASC y si incidencia en los procesos judiciales,* LexFamily, 1.ª edición, abril de 2025.

CIBERESTAFAS Y RESARCIMIENTO ECONÓMICO BAJO LA LUPA DE LA ABOGACÍA*

José Ricardo Pardo Gato
Abogado. Doctor en Derecho. Académico de Número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Resumen: La ciberdelincuencia y, en especial, las ciberestafas cobran cada vez más relevancia, por su volumen y repercusión económica, dentro del espacio de los delitos que se comenten en la actualidad. La inteligencia artificial, pese a los benéficos efectos que conlleva este avance tecnológico, potencia, si cabe aún más, el fenómeno creciente del ciberdelito. Ante este panorama, el Derecho y los operadores jurídicos, en particular la abogacía, no pueden ser ajenos a esta realidad y deben adaptar sus estándares clásicos de actuación al entorno digital y a los ilícitos que encuentran en este universo interactivo digital el lugar idóneo para desarrollarse.

Abstract: Cybercrime —and in particular cyberfraud and online scams—is acquiring ever greater significance, both in terms of volume and economic impact, among the offences committed in the present day. Artificial intelligence, notwithstanding the beneficial effects brought by this technological advance, further amplifies —if anything— the growing phenomenon of cybercrime. In light of this situation, the law and legal practitioners, particularly the legal profession, cannot remain detached from this reality and must adapt their traditional standards of practice to the digital environment and to the unlawful acts that find in this interactive digital universe the ideal setting in which to develop.

* El presente estudio se corresponde, grosso modo, con la ponencia que lleva por título «Ciberdelincuencia, Derecho e Inteligencia Artificial», impartida en la «I Jornada de la Policía Nacional sobre la actuación policial en respuesta a la ciberdelincuencia», organizada por el Centro Universitario de Formación de la Policía Nacional, O.A., y la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), celebrada en el Pazo de Mariñán (Bergondo-A Coruña), el 29 de octubre de 2025.

Palabras clave: inteligencia artificial, machine learning, ciberseguridad, abogacía, despacho de abogados.

Keywords: artificial intelligence, machine learning, cybersecurity, legal profession, law firm.

SUMARIO: PRELIMINAR. 1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DERECHO Y ABOGACÍA. 1.1. ¿Qué clase de respuesta jurídica es la adecuada? 1.2. Legitimación activa y pasiva. 1.3. El procedimiento por razón de la cuantía. 1.4. La competencia territorial: ¿Qué juzgado es el competente a la hora de conocer una causa por un ciberdelito? a) Teoría de la actividad. b) Teoría del resultado. c) Teoría de la ubicuidad. d) Teoría de la eficacia. e) Valoración a tenor de las teorías en torno a la competencia territorial. 1.5. La determinación de la prueba. a) Concepto de prueba electrónica desde la legislación europea. b) Valoraciones a tener en cuenta en relación a la prueba electrónica. 2. REGULACIÓN INTERNACIONAL, EUROPEA Y ESPAÑOLA: EL DERECHO POSITIVO. 2.1. El pasado, preludio del presente. 2.2. Regulación internacional y europea. 2.3. Regulación en España. 2.4. La AESIA y la Ley gallega de IA. 3. CIBERDELITOS: DEFINICIÓN Y PREVENCIÓN. 3.1. Concepto de ciberdelitos económicos. 3.2. Prevención ante ciberdelitos: la Directiva NIS2. 4. CÓDIGO PENAL Y DELITOS CIBERECONÓMICOS. 5. LA RECLAMACIÓN CIVIL A BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS EN CASO DE CIBERDELITOS ECONÓMICOS: RESPUESTA JURISPRUDENCIAL. 5.1. Legislación civil. 5.2. Phishing. 5.3. The man in the middle. 5.4. SIM swapping. 5.5. Ransomware. CONCLUSIONES A MODO DE DECÁLOGO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

PRELIMINAR

El vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías, en particular la inteligencia artificial o inteligencia computacional (IA), está transformando nuestra forma de vida, hasta el punto de desconocer algunos de los posibles efectos, favorables o perniciosos, directos o secundarios, que su aplicación trae consigo.

La IA es considerada, de hecho, como el fenómeno sobre el que se sustenta la denominada «cuarta revolución industrial»[1]. Si el siglo XIX se significa por la revolución del vapor y el ferrocarril; el XX, por la irrupción de la electricidad, la informática e internet; el siglo XXI se antoja como el de la IA, sin perjuicio de la aplicabilidad de la física cuántica u otras evoluciones científicas o tecnológicas que el futuro nos depare.

Observado el fenómeno desde una perspectiva terminológica, podemos decir que nos encontramos ante la inteligencia exhibida por las máquinas (el aprendizaje de las máquinas o machine learning), relacionada con cualquier tipo de software capaz de ejecu-

1 Yang Qiang en una entrevista realizada por Wang Chao en *El Correo de la Unesco*, 29 de junio de 2018 (courier.unesco.org/es/articles/la-cuarta-revolucion).

tar una tarea o función asociada a una persona, dado que requiere de cierta inteligencia o capacidad intuitiva.

Una definición que el Diccionario panhispánico del español jurídico identifica con la «disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico»[2].

Esta conceptuación del término es relacionada por la Comisión Europea de la siguiente manera: «La inteligencia artificial (IA) se refiere a sistemas diseñados por humanos que, ante un objetivo complejo, actúan en el mundo físico o digital percibiendo su entorno, interpretando los datos estructurados o no estructurados recopilados, razonando sobre el conocimiento derivado de estos datos y decidiendo las mejores acciones –de acuerdo con parámetros predefinidos– para lograr el objetivo dado»[3].

En este sentido, los sistemas de IA pueden utilizar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico y, siguiendo tales márgenes de actuación, llegar a adaptar su comportamiento analizando cómo el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores.

Bajo estas puntualizaciones, como cualquier otra transformación, subyacen dudas objetivables, por cuanto de la utilización de la IA se desprenden a su vez tanto promesas y beneficios como amenazas y riesgos.

En cuanto a los beneficios, podemos destacar, entre otros, la eficacia operativa, la funcionalidad documental a través del procesamiento masivo de datos, la automatización de tareas complejas o avances en sectores como la automoción o la medicina automatizada (valga de ejemplo el benéfico empleo de los robots médicos).

Sin embargo, esta misma tecnología encierra riesgos sistémicos: sesgos algorítmicos, pérdida de privacidad, la quiebra de la protección de datos, concentración de poder en manos de actores tecnológicos, erosión del empleo (la sustitución de la IA por el trabajador persona física) y hasta el posible deterioro de la democracia.

Científicos tan reconocidos como Stephen Hawking advirtieron de los peligros que puede llegar a generar la IA, hasta el extremo de pronosticar que una IA superinteligente podría significar el fin de la raza humana[4].

Pero no debemos caer en el catastrofismo y sí anteponer los avances que las nuevas innovaciones traen consigo. Ello, sin perder de vista la necesaria articulación jurídica y la reformulación del Derecho que la IA requiere, así como el posicionamiento de la Abogacía, ora institucional, ora del profesional que atiende desde su despacho la problemática, ante este notorio cambio en el modo de entender la defensa letrada.

Una moderna forma de calificar la practicidad del Derecho y en la que se ha de seguir manteniendo y respetando la misma ética tradicional con aquellas nuevas funcionali-

2 dpej.rae.es/lema/inteligencia-artificial-%28ia%29

3 Definición de IA publicada por el High Level Expert Group on Artificial Intelligence de la Comisión Europea el 18 de diciembre de 2018.

4 En prensa, BBC News Mundo: G.: https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/12/141202_ultnot_hawking_inteligencia_artificial_riesgo_humanidad_egn (consulta: 23 de diciembre de 2025).

dades que emergen en el día a día del actuar del abogado, tratando –eso sí– de poner coto, en lo posible, a los peligros que la IA acarrea a la hora de su utilización[5].

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, DERECHO Y ABOGACÍA

Como no podía ser de otra manera, las ramificaciones de la IA sobre los diversos ámbitos de la sociedad abarcan al mundo jurídico.

La expansión que conlleva este avance sin precedentes, el incremento consecuente de los delitos informáticos y la aparición de nuevas formas de responsabilidad plantean desafíos inéditos para el Derecho y, en especial, para la práctica profesional del abogado.

En este contexto, la abogacía es –y seguirá siendo– el primer eslabón de la cadena de la justicia y la que conoce de primera mano la problemática que la utilización de la IA genera, tanto a nivel de su uso para el propio desarrollo de la profesión como para la defensa de los afectados por los efectos perniciosos, intencionados o fortuitos, que puede llegar a provocar.

No es de extrañar, por tanto, que el Consejo General de la Abogacía Española tenga publicado ya un *Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial y Abogacía*, en aras de impulsar la implementación de la Carta de Derechos Digitales en el ámbito de los derechos en los nuevos entornos digitales (Convenio C035/23-OT)[6].

Es el abogado, a instancias de su cliente, el que, desde un primer estadio, debe dar respuesta a los retos y desafíos que la IA suscita, ya no solo dentro de nuestro ordenamiento jurídico sino con carácter supranacional, en especial en el ejercicio del *ius puniendi*.

Así, desde esta perspectiva, cabe replantear ciertas cuestiones clásicas a las que hacer frente bajo los cimientos de esta nueva realidad. Un reto que, sin quererlo desde su concepción de utilidad pública, abre la puerta al auge de los ciberdelitos, con el coste que ello implica, tanto de seguridad como de índole económico[7].

Estas cuestiones que al abogado se le plantean responden a determinadas circunstancias que envuelven el universo de la IA: la ausencia de contacto directo entre autor y víctima, que despersonaliza la conducta en el ciberespacio; el uso de la tecnología

5 Respecto de la necesidad de cohonestar los nuevos avances tecnológicos con la deontología que encierra la profesión de abogado, ya tuvimos oportunidad de referirnos en Pardo Gato, J.R.: *La ciberseguridad como deber deontológico del abogado. El secreto profesional y la protección de datos*, con prólogo de Eugenio Gay Montalvo, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

6 Libro blanco editado por el Consejo General de la Abogacía Española y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, que, en esencia, recoge el Informe emitido en el marco del Convenio suscrito entre la Entidad Pública Empresarial RED.ES, M.P. y la agrupación de entidades formada por la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad de Alicante, la Universidad Autónoma de Madrid, la Universitat Pompeu Fabra, la Universidad de Santiago de Compostela, la Universitat de València, Odiseia, el Consejo General de la Abogacía Española, la Fundación Cotec y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, para impulsar la implementación de la Carta de Derechos Digitales en el ámbito de los derechos en los nuevos entornos digitales (Convenio C035/23-OT).

7 El Consejo de Europa ha evaluado el coste anual mundial de la ciberdelincuencia en 5,5 billones de euros (Consejo de la Unión Europea: *Cómo combate la UE la ciberdelincuencia* (en línea). Bruselas: consilium.europa.eu (sin fecha). Disponible en: www.consilium.europa.eu (consulta: 6 de diciembre de 2025)).

como instrumento que facilita la ocultación del rastro del delito; la ausencia, en muchas ocasiones, de una regulación eficaz y consolidada en el ámbito de internet; sin olvidarnos de la extraterritorialidad de las actuaciones que, como es obvio, dificulta de forma notable su adecuada persecución[8].

A continuación, procedemos a formular las preguntas que le sobrevienen al abogado a la hora de afrontar asuntos huérfanos de precedentes de los que echar mano como es el caso de la IA.

1.1. ¿Qué clase de respuesta jurídica es la adecuada?

Antes de acometer una reclamación de este tipo, el abogado debe ponderar el cauce procedimental a seguir: si canalizar la correspondiente reclamación vía administrativa, civil o penal.

No obstante, con independencia de la mayor o menor *vis atractiva* de una u otra jurisdicción, siempre es aconsejable la previa denuncia ante la policía, lo que da pie a la apertura de la correspondiente investigación ante la denuncia interpuesta y, en su caso, su posterior desarrollo vía judicial.

1.2. Legitimación activa y pasiva

En procedimientos marcados por el empleo de la IA para cometer hechos delictivos no siempre resulta fácil determinar quién es el responsable e, incluso, poder llegar a establecer con exactitud quién o quiénes son las personas o entidades que están facultadas para demandar ante tales supuestos ilícitos.

En todo caso, a priori podemos aventurarnos a identificar la previsible legitimación pasiva en la figura del programador, el fabricante, el prestador de servicios, el propietario y hasta el usuario o la combinación de todos ellos.

En consecuencia, podrán ser objeto de reclamación tanto el proveedor de los sistemas de pago como la entidad bancaria, o ambos con carácter solidario, pudiendo repetir la reclamación frente a otros posibles responsables. En otras palabras, hablamos de una acción directa frente al banco que, a su vez, podrá repetir frente al proveedor de servicios de pago, o bien, directamente, reclamación contra el proveedor de los servicios de pago.

Respecto a la legitimación activa, esta puede ser ostentada tanto por una persona física como jurídica, siempre que mantenga una relación contractual con el banco o con cualquier proveedor de servicios de pago (artículo 3.46 del Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera).

En el caso de personas físicas, si quien interpone la demanda es un consumidor o usuario podrá ampararse también en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y

8 Variopintas circunstancias ya prevenidas desde hace tiempo por Díaz Martínez, M.: "El factor criminógeno de las TIC", en *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Pérez Gil, J. (coord.). Madrid: Editorial Colex, 2012, pp. 529-544.

Usuarios y otras leyes complementarias (texto refundido aprobado por el vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). De no serlo, no podría valerse de esta legislación y su ámbito normativo se limitaría al citado Real Decreto-ley 19/2018.

1.3. El procedimiento por razón de la cuantía

El procedimiento a seguir, a tenor de la cuantía, en nada varía por tratarse de un asunto en el que interviene la IA. De este modo, la demanda podrá interponerse por medio de juicio ordinario (más de 6.000 euros) o mediante juicio verbal en base al ejercicio de una acción de reclamación de cantidad por ejecución de transferencias no autorizadas.

1.4. La competencia territorial: ¿Qué juzgado es el competente a la hora de conocer una causa por un ciberdelito?

Ante esta pregunta se ciernen distintas teorías elaboradas desde el Tribunal Supremo español, teniendo en cuenta las diversas variables a las que enfrentarse, a saber: la probable existencia de más de un lugar en el que el ciberdelito genera sus efectos, la dificultad de conocer el lugar donde se encuentra el infractor o el hecho de concretizar la relación espacio-tiempo.

No debemos perder de vista que nos encontramos ante delitos que se producen en un espacio virtual y no físico, lo que dificulta determinar el momento y lugar de su comisión, cuestión para nada baladí en el campo en el que nos movemos.

a. Teoría de la actividad

Según esta teoría, es competente para la investigación del delito el tribunal donde se desarrolla la acción de carácter delictivo.

Debido a la complejidad que plantea su aplicación en los casos de ciberdelitos cometidos fuera del territorio nacional, el Tribunal Supremo ha limitado su aplicación a ciertos delitos informáticos como el de la tenencia y distribución de pornografía infantil.

Pues bien, de ordinario, en tales supuestos la competencia suele atribuirse al tribunal del lugar en el que se desarrolla la acción delictiva, es decir, donde los archivos han sido introducidos en la red. Una atribución que suele coincidir con el lugar de residencia del investigado, como así lo establece el auto del Tribunal Supremo (ATS) 5307/2023, Sala de lo Penal (Sección 1ª), de 26 de abril de 2023[9]:

> «Nos encontramos con la investigación de un delito de pornografía infantil, conforme a los atestados ampliatorios núm. 001 de la BRPO de Aragón, de fecha 28 de noviembre de 2019, y 1241/22, de fecha 16 de febrero de 2022, ambos del Grupo de delitos Tecnológicos, siendo Sevilla el lugar donde se localizó al investigado y todo el material tecnológico y audiovisual que sirven para fundamentar los indicios de un delito de tenencia y distribución de material pornográfico infantil a distintas víctimas.

9 Recurso núm. 20754/2022. ECLI:ES:TS:2023:5307A. Cendoj: 28079120012023200618.

> En cambio, en Zaragoza, lugar donde se inició la investigación, por denuncia de la madre de una menor, actualmente ha acordado el sobreseimiento y archivo por auto de 23 de junio de 2022, y no consta ningún otro hecho ocurrido en Zaragoza, por lo que el lugar de comisión del delito es, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), donde se encuentra el material pornográfico y donde, por tanto, debe entenderse que se introducen en la red los archivos».

b. Teoría del resultado

Conforme a esta teoría, se atribuye la competencia al tribunal del lugar en que se produce el daño consecuencia de la realización del ilícito.

El Tribunal Supremo considera, a este respecto, que este criterio es aplicable a los delitos de daños o acceso ilícito a sistemas informáticos, así como a los de injurias o calumnias vertidas en la red, o bien cuando se trate de descubrimiento y revelación de secretos. Así lo dispone, por ejemplo, el ATS 12606/2023, Sala de lo Penal (Sección 1ª), de 21 de septiembre de 2023[10]:

> «(…) el criterio de que en los delitos cometidos a través de internet serán competentes los juzgados en los que se haya introducido en la red los contenidos delictivos, se refiere a los delitos de pornografía infantil, pero siempre ha sido matizada cuando nos encontramos con delitos de diferente naturaleza, como en el caso que nos ocupa de las injurias, ya sea vía internet o telefónica, al igual que en el caso de los daños informáticos; delito de resultado que no se comete desde donde se lanza el ataque sino donde se producen los daños, se destruye el sistema operativo o se contaminan los archivos».

De igual forma, para el supuesto de delito de revelación de secretos, el Tribunal Supremo, en el auto 3229/2023, Sala de lo Penal (Sección 1ª), de 21 de marzo de 2023[11], establece lo siguiente:

> «Tratándose de una revelación de secretos que se habría consumado con la divulgación inconsentida de imágenes del querellante, sería el lugar de la divulgación (sede profesional de los medios a través de los que se hubiera realizado) donde se cometiera el delito, por mucho que hubiera sido otro el lugar donde, en algún caso, se hubieran realizado –si es que se realizaron– los apoderamientos ilícitos de algunas imágenes».

c. Teoría de la ubicuidad

Debido a que en ocasiones los elementos del delito se hayan dispersos por diferentes partidos judiciales, se hace complicado determinar en tales situaciones el tribunal competente.

10 Recurso núm. 20037/2023. ECLI:ES:TS:2023:12606A. Cendoj: 28079120012023201264.

11 Recurso núm. 20848/2022. ECLI:ES:TS:2023:3229A. Cendoj: 28079120012023200463.

Por esta razón, el Tribunal Supremo ha elaborado una tercera teoría, según la cual el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que haya concurrido algún elemento del tipo. Conforme este criterio, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será, en principio, competente para la instrucción de la causa (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005).

A modo de ejemplo, podemos traer a colación el ATS 6107/2024, Sala Penal (Sección 1ª), de 9 de mayo de 2024[12], que se remite a su vez a los autos de 6 de mayo de 2010, 3 de diciembre de 2010, 23 de diciembre de 2011 y 18 de abril de 2013. En estos pronunciamientos el Alto Tribunal se decanta por la teoría de la ubicuidad, en tanto que, según su parecer, esta opción es la idónea en los supuestos en los que las injurias se producen en un lugar, pero se manifiestan o reciben por la posible víctima en otro distinto, como así sucede tanto con las formuladas vía postal, mediante la remisión de escritos, a través de internet o vía telefónica.

d. Teoría de la eficacia

Se recurre a este criterio en aquellos casos en los que, dadas las circunstancias que concurren, se considera que el instructor de uno de los partidos afectados por el delito puede actuar de forma más eficaz, aunque no se trate del primero en iniciar el procedimiento.

De atenernos a esta consideración jurisprudencial, podemos intuir que el criterio de mayor eficacia en la persecución del delito desplaza al de la ubicuidad en ciertos hechos delictivos, en particular en el delito de estafa informática. Así se determina en el ATS 11492/2021, Sala de lo Penal (Sección 1ª), de 15 de septiembre de 2021[13]:

> «(...) tratándose de un delito de estafa informática, se ha repetido muchas veces que la teoría de la ubicuidad podría llevarnos a un tribunal extranjero o a la nube. Lo relevante no será tanto, en estos casos, el lugar en el que se ha producido el desplazamiento patrimonial o el de la ubicación de las cuentas bancarias, sino con frecuencia el lugar del domicilio del intermediario o del investigado, pues es allí donde la investigación, *prima facie*, pudiera resultar más eficaz, por cuanto podrán en él más fácilmente desarrollarse las indispensables declaraciones y/o actuarse sobre los equipos informáticos del investigado».

Este criterio, además, cohonesta efectivamente con el sostenido por el Convenio sobre el Cibercrimen, Budapest, 23 de noviembre de 2001, ratificado por España el día 27 de septiembre de 2010, conforme al cual es competente para la investigación el Estado que esté en mejores condiciones para ejercer la persecución del delito (artículo 22.5).

12 Recurso núm. 21340/2023. ECLI:ES:TS:2024:6107A. Cendoj: 28079120012024201024.

13 Recurso núm. 20848/2022. ECLI:ES:TS:2023:3229A. Cendoj: 28079120012023200463.

e. Valoración a tenor de las teorías en torno a la competencia territorial

Analizadas, a grandes rasgos, estas cuatro teorías en torno a la competencia territorial, podemos colegir que, quizás, sea esta última, la de la eficacia, la más idónea a la que acogerse, por cuanto la eficacia en el procedimiento es el fin que debe perseguir todo operador jurídico que se precie de serlo.

En cualquier caso, la amplia casuística existente y la provisionalidad inherente a la determinación de la competencia territorial impiden fijar de forma precisa y anticipada el órgano competente, pues es necesario atender a las circunstancias concretas de cada momento y circunstancia.

Como apostilla el propio Tribunal Supremo, «las decisiones en materia de competencia encierran una nota de provisionalidad. Se adoptan sobre una base indiciaria –no sobre pruebas–, lo que las somete a las vicisitudes de la investigación» (ATS, Sala de Penal, Sección 1ª, de 9 de junio de 2022)[14].

1.5. La determinación de la prueba electrónica

a. Concepto de prueba electrónica desde la legislación europea

La prueba en asuntos en los que la IA es parte fundamental constituye, como en el resto de procedimientos judiciales, el eje central del litigio. Sigue siendo la prueba, con independencia de que esta sea digital o analógica, el medio por el que el juzgador toma razón acerca de los hechos objeto de controversia.

Los medios tecnológicos no solo están incidiendo en los nuevos modelos del crimen, sino que también alteran los instrumentos procesales para su investigación y demostración. En este contexto, la prueba electrónica adquiere una importancia primordial y el recurso a este medio probatorio se hace obligado en esta clase de procedimientos, sin perjuicio de la parte procesal que tenga la obligación legal de su aportación a la litis.

Aunque no existe un concepto uniforme de prueba electrónica, este podría asimilarse a la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, que sirve para formar convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso, de tal modo que lo considerado electrónico es el aparato, no el documento[15].

Nos estamos refiriendo, por tanto, a la prueba electrónica o digital y su concreción a través de los datos electrónicos que se utilizan para investigar y enjuiciar ciberdelitos. Según el Consejo de la Unión Europea, algunos de estos datos que pueden tener valor de prueba electrónica cabe contenerlos en los emails o mensajes de correo electrónico, los mensajes de texto o los contenidos procedentes de aplicaciones de mensajería, los contenidos audiovisuales o la información sobre la cuenta en línea del usuario[16].

14 Recurso núm. 20488/2021. ECLI:ES:TS:2021:11492A. Cendoj: 28079120012021201597.

15 Lluch, X.A.: *La prueba electrónica*, Picó i Junoy, J. (dir.), JB Bosch, Barcelona, 2011, pp. 21 y ss.

16 Consejo de la Unión Europea: *Mejor acceso a las pruebas electrónicas para combatir la delincuencia* (en línea). Bruselas: Secretaría General del Consejo, 27 de junio de 2023 (consulta: 5 de febrero de 2026). Disponible en: https://www.consilium.europa.eu/es/policies/e-evidence/

La dificultad en la determinación de la prueba electrónica ha provocado la necesidad de incluir en el desarrollo normativo una regulación específica que garantice la eficacia de su obtención y conservación en el seno del proceso penal. Para alcanzar este objetivo la Unión Europea ha adoptado el denominado paquete legislativo E-Evidence, cuya aplicación práctica tendrá lugar a partir del 18 de agosto de 2026.

Esta legislación comunitaria la conforman el Reglamento (UE) 2023/1543 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2023, sobre las órdenes europeas de producción y las órdenes europeas de conservación a efectos de prueba electrónica en procesos penales y de ejecución de penas privativas de libertad a raíz de tales procesos[17]; junto con la Directiva (UE) 2023/1544, de la misma fecha y aprobada por idénticas instituciones europeas, por la que se establecen normas armonizadas para la designación de establecimientos designados y de representantes legales a efectos de recabar pruebas electrónicas en procesos penales[18].

Esta regulación, centralizada en dicho reglamento y en la referida directiva, pretende reforzar la cooperación judicial en materia digital con el fin de acceder con celeridad a la prueba electrónica en investigaciones penales. Con tal pretensión, la Unión Europea se vale de dos nuevos medios de cooperación: la orden europea de producción, encaminada a la solicitud directa de datos electrónicos, y la orden de conservación, dirigida a evitar su pérdida o manipulación.

Nos encontramos, por ende, ante un relevante impulso en la configuración de un sistema procesal europeo adaptado a los retos probatorios que plantea la sociedad digital en la que vivimos. Una normativa comunitaria que aporta nueva luz al concepto de pruebas electrónicas de la mano del artículo 3.8) del Reglamento (UE) 2023/1543. Este precepto las define como los datos de los abonados[19], datos de tráfico[20] o datos de contenido[21] almacenados por un prestador de servicios, o en nombre de un prestador de servicios, en formato electrónico, en el momento de la recepción de un certificado de orden europea de producción (EPOC)[22] o de un certificado de orden europea de conservación (EPOC-PR)[23].

17 DOUE de 28 de julio de 2023, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1543/oj

18 http://data.europa.eu/eli/dir/2023/1544/oj

19 El Reglamento (UE) 2023/1543 define los datos de abonado como los referidos a la identidad del abonado o cliente y al tipo de servicio y duración.

20 El Reglamento (UE) 2023/1543 define los datos de tráfico como aquellos de carácter técnico que describen la relación comercial o mercantil entre el consumidor y el prestador de servicios, y que englobarían, entre otros, el origen y destino de un mensaje u otro tipo de interacción, la ubicación del dispositivo, la fecha, la hora, la duración, el tamaño, la ruta, el formato, el protocolo utilizado y el tipo de comprensión.

21 El Reglamento (UE) 2023/1543 define los datos de contenido como cualquier dato en formato digital, como texto, voz, vídeos, imágenes y sonidos, que no deba ser considerado dato de abonados o dato de tráfico.

22 Siglas en inglés de European Production Order Certificate. El Reglamento (UE) 2023/1543 define la orden europea de producción, en su artículo 8, como una decisión por la que se ordena la entrega de pruebas electrónicas, emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro, de conformidad con el artículo 4, apartados 1, 2, 4 y 5, y dirigida a un establecimiento designado o a un representante legal de un prestador de servicios en la Unión, cuando dicho establecimiento designado o representante legal esté situado en otro Estado miembro vinculado por este reglamento.

23 Siglas en inglés de European Preservation Order Certificate. El Reglamento (UE) 2023/1543 define la orden europea

La orden europea de producción responde a la entrega de datos electrónicos ya almacenados y no permite obtener comunicaciones en tiempo real ni realizar interceptaciones. Su emisión requiere respetar los principios de necesidad y proporcionalidad, de tal manera que solo puede ser dictada cuando en el estado emisor exista una medida equivalente aplicable en un supuesto interno similar, a fin de evitar el forum shopping probatorio. Para el caso de que esta orden se refiera a datos de tráfico o de contenido, se introduce la obligación de notificación a la autoridad del estado de ejecución, salvo que el delito esté estrechamente vinculado al estado emisor.

Este sistema, así estructurado alrededor de la orden europea de producción, pretende equilibrar la eficacia en la investigación penal con las garantías propias del Estado de Derecho, si bien plantea desafíos añadidos para los prestadores, en especial respecto de aquellos que se hayan establecidos fuera de la Unión Europea, dado que pueden enfrentarse a conflictos normativos como los derivados de la legislación estadounidense (los más habituales, los US Cloud Act).

Por su parte, la orden europea de conservación persigue garantizar la conservación de datos para posibilitar su posterior entrega mediante una orden europea de producción, una orden europea de investigación en materia penal o los mecanismos clásicos de asistencia judicial.

Téngase en cuenta, a tales efectos, la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal[24], que sustituyó de forma progresiva a los antiguos mecanismos de cooperación, como eran las comisiones rogatorias, y que posibilita que un Estado miembro de la Unión Europea pueda solicitar a otro Estado miembro que practique diligencias de investigación u obtenga pruebas en su territorio para hacer uso de ellas en un procedimiento penal. Esta solicitud presenta carácter vinculante, pese a que existen motivos tasados de denegación, y comprende desde tomar declaraciones de testigos o imputados hasta efectuar reconocimientos o peritajes.

La orden europea de conservación comparte un buen número de definiciones y categorías con la orden europea de producción, si bien presenta un nivel menor de garantías, puesto que no contempla vías de recurso efectivas y facilita su emisión por un elenco más amplio de autoridades, incluidos los fiscales. Pese a ello, la conservación de datos puede resultar tan relevante como su entrega, lo que favorece la concreción de la prueba electrónica, por cuanto condiciona la futura utilización procesal de aquella y evita la desaparición de información esencial para la investigación.

---

de conservación, en su artículo 8, como una decisión por la que se ordena la conservación de pruebas electrónicas a los efectos de una solicitud posterior de entrega, y que es emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro, de conformidad con el artículo 4, apartados 3, 4 y 5, y dirigida a un establecimiento designado o a un representante legal de un prestador de servicios en la Unión, cuando dicho establecimiento designado o representante legal esté situado en otro Estado miembro vinculado por este reglamento.

24 Esta directiva funciona bajo el principio de reconocimiento mutuo entre Estados miembros de la Unión Europea y responde a la necesidad de solucionar los problemas de fragmentación.

b. Valoraciones a tener en cuenta en relación a la prueba electrónica

El análisis de la prueba electrónica exige no solo una aproximación normativa al marco legislativo instaurado por el paquete E-Evidence, sino también una reflexión crítica sobre sus implicaciones en términos de garantías procesales, eficacia en la persecución del delito y respeto a los derechos fundamentales en el entorno digital.

De lo dicho hasta ahora, podemos inferir que la prueba electrónica constituye un medio probatorio *sui generis*, que se caracteriza por su inmaterialidad, volatilidad y dependencia tecnológica; características todas ellas que son propias de este instrumento probatorio y en el que la IA viene a ser un elemento primordial a tener en cuenta.

El valor de este medio de prueba viene condicionado por la facilidad de su manipulación, de la posible alteración de los datos digitales y del carácter transnacional de la circulación de estos datos. Como se ha advertido, esta singular circunstancia provoca dificultades en materia de jurisdicción, acceso y cooperación judicial.

En todo caso, debemos ser conscientes que en estos procedimientos suele existir una inversión de la carga probatoria, no siendo el perjudicado, sobre todo cuando se trata de ciudadano y/o consumidor, el que tiene que demostrar el ilícito a través de la prueba electrónica, sino el proveedor de servicios de pago. Así lo dispone el artículo 44.1 del Real Decreto Ley 19/2018, de 23 de noviembre, que establece que corresponderá al proveedor de servicios de pago, incluido en su caso el proveedor de servicios de iniciación de pagos, probar que el usuario de un servicio como este cometió fraude o negligencia grave.

Por otro lado, y también con relación a la prueba electrónica, se deben considerar nulas, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1671/2025, de 9 de abril de 2025[25], las cláusulas contractuales y las condiciones de prestación y utilización de instrumentos de pago mediante las cuales aumente la carga de la prueba sobre el consumidor o se reduzca la carga probatoria sobre el emisor.

En esta sentencia se valora el hecho de que la entidad demandada debía probar, no solo que la operación no se vio afectada por un fallo técnico, sino que no se produjo una prestación defectuosa del servicio, para concluir que este no se prestó de forma correcta. El hecho de que la filtración o el conocimiento de las claves por el tercero no sea imputable a la entidad bancaria tampoco la libera de la obligación de responder ni traslada al usuario la obligación de soportar las pérdidas, ya que el proveedor de servicios de pago, además de demostrar que el servicio se prestó adecuadamente –lo que no sucedió en el caso enjuiciado–, debía acreditar la concurrencia de fraude o incumplimiento deliberado o gravemente negligente por parte del usuario.

Con relación a este último extremo, las sentencias de instancia y de apelación objeto de recurso coinciden en que no se ha probado fraude ni incumplimiento doloso: a causa de una negligencia grave de las obligaciones que correspondían al demandante, en concreto las de tomar todas las medidas razonables a fin de proteger sus credenciales

25 Recurso núm. 1151/2023. ECLI:ES:TS:2025:1671.

de seguridad personalizadas y de notificar al proveedor de servicios de pago la utilización no autorizada del instrumento de pago, tan pronto tuvo conocimiento de ello –lo que así hizo–participó las tentativas de acceso a su cuenta con una antelación de tres semanas.

Dejando a un lado este argumentario jurisprudencial, a la hora de la valoración de la prueba electrónica, es necesario mencionar, asimismo, la tecnología blockchain como elemento relevante en este ámbito, sobre todo si tenemos en cuenta tres características técnicas que se le suelen atribuir como inherentes: la seguridad de la arquitectura descentralizada, la transparencia en la trazabilidad de las operaciones y la inmutabilidad de los datos registrados, derivada del consenso distribuido y de las funciones criptográficas que impiden su alteración sin modificar la cadena completa.

Ahora bien, pese a que blockchain garantiza integridad e inmutabilidad del dato, no podemos decir lo mismo de su veracidad material: un dato falso es susceptible de ser inscrito y permanecer inalterable.

Del mismo modo, cabe poner en duda su transparencia, que depende del tipo de cadena, ya sea pública o permisionada, así como respecto de la identidad de los intervinientes, dado que no siempre pueden deducirse de modo directo debido al carácter discutiblemente anónimo de muchas redes públicas.

Lo cierto es que, hasta el momento, el ordenamiento español no reconoce a los registros blockchain un valor probatorio específico, ni existe en España ni en la Unión Europea una regulación integral sobre esta tecnología. Por ello, aunque pueda considerarse como fuente de prueba[26], evidenciamos desde este foro la importancia de su deseada regulación a los efectos de su consideración legal como medio probatorio al que acogerse.

2. REGULACIÓN INTERNACIONAL, EUROPEA Y ESPAÑOLA: EL DERECHO POSITIVO

2.1. El pasado, preludio del presente

El empleo de la tecnología a través de la informática empieza a parecer cosa del pasado cuando hablamos de la IA. Sin embargo, solo nos separan décadas desde que se comercializó, en 1951, la primera computadora[27].

El poso que dejó su empleo, tanto en el ámbito profesional como doméstico, fue el acicate a seguir creciendo en investigación y desarrollo, y de lo que devino la posterior evolución tecnológica, la aparición de internet y el surgir de la IA.

26 La doctrina mayoritaria entiende que la forma de integración del blockchain en el proceso se debe realizar a través del documento electrónico previsto en el artículo 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando la verificación de su autenticidad, integridad y correspondencia con los hechos al ámbito de la prueba pericial informática y criptográfica (Criado Enguix, J.: "Blockchain como medio de prueba electrónico en el marco de un proceso penal transfronterizo frente al ciberdelito", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 85, 2025, pp. 492-527).

27 La primera computadora programable fue la Z1, creada por el alemán Konrad Zuse entre 1936 y 1938, mientras que la ENIAC (1945) se considera la primera computadora electrónica de propósito general (una computadora que, por sus dimensiones, llegaba a ocupar una habitación entera). Otros hitos incluyen la Z3 (1941), primer computador funcional, y la UNIVAC (1941), la primera que a la postre obtuvo desarrollo comercial.

Todos estos avances tecnológicos fueron acompasados de cierta normativa, internacional y europea, de complicada implementación, pues, como suele suceder desde antiguo, el Derecho va siempre un paso –o dos– por detrás de la realidad que pretende regular.

Es precisamente esa legislación de la que el abogado debe echar mano para defender los derechos de sus clientes, antes, incluso, de ponderar la jurisprudencia recaída.

Una regulación, escasa al menos de origen en el ámbito digital, pero sobre la que se ha de sustentar la dirección letrada de cada asunto que quepa canalizar, vía judicial o extrajudicial, de cara a la deseada resolución de conflictos y del resarcimiento de la víctima del ciberdelito.

2.2. Regulación internacional y europea

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) fue la primera institución de carácter internacional que elaboró, en 1986, un informe con los diferentes tipos de delitos informáticos. Esta clasificación no ha sido objeto de modificación, pese a haber emitido este organismo supranacional sendos informes de directrices para la seguridad de sistemas y redes de información en los años 1992 y 2002.

Desde aquella, han sido varias las entidades internacionales que han establecido nuevas clasificaciones, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en 1994, o la Unión Europea (UE), por medio del Convenio sobre la ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y ratificado por España el 14 de septiembre de 2010[28].

En cuanto a la robótica, el primer paso legislativo lo encontramos en el Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión relativas a las normas de Derecho civil sobre robótica del año 2015, que fue publicado el 31 de mayo de 2016.

En este informe ya se detallaba una propuesta de resolución en la que, entre otras cuestiones, se incluía: la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil específico; establecer un fondo de compensación; un régimen de responsabilidad limitada para el fabricante, el programador, el propietario o el usuario; la creación de un número de inscripción individual que figurara en un registro específico europeo; y, dando un paso más, la configuración de una personalidad jurídica propia para los robots, junto con la exigibilidad de un código de conducta ética y deontológica.

Esta regulación encuentra ahora acomodo en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA, conocido como Reglamento de Inteligencia Artificial o Reglamento IA[29]. Estamos ante la primera normativa jurídica integral del mundo centrada en garantizar que los sistemas de IA sean seguros, éticos y fiables. Un referente nor-

28 Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Ciberdelincuencia: Boletín Oficial del Estado núm. 226, de 17 de septiembre de 2010.

29 DOUE-L-2024-81079.

mativo en la futura regulación internacional sobre el tema y, en especial, en la interna a implementar en cada uno de los estados europeos, entre ellos España.

2.3. Regulación en España

Al socaire del citado Convenio europeo sobre la ciberdelincuencia de 2001, España aprobó al año siguiente la conocida como «Ley de Internet», por medio de Ley 34/2002, de 11 de julio. Este texto legal puso en el disparadero la vieja polémica existente en la red: un pulso latente entre la libertad de información y el derecho a la intimidad[30].

La aplicación tanto de esta norma como de la posterior legislación sobre firma electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre), con la implantación del documento nacional de identidad digital y la fiabilidad en la identificación del navegante, supuso un punto de inflexión en el ámbito de la ciberseguridad en nuestro país[31].

No obstante, ha habido que esperar hasta la aprobación del Reglamento Europeo de IA para que en España se empezara a desarrollar esta regulación a través de la adaptación de dicho reglamento y la implementación de leyes nacionales que abordan aspectos específicos, como las leyes de protección de datos, propiedad intelectual, patentes o de defensa de la competencia.

Con esta «Ley de IA» (Reglamento (UE) de IA) se establece un marco legal para el uso de la IA basado en riesgos, que contiene prohibiciones en relación con ciertas prácticas y requisitos particulares dirigidos a sistemas de alto riesgo, como pueden ser las herramientas de evaluación de currículums o sistemas médicos.

Siguiendo este criterio, se clasifican los sistemas de IA según el riesgo que presentan, de tal forma que, por ejemplo, algunos de estos modelos, como los de identificación biométrica a distancia en espacios públicos con fines policiales, guardan restricciones concretas y requieren autorización judicial o de una autoridad administrativa independiente.

Además, España exige el etiquetado obligatorio de contenidos generados o alterados por la IA, incluyendo deepfakes, imágenes, audios y videos, y participa en entornos controlados de pruebas (sandbox) en aras a fomentar la innovación y el desarrollo de sistemas de IA de alto riesgo.

30 Sobre la repercusión que internet trascendió para los abogados y la legislación que en torno a la red se aprobó al efecto, vid. Pardo Gato, J.R.: "La defensa letrada y el devenir tecnológico", *Foro Galego, Revista jurídica más antigua de Galicia*, núms. 196-197, segundo semestre 2006, pp. 337-374.

31 Como comentamos durante la conferencia impartida en la meritada «I Jornada Policial sobre la actuación policial en respuesta a la ciberdelincuencia», así como en distintos congresos internaciones de academias de legislación y jurisprudencia en los que tuvimos oportunidad de participar, el legislador español, con la Ley de firma electrónica vino a contemplar, desde el punto de vista legal, una realidad que en el mundo analógico se remonta, al menos, al imperio de los incas. En esta civilización era costumbre enviar mensajes cifrados a través de mensajeros que tenían que cruzar territorio enemigo. Para que no se descubriera el mensaje, solían cortarle el pelo al mensajero y cifrar un mensaje en su cabeza. Esperaban a que el pelo le creciera antes de partir. En caso de ser capturado: primero, el enemigo tenía que saber que portaba un mensaje cifrado; en segundo lugar, debían de cortarle el pelo; por último, tendrían que descifrar el mensaje que portaba en su cabeza. Salvando la distancia cultural y temporal, podemos decir que el legislador español con la Ley de firma electrónica lo que pretendió fue un reforzamiento en el grado de cifrado digital a efectos de la inutilización de dicha firma con fines ilícitos.

Los incumplimientos de la Ley de IA llevan consigo las correspondientes sanciones, que pueden llegar a alcanzar hasta treinta y cinco millones de euros o el 7% de la facturación global de la empresa infractora, según el caso.

2.4. La AESIA y la Ley gallega de IA

Con el objetivo de lograr la adecuada supervisión y el debido cumplimiento de toda esta legislación, España ha creado la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA). El modelo jurídico empleado para su constitución fue el Real Decreto 729/2023, especificando que su aprobación responde a la necesidad de supervisar el Reglamento (UE) de IA y al objeto de ofrecer servicios, formación y difusión al respecto.

La AESIA se configura como el organismo público encargado de garantizar el uso ético y seguro de la IA en España, con afán de que tanto entidades públicas como privadas cumplan con la normativa en vigor, protegiendo la privacidad, igualdad de trato y derechos fundamentales.

Esta agencia, de ámbito estatal, celebró su primer Consejo Rector el 14 de febrero de 2025, coincidiendo con el inicio de su actividad presencial en A Coruña, localidad en la que el Gobierno de España situó su residencia física.

No es de extrañar, por tanto, que sea Galicia la primera comunidad autónoma española que se haya atrevido a legislar sobre esta materia, aportando con ello su singular punto de vista autonómico con la aprobación de la Ley 2/2025, de 2 de abril, para el desarrollo e impulso de la IA en Galicia.

Sobran las razones para la aprobación de esta ley y de la decisión gubernamental de situar la AESIA en la ciudad herculina, entre ellas el hecho de que, en los últimos años y al igual que en el resto de España, la comunidad gallega haya experimentado un significativo aumento de ciberestafas dirigidas, no solo a particulares, sino también a empresas, en especial a pymes y autónomos[32].

Sentado lo anterior, podemos afirmar que la meritada Ley 2/2025 tiene como objeto principal garantizar los derechos de la ciudadanía ante el uso de la IA en la Administración y los servicios públicos, así como impulsar su desarrollo seguro, ético y transparente en Galicia, tanto en el sector público como en el privado.

Los principios rectores de esta novedosa normativa son tres: la trazabilidad de los sistemas de IA; la ausencia de sesgos y respeto a la privacidad; y la seguridad, accesibilidad y supervisión humana obligatoria en las decisiones automatizadas.

Sin duda, un elemento legislativo más a tener en cuenta para la persecución de los ciberdelitos y la defensa de los derechos de los perjudicados por parte de los abogados, así como del resto de operadores jurídicos que se ponen al servicio de los afectados.

32 Según el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), tomando datos de 2024, Galicia fue la sexta comunidad autónoma con mayor incidencia en problemas de ciberseguridad, con casi cien mil incidentes, siendo A Coruña la provincia más afectada (http://www.incibe.es (consulta: 23 de octubre de 2025)).

3. CIBERDELITOS: DEFINICIÓN Y PREVENCIÓN

3.1. Concepto de ciberdelitos económicos

Antes de plantearnos depurar posibles responsabilidades, debemos conocer y concretar qué significa el término «ciberdelitos», en particular aquellos que tienen la consideración de económicos.

En general, se consideran de esta entidad aquellos ataques contra el patrimonio cometidos a través de las tecnologías de la información y la comunicación, con la finalidad de obtener un apoderamiento o beneficio económico indebido sobre el patrimonio ajeno.

Las diversas formas delictivas predominantes en este ámbito incluyen un amplio elenco de modalidades: el compromiso de correo electrónico empresarial, el fraude al CEO de la empresa, el llamado bizum inverso, el phishing vía SMS o a través de llamadas, el smishing y el vishing, así como la suplantación de entidades bancarias y estafas telefónicas, en las que los estafadores consiguen credenciales y códigos de seguridad.

Pero no solo debemos tener en consideración esos ciberdelitos económicos típicos, sino también otras modalidades delictivas como el ransomware, el carding, el spoofing y el man in the middle (MITM), así como el pharming, el SIM swapping o el voice hacking.

La sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Oviedo, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2024 recoge algunas de estas modalidades de fraudes informáticos:

> «(…) mediante la captación de datos bancarios, induciendo a error a la víctima tras hacerse pasar por la propia entidad bancaria, a la que suplantan, bien a través de correos electrónicos ("phishing"), llamadas telefónicas ("vishing") o bien a través de SMS fraudulentos como en este caso ("smishing"), con el objetivo final de que los clientes proporcionen sus datos y claves bancarias para acceder así a sus cuentas de forma fraudulenta».

3.2. Prevención ante ciberdelitos: la Directiva NIS2

Estos ciberdelitos se caracterizan por una elevada especialización técnica y una notable dificultad probatoria –como hemos podido acreditar–, lo que obliga a la empresa afectada a preservar pruebas y evidencias digitales desde el primer momento de cara a un eventual proceso penal o civil.

Dado que erradicar estos ciberdelitos resulta una quimera, la prevención se convierte en un reto esencial para las empresas. En este sentido, es necesario aplicar con rigor lo dispuesto en la normativa de protección de datos, adoptando medidas proactivas de seguridad técnica y organizativa.

A ello se suma la transposición de la Directiva Europea NIS2 (UE 2022/2555), que impone obligaciones reforzadas de ciberresilencia, esto es, la capacidad para anticipar, resistir y recuperarse de incidentes cibernéticos.

Se trata de una normativa europea específica sobre ciberseguridad, vigente desde enero de 2023 y que viene a sustituir a la Directiva NIS original. Esta nueva regulación europea endurece las medidas de seguridad, reporte de incidentes y sanciones para entidades (empresas medianas y grandes) de sectores críticos, tales como energía, transporte, banca, salud, infraestructura digital, administración pública y proveedores de servicios digitales.

Las empresas afectadas por la introducción de esta legislación comunitaria deben implementar medidas técnicas, operativas y de tipo organizativo, incluyendo seguridad en la cadena de suministro, cifrado, autenticación multifactor y planes de respuesta a incidentes.

Con ello se pretende adaptar la seguridad de redes y sistemas de información a las nuevas amenazas, enfocándose en la cooperación entre países miembros a través de la Empresa Nacional de Innovación, S.A. (ENISA)[33].

En un alarde preventivo, la Directiva NIS2 contempla una alerta temprana de veinticuatro horas y un informe completo de setenta y dos horas, como plazos obligatorios de notificación de incidentes graves.

Para obtener un cumplimiento de estas normas lo más amplio posible, se dota de una notable capacidad coercitiva, que va de multas de hasta diez millones de euros o el 2% de la facturación global anual (escogiendo la cifra mayor). Es de significar que la responsabilidad se extiende a los directivos, que pueden ser considerados responsables por incumplimientos con carácter personal.

4. CÓDIGO PENAL Y DELITOS CIBERECONÓMICOS

En caso de que la prevención no sea suficiente ante la perpetración de ciberdelitos, en lo que se refiere a su persecución y posible castigo, a la comentada legislación específica sobre IA hay que añadir, en sentido punitivo, la tipificada en el Código Penal (CP) para los supuestos de piratería informática y otros delitos cometidos en la red.

No se trata, empero, de una regulación conjunta y sistemática, sino que estos tipos delictivos se encuentran diseminados en diferentes títulos y artículos a lo largo de su texto.

Pese a su dispersión en el articulado, podemos clasificarlos en cuatro grandes grupos: ciberdelitos económicos, ciberdelitos intrusivos, ciberespionaje y ciberterrorismo.

Dejando a un lado los delitos que afectan a la propiedad intelectual o a la responsabilidad derivada de accidentes con vehículos autónomos, son los ciberdelitos económicos los que presentan una mayor atención por lo que afecta a las empresas y a los ciudadanos.

En estos delitos con componente ciber y repercusión económica el bien jurídico protegido abarca la totalidad de ataques al patrimonio cometidos a través de los medios que

33 ENISA es una empresa pública española, adscrita al Ministerio de Industria y Turismo, que financia a pequeñas y medianas empresas, así como a startups, con proyectos innovadores o viables mediante préstamos participativos (enisa.es).

ofrecen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación con la intención de consumar apoderamientos o beneficios económicos sobre el patrimonio ajeno.

De entre todas estas conductas, la mayoría encajan en el tipo básico de estafa informática previsto en los artículos 248 y 249 CP, que se agrava en función de la cuantía si esta supera los cincuenta mil euros o si concurren circunstancias como el abuso de relaciones empresariales[34].

Dado que el ámbito y la jurisdicción penal de estos delitos ya fue abordada de manera específica por el fiscal de la Audiencia Provincial de A Coruña, Antón F. Freire Montero, dentro de la jornada en la que se incluyó la disertación de la que ahora elaboramos el presente estudio, nos centraremos en la solución jurídica más plausible de cara a las víctimas de ciberdelitos económicos, que no es otra que la reclamación civil, en su caso, a bancos y entidades financieras.

Para orquestar este análisis jurídico tomaremos como referencia la jurisprudencia más reciente recaída al respecto.

5. LA RECLAMACIÓN CIVIL A BANCOS Y ENTIDADES FINANCIERAS EN CASO DE CIBERDELITOS ECONÓMICOS: RESPUESTA JURISPRUDENCIAL

5.1. Legislación civil

Una vez sufrido el perjuicio, además de la vía penal, existe también la posibilidad de una reclamación civil a los bancos y entidades financieras a través de las que se ha consumado la ciberestafa o, al menos, que han servido de medio para llevarla a término.

En efecto, como así lo corrobora la jurisprudencia más reciente que expondremos a continuación, los bancos habrán de responder en caso de no implementar las medidas de seguridad adecuadas para proteger las cuentas de sus clientes frente a accesos no autorizados, en los supuestos de aquellas operaciones en las que los usuarios no hayan prestado su consentimiento o que no hayan sido debidamente autorizadas.

De igual forma que en el procedimiento penal, junto con la legislación específica sobre IA, deberemos tener presente lo estipulado en el Código Civil (CC), así como lo dispuesto en los artículos 43 y 44 del referido Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera[35].

34 Artículo 248, párrafo primero, CP: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». Tanto el artículo 248 como el 249 del CP fueron redactados por el apartado dos y tres, respectivamente, del artículo 1 de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de las directivas europeas 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».

35 El contexto normativo, apenas esbozado, se ve completado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 3697/2025, Sección 1ª: «El marco normativo aplicable a este tipo de operaciones fraudulentas se encuentra en el RDL 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, que sustituyó a la precedente Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que incorporó parcialmente a nuestro derecho los instrumentos europeos que se aprobaron a partir de 2015 para dar respuesta a la necesidad de generar un entorno más seguro y fiable para el desarrollo de unos servicios de pago sometidos a constantes innovaciones, tanto lícitas como ilícitas. La Directiva (UE) 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior y el Reglamento (UE) 2015/751 sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta,

En concreto, este artículo 43, bajo el título de «Notificación y rectificación de operaciones de pago no autorizadas o ejecutadas incorrectamente», establece que el usuario de servicios de pago obtendrá la rectificación por parte del proveedor de tales servicios de una operación de pago no autorizada o ejecutada de forma incorrecta solo cuando dicho usuario se lo comunica sin demora injustificada, en cuanto tenga conocimiento de cualquiera de estas operaciones que sea objeto de reclamación y, en todo caso, dentro de un plazo máximo de trece meses contados desde la fecha del adeudo. No obstante, los plazos para esta notificación no se aplicarán cuando el proveedor de servicios de pago no le haya proporcionado ni puesto a su disposición la información sobre la operación de que se trate[36].

Por su parte, el artículo 44 del Real Decreto-ley 19/2018, intitulado «Prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago», determina que si un usuario de servicios de pago niega haber autorizado una operación ya ejecutada o alega que esta se llevó a cabo de modo incorrecto, corresponderá al proveedor de servicios de pago demostrar que dicha actuación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado por el respectivo proveedor.

En el caso de que el usuario de estos servicios inicie la operación a través de un proveedor de servicios específico a tales efectos, corresponderá a este demostrar que, dentro de su ámbito de competencia, la operación de pago fue autenticada y registrada con exactitud y no se vio afectada por un fallo técnico u otras deficiencias vinculadas al servicio concreto del que es responsable.

Es de advertir, como así lo hace este precepto, que el registro por el proveedor de servicios de pago de la utilización del correspondiente instrumento no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que este ha actuado de manera fraudulenta o incumplido de forma deliberada o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones.

En todo caso, será obligación del proveedor de servicios de pago, incluido, en su caso, el proveedor de servicios de iniciación de pagos, probar que el usuario de dicho servicio cometió fraude o negligencia grave.

En cuanto a la obligación de conservación documental, el proveedor de estos servicios conservará la documentación y los registros que le permitan acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por el Real Decreto-ley 19/2018, y las facilitará al usuario en el caso de que así le sea solicitado, durante, al menos, seis años. Sin perjuicio de lo anterior, el proveedor conservará la documentación relativa al nacimiento, modificación y extinción de la relación jurídica que le une con cada usuario de servicios de pago al menos durante el periodo en que, a tenor de las normas sobre prescripción, puedan

respondían a ese designio y su aprobación motivó la necesidad de incorporar al derecho español el nuevo marco regulatorio, lo que se verificó a través del citado RDL 19/2018».

36 «Cuando intervenga un proveedor de servicios de iniciación de pagos, el usuario de servicios de pago deberá obtener la rectificación del proveedor de servicios de pago gestor de cuenta en virtud del apartado 1, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45.2, y el artículo 60.1» (artículo 43.2 delReal Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre).

resultarles conveniente para promover el ejercicio de sus derechos contractuales o sea posible que les llegue a ser exigido el cumplimiento de tales obligaciones[37].

Asimismo, además de lo previsto en las transcritas normas del Real Decreto-ley 19/2018, también los afectados podrán ver amparados sus derechos en base a un incumplimiento del contrato: responsabilidad contractual del artículo 1101 CC contra el banco o el proveedor de los sistemas de pago por incumplimiento de sus obligaciones de seguridad o autenticación del ordenante, establecidas al suscribir el contrato de cuenta corriente o afines[38].

Veamos a continuación algunos ejemplos de la jurisprudencia que, en procedimientos civiles y tomando como referencia esta legislación, se ha posicionado en favor de las víctimas de ciberdelitos económicos, sobre todo decantándose por una inversión de la carga probatoria en beneficio de estas últimas y en detrimento de los bancos y entidades financieras.

Aprovecharemos, asimismo, para comentar algunos de los ciberdelitos más generalizados de entre los relacionados con anterioridad, como son el phishing, el the man in the middle, el SIM swapping o el ransomware.

5.2. Phishing

Entre los ciberdelitos más habituales se encuentra el phishing o modo de proceder en el envío masivo de correos electrónicos fraudulentos a los clientes de entidades financieras o, incluso, a través de llamadas telefónicas con la finalidad de obtener los datos y las claves de usuario que les permiten acceder de modo fraudulento a la cuenta de la víctima.

La STS 571/2025, de 9 de abril[39], enjuiciando sobre un phishing, es clara a la hora de argüir los fundamentos a tener en cuenta e incidir en lo ya anticipado:

> «(…) la responsabilidad del proveedor de los servicios de pago, en los casos de operaciones no autorizadas o ejecutadas incorrectamente, tiene carácter cuasi objetivo, en el doble sentido de que, primero, notificada la existencia de una operación no autorizada o ejecutada incorrectamente, el proveedor debe responder salvo que acredite la existencia de fraude; y, segundo, cuando el usuario niegue haber autorizado la operación o alegue que esta se ejecutó incorrectamente, corresponde al proveedor acreditar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio, sin que el simple registro de la operación baste para demostrar que fue autorizada ni que el usuario ha actuado de manera fraudulenta o incumplido deliberadamente o por negligencia grave.

37 Habrá de tenerse en cuenta, a este respecto, lo establecido en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como en otras disposiciones nacionales o aplicables de la Unión Europea.

38 Artículo 1101 CC: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas».

39 Recurso núm. 1151/2023. Sala de lo Civil. ECLI:ES:TS:2025:1671. vlex.es/vid/1078350756.

En cuanto a la terminología empleada, esta misma sentencia refiere que la expresión «operaciones no autorizadas» incluye aquellas que se han iniciado con las claves y contraseña del usuario –necesarias para acceder al sistema de banca digital– y que han sido confirmadas mediante la inserción del SMS enviado por el propio sistema al dispositivo móvil facilitado, siempre y cuando el usuario niegue haberlas autorizado, en cuyo caso el banco deberá acreditar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, además de no verse afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio que presta.

A este respecto, la mención «deficiencia del servicio» no significa error o fallo del sistema informático o electrónico –posibilidad que estaría prevista en el concepto de «fallo técnico»–, sino que abarca cualquier falta de diligencia o mala praxis en la prestación del servicio.

Hay que entender que el grado de diligencia exigible al proveedor de los servicios de pago no es el propio del buen padre de familia, sino que la naturaleza de la actividad y los riesgos que entraña el servicio que se presta, sobre todo en una relación empresario/consumidor, obliga a elevar el nivel de diligencia a un plano superior, como es el del ordenado y experto comerciante.

Las buenas prácticas pasan por adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de servicios de pago, entre las cuales destacan las orientadas a detectar de forma automática la concurrencia de indicios de que puede tratarse de una operación anómala y generar una alerta o un bloqueo temporal (v.gr. reiteración de transferencias sin solución de continuidad, horario en que se producen, importe de las mismas, destinatarios, antecedentes en el uso de la cuenta...), o las dirigidas a incrementar el control y vigilancia cuando se han recibido noticias o alertas de un posible aumento del riesgo.

En otras palabras, el que la entidad bancaria acredite que la operación fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada no es suficiente para eximirle de responsabilidad. Ha de probar que esta operación no resultó afectada por un fallo técnico u otra deficiencia del servicio prestado y, dado que el cliente niega que la operación fuera consentida, que no hubo por parte de este último fraude, incumplimiento deliberado o negligencia grave.

Abundando en este posicionamiento, la SAP Alicante 632/2018, Sección 8ª, añade que «la falsedad de la transferencia (es decir, que el ordenante no sea el titular de la cuenta) es un riesgo a cargo del banco porque, en principio, el deudor solo se libera pagando al verdadero acreedor, por lo que, si el banco cumple una orden falsa, habrá de reintegrar en la cuenta correspondiente las cantidades cargadas»[40].

Corresponde, por tanto, al banco verificar la identidad de quien ordena el pago, de modo que, en caso de que no se llegue a efectuar dicha comprobación y se termine por proceder al pago, este tendrá que entenderse realizado por la propia entidad bancaria. Como reza la SAP Ourense 522/2023, Sección 1ª:

40 ECLI:ES:APA:2018:632. Rollo de apelación núm. 632/2018 dimanante del juicio ordinario núm. 225/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 bis de Alicante.

> «El papel de la entidad bancaria pasa por autorizar la operación y efectuar el pago; y en este punto cobra un papel primordial su labor de verificar la identidad del ordenante de la operación, esto es, asegurarse de que quien manda realizar el pago es realmente quien está autorizado para ello. Un regreso a los principios tradicionales del Derecho Civil impone la responsabilidad de la entidad bancaria en los supuestos en que no verifique la identidad del ordenante o lo haga de una manera deficiente, pues en estos casos habrá efectuado el pago sin que lo hubiese ordenado quien estaba legitimado para ello»[41].

En consecuencia, se impone la responsabilidad civil de la entidad bancaria en los supuestos en que esta no verifique la identidad del ordenante o lo haga de una manera deficiente, pues en estos casos habrá efectuado el pago sin que lo hubiese ordenado quien estaba legitimado para ello.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad del fraude se dirige hacia el banco, quien viene obligado a adoptar las medidas de seguridad necesarias y renovables ante los distintos modos de fraude informático, entre ellos el phishing, salvo que se acredite la negligencia grave por parte del usuario de la banca electrónica.

Esa responsabilidad comprende, en todo caso, el reintegro de los importes obtenidos de forma fraudulenta.

En cuanto al comportamiento doloso o negligente del cliente, que de estimarse podría exonerar de responsabilidad a la entidad bancaria, la jurisprudencia ha ido modelando sus pronunciamientos al respecto; valgan los siguientes ejemplos de lo que decimos:

La SAP Sevilla, Sección 5ª, de 26 de mayo de 2014 desestimó la demanda formulada contra un banco en reclamación de cantidad en base a la imputación de responsabilidad al cliente por imprudencia o negligencia grave, al haber hecho caso omiso de las advertencias y avisos de seguridad. En concreto, el aviso ponía en alerta lo siguiente: «Barclays nunca le pedirá más de una coordenada de seguridad, ni por correo ni en la web». A pesar de esta advertencia, los clientes introdujeron la totalidad de las claves de su tarjeta de coordenadas en una ventana emergente que con inmediatez se abrió en la página web de la entidad bancaria.

Otras veces, el argumento empleado por los tribunales para articular esta exoneración de responsabilidad se aleja de las previsiones analizadas desde la Ley de Servicios de Pago, como es el caso de la SAP Las Palmas de Gran Canaria de 20 de diciembre de 2012. En este fallo también se desestimó la reclamación formulada contra el Santander, al estimar que este banco solo se limitó a ejecutar una orden de pago por quien, al parecer, era su cliente y, por ello, no incurrió en responsabilidad alguna que le obligase a reintegrar las cantidades transferidas.

Por su parte, la SAP Oviedo de 9 de abril de 2025 considera que la negligencia grave del cliente debe reservarse para supuestos donde la conducta de la víctima roza lo inexcusable, como la falta o retraso en la comunicación de la estafa, imitaciones burdas

41 ECLI:ES:APOU:2023:522.

y groseras o requerimientos ilógicos o absurdos para obtener las claves de la víctima conforme a su formación y conocimientos.

También el Tribunal Supremo toma partido en este sentido, al concluir, como así lo hace la STS 1671/2025, que la negligencia grave tiene que significar algo más que la mera negligencia. Aduciendo un ejemplo paradigmático, esta sentencia habla de guardar las credenciales usadas para la autorización de una operación monetaria junto al instrumento de pago «en un formato abierto y fácilmente detectable para terceros»[42].

Cabe, por tanto, tener en cuenta estas variables jurisprudenciales a la hora de defender la responsabilidad de unos y otros en un supuesto de phishing, siempre teniendo presente la dificultad para el usuario víctima de un ciber fraude conocer los límites de seguridad que le aporta su entidad bancaria y los efectos malévolos de los que puede ser objeto.

5.3. The man in the middle

Con la expresión «the man in the middle» y bajo la abreviatura MITM, se hace referencia a la estafa consistente en intervenir y manipular los correos electrónicos de personas, de ordinario empresarios, con el fin de alterar los datos de las facturas que se intercambian, por lo general el número de cuenta bancaria, y así recibir en otra cuenta creada al efecto el importe de la venta del producto entre los comerciantes o servicio prestado.

Como en el caso de otras estafas, el MITM no acostumbra a presentarse solo, sino que suele venir acompañado del delito de falsedad documental y del blanqueo de capitales, o bien del de pertenencia a grupo u organización criminal.

La STS 1175/2001, de 20 de noviembre[43], caracteriza este delito advirtiendo que la actual redacción del artículo 248.2 CP «permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia».

Pues bien, como en la estafa debe existir un ánimo de lucro, para que se dé el tipo delictivo ha de concurrir la manipulación informática o artificio semejante, que es la modalidad comisiva mediante la que de forma torticera se hace que la máquina actúe, y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida.

Subsiste, como señala el Tribunal Supremo en la citada sentencia, la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, que es sustituido en este caso como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una ac-

42 ECLI:ES:TS:2025:1671.

43 ECLI:ES:TS:2001:1175.

tuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Por tanto, cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del artículo 248.2 CP. E, igualmente, podemos decir cuando se emplea un artificio semejante[44].

A este respecto, la expresión «alguna manipulación informática o artificio semejante», recogida en el artículo 249 CP, la jurisprudencia la entiende referida tanto a manipulaciones de carácter informático como a manipulaciones mecánicas realizadas sobre dispositivos electrónicos, como así lo explica la STS 2879/2025:

> «De esta forma, es evidente que cualquier maniobra fraudulenta de carácter informático queda incluida dentro de la primera modalidad comisiva "manipulación informática", lo que haría innecesaria la utilización de la expresión "artificio semejante", que quedaría vacía de contenido, si se exigiera que esta tuviera que ser de carácter informático. Por ello, esta última expresión ha de referirse a cualquier otra conducta realizada sobre el sistema que dé lugar al resultado que el propio delito trata de impedir, esto es, la producción de una transferencia no consentida de activos patrimoniales. De esta forma, la semejanza a que se refiere el precepto radica en la manipulación del sistema, no en el carácter informático de la manipulación»[45].

Con independencia de la terminología empleada, el meollo de la cuestión a nivel de exigencia de responsabilidad civil, en aras a establecer que el pago sea liberatorio para el deudor, requiere de los siguientes elementos constitutivos: que exista buena fe subjetiva y objetiva, que el deudor tenga la creencia que ha pagado al verdadero acreedor y que en todo momento aquel actuó con la debida diligencia.

Así lo recoge la SAP Madrid 13782/2019[46], cuando señala que «el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del creído liberará al deudor, pero ello requiere que quien se presenta y actúa como acreedor lo haga con una apariencia adecuada, razonable, objetivamente verosímil, revestido de unas circunstancias que, con independencia de móviles subjetivos del que pagó, de su simple error o creencia, sirvan de justificante a su buena fe al pagar a persona distinta del acreedor, porque aquí no se presume la buena fe, cual ocurre en términos generales y ha de probarla en cada caso concreto aquel que paga a persona distinta de quien es titular del crédito y a cuyo favor estuviese constituida la obligación; solo la razonabilidad de la legitimación aparente justifica la liberación del deudor».

En consecuencia, para que el pago realizado por el deudor al acreedor aparente produzca el efecto liberatorio, se requiere la concurrencia de tres requisitos: pago efectivo

44 Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco. Vid., a estos efectos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1475/2025 (ECLI:ES:TSJM:2025:1475).

45 ECLI:ES:TS:2025:2879.

46 ECLI:ES:APM:2019:13782.

por el deudor; posesión del crédito o apariencia de titularidad del crédito, la cual debe ser razonable u objetivamente verosímil, es decir, que justifique la buena fe al pagar a persona distinta del verdadero acreedor; y buena fe del deudor o solvens.

En este sentido, bajo estos parámetros, cuando se alude a la buena fe, no se hace referencia a la subjetiva del artículo 433 CC, sino la objetiva del artículo 1258 de dicho texto legal, en tanto que no basta la mera creencia o convencimiento subjetivo de que se paga al verdadero acreedor, siendo necesario que tal creencia exista aun habiendo empleado la diligencia realmente exigible de acuerdo con las circunstancias del caso, debiendo derivar de datos objetivos y fiables. Buena fe objetiva que, a diferencia de la subjetiva, no se presume, ha de ser probada por quien la invoca (artículo 217 LEC).

5.4. SIM swapping

Cuando hablamos de SIM swapping nos estamos refiriendo a una estafa informática que consiste en duplicar de forma fraudulenta la tarjeta SIM del teléfono móvil de una persona: primero, el ciberdelincuente suplanta su identidad para conseguir el duplicado; para, a continuación, una vez que la víctima se queda sin servicio telefónico, acceder a su información personal y tomar el control efectivo de su banca digital utilizando los SMS de verificación que llegan al número de teléfono.

La STS de 9 de abril de 2025[47] confirma la condena a Ibercaja Banco, S.A., por no haber protegido de forma adecuada a un cliente frente a un fraude digital mediante la técnica del SIM swapping, método fraudulento que permitió, en este caso, realizar transferencias no autorizadas por valor de 83.692,73 euros. Aunque el banco recuperó parte del dinero, el cliente reclamó el resto alegando incumplimiento del contrato por parte de la entidad, al no cumplir con sus obligaciones de diligencia en banca electrónica.

El Alto Tribunal español analiza la normativa europea y la normativa interna de España sobre servicios de pago (Directiva 2015/2366/UE y RDL 19/2018), advirtiendo de que ambas imponen al banco una responsabilidad casi objetiva ante operaciones no autorizadas, salvo que pueda demostrar que el cliente actuó con dolo o negligencia grave, carga probatoria que corresponde al banco.

Ante este supuesto, el Tribunal Supremo descarta que el cliente actuase de forma negligente, ya que había alertado en varias ocasiones de señales de posible fraude (mensajes no solicitados, accesos sospechosos, cargos anómalos…), razón por la que puede sostenerse que actuó con la diligencia debida.

Además, esta sentencia señala que la entidad bancaria incumplió su deber de aplicar medidas de seguridad efectivas, al no activar sistemas de control pese a la concurrencia de quince transferencias sospechosas efectuadas en escaso espacio de tiempo. Este incumplimiento supone una clara vulneración del Reglamento Delegado (UE) 2018/389 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2017, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las normas

47 ECLI:ES:TS:2025:1671.

técnicas de regulación para la autenticación reforzada de clientes y unos estándares de comunicación abiertos comunes y seguros[48]. Se trata de un reglamento que viene a exigir controles adicionales más allá de la autenticación con clave y SMS.

La Sala también anula cláusulas contractuales que pretendían eximir al banco de responsabilidad frente a ataques externos, por considerarlas contrarias al régimen legal imperativo. En este sentido, el Tribunal Supremo reitera que los bancos deben comportarse como expertos en la materia, ofreciendo una protección eficaz frente a fraudes previsibles, y no limitarse solo a cumplir en lo formal con exigencias técnicas.

5.5. Ransomware

Un ransomware o «secuestro de datos» es un tipo de programa dañino que restringe el acceso a determinadas partes o archivos del sistema operativo infectado y pide un rescate a cambio de retirar o suprimir esta restricción.

Por medio de este ciberdelito los delincuentes consiguen paralizar la actividad de la empresa secuestrada, afectando al servidor o al sistema operativo, y pidiendo a cambio un rescate a la víctima para desbloquearlo, por lo general de un importe elevado.

El Tribunal Supremo estableció que un ciberataque a través de ransomware puede justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) por causa de fuerza mayor, al estimar que se trata de un suceso inevitable (STS, Sala de lo Social, 908/2024, de 11 de junio).

La legitimación pasiva en estos casos puede ser de difícil identificación. Como es obvio, las entidades bancarias, ante estos ciberdelitos, no adquieren el protagonismo que suelen tener en los otros supuestos objeto de comentario.

CONCLUSIONES A MODO DE DECÁLOGO

De lo expuesto a lo largo del presente estudio, es preciso extraer ciertas conclusiones a modo de decálogo:

1ª. La IA ha llegado para quedarse y el futuro no se entenderá sin su empleo y el uso de sus aplicaciones, pero también de sus riesgos y posibles peligros de distinto signo.

2ª. La prevención a nivel tecnológica es el elemento central en el que enfocar los esfuerzos, tanto de los particulares como, sobre todo, de las empresas y administraciones. La adaptación e implementación de nuevos sistemas de protección será el caballo de batalla a seguir.

3ª. Las empresas y administraciones precisan de seguros específicos ante riesgos de ciberataques que contemplen la cobertura de responsabilidades en tales casos.

4ª. Las entidades bancarias habrán de seguir avanzando en la protección e implementación de mecanismos de seguridad al albur de estos riesgos.

48 DOUE núm. 69, de 13 de marzo de 2018, pp. 23-43.

5ª. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido en la necesidad de una cadena de custodia rigurosa, que garantice la trazabilidad de la prueba electrónica desde su obtención hasta su valoración judicial.

6ª. Relacionado también con la prueba electrónica, la práctica pericial adquiere un papel central, pues solo mediante un análisis técnico especializado y riguroso es posible acreditar la autenticidad y fiabilidad de los datos incorporados al proceso.

7ª. Estimamos importante una regulación europea y española en torno al blockchain como medio de prueba válido y no solo como fuente probatoria electrónica.

8ª. A nivel jurídico, sería conveniente que los diferentes estados, en el contexto internacional, establezcan convenios de colaboración para la lucha contra los ciberataques y el mal uso de la IA. Crear un organismo supranacional, para la seguridad de la IA, una especie de AESIA de ámbito internacional. Para ello, podría ser necesaria la cesión o delegación de competencias nacionales y un acuerdo, lo más amplio posible, al que se unieran el mayor número de estados, sobre todo incluyendo las potencias mundiales, EEUU, China, Rusia, estados de la UE…

9ª. Llevado al terreno policial, una mayor interconexión de las unidades especializadas de cada uno de los países, teniendo, por ejemplo, como punto de conexión la INTERPOL, con una colaboración recíproca tanto de información como de medios que favorezca la lucha contra la ciberdelincuencia internacional.

Nos encontramos ante un problema de ámbito global, no solo nacional o autonómico, que debe analizarse desde la óptica de un gran angular y no de un modo cortoplacista ni restrictivo, sino con un carácter tan ambicioso a como lo abordan, en sentido inverso, los hackers y ciberdelincuentes.

10ª. La reclamación civil a bancos y entidades financieras en caso de ciberdelitos económicos se antoja, conforme la última jurisprudencia recaída, como la solución jurídica más mediata a los efectos del resarcimiento económico de las víctimas, sin perjuicio del procedimiento penal que, en su caso, pudiera llegar a articularse.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA: Consejo de la Unión Europea: *Mejor acceso a las pruebas electrónicas para combatir la delincuencia* (en línea). Bruselas: Secretaría General del Consejo, 27 de junio de 2023.

— *Cómo combate la UE la ciberdelincuencia* (en línea). Bruselas: consilium.europa.eu (sin fecha).

CRIADO ENGUIX, J.: "Blockchain como medio de prueba electrónico en el marco de un proceso penal transfronterizo frente al ciberdelito", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 85, 2025, pp. 492-527.

DÍAZ MARTÍNEZ, M.: "El factor criminógeno de las TIC", en *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, Pérez Gil, J. (coord.). Madrid: Editorial Colex, 2012, pp. 529-544.

LLUCH, X.A.: *La prueba electrónica*, Picó i Junoy, J. (dir.), JB Bosch, Barcelona, 2011, pp. 21 y ss.

PARDO GATO, J.R.: "La defensa letrada y el devenir tecnológico", *Foro Galego, Revista jurídica más antigua de Galicia*, núms. 196-197, segundo semestre 2006, pp. 337-374.

— *La ciberseguridad como deber deontológico del abogado. El secreto profesional y la protección de datos*, con prólogo de Eugenio Gay Montalvo, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

FISCALIDAD EMPRESARIAL Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. LA LEY 2/2024, DE 7 DE NOVIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LOS BENEFICIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LOS PROYECTOS QUE UTILIZAN LOS RECURSOS NATURALES DE GALICIA

BUSINESS TAXATION AND REGIONAL LEGISLATION: LAW 2/2024 OF NOVEMBER 7 ON THE PROMOTION OF THE SOCIAL AND ECONOMIC BENEFITS OF PROJECTS THAT USE THE NATURAL RESOURCES OF GALICIA

Xosé A. Sarmiento Méndez
Letrado Oficial Mayor del Parlamento de Galicia

Martiño Sarmiento Murias
Graduado en Derecho USC. Miembro del Equipo de trabajo del proyecto de la Universidade de Santiago de Compostela "Ecosistema Digital y Desinformación: amenazas y soluciones para fortalecer la libertad de expresión e información en las sociedades democráticas"

Resumen: Se analiza la Ley gallega 2/2024 de promoción económica y ambiental, centrándose en la conciliación entre el desarrollo económico y la protección medioambiental en Galicia. Aborda para ello los títulos competenciales del Estatuto de Autonomía de Galicia, la interacción entre competencias autonómicas y estatales, y la importancia de la seguridad jurídica para evitar conflictos jurisdiccionales, especialmente en sectores como el eólico. Entre otros aspectos se destacan temas como la prohibición de discriminación por residencia o establecimiento, la integración de la valoración del impacto social y económico en la evaluación ambiental, la intervención pública en la promoción económica, la gestión de residuos y la eficiencia energética, así como la singularidad del derecho de propiedad rural gallego.

Abstract: This article analyzes Galician Law 2/2024 on economic and environmental promotion, focusing on the reconciliation between economic development and environmental protection in Galicia. It addresses the jurisdictional titles of the Galician Statute of Autonomy, the interaction between regional and state

powers, and the importance of legal certainty to avoid jurisdictional conflicts, especially in sectors such as wind energy. Other topics highlighted include the prohibition of discrimination based on residence or establishment, the integration of social and economic impact assessments in environmental assessments, public intervention in economic promotion, waste management, and energy efficiency, as well as the uniqueness of Galician rural property rights.

Palabras clave: Parlamento, autonomía, promoción económica, discriminación, medio ambiente.

Keywords: Parliament, autonomy, economic promotion, discrimination, environment.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN *1. Títulos competenciales autonómicos de Galicia. 2. La prohibición de discriminación.* II. IMPACTO AMBIENTAL Y PROMOCIÓN ECONÓMICA III. INTERVENCIÓN PÚBLICA Y PROMOCIÓN ECONÓMICA IV. FISCALIDAD Y PROMOCIÓN DE LA ENERGÍA EÓLICA TERRESTRE Y MARINA V. PROPIEDAD FORESTAL: RECUPERACIÓN DE MONTES INCENDIADOS VI. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA *1. Autoconsumo en áreas empresariales. 2. Créditos de carbono. 3. Residuos biometanizables. 4. Reciclaje por plantas de compostaje de Sogama.* VII. CONCLUSIONES VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Europea ha advertido en junio de 2025 que la degradación de la naturaleza presenta "importantes riesgos" para la economía y la competitividad de España. Esta no es sino una más de las alertas que se han disparado en una situación en la que la necesaria conciliación del desarrollo económico y el uso racional de los recursos se plantea como imprescindible. Así se ha afirmado[1] que "la transición jurídica constituye un eje fundamental y vertebrador que requiere la confluencia de las voluntades gubernamentales y de la ciudadanía comprometidas con el esfuerzo común que implican las medidas de mitigación y adaptación contra el cambio climático". En este orden de cosas resulta de interés analizar la respuesta que el legislador gallego ha planteado ante un momento de necesario relanzamiento económico tras sucesivas crisis de toda índole (financiera, pandémica y geoestratégica) y las demandas sociales e institucionales de respeto medioambiental. La corrección jurídica de las medidas previstas en la ley son determinantes del escenario de seguridad jurídica en el que se lleve a cabo la actividad mercantil en nuestra Comunidad autónoma y puede evitar situaciones de conflictividad jurisdiccional paralizadoras del desarrollo económico como las muy recientes en el

1 Francisco Jiménez García, "Transición Ecológica y el derecho humano intergeneracional a un ambiente sano y sostenible como garantía". *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 73/2, julio-diciembre 2025, págs. 243-287.

sector eólico de Galicia. Este análisis se presenta como doblemente actual por el contenido de la ley 5/2025, de 23 de diciembre de medidas fiscales y administrativas 5/2025, de 23 de diciembre aprobada por el Parlamento de Galicia simultáneamente con la ley de presupuestos para 2026 que dispone en materia de política industrial modificaciones en el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de política industrial, aprobado por el Decreto legislativo 1/2015, de 12 de febrero. Estas modificaciones tienen por objeto mejorar la tramitación de los proyectos industriales estratégicos y las posibilidades de desarrollo e implantación de iniciativas empresariales. Así, se incluye la posibilidad de implantar un proyecto industrial estratégico en un ámbito de un plan sectorial o de un proyecto de interés autonómico ya aprobados o en tramitación. Del mismo modo, se establece la aplicación del procedimiento de los proyectos industriales estratégicos a los proyectos estratégicos de cero emisiones netas. En nuestra opinión el marco constitucional permite que Galicia aplique el procedimiento de los PIE a proyectos de cero emisiones para acelerar la burocracia, pero prohíbe que esa aceleración signifique "menos control" o que se deje en manos privadas lo que corresponde a la inspección pública.

1. Títulos competenciales autonómicos de Galicia

Los títulos competenciales sobre los que descansa una regulación de la promoción económica en la Comunidad Autónoma de Galicia están bastante claros en el Estatuto de Autonomía de 1981. La redacción estatutaria comprende en el artículo 27.24 como competencia exclusiva la promoción del desarrollo comunitario como ámbito competencial genérico habilitador que se ve completado con otros como los que tienen que ver con la protección medioambiental que en el caso de esta ley son referenciales, previstos en el artículo 27.30 del Estatuto de Autonomía. En este sentido puede recordarse la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de abril de 1990 en la que se decidió que la promoción del desarrollo comunitario ampara los decretos autonómicos de fomento y promoción de empresas en Galicia y que las subvenciones previstas por la Xunta no significan un quebranto o fragmentación del mercado laboral, ni tampoco vulneran el principio de solidaridad en su manifestación de comportamiento leal entre los poderes territoriales del Estado. En todo caso hay que tener presente que la competencia sobre desarrollo comunitario se ve afectada por los planes estatales y así se reconoció en relación con la impugnación presentada por la Xunta de Galicia del Real Decreto Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1986. La efectivización de estas medidas ha de ser muy respetuosa con el contenido esencial del derecho contemplado en el artículo 38 de la Constitución, es decir con el respeto de la dimensión positiva de la libertad de empresa [2].

Además, dentro de las competencias sectoriales previstas en el artículo 27.13 y 28.3 del Estatuto podemos encontrar la competencia gallega sobre instalaciones de producción,

2 García Vitoria, Ignacio. "¿Qué constitución en materia económica? (45 años desde la constitucionalización de la libertad de empresa)". *Constitución, Administración y Parlamento*. Congreso de los diputados, pp. 267 y ss., 2024.

distribución y transporte de energía eléctrica, además de las del 27.12 sobre aprovechamientos hidráulicos, y las compartidas del artículo 28.3 del Estatuto sobre la materia de régimen minero y energético.

Por otro lado, el artículo 30.1.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia atribuye a la Xunta a las competencias sobre fomento de la actividad económica en nuestra Comunidad Autónoma, competencias que deberán ser ejercitadas con respeto a las que son titularidad del Estado respecto de la planificación de la actividad económica general, que tiene como sabemos un ámbito transversal muy potente reconocido por nuestro Tribunal Constitucional. En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1989 ante un recurso de la Xunta de Galicia dejó claro que no cabe alegar este título competencial con carácter genérico para obstruir la participación del Estado, pues a este le corresponde la ordenación de la actuación económica en general (STC de 15 de noviembre de 1990 sobre las medidas de fomento del sector de la construcción naval en Galicia). En todo caso la actuación estatal tampoco puede vaciar las competencias asumidas por las comunidades autónomas en materia de planificación. Como se ha apuntado[3] "característica de nuestra distribución de competencias es que sigue un modelo que puede denominarse federalismo de ejecución" y ello como veremos tiene una manifestación muy clara en las facultades autonómicas de promoción económica y empresarial.

Existen artículos del Estatuto de Autonomía que fundamentan el ejercicio de potestades legislativas por el Parlamento en relación con los montes aprovechamientos forestales y obras públicas en general que son utilizadas como motivo de esta iniciativa legislativa para abordar la regulación de la recuperación de montes incendiados y, finalmente también las competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo son fundamento suficiente para el tratamiento de la regulación del autoconsumo en áreas empresariales de Galicia.

Desde la perspectiva de la protección ambiental también se justifica intervenir en cuestiones tan novedosas como los créditos de carbono o la valorización integral de los residuos con alto potencial de biometanización. La Ley 7/2021 de Cambio Climático y Transición Energética, refuerza el papel de las comunidades autónomas en la lucha contra el cambio climático, proporcionando un marco normativo que permite también a Galicia participar activamente en esta materia, incluyendo la regulación de los créditos de carbono como herramienta para mitigar los efectos del cambio climático.

Más allá de las competencias que la comunidad dispone como todas la restantes existentes sobre autoorganización, también puede traerse a colación la competencia sobre actuación de sector público autonómico contemplada en el artículo 30 del Estatuto de Autonomía para Galicia. Esta última competencia estatutaria debe entenderse referida al apartado 1. 7º del citado artículo que en su letra b) prevé los programas genéricos para Galicia, estimuladores de la ampliación de actividades productivas e implantación de nuevas empresas (STC de 15 de noviembre de 1990).

3 Biglino Campos, Paloma, "Comunidades autónomas: competencias". *Enciclopedia de las ciencias morales y políticas para el siglo XXI.* Ciencias políticas y jurídicas. Edición de Benigno Pendás. Prólogo de Miguel Herrero de Miñón, 2020, p. 592.

Nos encontramos ante una actuación legislativa que ha tenido continuidad en Galicia y así la ley 5/2025, de 23 de diciembre de medidas fiscales y administrativas que acompaña los presupuestos de la Comunidad autónoma para 2026 introduce diversas modificaciones en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre, de tasas, precios y exacciones reguladoras de la Comunidad Autónoma de Galicia, consistentes tanto en la creación de nuevas tarifas como en la modificación o eliminación de algunas vigentes. Cabe destacar la inclusión de una exención del pago de tasas cuando la actividad gravada sea consecuencia de algún acontecimiento extraordinario asociado a situaciones de emergencias o catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea esta accidental o intencionada, o de circunstancias sanitarias, medioambientales o tecnológicas de carácter excepcional o de fuerza mayor, así como la exención para las entidades locales del pago de las tasas por anuncios en el Diario Oficial de Galicia relativos a la ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

2. La prohibición de discriminación

El artículo 6 de la ley trata de la Prohibición de discriminación y dispone: "En ningún caso la consideración de los beneficios sociales y económicos de los proyectos podrá implicar la imposición de condiciones ni requisitos que tuvieran como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia de los operadores económicos". Nos encontramos con una declaración del legislador autonómico que adelanta un criterio interpretativo de la ley, el de la ausencia de voluntad intrusiva en las competencias estatales reguladoras de la igualdad de derechos de los españoles en una línea remarcada reiteradamente por el máximo intérprete de la Constitución y que se deduce de sus artículos 138 y 139.

El Tribunal Constitucional asume que el art. 138.1 de la Constitución no es solo un elemento interpretativo de las competencias, pues para él no constituye un nuevo título competencial a favor del Estado (STC 247/2007, FJ 4). La doctrina[4] cree que el propio Tribunal Constitucional, más que fundamentar en el art. 138.1 CE nuevos poderes del Estado, lo que hace es utilizar la finalidad que tal precepto le asigna para dotar de contenido y delimitar las facultades que encierran ciertos títulos competenciales del Estado: así, el de ordenación general de la economía ex art. 149.1.13.ª CE, al que nos referimos con anterioridad al hablar de las competencias de planificación en Galicia, y los relativos a la hacienda general (art. 149.1.14.ª CE) y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.ª CE). Se trata de una actuación llevada a cabo en un sentido expansivo para las competencias estatales y en perjuicio de la potestad normativa autonómica.

Las SSTC 79/2017 y 111/2017 reconocen que el grado de unidad del mercado nacional depende de una decisión política de las Cortes Generales sin que se encuentre impuesto directamente por la Constitución[5] y ello incide en la flexibilidad del alcance de las

4 Albertí Rovira Enoch, "La solidaridad territorial y la prohibición de privilegios económicos o sociales" *Diario La Ley*, Nº 9355, Sección Documento on-line, 11 de febrero de 2019, Wolters Kluwer.

5 De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2018). "La nueva concepción constitucional de la unidad de mercado. Los

facultades de promoción económica de las Comunidades autónomas en relación con las potestades ejercidas por el legislador estatal.

La prohibición de discriminación prevista en el artículo 6 incorpora en el ordenamiento jurídico gallego ideas presentes en la STC 55/2022, de 5 de abril, que admiten como criterio de diferenciación la residencia o el establecimiento solo si están vinculados a un fin constitucionalmente legítimo y no se convierten en la única razón de trato diferente. Son principios que también las Cortes Generales han positivizado en el artículo 3 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado: "1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. 2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico."

Los criterios de determinación de la existencia de discriminación han sido también objeto de estudio por parte del Tribunal de Justicia de la Unión europea que ha establecido la posibilidad de que se produzcan tanto de forma directa como indirecta. Esa caracterización se desarrolla en el ámbito interno español por la jurisdicción contenciosa cuando Tribunales superiores como el aragonés en Sentencia de 16 de octubre de 2019, afirman que: "no solo se prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en el lugar del domicilio social de las sociedades, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado". La doctrina mantenida conduce a que se aprecia la discriminación cuando la residencia o establecimiento empresarial se utiliza por los poderes públicos como único factor de diferenciación, sin que exista una vinculación a un fin constitucionalmente legítimo y además no existe una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato. Esta valoración obliga a tomar en cuenta la proporcionalidad de la medida para el objetivo propuesto prohibiéndose tomar al territorio, en nuestro caso Galicia, en elemento discriminatorio para crear un privilegio económico injustificado (así en la citada STC 20/2022, de 9 de febrero).

II. IMPACTO AMBIENTAL Y PROMOCIÓN ECONÓMICA

El artículo 8 de la ley gallega aborda la integración de la valoración del impacto social y económico en la evaluación de impacto ambiental vinculada al principio de desarrollo sostenible. Prevé que: "De conformidad con el principio del desarrollo sostenible, la valoración de los beneficios sociales y económicos de los proyectos a los cuales resulta de aplicación la presente ley cuya autorización sea de competencia autonómica se integrará dentro de la evaluación de su impacto ambiental, realizada de acuerdo con la legislación estatal y autonómica aplicable, si esta fuera preceptiva, a los efectos de

mecanismos de garantía y promoción del mercado nacional único en la reciente jurisprudencia constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 271-299. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.09

establecer las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar sus efectos sobre el ambiente". Dos aspectos merecen ser destacados de este artículo. Por un lado, el mandato del legislador gallego para que la valoración se integre en la evaluación de su impacto ambiental, lo cual es respetuoso con las finalidades de economía procesal de la norma y además permite que dentro de un procedimiento administrativo ya contratado en nuestro ordenamiento jurídico se puedan ponderar los intereses en presencia, tanto económicos como medioambientales, todo ello sin perjuicio de reconocer como ha apuntado la doctrina la necesidad de reforzamiento de los mecanismos legales al respecto[6].

En segundo lugar, la previsión de la aplicación de la legislación estatal en la materia, lo que parte por reconocer que la normativa aprobada en aplicación del artículo 149. 1.23 de la Constitución es la referencia esencial en la protección ambiental en este ámbito. Así lo ha entendido también la Sentencia del TS 1120/2020 del 27 de julio de 2020 que aclara que, en el ámbito de las competencias compartidas en materia de medio ambiente, el Estado tiene la competencia para establecer la legislación básica, mientras que las Comunidades Autónomas tienen la competencia para aprobar normas adicionales de protección del medio ambiente. Por ello Galicia puede participar en la implementación de la legislación estatal mediante la adopción de medidas adicionales que refuercen la protección ambiental.

Un alcance más procedimental tiene el artículo 15 que aborda el análisis de los efectos sociales y económicos de los proyectos y de los servicios ecosistémicos en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental de competencia estatal. En este sentido dispone que el órgano competente en materia de ambiente de la Comunidad Autónoma, en el trámite de la consulta preceptiva prevista en la legislación de evaluación ambiental de los proyectos a los cuales resulta de aplicación la presente ley cuya autorización sea de competencia estatal, analizará, en particular, los efectos sociales y económicos enumerados en el artículo 5 de la presente ley que se deriven de la ejecución del proyecto, y los compromisos adicionales de los promotores, dirigidos a generar beneficios sociales y económicos en el territorio, así como la prevención, corrección y, en su caso, compensación de los efectos sobre los servicios ecosistémicos, y su conservación, recuperación y uso sostenible. Para la realización de este informe, el órgano ambiental podrá recabar información de los órganos de la Administración y del sector público autonómico sobre los aspectos que sean de su competencia y, en particular, de la consejería con competencias en materia de economía. Un aspecto fundamental de la participación de Galicia en la evaluación ambiental es su capacidad para determinar qué órganos dentro de su estructura administrativa son responsables de llevar a cabo las funciones relacionadas con la evaluación ambiental. Es interesante reseñar que la Sentencia 74/2024 del Tribunal Supremo ha dicho que las funciones atribuidas al órgano ambiental y al órgano sustantivo corresponderán a los órganos que determine la legislación de cada comunidad autónoma cuando se trate de la evaluación ambiental de

6 González Botija, Fernando, "A vueltas con el acceso a la justicia en materia medioambiental". *Constitución, Administración y Parlamento*. Congreso de los diputados, p. 1475, 2024.

planes, programas o proyectos que deban ser adoptados, aprobados o autorizados por las comunidades autónomas.

La otra modalidad prevista en la ley figura en el artículo 16 sobre el análisis de los efectos sociales y económicos de los proyectos y de los servicios ecosistémicos en los procedimientos de competencia estatal en que no sea preceptiva la evaluación de impacto ambiental. Se establece que en los proyectos a los que resulta de aplicación la presente ley cuya autorización sea de competencia estatal y en los cuales no sea preceptiva la evaluación de impacto ambiental la Comunidad Autónoma de Galicia, en el trámite de consultas que proceda en cada caso de acuerdo con la normativa de aplicación, emitirá informe preceptivo en el cual se analizarán, en particular, los efectos sociales y económicos enumerados en el artículo 5 de la presente ley que se deriven de la ejecución del proyecto, y los compromisos adicionales de los promotores, dirigidos a generar beneficios sociales y económicos en el territorio, así como la prevención, corrección y, en su caso, compensación de los efectos sobre los servicios ecosistémicos, y su conservación, recuperación y uso sostenible. A este respecto puede recordarse el auto del Tribunal Supremo del 15 de junio de 2022 que clarifica que la competencia para la evaluación ambiental depende de quién sea el órgano sustantivo. Así cuando se trata de autorizaciones que deba conceder la Administración General del Estado, el órgano ambiental competente es el estatal, no el gallego. Por otro lado, cuando se trata de proyectos que deban ser autorizados por la administración gallega, las funciones del órgano ambiental corresponden al órgano ambiental autonómico.

III. INTERVENCIÓN PÚBLICA Y PROMOCIÓN ECONÓMICA

Resulta sabido que el artículo 128 de la constitución española acoge con naturalidad la planificación económica y la actuación de los poderes públicos en la economía en el marco de lo dispuesto en su artículo 38. La ley gallega 2/2024 incorpora un artículo 24 sobre las actuaciones de las sociedades participadas, que prevé que "las actuaciones que lleven a cabo las sociedades participadas contempladas en este capítulo para la consecución de sus objetivos se realizarán en condiciones de igualdad y competencia con el resto de los participantes del mercado". La participación de la Administración promoverá que los estatutos y demás pactos sociales que rijan la actividad de las sociedades participadas contemplen como criterio de inversión el impacto socioeconómico entre las comunidades locales y, en caso de que se estimase necesario, las medidas necesarias para maximizarlo, garantizando en todo caso la viabilidad financiera del proyecto para la propia sociedad participada. Esta vía de intervención pública para la promoción económica como apunta la doctrina no ha sido conflictiva históricamente, pues al tratarse de medidas adoptadas en beneficio de los ciudadanos y no para limitar sus derechos se ha visto amparada por la actuación de fomento y fundada en simples criterios de política económica y social[7]. Debe en todo caso ponderarse la intensidad de la intervención pues una consideración favorecedora de las comunidades locales que discrimine arbitrariamente a otras inversiones podrá ser impugnable. Esta consi-

7 Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos, Madrid, p. 820, 2024.

deración parece ser tenida en cuenta también por el legislador gallego cuando en la redacción legal condiciona las medidas a la "viabilidad financiera del proyecto" para la sociedad en la que participa la Xunta de Galicia.

De modo complementario, la participación de la Administración promoverá que los estatutos y demás pactos sociales indicados procuren la integración de los miembros de las comunidades locales en el desarrollo de los proyectos y, en su caso, en el reparto de beneficios, facilitando participaciones en su capital. Entre los miembros de las comunidades locales se considerarán, en particular, las corporaciones locales con afecciones ambientales relacionadas con el desarrollo de los proyectos. Cabe preguntarse igualmente por los límites de las previsiones estatutarias y demás pactos sociales para llevar a cabo una labor que en la procura de la integración de los vecinos puedan limitar los derechos de otros ciudadanos españoles o de la unión europea que tienen garantizados sus libertades económicas sin límites en nuestro territorio.

La participación de la Administración autonómica tiene como fundamento estatutario el artículo 55.2 EAG puesto que si la Xunta puede constituir sociedades para sus fines institucionales con más razón puede participar otras, y Galicia ha seguido en este tema un esquema muy semejante al del sector público estatal[8] (Nogueira, Alba 2024, p.273).

En concreto, según esta ley promoverá que estas sociedades:

a) Produzcan y difundan de forma abierta y gratuita modelos y estándares de calidad para el diseño, desarrollo y ejecución de los proyectos, de manera que se faciliten la transparencia del mercado y la participación de todos los operadores en condiciones de igualdad, así como las relaciones con la Administración y proveedores, la interlocución con los agentes sociales y la financiación y refinanciación de proyectos, entre otros. Las ambiciosas finalidades previstas por la norma configuradas de modo ciertamente altruista despiertan unas expectativas que sólo una ejecución seria y planificada puede cumplir pues la lógica mercantil es reticente por naturaleza a la puesta a disposición de competidores del mercado de los logros obtenidos.

b) Impulsen o fomenten el desarrollo de proyectos de autoconsumo y eficiencia energética individuales o colectivos, en particular en el contexto de los parques empresariales de Galicia y de las industrias electrointensivas. En este contexto tiene relevancia el uso de la inteligencia artificial y la valoración ecológica de su utilización, algo que está también en la base del tratamiento normativo de la ley gallega de inteligencia artificial que ha venido a incorporarse con posterioridad al ordenamiento jurídico de Galicia[9].

c) Incluyan en sus prácticas de contratación y colaboración medidas que prioricen a las pequeñas y medianas empresas locales y los proveedores que demuestren un mayor impacto socioeconómico en la zona. ¿qué efectos puede producir un mandato normativo como éste? La conciliación con las disposiciones de la contratación administrativa

8 Nogueira López, Alba, "Administraciones y sectores públicos autonómicos". *Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, p. 273, Madrid, 2024, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

9 Sarmiento Murias, Martiño. "Inteligencia artificial, desinformación y legislación autonómica. Delimitación competencial de la ley gallega de 2025", *Elex Insight Derecho y Nuevas Tecnologías*. Nº.6, junio 2025, p. 25.

exige una labor cuidadosa en la aplicación de esta previsión legal pues la priorización de pymes locales y proveedores no puede discriminar ni impedir la libre concurrencia de cualesquiera licitadores.

Distinto alcance tiene la disposición final tercera de la ley que prevé la modificación del Decreto legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado e incluye una deducción por inversión en la adquisición de acciones o participaciones sociales en entidades que realicen determinados proyectos declarados de especial interés público, social o económico. La autonomía tributaria autonómica permite que, dentro del marco establecido por la LOFCA, sea perfectamente posible este trato fiscal favorable.

IV. FISCALIDAD Y PROMOCIÓN DE LA ENERGÍA EÓLICA TERRESTRE Y MARINA

La Ley 2/2024 de 7 de noviembre en su disposición final segunda modifica la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crea el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, en concreto en lo referido al régimen de autorizaciones administrativas. De este modo la tramitación de las autorizaciones administrativas necesarias de las infraestructuras de evacuación habrá de solicitarse juntamente con la solicitud de autorización administrativa previa y de construcción del parque eólico. Es una modificación de interés pues evita problemas de disconformidad en la resolución de las autorizaciones y permite que el solicitante vincule sus aspiraciones de explotación desde el primer momento con la viabilidad práctica de la explotación energética. En este sentido la doctrina había advertido que "para el establecimiento de un parque eólico nos encontramos con el requerimiento de una dualidad de autorizaciones vinculadas a la tramitación de sendos procedimientos sustantivos. Por una parte, está la autorización ligada a las concretas instalaciones técnicas referidas al mismo proyecto de ejecución de producción de energía eléctrica y su incorporación al sistema (PEPE). Y, por otra parte, como dichas instalaciones tienen una gran relevancia desde el punto de vista de la ordenación del territorio y el urbanismo, es necesario que el planeamiento permita la concreta ubicación de dicha construcción en el lugar pretendido" [10].

Por otro lado, el artículo 32 dispone que, a fin de contribuir a regular y preservar el ambiente, y especialmente velar por la gestión racional y sostenible del litoral, teniendo en cuenta sus extraordinarios valores ambientales, con carácter de ingreso compensatorio y naturaleza impositiva extrafiscal y real, se crea el canon a las infraestructuras necesarias para la evacuación de eólica marina aplicable al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Los ingresos derivados del canon, deducidos los costes de gestión, y aquí está lo realmente interesante de la nueva figura creada, se destinarán a la conservación,

10 Arias Martínez, María Antonia, "Incidencia de la normativa medioambiental en la instalación de parques eólicos en Galicia. Soluciones adoptadas por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo." Movilla Pateiro, L. (2024), *El pacto verde europeo análisis y perspectivas* (p. 391). Editorial Tirant Lo Blanch. https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410711884

reposición y restauración del ambiente, así como a las actuaciones de compensación y reequilibrio ambiental y territorial, de las cuales serán principales beneficiarios los ayuntamientos por el soterramiento de las infraestructuras necesarias para la evacuación en las zonas de influencia de los proyectos. La redacción legal es lo suficientemente amplia como para que los recursos así obtenidos puedan ser utilizados para finalidades variadas siempre y cuando respeten la esencia del canon: resarcir los perjuicios que puedan producir esas instalaciones energéticas.

Además, será beneficiario el conjunto del sector pesquero mediante actuaciones que, promovidas por la Administración autonómica, se dirijan a compensar las afecciones derivadas de la implantación de los parques eólicos marinos cuya energía se evacua, así como a promover la conservación del ecosistema y la biodiversidad. Esa previsión legal es particularmente relevante en una comunidad como la gallega en la que existen colectivos numerosos potencialmente afectados como los mariscadores, marineros e integrantes del sector mar-industria a los que resulta legítimo resarcir de los daños y perjuicios que puedan producirse.

Hay que constatar que los cambios normativos de 2024 no han recibido una evaluación legislativa favorable y ello ha conducido a que la ley 5/2025, de 23 de diciembre de medidas fiscales y administrativas que se ha tramitado simultáneamente con la ley de presupuestos de 2026 haya introducido una disposición adicional en la Ley 7/2008, de 7 de julio, de protección del paisaje de Galicia, con la finalidad de aclarar los efectos de la declaración de interés público superior de los parques eólicos y de sus infraestructuras de evacuación en relación con la normativa de protección del paisaje. En este sentido, la declaración del interés público superior de la planificación, construcción y explotación de los parques eólicos de competencia autonómica, así como de sus infraestructuras de evacuación, atendiendo a las finalidades en que se basa, se tendrá en cuenta como un elemento de singular relevancia al ponderar los intereses jurídicos de cada caso en la emisión de los informes de impacto e integración paisajística previstos en la normativa de desarrollo de la ley, así como en los procedimientos de evaluación ambiental necesarios para la autorización de los proyectos en los que se valore esta integración paisajística, de tal modo que se dé prioridad a la construcción y explotación de los parques y al desarrollo de sus infraestructuras de evacuación. En particular, se considerará que la instalación de parques eólicos es compatible con los objetivos de calidad paisajística recogidos en las Directrices de paisaje de Galicia. La regulación de la disposición, por lo demás, establece una serie de directrices, sin perjuicio de las ya contempladas con carácter general en dicho documento.

V. PROPIEDAD FORESTAL: RECUPERACIÓN DE MONTES INCENDIADOS

La concepción del derecho de la propiedad en Galicia está asentada en principios muy singulares en el ámbito rural de manera que nuestro derecho civil especial ha incorporado instituciones de origen germánico que se manifiestan especialmente en la propiedad forestal. Se trata de ideas que podemos conectar con la dimensión relacional

del derecho de propiedad[11] "las personas, todas, se desarrollan a partir de relaciones de mutua dependencia, no es posible concebir que existan polos inconexos entre los intereses individuales y colectivos. Los dos se potencian mutuamente. El bienestar individual depende de las condiciones públicas".

La actuación legislativa que plasma estas ideas en este sector es muy prolífica en Galicia. Partiendo de títulos estatutarios diferenciados el Parlamento gallego ha aprobado, por un lado, numerosas leyes de sustantivas reguladoras de los montes y de los montes vecinales en mano común y por otro, legislación en materia de incendios forestales.

La actual medida objeto de análisis se contiene en el artículo 49 que prevé comisiones de seguimiento del Fondo de Recuperación del Territorio Afectado por Incendios Forestales de Incidencia Singular. Así, para fomentar la transparencia, participación e información de las actuaciones del fondo, así como la eficiencia en su utilización, la consejería competente en materia de prevención y extinción de incendios forestales, mediante resolución de su persona titular, creará una comisión general de seguimiento del fondo formada por personas provenientes de dos ámbitos. De una parte, representantes del sector público y de las entidades que, perteneciendo al sector privado, hayan aportado al fondo una cuantía superior a la que se fijase mediante dicha resolución, y de otra parte, en su caso, otras entidades privadas relacionadas con el sector forestal o la protección ambiental. El modo de cooptación de los integrantes de la comisión atendiendo a su previa participación económica destacada en la materia es una vía de fomento honorífica que además permite a esos sujetos particularmente implicados implicarse en la gestión (aunque sea solo en su supervisión) de las partidas presupuestarias existentes.

Se trata de un ámbito regulatorio en continuo cambio como atestigua la modificación incluida en la ley 5/2025, de 23 de diciembre de medidas fiscales y administrativas que acompaña la ley de presupuestos para 2026 en la que se agiliza el procedimiento de ejecución subsidiaria, en los casos en que la administración constate el incumplimiento por parte de las personas responsables de su obligación legal de tener concluida la gestión de la biomasa y de retirada de especies arbóreas una vez que finalice el mes de mayo de cada año. En estos casos, podrá proceder sin más trámite a la ejecución de la realización de los trabajos materiales y a la repercusión de los costes, actuando con preferencia en las zonas de mayor riesgo de incendios forestales. Previamente al inicio de los trabajos materiales, se publicarán los anuncios pertinentes y se otorgará un plazo mínimo de quince días para el cumplimiento de la obligación legal.

VI. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

1. Autoconsumo en áreas empresariales

En virtud del artículo 52 se respeta escrupulosamente la autonomía local y serán competencia de la Administración municipal, solamente en los casos en que lo exigiese la normativa, las licencias, autorizaciones o permisos necesarios para la implantación de

11 Fuenzalida Bascuñán, S. (2025), "La función social y la concepción relacional de la propiedad privada". Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 29 (1), p. 49. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.29.02

las instalaciones o infraestructuras de producción de energías renovables, tanto en las parcelas de propiedad privada como en las parcelas dotacionales, en las zonas verdes y en los espacios libres del área empresarial, todo ello sin perjuicio de las demás autorizaciones sectoriales o técnicas que correspondan a otras administraciones u organismos, en su caso. En este sentido hay que recordar que, para asegurar el cumplimiento de sus ambiciosos objetivos, la RED III introduce "zonas de aceleración de las renovables". Como se ha señalado[12] "El dimensionamiento de estas zonas queda a discreción de los Estados miembros, sujeto a un vago requisito de que sean "significativas". De forma sintética debe señalarse que los planes que designan las zonas de aceleración deben someterse a evaluaciones ambientales estratégicas; asimismo, debe garantizarse la participación pública en relación con dichos planes".

2. Créditos de carbono

En España la Administración no es responsable directa de las emisiones gaseosas, pues estas son generadas por particulares y por empresas. De ahí que se haya apuntado[13], el enorme reto "que supone para un Estado en el que rija una economía libre de mercado reducir las dichas emisiones, en la proporción que se haya comprometido internacionalmente. Para lograr dicho objetivo, el Estado dispone ciertamente de una amplia gama de instrumentos, entre los que destacan la regulación (fijación de estándares de emisión más estrictos, por ejemplo), la planificación, el poder tributario (se puede gravar extraordinariamente el coche de combustión, para "animar" al ciudadano a comprarse otro eléctrico), y sobre todo la subvención, que es el instrumento más generosamente usado para lograr cambiar el comportamiento de las personas".

La ley gallega prevé en este orden de cosas que las instalaciones o infraestructuras colectivas para producción de energía a partir de fuentes de energías renovables destinadas al uso de las empresas implantadas en un área empresarial, así como sus redes, conexiones a sistemas o infraestructuras generales o redes de suministro, podrán ser calificadas como infraestructuras de utilidad pública o interés social en la resolución administrativa por la que se autoricen dichas instalaciones o infraestructuras. Asimismo, podrán ser calificadas como equipamientos en los instrumentos de planeamiento urbanístico o territorial y en los proyectos de urbanización correspondientes.

De modo complementario la ley dispone que el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo y la entidad instrumental Xestión do Solo de Galicia-Xestur, SA, establecerán incentivos en sus bases de enajenación de parcelas de suelo empresarial, a fin de favorecer la implantación de instalaciones que contribuyan al autoconsumo o al uso de energías renovables por parte de las empresas implantadas en los parques empresariales. Además,

12 Galera Rodrigo, S., & Cocciolo, E. (2025). *El nuevo modelo energético descentralizado y de proximidad. Las comunidades energéticas* (p. 434). Editorial Tirant Lo Blanch. https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410953598

13 Vázquez Berges et altri. "Los retos regulatorios del almacenamiento energético en España", en Sánchez Barroso, B., Gómez Zamora, L. J., Federico Pastor Ruiz, Codes Calatrava, A., Pedro Rubio Escobar, Ortega Burgos, E., Pedro González Torroba, & Manuel García Villarrubia Bernabé. (2023). *Mercados regulados* 2023 (p. 126). Tirant lo Blanch. https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411695084

las entidades antes citadas, en la elaboración de los instrumentos de planeamiento o proyectos de urbanización de áreas empresariales, podrán analizar las posibilidades de uso de la geotermia en las parcelas de suelo empresarial, con el fin de que sus compradores puedan conocer esta posibilidad antes de su adquisición.

3. Residuos biometanizables

España cuenta con múltiples Planes y Estrategias programáticas encaminadas a fijar la senda a seguir para lograr la instalación de dichos sistemas en el territorio nacional de forma exponencial.

Para la promoción de sistemas de valorización integral junto con otros residuos el artículo 64 de la ley mandata que la Administración autonómica promoverá acciones dirigidas a aprovechar las potencialidades de la valorización integral y conjunta de los residuos municipales y de los residuos procedentes de las actividades del sector agroganadero y de las industrias agroalimentarias, con la finalidad de que el sector privado también contribuya al desarrollo de sistemas de valorización integral y conjunta de los residuos generados en la Comunidad Autónoma de Galicia. En una línea análoga la sentencia del Tribunal Supremo 760/2025 de 16 junio 2025 ha dado su conformidad a Derecho del Real Decreto 1055/2022, de 27 diciembre impugnado en determinados preceptos relativos a la responsabilidad ampliada del productor (RAP) de envases comerciales e industriales. Resulta de interés para el entendimiento de la aplicación práctica de la ley gallega que el Alto tribunal afirme que la responsabilidad de la organización de la gestión de residuos recae en el productor del producto y abre la posibilidad de que los sistemas de RAP puedan celebrar acuerdos con los poseedores finales de los residuos de forma que éstos en nombre de los productores den cumplimiento a las obligaciones de gestión. Esta doctrina jurisprudencial entiende que no afectación de la libertad de elección del gestor de residuos ya que los productores del producto, a través de los sistemas individuales de RAP, o colectivos (SCRAP), podrán celebrar acuerdos con los gestores de residuos autorizados para coordinar la organización de la gestión de los residuos generados por sus productos y su financiación.

En el marco de las indicadas acciones previstas en la ley gallega, la Sociedade Galega do Medio Ambiente, SA, podrá contratar la obtención de biometano a partir de los residuos con alto potencial de metanización, o bien transmitir los citados residuos. En ambos supuestos y acudiendo a las previsiones de cláusulas ambientales previstas en el artículo 127 de la ley de contratos del sector público podrán incluirse[14], como criterios de valoración de las ofertas y/o como condiciones contractuales, además del precio ofertado y del cumplimiento de los objetivos de reciclaje o reutilización establecidos en la correspondiente normativa europea, nacional y autonómica, criterios y consideraciones ambientales relativos al tratamiento y valorización conjunta de los residuos con destino a la producción de biogás, junto con los procedentes de las actividades del sector agroganadero, las industrias agroalimentarias u otros sectores.

14 Pastor Merchante, Fernando, "Actividad de promoción y fomento". *Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, p. 621, Madrid, 2024, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Podrán valorarse, en particular, los compromisos de los adquirentes de los residuos en relación con el volumen de otros recursos que se van a recoger y valorizar y el ámbito territorial que comprenda esa recogida complementaria en la comunidad autónoma, así como las condiciones de esta, incluidos los compromisos que los adquirentes asuman relativos a los precios que hayan de satisfacer los terceros que voluntariamente les entreguen los otros residuos que se van a valorizar, procurando que estos sean los menos posibles, al objeto de facilitar a los indicados terceros el cumplimiento de sus obligaciones de gestión. Una vez más la ley aparece redactada con contenidos desiderativos y no imperativos por lo que el grado de implantación dependerá de cómo el sector público gallego la aplica con los licitadores de esos proyectos.

4. Reciclaje por plantas de compostaje de Sogama

Disposición meramente programática es la previsión de que dentro del sistema promovido por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia para la gestión institucional de los residuos domésticos, gestionado por la Sociedade Galega do Medio Ambiente, SA, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 6/2021, de 17 de febrero, de residuos y suelos contaminados de Galicia, se pondrán en marcha varias plantas de producción de compost a partir de la fracción orgánica de los residuos urbanos (FORSU), con la finalidad de incrementar los porcentajes de recuperación de materiales. Por otro lado, la creación del canon previsto en la disposición adicional tercera produce una deslegalización en la Consellería competente en materia de residuos respecto a la fijación de requisitos mínimos de los residuos para producir la adhesión al sistema de reciclaje que resulta reforzado al preverse que será SOGAMA la que procederá a la aprobación de una propuesta de canon específico de sus mecanismos objetivos de revisión, si bien la aprobación final corresponderá a la Consejería. El legislador tal vez consciente del grado de particularización del procedimiento de fijación del canon, termina afirmando algo que es obvio desde la perspectiva del principio de legalidad y es que la aprobación del canon por tonelada y su revisión serán publicados en el Diario oficial de Galicia.

La incorporación de las entidades locales al sistema de gestión institucional de la FORSU a través de un negocio jurídico-administrativo debe entenderse como que dicha integración se realiza mediante un acuerdo formal entre la administración autonómica gallega y la entidad local interesada, y en ese sentido se rige, total o parcialmente, por el Derecho administrativo. El acuerdo, a pesar de la críptica expresión contenida en la ley, se materializará en la forma de convenio interadministrativo, está sometido a los principios, procedimientos y controles propios del Derecho público, como la publicidad, concurrencia, transparencia y la intervención de órganos de control y fiscalización. Como se ha señalado respecto de sujetos como éste, no tienen la condición de AAPP, sin perjuicio de que, en determinados ámbitos, como el contractual, puedan quedar sometidas a disposiciones iguales o similares a las aplicables a aquellas[15].

15 Lavilla Rubira, Juan José, "Administraciones Públicas". *Enciclopedia de las ciencias morales y políticas para el siglo XXI. Ciencias políticas y jurídicas*. Edición de Benigno Pendás. Prólogo de Miguel Herrero de Miñón, 2020 pp 540 ss.

Resulta de interés señalar que se establece una garantía legal en favor de la sostenibilidad del sistema que refuerza la posición de la administración como *potentior personae*, ya que tendrán la consideración las cantidades en caso de impago como vencidas, líquidas y exigibles a efectos de su abono "con cargo al Fondo de Cooperación local, a instancia de la sociedad pública".

VII. CONCLUSIONES

La aprobación de la ley 2/2024 de 7 de noviembre de promoción de los beneficios sociales y económicos de los proyectos que utilizan los recursos naturales de Galicia ha supuesto la incorporación de una norma importante al acervo normativo gallego en el ámbito del derecho público económico. Se trata de una innovación normativa dirigida a la dinamización de la economía gallega desde el plano legislativo que requiere la adopción de disposiciones administrativas por parte del gobierno gallego que sólo una exquisita evaluación legislativa[16] podrá ponderar en su aplicación.

Desde una perspectiva constitucional no cabe hacer reparos acerca de su contenido tanto en el plano competencial como en el delicado asunto de la eventual introducción de medidas discriminatorias con motivo de la inclusión de vías de promoción para los proyectos. La autonomía legislativa propia del Estado autonómico posibilita la diversidad en la regulación y la consagración de diferencias legítimas que se adoptan dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad sin crear situaciones de privilegio injustificado. La regulación del Derecho de la Unión europea señala como límites algunos factores que la ley gallega obvia como la nacionalidad siendo más matizables otros como la aplicación de deducciones fiscales o tipos reducidos de tributos para las sociedades domiciliadas en una comunidad autónoma.

En materia de evaluación ambiental es reseñable que la necesaria consideración integrada del paisaje es tomada en cuenta[17] desde la perspectiva de las vertientes económica, ambiental, social y cultural del concepto de desarrollo sostenible y ello conducirá a que la interpretación jurisprudencial de la ley gallega tome en consideración todos estos factores huyendo de una consideración aislada de la ley objeto de este comentario.

El propio legislador autonómico, consciente de la necesidad de matizar ciertas previsiones de la ley, ha incluido en la ley 5/2025, de 23 de diciembre de medidas fiscales y administrativas que acompaña los presupuestos para 2026 una reforma por la que realiza una modificación de la Ley 2/2024, de 7 de noviembre, de promoción de los beneficios sociales y económicos de los proyectos que utilizan los recursos naturales de Galicia, con la finalidad de que estos beneficios se fomenten en las concesiones administrativas para la explotación como aprovechamientos hidroeléctricos otorgadas previamente a su entrada en vigor. Instaura la posibilidad de que los recursos establecidos para estas infraestructuras puedan destinarse a la realización de aquellas actuaciones que pue-

16 Nabaskues Martínez de Eulate, Iker, "Panorama actual de la evaluación ex post". *R.V.A.P.* nº 131, enero-abril 2025. Páginas 57-92.

17 Bouazza Ariño, Omar, "El paisaje y la idea de planificación integrada" *Asamblea*. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 48, primer semestre 2025, p. 109 https://doi.org/10.59991/rvam/2025/n.48/1022

dan mejorar la calidad de vida y contribuir a la mejora del medio ambiente en las zonas afectadas, como pueden ser todas aquellas relacionadas con la mejora de la gestión del ciclo integral del agua. Pensamos que el ordenamiento no prohíbe que se amplíen los fines, siempre que se cumplan dos condiciones: exista una conexión directa pues debe existir una relación causal entre la infraestructura y la zona afectada y una finalidad compensatoria o ambiental de tal manera que los recursos pueden destinarse a la mejora del medio ambiente y del ciclo del agua en las zonas de origen o tránsito como una forma de compensación socioambiental.

Igualmente, se aprecia por parte de la citada ley 5/2025, de 23 de diciembre de medidas fiscales y administrativas la concurrencia de razones imperiosas de interés general que exigen la regulación y posterior actualización por parte de la Administración de los precios mínimos que han de percibir las Eccom por la prestación de sus servicios, al objeto de evitar prácticas que supongan la fijación de precios inferiores a los de mercado con asiento en la relajación o eliminación de las garantías, estándares y controles que deben ser asumidos en la prestación de servicios vinculados a las funciones de certificación, comprobación y control periódico que asumen las Eccom. De este modo, se protege así la independencia, objetividad y fiabilidad en el ejercicio de dichas funciones y la legalidad y calidad de sus servicios, al tiempo que el legislador autonómico hace un ejercicio de reconsideración de sus normas aprobadas en 2024. Nuestra opinión al respecto es que cabe respaldar la constitucionalidad de estas medidas siempre que la ley autonómica motive explícitamente que el objetivo es evitar la mercantilización de una función que afecta a la seguridad ciudadana y al urbanismo.

En definitiva, estamos ante una norma ambiciosa que busca vincular al territorio los beneficios de la transición energética. Los logros dependerán de que los indicadores de valoración social sean transparentes y predecibles, evitando que las cargas administrativas frenen los proyectos que realmente pueden descarbonizar la economía gallega.

BIBLIOGRAFÍA

Albertí Rovira, Enoch, "La solidaridad territorial y la prohibición de privilegios económicos o sociales" *Diario La Ley*, Nº 9355, Sección Documento on-line, 11 de febrero de 2019, Wolters Kluwer.

Arias Martínez, María Antonia, "Incidencia de la normativa medioambiental en la instalación de parques eólicos en Galicia. Soluciones adoptadas por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo." Movilla Pateiro, L. (2024). *El pacto verde europeo análisis y perspectivas* (p. 391). Editorial Tirant Lo Blanch. https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410711884

Biglino Campos, Paloma, "Comunidades autónomas: competencias". *Enciclopedia de las ciencias morales y políticas para el siglo XXI. Ciencias políticas y jurídicas*. Edición de Benigno Pendás. Prólogo de Miguel Herrero de Miñón, 2020 p 592.

Bouazza Ariño, Omar, "El paisaje y la idea de planificación integrada" *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* Núm. 48, primer semestre 2025, pp. 69-109 https://doi.org/10.59991/rvam/2025/n.48/1022

Galera Rodrigo, S., & Cocciolo, E. (2025). *El nuevo modelo energético descentralizado y de proximidad. Las comunidades energéticas* (p. 434). Editorial Tirant Lo Blanch. https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788410953598

De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2018). La nueva concepción constitucional de la unidad de mercado. Los mecanismos de garantía y promoción del mercado nacional único en la reciente jurisprudencia constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 271-299. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.09

Fuenzalida Bascuñán, S. (2025). La función social y la concepción relacional de la propiedad privada. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 29 (1), 49-78. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.29.02

García Vitoria, Ignacio, "¿Qué constitución en materia económica? (45 años desde la constitucionalización de la libertad de empresa)". *Constitución, Administración y Parlamento.* Congreso de los diputados. Pp 267ss. 2024.

González Botija, Fernando, "A vueltas con el acceso a la justicia en materia medioambiental". *Constitución, Administración y Parlamento.* Congreso de los diputados. P. 1475. 2024.

Jiménez García, Francisco, "Transición Ecológica y el derecho humano intergeneracional a un ambiente sano y sostenible como garantía". *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público.* Vol. 73/2, julio-diciembre 2025, págs. 243-287.

Lavilla Rubira, Juan José, "Administraciones Públicas". *Enciclopedia de las ciencias morales y políticas para el siglo XXI. Ciencias políticas y jurídicas*. Edición de Benigno Pendás. Prólogo de Miguel Herrero de Miñón, 2020, pp. 540 y ss.

Nabaskues Martínez de Eulate, Iker. "Panorama actual de la evaluación ex post". *R.V.A.P.* nº 131, enero-abril 2025. Páginas 57-92.

Nogueira López, Alba, "Administraciones y sectores públicos autonómicos". *Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, pp. 255-275, Madrid, 2024, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Pastor Merchante, Fernando, "Actividad de promoción y fomento". *Manual de Derecho administrativo. Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, pp. 599-623, Madrid, 2024, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Sánchez Morón, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General.* Tecnos, Madrid, 2024.

Sarmiento Murias, Martiño. "Inteligencia artificial, desinformación y legislación autonómica. Delimitación competencial de la ley gallega de 2025", *Elex Insight Derecho y Nuevas Tecnologías.* Nº.6, junio 2025, pp. 10-28.

Vázquez Berges, et altri. "Los retos regulatorios del almacenamiento energético en España", en Sánchez Barroso, B., Gómez Zamora, L. J., Federico Pastor Ruiz, Codes Calatrava, A., Pedro Rubio Escobar, Ortega Burgos, E., Pedro Gonzalez Torroba, & Manuel García Villarrubia Bernabé. (2023). *Mercados regulados* 2023 (p. 126). Tirant lo Blanch. https://www.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411695084

LA JORNADA LABORAL DEL MARINO MERCANTE. PARTICULARIDADES EN EL REMOLQUE PORTUARIO

José Miguel Blas Orbán
Abogado

Resumen: La jornada laboral de los tripulantes de buques remolcadores presenta tal singularidad que se hace preciso diferenciar, dentro de ésta, aquella parte que haya de computarse como trabajo efectivo, de aquellas otras que se consideran de presencia y de disponibilidad, teniendo todas ellas un tratamiento jurídico diferenciado que viene contemplado tanto en normas de origen interno como emanadas de órganos supranacionales, con la particularidad de que la actividad se presta a bordo de una embarcación que, al mismo tiempo, constituye el domicilio del trabajador, de ahí que en muchas ocasiones sea difícil diferenciar el tiempo en que el trabajador se encuentra prestando servicio de aquel otro en que realmente se encuentra de descanso, tarea que se convierte en una cuestión esencial para poder comprobar el cumplimiento con la legislación que le es de aplicación, así como el tiempo máximo en que dicho trabajador puede permanecer embarcado.

Abstract: The working day of tugboat crew members is so unique that it is necessary to differentiate, within in, the part mas be counted as effective work, from that which is considered on-call and availability, all of which have a differentiated legal treatment contemplated both in internal and supranational regulations, with the particularity that the activity is carried out on board a vessel that, at the same time, constitutes the worker´s home, hence in many case it is difficult to differentiate the time in which the worker is providing service from that in which he is actually resting, which becomes an essential issue to be able to verify compliance with the legislation that applies to him, as well as the maximum time that said worker can remain on board.

Palabras clave: Jornada laboral, Remolcador, Tripulante, Trabajo efectivo, Permanencia, Disponibilidad, Período de embarque.

Keywords: Workday, Tug, Crew member, Effective work, Permanence, Availability, Shipping period.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. ANTECEDENTES HISTORICOS. 1. El Código de Trabajo de 1926. 2. La Ley de Contrato de Trabajo. 3. La Ley de Bases de 1951. 4. La Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante. 5. La Ley de Relaciones Laborales. III. LA NORMATIVA ACTUAL DE ORIGEN INTERNO. IV. LA NORMATIVA EUROPEA. V. EL REMOLCADOR COMO BUQUE MERCANTE. VI. EL REMOLCADOR COMO CENTRO DE TRABAJO Y DOMICILIO DEL TRIPULANTE. VII. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE DETERMINADA NORMATIVA. VIII. LA JORNADA LABORAL Y EL TIEMPO DE TRABAJO. 1. Las horas de Trabajo Efectivo. 2. Las horas de Presencia. 3. Las horas de Disponibilidad. 4. Las horas Extraordinarias. IX. EL LIMITE TEMPORAL DEL REGIMEN DE EMBARQUE. X. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

En el presente estudio intentamos poner de relieve las particularidades que presenta la relación laboral de los marinos que prestan sus servicios a bordo de buques remolcadores abanderados en nuestro país, destacando las diferencias que presenta el centro de trabajo respecto a otros sectores de actividad al resultar que, normalmente, la actividad desarrollada en el mismo se presta en un elemento, el buque, que al mismo tiempo suele ser utilizado por el trabajador como vivienda habitual, al menos durante el período temporal en que éste se encuentra embarcado, destacando también las singularidades que presenta su jornada laboral y en particular las distintas situaciones en que el trabajador puede encontrarse durante la misma, ya sea prestando trabajo efectivo, en presencia o en situación de disponibilidad, situaciones cuyo cómputo, a la hora de evaluar el tiempo que debe tenerse en cuenta al objeto de controlar que su jornada no exceda de la legalmente prevista, difieren sustancialmente de la de otros trabajadores que no se encuentran en situación tan singular, para, finalmente, establecer el período de tiempo máximo que dichos trabajadores pueden mantenerse en tal situación de embarque respetando tanto los períodos de descanso como el régimen de jornada establecidos legalmente.

Al abordar este estudio, aunque hagamos referencia a las normas vigentes en nuestro país, entendemos preciso recordar, como cuestión previa, que en la actualidad la legislación laboral de aplicación a la gente de mar no sólo emana de nuestros órganos legislativos internos o de la negociación colectiva sino también de organismos supranacionales, ya sean internacionales o regionales, pudiendo destacar, entre otras normas, los Convenios emanados de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) vigentes en

nuestro país[1], los Convenios de la Organización Marítima Internacional (OMI)[2] y las Directivas y Reglamentos emanados de la Unión Europea (UE)[3].

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Ya en los más antiguos textos conocidos, como el Código de Hammurabi[4], encontramos referencias a la relación laboral de los trabajadores del mar, pudiendo citar, a modo de ejemplo, como en el art. 239 de dicho Código se establecía que *si alguien ajusta a un navegante deberá darle seis gur de cereales por año*[5]. Asimismo en el derecho marítimo de los rodios también existían disposiciones relativas a la forma de retribución que podía quedar determinada por viaje o por año, pudiendo pactarse una retribución a la parte, consistente en una porción del flete[6].

1 Vid. Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006 (CTM) hecho en Ginebra el 23 de febrero de 2006. Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 22 enero 2013, siendo de reseñar que dicha norma no es de aplicación a los buques que naveguen exclusivamente en aguas interiores o en aguas en las que rijan reglamentaciones portuarias, como sucede con los remolcadores de puerto (Art.II.1.i). Sobre dicho Convenio Vid. FOTINOPOULOU BASURKO, OLGA. *Aspectos generales del Convenio Refundido sobre el Trabajo Marítimo*. Ed. Gobierno Vasco. Vitoria 2006 y GARCÍA NINET, IGNACIO. *Horas de trabajo y Descanso. Exposición sistemática a partir del Convenio sobre Trabajo Marítimo 2006*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 82. 2009. Págs. 245 a 290.

2 Vid., entre otros: a) el Convenio Internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (Convenio de Formación) 1978 (hecho en Londres el 7 de julio de 1978 y publicado en el BOE el 7 de noviembre de 1984) y enmiendas de Manila de 2010, publicadas en el BOE de4 de junio de 2012, conocido dicho Convenio por sus siglas en ingles STCW; b) el Convenio sobre la seguridad de la vida humana en la mar (SOLAS o SEVIMAR), publicado en el BOE de 16 de junio de 1980 y 30 de septiembre de 1999; y c) el Convenio para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL) que fue adoptado el 2 de noviembre de 1973 en el seno de la OMI y en 1978, en respuesta al gran número de accidentes de buques tanques ocurridos entre 1976 y 1977, se adoptó un Protocolo que absorbió el Convenio original, el cual entró en vigor el 2 de octubre de 1983, publicado en el BOE de 17 de octubre de 1984, que ha sido objeto de diversas modificaciones.

3 Vid., fundamentalmente, el Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 (Diario Oficial de la UE del 3/03/2017) por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos, y Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio 1999, relativa al Acuerdo sobre ordenación del trabajo de la Gente de Mar, suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) (DOCE nº 167 de 2 de julio de 1999). Sobre la aplicación de dicha Directiva es de reseñar que la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DOCE nº 299 de 18 noviembre de 2003), en su considerando 12 establece que: *en virtud de la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio 1999, relativa al Acuerdo sobre ordenación del trabajo de la Gente de Mar, suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) ha entrado en vigor sobre la base del apartado 2 del artículo 139 del Tratado, un Acuerdo Europeo sobre la Ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar; en consecuencia las disposiciones de la presente Directiva no deben aplicarse a estos trabajadores*.

4 Este Código fue descubierto por una expedición francesa en la que fuera la tierra de la ciudad elamita de Susa durante las investigaciones llevadas a cabo en el año 1901 y se encuentra grabado en un pesado bloque de dorita, apareciendo borrados algunos de sus artículos. Vid. OLONDO BILBAO. TIMOTEO. *Vulgarización sobre el Derecho Mercantil Marítimo* en Estudios sobre Marina Mercante y Pesca. Ed. Subsecretaría de la Marina Mercante. Madrid 1950. Pág. 492. Con anterioridad al descubrimiento de dicho texto se consideraba como el monumento jurídico más antiguo el Código de Manú, elaborado en la India en el siglo XIII ac, el cual contiene disposiciones relativas a los contratos originados por el comercio marítimo. Vid. OLONDO BILBAO. TIMOTEO. *Vulgarización sobre el Derecho Mercantil Marítimo*. en "Cuestiones Marítimo Mercantiles". Ed. Subsecretaría de la Marina Mercante. Madrid 1947. Pág. 18.

5 MALVAGNI. ATILIO. *Derecho Laboral de la Navegación*. Ed. de Palma. Buenos Aires 1949. Págs. 5-9.

6 En concreto se establecía que el salario del Patrón eran dos porciones, el del timonel, contramaestre, maestro carpintero y cabo de lancha porción y media, el del marinero una porción, y el del cocinero media porción. Vid. DE CAPMANY. ANTONIO. Derecho Naval de los Rodios en *Libro del Consulado del Mar*. Ed. Cámara Oficial de Comercio

Esta forma de retribución a la parte se siguió conservando en los contratos de colonna y commenda[7] habituales en la Edad Media, existiendo también la posibilidad de que el tripulante fuera contratado por meses o por viaje, como así se recoge en el Libro del Consulado del Mar, si bien dicho contrato debía inscribirse en el protocolo al objeto de evitar debate alguno sobre lo convenido[8], haciéndose constar el salario y la pacotilla que pudiera llevar el tripulante a bordo[9], si bien se establecían ciertas particularidades respecto al contrato del Piloto[10].

Posteriormente, siguiendo la tradición de las Ordenanzas de Bilbao[11], la relación laboral del Capitán y de los Oficiales y tripulación del buque se recoge tanto en las Ordenanzas de Matrícula de 1802[12] como en los Códigos de Comercio de 1829[13] y de 1885[14], conservándose la obligación de que, además de ser firmados por las partes, los contratos deberían ser visados por los Comandantes de Marina o bien por los Cónsules en puertos extranjeros, debiendo quedar reflejados en el Libro de Contabilidad.

Con posterioridad al Código de Comercio de 1885, mediante R.O. de 4 de junio de 1904 se facultaba a las Autoridades de Marina para examinar las cláusulas de los contratos y rechazar las que consideraren defectuosas o incompletas si no se enumeraran de un modo claro y terminante todas las obligaciones y derechos de cada una de las partes contratantes, detalles que en el Reglamento sobre contratación de dotaciones de barcos mercantes, aprobado por Real Decreto de 18 de noviembre de 1909, se regulaban con toda precisión, numerando tanto las cláusulas como el contenido que obligatoriamente tendría que quedar reflejado en el contrato, el cual podía extenderse en el mismo rol[15]. Posteriormente, mediante Real Decreto de 26 de marzo de 1926 se aprobó un nuevo Reglamento que poco difería del anterior.

1. El Código de Trabajo de 1926

Mediante Real Decreto Ley de 23 de Agosto de 1926 se aprueba el Código de Trabajo en cuyo Título III del Libro I (arts. 28 a 56) se regula el contrato de embarco, estable-

y Navegación de Barcelona. Barcelona 1965. Págs. 543-544.

7 Sobre dichos contratos vid. BLAS ORBÁN. JOSÉ MIGUEL. *Sobre el origen de la limitación de responsabilidad del naviero y su naturaleza jurídica en nuestro código de comercio*. Revista General de Derecho nº 546. Valencia, marzo 1990. Pág. 1109.

8 Vid. DE CAPMANY. ANTONIO. *Libro del Consulado del Mar*. Op. Cit. Título II, cap. 249.

9 Vid. DE CAPMANY. ANTONIO. *Antiguas costumbres del mar*, Título III, Capítulos 123 a 133, en el *Libro del Consulado del Mar*. Ed. Cámara Oficial de Comercio y Navegación de Barcelona. Barcelona 1965. Págs. 116 a 122.

10 Vid. DE CAPMANY. ANTONIO. *Libro del Consulado del Mar*. Op. Cit. Título II, cap. 249.

11 Vid. ARROYO MARTINEZ. IGNACIO. *La aportación de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao al desarrollo del Derecho Marítimo* en "Estudios de Derecho Marítimo" Vol. III. Ed. José Mª Bosch. Barcelona 2001.

12 Sobre la Matrícula de Mar y la Inscripción Marítima vid. NAVARRO DAGNINO. JUAN. *Legislación marítimo-mercantil y pesquera de España* (Capítulo III). Ed. Imprenta del Ministerio de Marina. Madrid 1953. Págs. 5 y ss.

13 Vid. GOMEZ DE LA SERNA. PEDRO y REUS Y GARCÍA, JOSÉ. *Código de Comercio* (concordado y anotado). Ed. Imprenta de la revista de legislación. Madrid 1863.

14 Vid. BLANCO GIRALDO. FERNANDO L. y ROLDAN MONTAUD. FRANCISCO J. *Código de Comercio. Tomo III*. Ed. Dykinson. Madrid 1993.

15 En el Rol, creado por Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1922, figuraba, en la última página, un modelo de contrato. Vid. NAVARRO DAGNINO. *Legislación marítimo-mercantil…* (Capítulo III). Op. Cit. Págs. 68 y ss.

ciéndose, como ya se venía haciendo, el uso de un modelo oficial de contrato para los tripulantes en el que tenían que figurar las condiciones de trabajo a bordo, en el puerto y en la mar, las horas de jornada diarias y el salario, a cuyo pago quedaba afecto el buque con sus máquinas, aparejos, pertrechos y fletes, salvo que la remuneración fuera a la parte, en cuyo caso solo quedaba afecto el flete al abono de la misma. Se prohibía el embarque de menores de 14 años y se exigía pasar un reconocimiento médico a los menores de 18 años.

Con este Código, promulgado durante la Dictadura del General Primo de Rivera, se sustrae por primera vez de la competencia legislativa de Marina lo relativo a contratos de embarque, que pasa a ser competencia del Ministerio de Trabajo[16], quedando vigente con la implantación de la República por Decreto de 24 de junio de 1931.

2. La Ley de Contrato de Trabajo

Después de haberse aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de agosto de 1935 unas bases reguladoras de la contratación del trabajo en el ámbito marítimo, mediante Decreto de 26 de enero de 1944 se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), en cuyo art. 7º se dispone expresamente que *no regirá esta ley para las personas que desempeñen en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o de alto consejo características de los siguientes cargos o de otros semejantes: Director General, Director o Gerente de la empresa, Inspección General, Secretario General y excluidos en las correspondientes reglamentaciones de trabajo*

Posteriormente el Decreto de 31 de marzo de 1944 deroga el anterior Código de Trabajo y aprueba el Texto Refundido del Libro II de la Ley de Contrato de Trabajo cuyo Título I (arts. 84 a 113), dividido en cinco capítulos, y publicado en el BOE de 11 de abril de 1944, regula el Contrato de Embarco. En concreto el capítulo I se refiere al concepto y sujetos del contrato de embarco, realizando la misma clasificación que el anterior Código en cuanto a la distinción entre Oficiales y tripulación, estableciendo al efecto en el art. 84 que el contrato de embarco es el que se estipula entre la dotación de un buque y su Naviero o Armador, definiendo la dotación como *el personal enrolado para su servicio compuesto de Oficiales, maestranza y tripulantes,* no enunciándose expresamente dentro de los Oficiales al Capitán, como ya sucedía en el anterior Código de 1926. Se prohíbe el embarque de menores de 14 años y de 18 años (salvo casos específicamente contem-

16 Aunque el Código, en lo que afecta al contrato de embarque, es básicamente una copia del anterior Reglamento de 1926, justifica su promulgación en su exposición de motivos con el siguiente tenor: *se ha recogido también, bajo el concepto de contrato de embarque lo que constituía la reglamentación de la contratación de la dotación de los buques mercantes, basada esta incorporación, aparte de la idea general unificadora de los textos vigentes, en razones especiales, porque en varios de sus artículos se contienen referencias al Código de Comercio, lo que indica su naturaleza, en cierto modo de Derecho Privado, porque en uno de ellos se someten al fuero de los Tribunales ordinarios las cuestiones que puedan surgir en el cumplimiento del contrato, y porque el citado Reglamento se redactó en virtud del Real Decreto autorizando al Gobierno para introducir en las disposiciones respectivas las modificaciones derivadas de los proyectos de Convenio adoptadas por las Conferencias internacionales de trabajo en sus sesiones de Ginebra de los años 1920 y 1921, que ha ratificado el Gobierno español.* Vid. NAVARRO DAGNINO. *Legislación marítimo-mercantil…* (Capítulo III). Op. Cit. Págs. 72-73.

plados en los arts. 86 y 87), precisando autorización para embarcar los menores de 21.

El capítulo II establece los requisitos mínimos del contrato de embarco. El capítulo III regula las modalidades del contrato, el capítulo IV sus efectos y el capítulo V su extinción, estableciéndose, como también se disponía en el anterior Código, que lo dispuesto en dicho Título se entendía sin perjuicio de lo que preceptuaban acerca de la materia el Código de Comercio y las demás disposiciones que regulaban el comercio y la navegación marítima.

Los modelos impresos de contratos siguen las normas contenidas en el Reglamento sobre contratación de dotaciones de barcos mercantes de 1909, permaneciendo hasta la cláusula 9, incluida ésta, redactadas de igual forma, si bien se añaden las cláusulas 10 a 15[17].

3. La Ley de Bases de 1951

La Ley de Bases sobre condiciones de trabajo de la Marina Mercante de 19 de diciembre de 1951, publicada en el BOE del 23 de diciembre de 1951, en su base transitoria señala que queda derogado el anterior Título I del Libro II de la LCT en el momento que se publique el texto articulado de la misma, autorizando para ello, en el artículo único, al Ministro de Trabajo.

Fruto de dicha autorización, por Orden de 3 de diciembre de 1952 se publica en el BOE de 19 de enero de 1953 el Texto articulado de la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante (LCTMM) que por primera vez incluye al Capitán como sujeto de la legislación laboral, sin embargo la jurisprudencia, entendiendo aplicable a dicha figura lo dispuesto en el art.7 LCT (que excluía a los altos cargos de la normativa laboral), fundamentando sus resoluciones en que el Capitán con mando de buque ostenta la representación de la empresa naviera, representa al Armador y tiene autonomía en sus funciones, excluye al mismo de dicha normativa en lo que afecta a su cese[18].

17 Vid. NAVARRO DAGNINO. *Legislación marítimo-mercantil…* (Capítulo III). Op. Cit. Págs. 75-76.

18 La sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 12 de enero de 1951 declara la incompetencia de la Magistratura de Trabajo para conocer de una reclamación salarial instada por un Capitán razonando el motivo de dicha decisión en que *tanto por la representación que lleva en sí el cargo de capitán de buque mercante, como por la independencia de esas atribuciones e importancia de sus emolumentos, debe ser incluido dentro de las excepciones del art. 7º de la Ley de contrato de trabajo.* Vid. ARROYO. IGNACIO. *Jurisprudencia Marítima (1865-1987).* Vol I. Ed. Librería Bosch. Barcelona 1989. Pag. 558. Sin embargo en STS de 14 de marzo de 1956 se reconoce la competencia de la jurisdicción laboral en un asunto similar en que un Capitán efectúa una reclamación salarial. ARROYO. Op. cit. Pag. 642. Dicha competencia también es reconocida en STS de 11 de febrero de 1957, en la que se efectúa una distinción razonando que *únicamente podría declararse la incompetencia de la jurisdicción laboral cuando el problema debatido se refiera al aspecto público o de mando que en el capitán del buque se manifiesta, de acuerdo con el C Co…. y se relacionase con la facultad concedida al armador o naviero para disponer el cese del capitán, pero no cuando la reclamación se refiera al pago de haberes.* ARROYO. Op. cit. Pág. 657. Dicha incompetencia ya había sido manifestada, entre otras, en la STS de 11 de abril de 1955 en la que se declaraba que *no es competente la jurisdicción laboral en las reclamaciones formuladas por Capitanes de los buques mercantes cuando soliciten ser reintegrados en sus mandos, dada la naturaleza del cargo tanto en autoridad, incluso de orden público, como en representación.* Op. cit. Pág. 601. Vid. también STS de 8 de octubre de 1958. Op. cit. Pág. 728.

4. La Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante

Con posterioridad a haberse aprobado, por Orden de 23 de diciembre de 1952, en desarrollo del Texto articulado de la Ley sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante, la Reglamentación Nacional de Trabajo de la Marina Mercante (RNTMM), publicada en el BOE de 19 y 20 de enero de 1953[19] con la consideración de Ordenanza, y ser modificada por Orden de 23 de julio de 1953; por Orden de 20 de mayo de 1969, publicada en el BOE del 1 al 5 de junio de 1969, se aprueba la Ordenanza de Trabajo de la Marina Mercante (OTMM), que viene a sustituir a la RNTMM, regulando las condiciones de trabajo del personal enrolado a bordo de los buques de la Marina Mercante, cualquiera que fuera la clase de trabajo que realizare[20].

La Ordenanza, al igual que sucedía con la RNTMM constituye realmente un verdadero Código de Trabajo de la Marina Mercante, estructurado en XXI capítulos[21], 226 artículos, una disposición final, en la que se enumeran las normas expresamente derogadas, y 6 anexos en los que se establecen las tablas salariales y las indemnizaciones, y si bien incluye dentro de su ámbito de aplicación a los Capitanes, según se infiere de su contenido, excluye expresamente al personal de Alta Dirección, Alto Consejo o Alto Gobierno (art. 2.6), disponiéndose, no obstante, en el art. 90.2 expresamente que *por la naturaleza especial y múltiple de la representación que ostentan y funciones encomendadas a los Capitanes, Pilotos y Patrones con mando de buque, el Naviero o Armador podrá libremente disponer el cese de aquellos,* siendo dicha norma también de aplicación al Jefe del Departamento de Máquinas y al Jefe de Inspección o inspectores[22].

5. La Ley de Relaciones Laborales

La Ley 16/1976 de 8 de abril de 1976 de Relaciones Laborales (LRL), publicada en el BOE de 21 de abril de 1976, considera en su art. 3º como relaciones laborales de carácter especial "el trabajo en el mar" y establece en la disposición final segunda un mandato expreso de refundir los preceptos subsistentes de la Ley de Bases sobre Condiciones de Trabajo en la Marina Mercante de 19 de febrero de 1951 y sus textos articulados.

19 Esta Reglamentación fue rectificada por Resoluciones de 23 de julio de 1953 (BOE de 5 de agosto) y 16 de septiembre de 1953 (BOE del 21).

20 De este mismo año es la Ordenanza de trabajo en las embarcaciones de tráfico interior de puerto, aprobada por Orden de 9 de agosto de 1969, que viene a sustituir a la RN de 1964.

21 El contenido de los capítulos es el siguiente: I Extensión. II Clasificación del personal. III Organización del trabajo. IV Ingreso del personal. V Ascensos. VI Plantillas y escalafones. VII Puesto de Trabajo. VIII Licencias, excedencias y servicio militar. IX Formación profesional. X Modificación y suspensión o cese de actividades. XI Régimen administrativo y contencioso. XII Retribuciones. XIII Indemnizaciones y suministros. XIV Jornada. XV Descansos. XVI Enfermedad y accidente. XVII Premios, faltas y sanciones. XVIII Asistencia social empresarial. XIX Seguridad e higiene en el trabajo. XX Reglamento de régimen interior. XXI Disposiciones varias. Vid. MENENDEZ MENENDEZ. AURELIO e IGLESIAS PRADA. JUAN LUIS. *Código de las Leyes Marítimas*. Ed. Boletín Oficial del Estado. Madrid 1980. Págs. 1061-1174.

22 El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el cese de los Jefes de Máquinas, entre otras en STS de 28 de febrero de 1986, en la que, citando pronunciamientos anteriores como el contenido en la STS de 19 de noviembre de 1982 nos dice que el Jefe de Máquinas es equiparable a los cargos con mando al que se refiere el art. 90, en relación con el art. 52, ambos de la OTMM, habiendo fundamentado el Tribunal Constitucional dicha analogía por la semejanza de situación por razón de la función y declarado su no discriminación en las sentencias 79/1983, de 5 de octubre y 1/1984, de16 de enero. Vid. ARROYO. IGNACIO. *Jurisprudencia*… Vol. II. Op. cit. Pág. 1392.

Según algunos autores dicha condición de relación laboral de carácter especial, referente a los trabajadores del mar, queda sin vigor con la publicación del Estatuto de los Trabajadores, al desaparecer de la lista contemplada en el art. 2 del mismo. No obstante otros autores entienden que al no haber sido incluida la Ley de Bases sobre condiciones de trabajo en la Marina Mercante en la tabla derogatoria contenida en el ET tanto aquella como su texto articulado seguían vigentes al no resultar incompatibles dichas normas con rango de Ley con las normas estatutarias, justificando, además, dicha vigencia invocando determinadas sentencias del TS, como las de 16 y 19 de noviembre de 1982 y la de 10 de julio de 1984, declarando esta última que la aplicación de normas específicas para este sector, contrarias a las de carácter general o común, no vulnera el principio de igualdad[23].

III. LA NORMATIVA ACTUAL DE ORIGEN INTERNO

En lo que concierne a la normativa laboral actual emanada de nuestros poderes legislativos podemos decir que básicamente viene configurada, además de por el Estatuto de los Trabajadores (ET), por el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (RDJE) [24], modificado por el también Real Decreto (RD) 285/2002, de 22 de marzo, el cual, en su art. 1.2, deja clara su primacía, y la aplicación supletoria del ET[25], al establecer que *las disposiciones generales* de dicho Estatuto *serán aplicables en cuanto no se opongan a las especiales que en este Real Decreto se establecen*, justificando en su exposición de motivos su existencia en cuanto tiene por objeto *mantener los aspectos tradicionales de la ordenación de la jornada* haciendo ésta *más flexible de manera* que *sea más adecuada a las características de cada actividad*, y otorga un valor primordial al papel de la negociación colectiva.

Además, hemos de referirnos necesariamente a la existencia de diversas normas sustitutivas de las anteriores ordenanzas laborales, conformadas básicamente, en lo que aquí atañe, por: a) el Acuerdo de 30 de mayo de 2012 (o norma que, en su caso, le sustituya), relativo al texto refundido que recoge la totalidad de las normas sustitutorias de la derogada Ordenanza de Trabajo en las Embarcaciones de Tráfico Interior de Puertos (OTIP), cuyo ámbito de aplicación, según en el mismo se expresa, abarca a todas las empresas cuya actividad consista en el remolque portuario, tanto interior como exterior de los puertos, de altura, actividades off shore, de asistencia, y salvamento, y cuantas actividades sean consecuentes a dicho fin, acuerdo que regula la Estructura Salarial, Clasificación Profesional, Promoción Profesional y Faltas y Sanciones (Régimen Disciplinario)[26]; b) el IV Convenio General de la Marina Mercante (CGMM)[27] cuyo ámbito de

23 Vid. MARTINEZ EMPERADOR. RAFAEL. *Las relaciones laborales en Derecho Marítimo. Problemática actual en la empresa de navegación* en "Boletín de la Asociación Española de Derecho Marítimo" nº 3. Madrid 1984. Págs. 145-160.

24 El referido RDJE fue elaborado y publicado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo en los arts. 34.7, 36.1 y 37.1 del ET.

25 Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, derogado por el Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre de 2015) y actualizado por Real Decreto Ley 32/2021, entre otras normas posteriores.

26 Dicho acuerdo se encuentra publicado en el BOE de 30 de octubre de 2012.

27 Dicho Convenio General fue aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 7 de mayo de 1982 y

aplicación abarca a todas las Empresas Navieras del sector de la Marina Mercante y a su personal de flota (art. 1º), y que en relación con sus contenidos normativos ha sido considerado vigente en situación de ultra actividad por la representación sindical y patronal, según se contempla en el fundamento 3º del Laudo Arbitral para el sector de la Marina Mercante (LAMM)[28]; y c) dicho LAMM en el cual se establecen las disposiciones reguladoras de la estructura profesional, estructura salarial, formación profesional y económica y régimen disciplinario, en sustitución de la Ordenanza Laboral de 20 de mayo de 1969, para dicho sector y que, de conformidad con lo dispuesto en su art. 1.2, es *de aplicación a las relaciones laborales de quienes presten sus servicios en los buques mercantes abanderados en España, sin distinción alguna de carácter personal, en particular sin exclusión alguna por razón de la nacionalidad del trabajador enrolado*, y tiene carácter supletorio respecto de lo que se disponga en Convenio Colectivo, cualquiera que sea su ámbito sectorial o empresarial de aplicación, de forma que lo dispuesto en tales Convenios Colectivos será siempre de aplicación preferente respecto de lo contemplado en dicho Laudo (art. 3.3).

Y finalmente, aunque no se trate específicamente de normas de derecho laboral, tenemos que hacer mención a aquellas normas generales de Derecho Marítimo, dentro de las cuales se contemplan preceptos de aplicación a los trabajadores del mar, y que se encuentran constituidas básicamente, por: a) el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, publicado en el BOE de 20 de octubre; b) la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM), que entró en vigor el 25 de septiembre de 2014, y fue publicada en el BOE de 25 de julio del mismo año; c) el RD 269/2022 de 12 de abril, publicado en el BOE de fecha 13 de abril de 2022, por el que se regulan los títulos profesionales y de competencia de la Marina Mercante; y d) el Reglamento de Ordenación de la Navegación Marítima, aprobado mediante RD 186/2023, de 21 de marzo, y publicado en el BOE de 22 de marzo de 2023.

IV. LA NORMATIVA EUROPEA

Dejando al margen la normativa de origen internacional emanada básicamente tanto de la OIT como de la OMI, resulta que a nivel europeo la regulación del régimen laboral, en lo esencial y en lo que aquí atañe, viene recogida en el Acuerdo Europeo sobre la Ordenación del Tiempo de Trabajo de la Gente del Mar, aplicado por la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999[29], la cual en la cláusula 5, punto 6, refiriéndose a la negociación colectiva, dispone que *siempre que se respeten los principios generales en materia de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores los Estados miembros podrán adoptar en sus legislaciones nacionales disposiciones o procedimientos que faculten a la autoridad competente a autorizar o registrar convenios colectivos que prevean dispensas a los límites establecidos. Tales dispensas deberán ajustarse en la*

publicado en el Boletín Oficial del Estado de 24 de junio de 1982.

28 El Laudo ha sido publicado en el BOE de fecha 21 de enero de 2005.

29 DOCE nº 167, de 2 de julio de 1999.

medida de lo posible a las normas establecidas, pero podrán tener en cuenta períodos de permiso más frecuentes o más largos o la concesión de permisos compensatorios a los marinos que realizan guardias o que trabajan a bordo de buques que efectúan travesías de corta duración.

Precisamente, la modificación del RDJE efectuada por el Real Decreto 285/2002 se produjo al objeto de adaptar la anterior edición a lo contemplado en el referido Acuerdo Europeo sobre la Ordenación del Tiempo de Trabajo de la Gente del Mar, que persigue hacer compatibles las necesidades específicas de determinadas actividades laborales, entre otras la actividad en la mar, con el respeto del derecho de los trabajadores al descanso y a la limitación de la jornada laboral, siendo de reseñar que la Disposición Adicional trigésimo segunda del TRLPEMM, sobre la jornada laboral de los trabajadores en los servicios técnico-náuticos, considera aplicables a los mismos *las reglas que, en cuanto a prolongación de trabajo efectivo con tiempo de permanencia o disponibilidad se contienen en la sección 4ª del Capítulo II del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre*[30].

No obstante, el RDJE se aparta, en cierta medida, del citado Acuerdo Europeo en cuanto en su art. 16 prohíbe, como norma general, que los trabajadores realicen una jornada superior a 12 horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias[31], no efectuando en dicha norma precisión alguna sobre las horas de descanso, como si se hace en la cláusula 5 del referido Acuerdo Europeo, que permite optar por una u otra opción (horas de trabajo u horas de descanso), debiendo precisar que, no obstante, en el art. 17 de dicho RDJE se dispone que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente los trabajadores tienen derecho a un descanso mínimo de ocho horas, que será de doce cuando el buque se halle en puerto.

La no coincidencia de dichas normas ha dado lugar a que tanto la Inspección de Trabajo como nuestros Tribunales hayan efectuado distintas interpretaciones sobre el particular, lo que ha motivado que a petición de la Asociación de Navieros Españoles (ANAVE) se haya aprobado por la Comisión de Transportes y Movilidad Sostenible del Congreso de los Diputados, el 9 de abril de 2024, una proposición no de ley (que se recoge en el Boletín de las Cortes Generales de fecha 16 de enero de 2024) en la que se insta al Gobierno, entre otras cuestiones, a *fijar con carácter urgente un criterio de interpretación*

30 Es de reseñar que el TRLPEMM es de rango superior y posterior en su aprobación y publicación (BOE de 20 de octubre de 2011) al RDJE, cuya modificación, operada mediante Real Decreto 285/2002, de 2 de marzo, publicado en el BOE de 5 de abril de 2002, que atañe a los arts. 15 a 18 del anterior Real Decreto 1561/1995, añade el art. 18 bis e incluye dos disposiciones adicionales (4ª y 5ª) y dos anexos, ha de entenderse incluida en las remisiones que aquel TRLPEMM efectúa al referido RDJE.

31 Se exceptúan de dicho límite las operaciones realizadas en los siguientes supuestos: a) En los casos de fuerza mayor en que sea necesario para garantizar la seguridad inmediata del buque o de las personas o la carga a bordo, o para socorrer a otros buques o personas que corran peligro en alta mar; b) Cuando se trate de proveer al buque de víveres, combustible o material lubricante en casos de apremiante necesidad, de la descarga urgente por deterioro de la mercancía transportada o de la atención debida por maniobras de entrada y salida a puerto, atraque, desatraque y fondeo (art. 16.1. a y b. En los supuestos de fuerza mayor a los que se refiere el párrafo a) anterior, en los que la jornada se podrá prolongar por el tiempo que resulte necesario, la jornada total resultante no podrá exceder en ningún caso de catorce horas por cada período de veinticuatro horas, ni de setenta y dos horas por cada período de siete días (art. 16.1, in fine).

común para todos los Inspectores de Trabajo que acabe con la inseguridad en materia de normativa sobre jornada de trabajo y descanso de los marinos, adaptándolo a la realidad del trabajo a bordo y con todas las garantías para el trabajador.

V. EL REMOLCADOR COMO BUQUE MERCANTE

El art. 9 del TRLPEMM, efectuando una primera y básica clasificación de lo que considera genéricamente por buque, distingue entre buques civiles y buques al servicio de la defensa nacional, comprendiendo dentro de los primeros a cualquier embarcación, plataforma o artefacto flotante, con o sin desplazamiento, apto para la navegación y no afecto al servicio de la defensa nacional, diferenciando posteriormente lo que entiende por buque mercante y por plataforma fija, definiendo al buque mercante como todo buque civil utilizado para la navegación con un propósito mercantil, excluidos los dedicados a la pesca.

Sin embargo, el concepto concreto de buque viene establecido en la LNM, definiéndose el mismo en el art. 56 como *todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a 24 metros*, diferenciándolo de aquel vehículo que considera como embarcación, la cual define en el art. 57 como la *que carezca de cubierta corrida y el de eslora inferior a 24 metros,* siempre que no sea considerada como unidad menor. No obstante, aun cuando los remolcadores pudieran ser considerados como embarcaciones, salvo que expresamente se dispusiera otra cosa, a éstas les sería de aplicación tanto la normativa contemplada en la LNM (al disponer el art. 6 de la misma que su contenido es de aplicación también a las embarcaciones), como la contemplada en el TRLPEMM (art. 9.5), en cuanto el mismo no diferencia entre buques y embarcaciones.

En cualquier caso, teniendo en cuenta que los remolcadores profesionales son vehículos con cubierta corrida, en general de eslora superior a los 24 metros, con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, estando destinados a la navegación con un propósito mercantil, podemos decir sin lugar a dudas que, tanto desde un punto de vista genérico como concreto, los remolcadores son buques mercantes.

A mayor abundamiento sobre dicha consideración, resulta que la Orden de 10 de junio de 1983 sobre normas complementarias de aplicación al Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (SEVIMAR o SOLAS, por sus siglas en inglés), y su protocolo de 1978 (BOE de 29 de septiembre de 1983), clasifica a los buques mercantes en tres grupos, que a su vez subdivide en clases, diferenciando los buques de pasaje (Grupo I), los buques de carga (Grupo II) y los buques de pesca, recreo y servicios de puerto (Grupo III), si bien dentro de este último Grupo diferencia a los remolcadores según salgan a la mar, es decir puedan actuar fuera de aguas portuarias (Clase T) o no (Clase S), de tal forma que en función de que pertenezcan a una u otra clase los requisitos mínimos técnicos y la tripulación que se les exige son diferentes[32],

32 El Convenio SOLAS o SEVIMAR, emanado de la Organización Marítima Internacional (OMI), recoge todos los requerimientos sobre seguridad exigibles a buques de nueva construcción y a buques existentes, define las

pudiendo ser diferente también la normativa específica de aplicación a los mismos si así se dispusiera legalmente.

Por su parte el Reglamento de Inspección y Certificación de buques civiles (RI), aprobado por Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre (BOE de 28 de noviembre del 2000), en relación con la Clasificación Nacional de Buques, incluye asimismo en la Clase III a los buques para servicio de puerto (art. 4) dentro de los cuales se encuentran los remolcadores dedicados a dicha actividad, definiendo en el art. 2 al buque mercante, al igual que se define en el art. 9 TRLPEMM, como *todo buque civil utilizado para la navegación con un propósito mercantil, excluidos los dedicados a la pesca*.

Pese a ello, se da la circunstancia de que alguna sentencia del TS, si bien aislada, como resulta con la dictada en fecha 14 de septiembre de 2016 por la Sala IV[33], considera que debido a la actividad que desarrollan los remolcadores de puerto, éstos, al menos en lo que afecta a la aplicación de la legislación laboral, no pueden ser considerados como buques mercantes y, por consiguiente, entiende que a los tripulantes de dichos remolcadores no les es de aplicación la normativa contenida en los arts. 17.2 y 18 bis del RDJE[34], al tratarse éstas de normas específicas para el trabajo en la Marina Mercante. En concreto, la referida sentencia justifica su razonamiento con el siguiente tenor: *son destacables las diferencias entre la actividad desarrollada en los diversos tipos de trabajo en la mar, y en concreto, en cuanto a los remolcadores y sus funciones, así como sus diferencias con otras embarcaciones como los buques*.

Ahora bien, es de reseñar que dicha distinción tratando de excluir a los remolcadores del concepto de buques mercantes, o al menos diferenciarlos de éstos, para tratar de imponer en los mismos un régimen laboral distinto, se produce por una, a nuestro juicio,

exigencias a tener en cuenta en el diseño, construcción, navegación del buque, transporte de la carga, transporte de mercancías peligrosas, transporte de cargas especiales, y además de especificar los medios de salvamento requeridos, los sistemas de protección y lucha contra incendios y los sistemas de comunicaciones y aviso, define los sistemas de gestión de la seguridad operacional de los buques. Vid. Instrumento de ratificación del Convenio en BOE de fecha 16 de junio de 1980 y Orden de 10 de junio de 1983, publicada en el BOE de fecha 29 de septiembre de 1983 por la que se dispone que las normas del Convenio sean aplicables a todos los buques mercantes nacionales.

33 Base de jurisprudencia Tirant. TOL5.843.552

34 El Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio, sobre jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, procedió a refundir y sistematizar en su Título III la hasta entonces dispersa normativa sectorial en la materia, sin embargo como consecuencia de la pérdida de vigencia, a partir del 12 de junio de 1995, de las normas que allí se contemplaban sobre jornada y descansos, y teniendo en cuenta las prescripciones contenidas en la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, mediante Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre (RDJE), publicado en el BOE de 26 de septiembre, se regulan las jornadas especiales de trabajo, persiguiendo hacer compatibles las necesidades específicas de determinadas actividades laborales, entre otras la actividad en la mar, con el respeto del derecho de los trabajadores al descanso y a la limitación de la jornada laboral, y su exposición de motivos justifica la existencia de esta norma especial en cuanto tiene por objeto *mantener los aspectos tradicionales de la ordenación de la jornada* haciendo ésta *más flexible de manera* que *sea más adecuada a las características de cada actividad*, matizando que *la norma otorga un valor primordial al papel de la negociación colectiva*. Posteriormente, teniendo en cuenta el Acuerdo firmado el 30 de septiembre de 1998 entre la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos de Transporte de la Unión Europea (FST) sobre la organización del tiempo de trabajo de la gente del mar, la Directiva 1999/63/CE, de 21 de junio, dando aplicación al citado acuerdo, y lo dispuesto en el art. 77.1º de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y Marina Mercante (LPEMM), mediante Real Decreto 285/2002, de 2 de marzo, publicado en el BOE de 5 de abril de 2002, se modifican los arts. 15 a 18 del anterior Real Decreto 1561/1995, se añade el art. 18 bis y se incluyen dos disposiciones adicionales (4ª y 5ª) y dos anexos.

errónea interpretación de lo que ha de considerarse como remolcador desde la óptica de aplicación del Derecho Marítimo, incluido el régimen laboral al que su tripulación pueda estar sometida, al basar el Tribunal su forzada interpretación en definiciones comunes recogidas en los diccionarios como el de la Real Academia Española (RAE) y olvidando que la interpretación correcta ha de ajustarse a los términos y definiciones que se contemplan en las normas básicas de aplicación en dicho derecho marítimo[35]. En consecuencia, la referida STS no solo contradice lo que nuestra legislación marítima considera como buque mercante sino también lo dispuesto en el TRLPEMM (D.A. 32ª)[36].

Recordemos que, en un Estado de Derecho como el nuestro, la potestad para establecer una diferenciación de trato, cuando la ley no la contempla, tan sólo se le concede al poder legislativo o, en su caso, al ejecutivo, debido a la potestad legislativa que a éste se le confiere en determinados supuestos, sin que pueda soslayarse el aforismo, y principio básico de aplicación del derecho, que establece que: donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete *(Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)*. Cualquier interpretación de contrario implicaría un auténtico desarrollo de la norma, en función complementariamente legislativa que en absoluto corresponde a otro poder que no sea el legislativo o, en su caso, el ejecutivo. Poderes que, de ser ello necesario, deberán proceder a la modificación, aclaración o desarrollo de la correspondiente norma, quedando el juez obligado a aplicar la ley.

VI. EL REMOLCADOR COMO CENTRO DE TRABAJO Y DOMICILIO DEL TRIPULANTE

En principio podríamos entender que la consideración del remolcador como centro de trabajo no plantea duda alguna al disponer el art. 1.5 del ET que el buque constituye un centro de trabajo y se encuentra situado en la provincia donde tenga su puerto base. No obstante, desde el momento en que en ese mismo artículo *se considera centro de*

35 Como ha establecido la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS, entre otras STS 2 de julio 1991: *de antiguo ha sentado la doctrina de esta Sala la insuficiencia del criterio literal en la interpretación de la norma jurídica y así dice la sentencia de 23 de marzo de 1950 que si bien en la interpretación de las normas legales es preciso partir de la literalidad de su texto, no puede menos de tenerse en cuenta el valor de resultado, a fin de que tal interpretación conduzca a una consecuencia racional en el orden lógico, y por ello habrá que acudir al elemento sistemático al que ya se refería la sentencia de 23 de julio de 1940 al decir que los Tribunales al aplicar las leyes, deben atender a las reglas de hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que tratan la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo cuerpo legal que haya de aplicarse, porque es el modo adecuado de que el juzgador puede disponer para completar y aquilatar la interpretación de cada norma por el significado total del ordenamiento jurídico; elemento sistemático que se recoge en el citado art. 3.1 al aludir al contexto de las normas y al que se refiere asimismo la sentencia de 1 de junio de 1968 al decir que si bien en orden a la interpretación de las normas legales es doctrina jurisprudencial que los Tribunales al aplicar las leyes deben tender al contexto, estableciendo la conexión con todos los preceptos que traten la materia a resolver.*

36 Concretamente la referida sentencia en el punto 3 del fundamento jurídico 8º se expresa con el siguiente tenor: *Por lo que, en definitiva, aun tratándose de actividad en el mar sujeta a normativa específica, especialmente en cuanto a la jornada de trabajo, es razonable jurídicamente la diversidad de la normativa de carácter necesario aplicable, dadas las diferencias existentes entre la actividad realizada por buques mercantes y de pesca y el tiempo de permanencia fuera del puerto base (con incidencia en cuestiones como el tiempo de descanso en la mar, las especialidades cuando el buque se halle en puerto o el periodo de embarque y con normas específicas para el trabajo en la marina mercante -arts. 17.2 o 18 bis- o para las embarcaciones dedicadas a la pesca -arts. 16.2 o 17.3-) con relación a la efectuada por los remolcadores que normalmente se desarrolla en zonas marítimas cercanas al puerto base y sin períodos de embarque prolongados.*

trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral, hemos de estar necesariamente a la organización que las empresas efectúen al respecto de tal forma que en aquellos supuestos en que éstas entiendan que diversos buques que efectúan una misma actividad (como suele suceder con los remolcadores de puerto) constituyen un único centro de trabajo resultaría que cada remolcador debería ser considerado no como un centro de trabajo sino como un establecimiento o lugar de trabajo.

Así, la conceptuación del remolcador como centro de trabajo, pese a la presunción legal, decae en favor del sistema organizativo planteado en la empresa, de tal suerte que cuando en el correspondiente convenio colectivo o contrato de trabajo se establezca el principio de unidad de empresa y flota resultaría que el centro de trabajo estaría constituido por el conjunto de buques adscritos a la empresa bajo un mismo convenio, lo que, por otra parte, permitiría la movilidad de los trabajadores entre los distintos buques, de ahí que sea habitual, sobre todo en el ámbito del remolque portuario, que el tripulante no se encuentre adscrito a un único buque, lo que sucede cuando es contratado para prestar servicios en los buques de la flota y no en uno único y exclusivo perfectamente diferenciado bien por su nombre bien por otras características, en cuyo caso no puede existir dudas acerca de que el único centro de trabajo del tripulante no sería otro que el concreto y determinado referenciado en su contrato, hecho que puede conllevar situaciones no deseadas para el empresario, ya que de ser así la empresa se encontraría obligada a mantener al trabajador en dicho buque, se encuentre éste en las circunstancias que sea, sin poder transbordarlo ni, por supuesto, ser objeto de enrole múltiple.

Ahora bien, sea cual sea la situación de enrole del tripulante, por las características propias de la prestación del servicio la tripulación dispone en el buque para su descanso de camarotes propios y zonas comunes de esparcimiento y recreo, resultando que tanto su lugar de trabajo como el de descanso se encuentran dentro del mismo recinto aunque con espacios perfectamente diferenciados, de tal forma que una vez finalizada su jornada laboral el trabajador pueda utilizar dichos espacios como si de su domicilio se tratara, lógicamente con las limitaciones que ello supone, sobre todo la de estar alejado de su familia, lo que ha suscitado y suscita múltiples problemas[37]. Preci-

37 La Jurisprudencia del T.S., tanto de la Sala de lo Social como de lo Penal ha venido considerando de forma unánime que el camarote constituye el domicilio del trabajador mientras dura el período de embarque. Así, a modo de ejemplo, podemos citar la Sentencia dictada por la Sala Cuarta del T.S. de fecha 06/07/2015 (TOL5.412.249), en la que textualmente se dice: *no podemos olvidar la peculiaridad del trabajo del accidentado, cocinero en un buque, cuyo trabajo se desarrolla a bordo de la embarcación, que no sólo es el centro de trabajo, sino también el domicilio del trabajador durante todo el periodo que dura el embarque pues, aun cuando el barco atraque, el domicilio de los tripulantes continúa siendo el barco*. Asimismo la Sentencia de la Sala 2ª T.S. de fecha 22/07/2020 (TOL8.037.176) nos dice: *en las últimas sentencias sobre la materia (SSTS 1009/2006, de 18 del 10 ; 894/2007, de 31 del 10 ; 671/2008 , de 22del 10; 151/2009, de 11 del 2; y 932/2009, de 17 del 9), recogiendo la doctrina plasmada en otras resoluciones precedentes, se expone que...ningún problema se plantea para reconocer la condición de domicilio al camarote de un barco como un lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee. Resulta del todo evidente que una embarcación puede constituir, en efecto, la morada de una o varias personas cuando la utilicen como reducto de su vida privada, pues sin duda están construidas tales embarcaciones de forma que algunas de sus dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad (STSS 624/2002, de 10 del 4; y 919/2004, de 12 del 7).*

samente por dicha situación el CTM recomienda facilitar camarotes con instalaciones adecuadas para permitir el alojamiento, en las condiciones más favorables posibles, a los tripulantes que eventualmente se encuentren acompañados de su pareja, tratando así de conciliar, en la medida de lo posible, la vida profesional con la familiar mientras el marino se encuentre prestando sus servicios en régimen de embarque.

Esa característica singular de prestación de servicios hace que sea difícil determinar si el trabajador fuera de su jornada laboral se encuentra libre de todo servicio o si por el mero hecho de encontrase en el buque está a disposición del Armador y en el lugar indicado por éste, es decir si se encuentra localizado en el lugar indicado por el empresario y a disposición permanente de éste. No obstante, siendo obvio que el tripulante tiene derecho a su descanso, como cualquier otro trabajador, el mero hecho de que se encuentre en el buque no puede llevarnos a la confusión de que fuera de su jornada laboral se encuentra a disposición de su empleador ya que de considerarse la existencia de tal situación, con un contrato habitual en régimen de embarque, podríamos llegar a la absurda conclusión de que el tripulante pudiera estar en régimen de guardia de presencia durante las 24 horas del día y, por consiguiente, estaría prestando trabajo efectivo durante ese tiempo, continuando así diariamente hasta el término de dicho período de embarque.

Es cierto que el trabajador cuando está a bordo se encuentra localizado, como también podría estarlo si estuviera en su vivienda en tierra, o en otro lugar, pero hay que considerar que durante todo aquel tiempo en que no presta servicio efectivo o se encuentra en los tiempos de espera a los que se refiere el art. 8 RDJE, efectivamente se encuentra disfrutando de descanso, pudiendo destinar dicho tiempo a sus quehaceres personales, aunque con evidentes limitaciones, con la particularidad de que dicho régimen ha sido siempre considerado por los trabajadores como más beneficioso ya que, entre otras compensaciones, disfruta de un período vacacional mucho más amplio que el de un trabajador que presta sus servicios en tierra, tiene derecho a manutención y percibe una remuneración adicional en compensación a encontrarse en dicha especial situación, además de percibir dietas y gastos de viaje cuando se desplaza a/o desde su hogar familiar en los períodos vacacionales.

Para que ello suceda la relación contractual establecida no puede ser otra que la de régimen de embarque, relación que se documenta a través de un contrato de embarque y/o acuerdo de empleo de la gente de mar. No obstante, en algunas situaciones, como ciertamente pudieran producirse cuando la prestación del servicio se efectúa dentro del área portuaria, sería factible, aunque no siempre, que el trabajador, una vez finalizada su jornada normal de trabajo, disfrutara de su descanso en tierra, pero ello lógicamente podría implicar una merma considerable en su remuneración y período vacacional (entendiendo éste como todo aquel en que el trabajador no se encuentra prestando servicio a bordo, y no a vacaciones estricto sensu), amén de no tener derecho a manutención por cuenta de la empresa. Nótese que el trabajador percibe un importante plus de disponibilidad, por lo que si tal situación no se produce no tendría sentido el abono del mismo al no existir contraprestación.

De no encontrarse en dicho especial régimen de disponibilidad, el trabajador se vería obligado a soportar los gastos de desplazamiento y manutención, entre otros, de su propio peculio, y a tener que disponer de una vivienda, al menos habitación, en el lugar en que presta sus servicios o en sus proximidades, ya que, en la práctica, salvo casos excepcionales, su vivienda y familia se encuentran en un lugar muy distante a aquel, de ahí que desde siempre haya sido tradicional el sistema de régimen de embarque, incluso en los remolcadores que prestan sus servicios exclusivamente en puerto, siendo considerado dicho régimen por los trabajadores como más beneficioso, y permitido legalmente al remitirse el art. 2 LNM como fuente supletoria a los usos y costumbres de puerto.

VII. CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE DETERMINADA NORMATIVA

Efectuadas las anteriores consideraciones resulta que, dejando a salvo la normativa de derecho necesario, tanto de origen nacional como internacional o regional, cuya aplicación no plantee dudas, y de los Convenios Colectivos en vigor, nos encontramos con tres normas de origen interno en cuyo ámbito de aplicación puede entenderse comprendido el personal que presta sus servicios en remolcadores, en cuanto éstos, como hemos visto, no dejan de ser buques mercantes, a saber: a) el Acuerdo de 30 de mayo de 2012, cuyo ámbito de aplicación abarca a todas las empresas cuya actividad consista en el remolque portuario, tanto interior como exterior de los puertos, de altura, actividades off shore, de asistencia, y salvamento, etc.; b) el LAMM de aplicación a las relaciones laborales de quienes presten sus servicios en los buques mercantes abanderados en España; y c) el IV CGMM, cuyo ámbito de aplicación abarca a todas las Empresas Navieras del sector de la Marina Mercante y a su personal de flota.

Así una primera duda que se nos plantea es la derivada de la aplicación del Acuerdo de 30 de mayo de 2012, que recoge la totalidad de las normas sustitutorias de la derogada OTIP al recoger dentro de su ámbito de aplicación no sólo a las embarcaciones de tráfico interior sino a aquellas que, en principio, nada tienen que ver con éstas, como: remolcadores de altura y buques dedicados a actividades off shore, entre otros, los cuales no se encontraban incluidos dentro del ámbito de aplicación de la OTIP[38], y cuya función es precisamente, y salvo excepciones, prestar sus servicios fuera de puerto. Sin embargo, sí se incluía al personal que prestara sus servicios en buques de asistencia y salvamento, lo cual era lógico dado que dicho servicio se prestaba normalmente por remolcadores utilizados habitualmente en tráfico interior, actividad que en la actualidad está reservada a la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR)[39].

38 En el art. 1 de dicha Ordenanza se recoge literalmente que la misma afecta al personal que presta sus servicios a bordo de los buques, embarcaciones, artefactos, pontones u otras unidades flotantes dedicadas a operaciones de practicaje, remolque, amarraje, tráfico interior y exterior de los puertos y rías, como al transporte de pasajeros y mercancías y las de asistencia y salvamento (se sobreentiende dentro de puerto). Quedará afectado asimismo el personal subalterno dependiente de las Corporaciones de Prácticos de Puerto, como los Vigías, o Serviolas y Ordenanzas al servicio de las mismas y los Boteros-Amarradores de buques, los Guardianes de embarcaciones, Cobradores y demás personal que intervenga en el llamado tráfico de bahía, puerto o ría. Vid. MENENDEZ MENENDEZ, AURELIO e IGLESIAS PRADA, JUAN LUIS. Código de las Leyes Marítimas. Ed. BOE. Págs. 1195-1196.

39 De conformidad con lo dispuesto en el art. 268.1 TRLPEMM, el objeto de SASEMAR lo constituye la prestación de los

Por consiguiente dado que, según lo dispuesto en el art. 3.1. Código Civil (CC), *las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*, consideramos que aquel acuerdo de 30 de mayo de 2012 no debería ser de aplicación ni a los remolcadores de altura ni a los buques dedicados a actividades *off shore*, por cuanto el mismo podría haber sido negociado por partes que adolecieran de la capacidad necesaria para ello, no obstante poder ser de aplicación al resto de remolcadores, es decir a aquellos que prestan sus servicios en puerto, para lo cual las partes negociadoras, y en concreto la parte empresarial, dispondría de la capacidad necesaria[40].

En cualquier caso, aun entendiendo que el referido acuerdo es de aplicación al remolque portuario, dado que el mismo tan solo se refiere a determinadas cuestiones, y siempre en el supuesto de que no exista convenio colectivo de aplicación, se nos plantea la duda de saber si las condiciones establecidas en el LAMM, no reguladas en el citado acuerdo, y aquellas contenidas en el IV CGMM, asimismo no contenidas ni en el Acuerdo ni en el Laudo, pueden ser de aplicación a los remolcadores de puerto, por cuanto dichas normas se refieren, en general, a los buques mercantes, característica de la que gozan dicho remolcadores, como hemos visto, pudiendo entender que son de aplicación dado que dichas normas no solo no los excluye de su ámbito de aplicación sino que los incluye expresamente, estableciendo al efecto el CGMM que *es de aplicación a todas las Empresas Navieras y a su personal de flota, excepto para las Empresas con Convenio de Empresa*, y el Laudo que *será de aplicación a las relaciones laborales de quienes presten sus servicios en los buques mercantes abanderados en España, sin distinción alguna….*

Así, en lo que concierne al personal que presta servicio a bordo de embarcaciones de tráfico interior de puertos, es decir en el ámbito portuario (entendiendo por tal el espacio contemplado tanto dentro de los límites administrativos de los puertos como en los correspondientes pliegos de prescripciones particulares dictados por las Autoridades Portuarias), consideramos que les será de aplicación el Acuerdo de 30 de mayo de 2012, en tanto las empresas de que se trate no tengan reguladas por Convenio Colectivo, Acuerdo o Pacto las materias sobre las que el mismo trata; y en lo no regulado en el mismo les sería de aplicación lo dispuesto en el LAMM y consecuentemente el IV CGMM, normas, estas últimas, que serían de aplicación asimismo a todas aquellas embarcaciones que no se dediquen a prestar servicios portuarios[41], como los remolcadores de altura y de off-shore, entre otros y carezcan de convenios colectivos.

servicios públicos de salvamento de la vida humana en la mar, y de la prevención y lucha contra la contaminación del medio marino, la prestación de seguimiento y ayuda al tráfico marítimo, de seguridad marítima y de la navegación, de remolque y asistencia a buques, así como la de aquellos complementarios de las anteriores.

40 ANARE tan solo representa a empresas privadas de remolcadores, no siendo miembro de la misma SASEMAR, por lo que, en puridad, tampoco podría representar los intereses de aquellos armadores que prestan servicios de asistencia y salvamento al estar encomendados dichos servicios a SASEMAR.

41 Por servicios portuarios han de entenderse aquellos que en la actualidad así vienen contemplados en el Capítulo III del Título VI del Libro I del TRLPEMM.

VIII. LA JORNADA LABORAL Y EL TIEMPO DE TRABAJO

Dicho lo anterior y dado que la disposición adicional 32ª del TRLPEMM (referida a la jornada laboral de los trabajadores en los servicios técnico-náuticos, dentro de los cuales se incluye el remolque portuario[42]) dispone, como ya hemos adelantado, que *se considerarán aplicables a los servicios técnico-náuticos por lo que se refiere a los trabajadores que intervengan en ellos, y en especial al régimen de jornada de trabajo, las reglas que, en cuanto a la prolongación de trabajo efectivo con tiempo de permanencia o disponibilidad, se contienen en la sección 4ª del capítulo II del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre*, resulta que serían de aplicación los concretos artículos de dicha norma, según la modificación producida por el Real Decreto 285/2002, de 22 de marzo (9 años antes de la vigencia del TRLPEMM), siendo en concreto los que se refieren al trabajo en la mar los 8, 9 y 15 a 18 bis, ambos inclusive, por lo que difícilmente se puede mantener que a los tripulantes de los remolcadores no les es de aplicación la normativa contenida en los arts. 17.2 y 18 bis del RDJE, como se afirma en la sentencia dictada por la Sala IV del T.S. en fecha 14 de septiembre de 2016.

Pues bien, si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 8 RDJE, aplicable en todo caso, resultaría que la jornada laboral diaria (incluidas, en su caso, las horas extraordinarias) no puede exceder de doce horas, siendo la duración máxima en cómputo anual de 1826 horas de trabajo efectivo (40 horas semanales de promedio en cómputo anual según se contempla en el art. 34 ET).

Ahora bien si entendemos por jornada laboral la que abarca el período de tiempo que el trabajador se encuentra a disposición del empresario realizando, o en situación de poder realizar de forma inmediata, las prestaciones adecuadas, resultaría que el período computable durante la misma podría ir bastante más allá del referido como trabajo efectivo, al tener que considerar dentro de la misma, tanto dichas horas, incluidas las extraordinarias, como las de presencia y disponibilidad en determinados supuestos, diferenciándose así la jornada laboral del tiempo de trabajo, siendo considerado éste, según la sentencia del TJUE de fecha 9 de julio de 2015[43] (asunto C-87/14), como *el periodo que el trabajador permanece en el centro de trabajo en función de la obligación de dicho trabajador de mantenerse a disposición de su empleador*, siendo *el factor determinante el hecho de que el trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad*.

El TS (Sala de lo Social), en su sentencia de fecha 22 de julio de 1995[44], ya había señalado que *los conceptos de jornada, sea diaria, mensual o anual, y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal de que se trate*,

42 Vid. arts. 108.2.a.2º y 127 TRLPEMM.

43 TOL5.196.915

44 TOL2.456.752

distinción que permite añadir a la Sala que «*cualquier disparidad o divergencia que entre ellos surja al ser aplicados en la realidad del tráfico jurídico, lógicamente ha de ser salvada y resuelta de modo que prevalezca y se respete la jornada establecida*»[45], y en la cláusula 2 del Acuerdo Europeo sobre la Ordenación del Tiempo de Trabajo de la Gente del Mar, diferenciando las horas de trabajo de las de descanso, se dispone que *se entenderá por horas de trabajo el tiempo durante el cual un marino está obligado a prestar servicio por cuenta del buque y por horas de descanso el tiempo no comprendido en las horas de trabajo*, regulando la duración máxima de dichos tiempos en la cláusula 5 con el siguiente tenor: *a) el número máximo de horas de trabajo no excederá de: i) 14 horas por cada período de 24 horas, ni de ii) 72 horas por cada período de 7 días; o bien b) el número mínimo de horas de descanso no será inferior a: i) 10 horas por cada período de 24 horas, ni a ii) 77 horas por cada período de 7 días*. La misma regulación se contempla en la Regla 2.3 del Título II del CTM.

En definitiva, jornada y tiempo de trabajo son dos conceptos diferentes ya que mientras la primera se refiere a todo el tiempo que el trabajador tiene la obligación de encontrarse a disposición del empresario para efectuar la actividad laboral, el segundo se refiere al tiempo efectivamente trabajado, de ahí que sea preciso diferenciar las distintas situaciones que pueden producirse dentro de dicha jornada al objeto del cómputo de las horas que puedan tener la consideración de horas efectivamente trabajadas, máxime cuando de jornadas especiales de trabajo se trate, haciéndose además no sólo conveniente sino necesario el control de las mismas cuando la actividad laboral se lleva a cabo en el mismo lugar en que se descansa, como sucede en los buques, habida cuenta que, como se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de fecha 16/07/2014[46], los trabajadores del mar *aun cuando lógica y legalmente disfruten de períodos de descanso, están no obstante sujetos a una permanente disponibilidad, dependiendo de las contingencias -a veces impredecibles- que pueden surgir en un buque, según se infiere, además, del contenido de los arts. 15 y ss. del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y en concreto del trabajo en el mar...*

Ahora bien, dado que los trabajadores vienen obligados a efectuar ejercicios periódicos obligatorios, de tal forma que el tiempo utilizado para su realización no puede ser considerado ni como de descanso ni como de trabajo, al no poder incluirse dentro de la jornada laboral, ni dentro de las horas de trabajo o descanso, no computando en definitiva a ningún efecto, al objeto de evitar interpretaciones no deseadas, el art. 17.5 RDJE establece que: *los ejercicios periódicos tales como lucha contra incendios y abandono que impongan las normas nacionales e internacionales deberán realizarse de forma que perturben lo menos posible los tiempos de descanso y no provoquen fatiga*.

1. Las horas de Trabajo Efectivo

Según lo dispuesto en el art. 8.1. RDJE, tiene la consideración de tiempo de trabajo efectivo *aquél en que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y en el*

45 Vid. Godino Reyes. Martín "La Jornada de Trabajo". Ed. Lefebvre-El Derecho S.A. Madrid 2020.

46 TOL4.545.589

ejercicio de su actividad, que, según el art. 34.1 ET, no puede ser superior a 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual, es decir que, en principio, como hemos visto, no podría superar las 1.826 horas al año.

Debemos tener en cuenta, no obstante, que, tal como se contempla en reiterada jurisprudencia del TS, el tiempo de presencia o la mera situación de disponibilidad no computa a efectos de tiempo de trabajo efectivo al haber establecido al respecto que *la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias*, porque es inherente a la disponibilidad la asunción de las limitaciones de ubicación que permiten al trabajador incorporarse en el tiempo requerido.

Así, la jurisprudencia se ha visto obligada a establecer las características que son inherentes al concepto de localización en su doble vertiente al objeto de poder concretar en que supuestos la situación en dicho estado puede tener la consideración de horas de trabajo efectivo, habiendo señalado al respecto la Sentencia dictada en fecha 27/01/2009 por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, entre otras: *la doctrina más reciente sigue insistiendo en la diferencia entre horas de localización y horas de trabajo, como puede verse en las sentencias de 27 de febrero de 2001 y 11 de octubre de 2006, en las que se afirma que la exclusión del cómputo de la jornada sólo puede realizarse cuando se trata de tiempo de guardias de localización o mixtas en la fracción que no tiene consideración de trabajo efectivo … lo que claramente está indicando que las guardias de localización sin presencia en el centro de trabajo o en lugar designado por el empresario no son tiempo de trabajo. Y el mismo criterio se refleja en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2000 (asunto SIMAP) y 9 de septiembre de 2003 (asunto Jaeger), en las que se distingue entre: 1) las guardias que se prestan en régimen de localización, sin que sea obligatoria la presencia en el centro, que no son asimilables a tiempo de trabajo, pues en ellas los trabajadores pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales; y 2º) las guardias de presencia, en las que el trabajador está obligado a mantenerse a disposición de su empresario en el lugar determinado por éste durante toda la duración del servicio, con lo que está sujeto a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de su entorno tanto familiar como social y goza de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales. No pueden, por tanto, contraponerse… las limitaciones propias de las guardias de presencia y la ausencia de limitaciones o la libertad de movimientos propia de las guardias de localización. En las dos modalidades hay limitaciones importantes en función de la disponibilidad, lo que varía es la intensidad: muy fuerte a casi absoluta cuando hay presencia física y más reducida y compatible con una dedicación personal cuando se trata de mera localización. En esta distinción insiste la sentencia de 1 de diciembre de 2005 (asunto Dellas)*[47].

47 TOL1.460.263

Aplicando dicha sentencia al ámbito especial del trabajo en la mar, en el cual, como hemos dicho, el domicilio del trabajador y el centro de trabajo se encuentran, aunque diferenciados, en el mismo espacio, es decir en el buque, resulta que siempre que el tripulante se encuentre dentro de su período de descanso realmente se encontraría en una situación de disponibilidad de tal forma que tan solo cuando se vea perturbado su descanso y, por razones de urgencia o imperiosa necesidad, tuviera que verse obligado a prestar sus servicios, el tiempo empleado en tal actividad sería considerado como tiempo de trabajo efectivo.

Lógicamente para el control horario es necesario la elaboración de un sistema de registro individual para cada trabajador, registro que está sujeto a las funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la legislación laboral que lleva a cabo la Inspección de Trabajo y S.S. (ITSS), de tal forma que en el supuesto de detectar incumplimientos que pudieran afectar directamente a la seguridad marítima o de la navegación, debe poner el hecho en conocimiento de la Dirección General de la Marina Mercante (DGMM), proponiendo, en su caso, la revisión de las tripulaciones mínimas[48].

2. Las horas de Presencia

Las horas de presencia vienen contempladas en el art. 8.1. RDJE como aquellas *en que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta o similares*, las cuales, según se dispone en el punto 3 de dicha norma, *no podrán superar 20 horas semanales en un período de un mes*. Dichas horas no pueden ni deben confundirse con el tiempo destinado a guardias de localización ni, en general, con las horas de disponibilidad que, como hemos visto, dependiendo de las condiciones, no son computables ni a efectos de tiempo de trabajo efectivo ni como tiempo de presencia.

---

48 A tales efectos el artículo 18 bis del RDJE dispone que: *"1. En los buques dedicados a la marina mercante, deberá colocarse en un lugar fácilmente accesible del buque un cuadro, en el que figuren los datos contenidos en el modelo normalizado que se incluye en el anexo I del presente Real Decreto, redactado en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés, en el que se especifique la organización del trabajo a bordo y en el que figuren para cada cargo, al menos: a) El programa de servicio en la mar y en puerto. b) El número máximo de horas de trabajo o el número mínimo de horas de descanso de conformidad con lo establecido en el presente Real Decreto y, en su caso, en el convenio colectivo que resulte de aplicación al buque.*
Los datos contenidos en el cuadro deberán actualizarse cuando los cambios en la organización del trabajo a bordo lo hicieran necesario.
2. Deberán llevarse a bordo registros individuales para cada trabajador de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso, en los que figuren los datos contenidos en el modelo que se incluye en el anexo II del presente Real Decreto redactados en el idioma común de trabajo a bordo y en inglés. Los modelos de registros le serán facilitados al trabajador por el capitán o por una persona autorizada por éste.
Los registros serán cumplimentados diariamente por el trabajador y firmados semanalmente por el capitán, o por una persona autorizada por éste, y por el propio trabajador, a quien se entregará mensualmente una copia de su registro.
Los registros estarán sujetos a las funciones de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la legislación laboral que corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
3. El naviero deberá conservar a disposición de la autoridad laboral el cuadro y los registros de los tres últimos años.
4. Deberá llevarse a bordo, en un lugar fácilmente accesible para la tripulación, un ejemplar de las disposiciones legales y reglamentarias y de los convenios colectivos aplicables al tiempo de trabajo en el buque".

Las situaciones que se reflejan en el citado art. 8.1. RDJE lo son a modo de ejemplo, permitiendo la referida norma que se determinen en los convenios colectivos los supuestos concretos que hayan de ser considerados como tiempo de presencia. No obstante no puede establecerse en Convenio un pacto global de horas de presencia que supere las 20 horas semanales permitidas ni las 1.826 horas de trabajo efectivo en cómputo anual[49].

Lógicamente las horas de presencia no podrán interferir en las horas de descanso entre jornadas que deberán ser respetadas en todo caso, debiendo ser compensadas aquellas con períodos equivalentes de descansos retribuidos o, en su defecto, con un salario de cuantía no inferior a las horas ordinarias.

3. Las horas de Disponibilidad

Como elemento diferencial a las horas de presencia nos encontramos con el concepto de disponibilidad que consiste en la situación de localización del trabajador en el lugar designado por el empresario (guardias de localización en presencia) o fuera del mismo (guardias de localización sin presencia), con la obligación por parte del trabajador de prestar servicios cuando sea requerido para ello o bien acudir al centro o lugar de trabajo para prestar dichos servicios en el tiempo que se establezca, pero que en ningún caso puede ser inferior a un mínimo prudencial que le permita, en la situación en que se encuentra, atender al menos a unas mínimas necesidades particulares.

En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que *las guardias de localización sin presencia en el centro de trabajo o en lugar designado por el empresario no son tiempo de trabajo* y que *la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y por ende está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias, porque es inherente a la disponibilidad la asunción de las limitaciones de ubicación que permiten al trabajador incorporarse en el tiempo requerido* [50].

En este mismo sentido se expresa la Jurisprudencia del TJUE al entender que solo debe considerarse tiempo de trabajo el tiempo dedicado a la prestación efectiva de trabajos, incluso cuando el trabajador esté en situación de guardia localizada, estableciendo al efecto que:

El factor determinante para la calificación de «tiempo de trabajo»… es el hecho de que el trabajador está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad. (Sentencia de 9 de septiembre de 2003, caso Jaeger, C-151/02, y Auto de 4 de marzo de 2011, caso Grigore, C-258/10).

49 En este sentido, la Sentencia del T.S. (Sala de lo Social) de fecha 14/09/2016 y la del TSJ de la Comunidad Valenciana, Social, de fecha 11/12/2018, que sigue a la anterior, refiriéndose al régimen laboral de los trabajadores de remolcadores portuarios, establece que todo pacto que supere un tiempo superior a las 20 horas de presencia en cómputo semanal es nulo, si bien parecen considerar como tiempo de presencia todo el tiempo que no sea de trabajo efectivo cuando el trabajador se encuentre en régimen de embarque, sin tener en cuenta el tiempo de descanso ni el de disponibilidad ni si el trabajador considera tal régimen más beneficioso o no.

50 Vid. por todas Sentencia Tribunal Supremo Sala 4ª, 27-01-2009, rec. 27/2008.

No ocurre lo mismo en la situación en la que el trabajador efectúa una guardia según el sistema de guardia localizada, que implica que esté accesible permanentemente sin no obstante deber estar presente en el lugar de trabajo. En efecto, aunque esté a disposición de su empresario en la medida en que debe estar localizable, en esta situación el trabajador puede administrar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus intereses personales. En estas circunstancias, sólo debe considerarse «tiempo de trabajo»… el tiempo dedicado a la prestación efectiva de servicios[51], si bien dicha doctrina ha sido matizada, como veremos posteriormente, en función del tiempo de respuesta de que dispone el trabajador para acudir al lugar indicado para la prestación del servicio y de la frecuencia de los servicios a realizar.

Así, como norma general podríamos decir que cuando el trabajador se encuentra en la situación de disponibilidad sin tener la obligación de encontrarse en el centro de trabajo (el camarote y los lugares de esparcimiento del buque no forman parte de lo que podamos considerar como centro de trabajo, como ya hemos visto) tan solo se computaría como tiempo efectivo de trabajo el verdaderamente empleado en la realización de la actividad concreta y determinada, tiempo al que habría que añadir el empleado en su desplazamiento y retorno al lugar de localización, el cual, además, dará lugar a un período de descanso equivalente si éste se hubiera visto perturbado.

En dicho sentido el art.7 del LAMM establece que: *en los buques donde exista sistema de máquina desasistida (UMS), se abonará a los trabajadores que se encuentren en situación de disponibilidad por los trabajos que pudieran originarse un complemento denominado "plus UMS", sin perjuicio de que se le abone la retribución correspondiente a las horas efectivamente trabajadas durante ese período de disponibilidad*, confirmándose lo anterior en el punto 4 de la cláusula 5 del Acuerdo Europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar al disponer que: *los marinos que deban permanecer en situación de disponibilidad, por ejemplo por encontrarse desatendida una sala de maquinaria, tendrán derecho a un período de descanso compensatorio adecuado si, por requerirse sus servicios, resultara perturbado su período de descanso*[52].

No obstante, contradiciendo lo anterior, la sección 4ª del TSJ de Madrid, mediante sentencia de fecha 25 de mayo de 2023[53], ha considerado que las guardias localizadas en lugares concretas del buque para atender el servicio UMS (espacios de máquinas desatendidas), han de considerarse como de trabajo efectivo al tener el trabajador *anulada su capacidad para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales*, si bien considerando que el trabajador percibía un complemento de disponibilidad y gozaba de un período de descanso de un mes por cada mes embarcado, el Tribunal entiende que dichas horas han sido compensadas por una doble vía: descansos retribuidos y en metálico (plus de disponibilidad).

51 STJUE de 21 de febrero 2018

52 Precisamente por esa situación de especial disponibilidad a los tripulantes de los remolcadores se les abona un plus que, bajo una denominación u otra, trae su causa de dicha disponibilidad y que en algunas ocasiones y empresas es de cuantía prácticamente igual al salario base.

53 TOL9.629.251

En cualquier caso las circunstancias especiales del trabajo a bordo de un buque implican, como hemos apuntado anteriormente, que sea difícil distinguir con nitidez el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empresario realizando las actividades normales de su puesto de trabajo de aquellas otras en que se pueda encontrar en situación de disponibilidad o de descanso ya que como ha expresado el T.S., entre otras, en las sentencias de la Sala 4ª de fechas 16/07/2014 y 06/07/2015, los trabajadores en régimen de embarque *aun cuando lógica y legalmente disfruten de períodos de descanso, están no obstante sujetos a una permanente disponibilidad, dependiendo de las contingencias -a veces impredecibles- que pueden surgir en un buque*.

No obstante, teniendo en cuenta tanto lo dispuesto en la cláusula 2 del Acuerdo Europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar como en el art. 8.1 del RDJE y en el art. 34.5 ET, entre otras normas, resulta que el trabajador está prestando servicio efectivo cuando se encuentra en su puesto de trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad y se encuentra de descanso cuando no se encuentra en horas de trabajo, siempre que no se trate del disfrute de pausas breves (descanso intra-jornada).

Ahora bien, nuestra legislación si bien establece una diferencia entre lo que ha de considerarse horas de trabajo efectivo y horas de presencia obvia mencionar el estado de disponibilidad lo que ha llevado a nuestro TS a considerar que el tiempo en que el trabajador se encuentra a bordo del buque y no realiza trabajo efectivo es tiempo de presencia (Sentencia del TS, Sala de lo Social, de fecha 14/09/2016 y Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de fecha 11/12/2018[54]), equiparando así, a nuestro juicio erróneamente, la disponibilidad fuera del lugar concreto de trabajo con el tiempo de presencia, máxime cuando lo que ha de ser considerado como tiempo de presencia se encuentra perfectamente delimitado en la norma y no puede ser equiparado o equiparable a la disponibilidad, cuyo tratamiento jurídico es plenamente diferenciable, como ha puesto de relieve la jurisprudencia en sentencias como la del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de fecha 27/01/2009, referida anteriormente, en la cual claramente se establece que las guardias de localización sin presencia en el centro de trabajo o en lugar designado por el empresario no son tiempo de trabajo, siendo de reseñar que en esa misma sentencia el TS confirma que el tiempo de presencia al que se refiere el art. 8 RDJE nada tiene que ver con las situaciones de disponibilidad, y por tanto no debe confundirse con éstas, teniendo ambas un tratamiento jurídico distinto, refiriéndose a ello con el siguiente tenor:

Por último, hay que hacer referencia a la reciente sentencia de 1 de octubre de 2.008, dictada en el recurso 63/2007, sobre la impugnación, entre otros, del artículo 38 del I Convenio Colectivo del Sector del Transporte Aéreo y Trabajos Aéreos con Helicópteros, que establece que los periodos de espera y permanencia a que se refiere la Directiva 2000/79, en su cláusula 8, no son los que se definen en el artículo 8 del Real Decreto 1561/1995, como tiempo de presencia.

No obstante lo anteriormente expuesto la jurisprudencia del TJUE diferencia también los períodos de disponibilidad en función no solo de que el trabajador se encuentre o

54 TOL8.201.764

no en lugar distinto al centro de trabajo sino también en función del período que se le exija al trabajador para presentarse en el lugar de trabajo y la frecuencia media con la que se le requiere, de tal forma que si el tiempo en que debe presentarse es muy escaso considera dicha disponibilidad como tiempo de trabajo mientras que si no lo es tanto tan solo el tiempo utilizado en la prestación del servicio sería considerado como tiempo de trabajo, si bien se tengan en cuenta otras consideraciones.

En concreto en el asunto C-344/2019 (STJUE de fecha 9 de marzo de 2021)[55] en que el trabajador estaba localizable por teléfono y debía presentarse en el lugar de prestación del servicio, en caso de necesidad, en el plazo de una hora, el Tribunal considera que el tiempo de localización no computa como horas de trabajo efectivo. A la misma apreciación llega dicho Tribunal en los asuntos C-214/20 (STJUE de fecha 11 de noviembre de 2021)[56] en el que la obligación de presentarse el trabajador para prestar sus servicios tan solo era de 10 minutos, y en el asunto C-580/19, si bien en todas ellas se matiza que lo importante es determinar si las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable al poder de administrar libremente el tiempo para el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicarlo a sus propios intereses, sin que deba influir ni la distancia a la que se encuentre el trabajador por su propia voluntad, ni las condiciones del lugar en que se encuentre, aunque éste sea proporcionado por el empresario, como sucede en los buques en que el lugar de descanso (camarote) es proporcionado por el Armador.

Sin embargo, en otro supuesto en que el trabajador tan solo disponía de ocho minutos para presentarse en el lugar de prestación del servicio el Tribunal consideró que el período de disponibilidad debería considerarse como tiempo de trabajo ya que dicho plazo restringía considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades (STJUE de fecha 21 de febrero de 2018)[57].

En la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país podemos acudir a la STSJ de Cantabria de 14 de marzo de 2019 y a la del TSJ de Madrid de fecha 25 de julio de 2018[58], en las cuales los respectivos Tribunales dictaminaron que, con un tiempo máximo de reacción de 30 minutos el período de disponibilidad no podía considerarse como tiempo de trabajo. Asimismo en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander en fecha 19 de agosto de 2022, como consecuencia del conflicto colectivo presentado por el sindicato CGT contra la empresa de remolcadores Rusa Santander S.L., el Magistrado consideró que con un tiempo de respuesta de 30 minutos el período de disponibilidad de los trabajadores en su casa no podía considerarse como tiempo de trabajo, máxime teniendo en cuenta que el número de operaciones fuera de la jornada era muy baja, en concreto 10 mensuales con una duración máxima cada servicio de 1 hora y 8 minutos. Dicha sentencia fue confirmada por la del TSJ de Cantabria de fecha 9 de diciembre de 2022[59], si bien ésta entendiera que dicho período de tiempo

55 TOL8.341.711
56 TOL8.636.868
57 TOL6.512.488
58 TOL6.850.457
59 TOL9.336.856

debe ser considerado como de presencia (confusión que podría resultar lógica al no regularse en nuestro RDJE los períodos de disponibilidad).

Las anteriores conclusiones vienen también recogidas en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Santander en fecha 5 de febrero de 2024 (versando la misma sobre una supuesta modificación sustancial de condiciones laborales) en la que se vuelve a reiterar que *las horas en que el actor se encuentra a disposición del empleador (en su domicilio o donde fuere) son horas de presencia y por tanto, no pueden computar a efectos de la duración máxima de la jornada laboral*, si bien cuando se refiere a horas de presencia parece estar refiriéndose realmente a horas de disponibilidad al encontrase los trabajadores en su domicilio (personal de retén).

Por contra, la sentencia dictada en fecha 11 de diciembre de 2018 por el TSJ de Valencia en autos seguidos en conflicto colectivo interpuesto por la CGT contra la empresa de remolcadores Boat Service S.A. concluye que con un período de respuesta de 15 minutos, el tiempo de disponibilidad debe ser considerado como tiempo de presencia, revocando así la dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón de la Plana que consideraba que dicho tiempo no era ni de trabajo efectivo ni de presencia, sino de disponibilidad, por lo que no podía computarse dentro de los límites legales previstos en el art. 8 RDJE.

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia citada, podemos considerar que en aquellos supuestos en que el trabajador tenga la obligación de presentarse en el lugar de trabajo para prestar sus servicios en un plazo de 30 minutos dicho trabajador se encontraría en una situación de disponibilidad, no computable ni como tiempo de presencia ni como tiempo de trabajo efectivo, si bien dicha conclusión sea matizable en función de la frecuencia de los servicios a realizar durante dicho período de disponibilidad.

4. Las horas Extraordinarias

Si tenemos en cuenta que el art. 35.1 ET dispone que *tienen la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo* (jornada que, de conformidad con el art. 34 de dicha norma, no puede tener una duración superior a 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual) resulta que, siempre que se respete el descanso entre jornadas de doce horas, tendrán la consideración de horas extraordinarias todas aquellas que se realicen en exceso de las 1.826 horas de trabajo efectivo en cómputo anual, equivalente a las 40 horas semanales, descontadas, lógicamente, las horas de presencia y, en su caso, aquellas horas de disponibilidad, que, como hemos visto, en determinadas circunstancias no computan ni como horas de trabajo efectivo ni como horas extras.

En cualquier caso el art. 8.2 RDJE dispone expresamente que *los trabajadores no podrán realizar una jornada diaria total superior a doce horas, incluidas, en su caso, las horas extraordinarias*. Así, dado que el período de referencia para el cómputo de la jornada ordinaria viene referido a nivel anual es evidente que, salvo que otra cosa se pacte, tan sólo tendrán naturaleza de horas extraordinarias aquellas que resulten en exceso del cómputo anual de la jornada, tal como se dispone en el art. 17 CGMM al establecer que:

tendrán naturaleza de horas extraordinarias sólo aquellas que resulten en exceso del cómputo anual de la jornada, en su caso.

Ahora bien, es de reseñar que según dispone el art. 34.4 ET: *la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo*, y que, según se refleja en el punto 5 del mismo artículo, *la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente*, y aunque el ET en su art. 35.2 limita el número de horas extraordinarias a ochenta al año, es importante resaltar que en el mismo artículo se recogen dos importante excepciones, a saber: 1) que no se tendrán en cuenta para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias, y 2) que no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización[60].

Por su parte en el CGMM se establecen como horas extraordinarias de realización obligatoria y no sometidas a límite temporal las realizadas para: 1) Los trabajos de fondeo, atraque, desatraque, enmendadas previstas, apertura y cierre de escotillas y arranches. 2) En la mar, siempre que las necesidades de la navegación lo exijan para llevar a buen fin el viaje iniciado por el buque y en puerto cuando la programada salida del buque lo requiera. 3) Atención a la carga, y las operaciones necesarias para que el buque pueda realizar la carga y descarga, así como aprovisionamiento siempre y cuando por tener el buque que zarpar inmediatamente, no pueda realizarse en jornada normal. En estos casos se utilizará únicamente el personal estrictamente necesario. 4) Atención de Autoridades en puerto y trabajos similares de ineludible realización. 5) En situación de socorro a otros buques o personas en peligro o cuando fueren necesarias o urgentes durante la navegación para la seguridad del buque o personas o el cargamento. 6) En los supuestos de formalidades aduaneras, cuarentena y otras disposiciones sanitarias.

Por consiguiente, podemos llegar a la conclusión de que siempre que se respete el límite de descanso de doce horas entre jornadas y que las horas efectivas efectuadas en exceso de las establecidas sean compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización no podríamos considerar la existencia de horas extraordinarias a efectos de su cómputo, pudiendo incluso llegar a establecer convencionalmente un forfait de horas hasta alcanzar las doce diarias de jornada siempre que las mismas se vean compensadas dentro del período temporal señalado, si bien se nos plantee la duda de saber que sucedería si las horas a compensar exceden de las 80 permitidas legalmente o bien se optara por su retribución.

60 Aunque en principio las horas extraordinarias deben ser objeto de compensación por períodos de descanso equivalentes, el art. 35.1 ET, al que se remite el art. 16.2 RDJE, permite que mediante Convenio Colectivo o, en su defecto, contrato individual, se opte por abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, si bien en defecto de pacto las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

IX. EL LIMITE TEMPORAL DEL REGIMEN DE EMBARQUE

Si tenemos en cuenta que todo trabajador tiene derecho a un descanso semanal de día y medio, descanso que puede acumularse y disfrutarse en períodos de hasta cuatro semanas (art. 9 RDJE) pudiendo, incluso, acumularse para su disfrute unido al período de vacaciones (art. 18 b RDJE), que las horas de presencia pueden ser compensadas con períodos equivalentes de descanso retribuido (art. 8 RDJE) acumulables asimismo al período de vacaciones y que las horas que excedan de las 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual y que se realicen dentro de la jornada permitida de doce horas diarias pueden también ser compensadas por descansos equivalentes dentro de los cuatro meses siguientes a su realización (art. 16.2 RDJE), resulta que, respetando el descanso mínimo de doce horas diarias, el trabajador puede efectuar períodos de embarque de hasta cuatro meses continuados, cumpliendo en todo momento con la regulación sobre jornadas de trabajo de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.1 ET.

Teniendo en cuenta las 20 horas semanales de presencia y los períodos de disponibilidad sin trabajo real a lo largo de la jornada, tiempo que no computa a efectos de trabajo efectivo, resultaría que el tiempo máximo semanal de trabajo efectivo no superaría las 72 horas por cada período de 7 días (10 horas y 17 minutos diarios), lo que implica que en un régimen de embarque como el señalado, o similar, que, en cómputo anual equivale a seis meses de embarque y seis meses de vacaciones con descansos acumulados, el tiempo de trabajo efectivo en cómputo anual no alcanzaría las 1.800 horas, siendo, por consiguiente inferior al máximo legalmente establecido.

Así, con dicho régimen es obvio que se respetaría el tiempo legalmente establecido para vacaciones y descansos ya que para el referido período de 6 meses de embarque total a lo largo del año corresponderían 39 días a fines de semana no disfrutados, 30 días a vacaciones[61], 14 días a festivos no disfrutados[62] y 90 días a tiempos de presencia y disponibilidad, lo que haría un total de 173 días.

Es más, con un sistema de embarque de 4 meses, seguidos de otros 4 meses de descanso, en el que se acumularían los fines de semana no disfrutados, los días festivos y la parte proporcional de vacaciones, se mejoraría sensiblemente lo dispuesto en el CGMM que para cada período de embarque de cinco meses establece un período de descanso

61 Dentro de los descansos a los que tiene derecho todo trabajador el descanso anual, conocido como de vacaciones, tiene un singular significado, disponiendo el art. 38.1 ET que en ningún caso puede ser inferior a treinta días naturales, mejorando así lo dispuesto tanto en el Convenio 132 de la OIT como en la Directiva 1999/63/CE la cual, en la cláusula 16, dispone que: *todo marino disfrutará de permisos anuales remunerados de al menos cuatro semanas al año, o de permisos de duración proporcional para los períodos de empleo de menos de un año, con arreglo a las condiciones de devengo y concesión de estos permisos establecidas en las legislaciones y prácticas nacionales. El período mínimo de permiso anual remunerado no podrá ser sustituido por una indemnización compensatoria, a menos que la relación laboral haya llegado a su término*.

62 El art. 37.2 ET así como los arts. 45, 46 y 47 del RD 2001/1983, que se mantienen vigentes en virtud de la Disposición Derogatoria única del RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo, establecen que los trabajadores tienen derecho a disfrutar de un descanso de carácter retribuido y no recuperable que no podrá exceder de catorce días al año de los cuales dos serán locales, debiendo respetarse como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España, si bien, al objeto de que dichos festivos sean efectivamente disfrutados son trasladables al lunes todos aquellas que coincidan en domingo.

continuado de 60 días en los que se incluyen las vacaciones, los fines de semana y los festivos no disfrutados.

Es de reseñar que si bien el CGMM limita la jornada ordinaria diaria en la Marina Mercante a ocho horas de lunes a viernes y cuatro horas el sábado (art.16), respetando así el descanso mínimo obligatorio de un día y medio semanal, permite la existencia de pactos de horas extraordinarias en forfait, las cuales no entran ni en el cómputo de horas extraordinarias ni en el cómputo de la jornada ordinaria diaria de ocho horas, permitiendo de esta forma la ampliación de la jornada hasta el límite en que se respete los períodos de descanso entre jornadas obligatorio, estableciendo además la proyección de la misma durante el tiempo de embarque a sábados tarde, domingos y festivos, si bien únicamente para trabajos de guardias de mar, guardias de fonda, emergencia del buque o la carga, así como para las maniobras de puertos y fondeos cuando se realicen dentro de la jornada laboral de cada tripulante, prolongación de jornada que, independientemente de su remuneración mediante el correspondiente plus, da lugar al correspondiente descanso acumulado al período de vacaciones al establecer el art. 18 que: *los sábados, domingos y festivos comprendidos en el período de embarque están integrados en las vacaciones, en su parte correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente y, por tanto, no podrán producirse compensaciones por ningún motivo"*

En definitiva, mediante el recurso del pacto de forfait de horas extraordinarias, el CGMM permite tanto la ampliación de la jornada hasta el límite de las doce horas establecido en el RDJE como la realización de trabajos, en los supuestos específicamente contemplados, durante los fines de semana, sin que tal exceso o ampliación pueda ser computado ni a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias, tal como el art. 8.3 del RD establece para las horas de presencia.

X. CONSIDERACIONES FINALES

Dadas las particularidades que, en general, se presentan en la prestación de servicios en régimen de embarque a bordo de buques, los cuales constituyen al mismo tiempo tanto el centro de trabajo como el domicilio del tripulante y teniendo en cuenta, además, los precedentes históricos de dicha relación laboral, sería aconsejable, tal y como se venía contemplando hasta la LRL, considerar la misma como una relación laboral de carácter especial, procediéndose a su regulación específica mediante un Código de Derecho Laboral Marítimo que, siguiendo los precedentes de otras normas, como el TRLPEMM y la LNM, recogiera en un solo texto la específica normativa a aplicar en dicho sector laboral, si bien, lógicamente, respetando tanto la emanada de los organismos internacionales (en particular el CTM) como de la UE sobre dicho campo específico.

Independientemente de lo anterior y mientras tanto ello no se produjera, teniendo en cuenta que en el RDJE no se contempla el período de disponibilidad consideramos conveniente regular el mismo contemplando, tal como se viene recogiendo en la jurisprudencia del TJUE, los parámetros que deban concurrir para considerar al mismo

bien como tiempo de descanso bien como tiempo de trabajo efectivo, diferenciándolo claramente del tiempo de presencia. Además, en dicho RDJE, respetando el Acuerdo Europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar, debería permitirse la opción de que el tiempo máximo de jornada pudiera computarse tanto en función de las horas de trabajo como de las de descanso.

En lo relativo a la aplicación del Acuerdo de 30 de mayo de 2012, relativo al texto refundido que recoge la totalidad de las normas sustitutorias de la derogada OTIP, debería aclararse su ámbito de aplicación no en función de determinadas clases de buques sino en función del ámbito concreto de navegación no debiéndose incluir dentro del mismo buques cuya función habitual no sea la prestación de servicios dentro de puerto o en su ámbito de influencia, según la demarcación administrativa de los mismos, permitiéndose o no, en todo caso de forma clara y terminante, de modo que no de lugar a interpretaciones contradictorias, la prestación de servicios en régimen de embarque aún en el supuesto de que los servicios se presten dentro del ámbito portuario.

Además, aunque entendemos que la D.A. 32ª del TRLPEMM no deja lugar a dudas acerca del régimen laboral aplicable a los trabajadores que prestan sus servicios a bordo de los remolcadores de puerto, dada la existencia de alguna sentencia del TS que plantea dudas al respecto, consideramos que el legislador debería aclarar si al personal de dichas embarcaciones puede aplicarse, en su caso, una normativa laboral distinta al resto de las embarcaciones que, como los remolcadores, tienen la consideración de buques mercantes.

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS RECLAMACIONES MÉDICAS

Maruxa Adanech Cruz Boado
Abogada

Resumen: El estudio analiza la responsabilidad jurídica cuando un paciente sufre un daño por una decisión médica asistida por IA. La medicina pasa de un modelo instrumental a uno de autonomía algorítmica, generando tensión entre eficiencia clínica y seguridad jurídica. La Lex Artis exige ahora que el médico supervise críticamente los sistemas de IA, evitando el sesgo de automatización; así, responde cuando abdica de esa función, no por el error de la máquina en sí. Europa regula esto mediante el Reglamento de IA y la Directiva de productos defectuosos (que permite reclamar al fabricante). La opacidad de las cajas negras dificulta probar la causalidad, por lo que se usan presunciones legales y la pérdida de oportunidad. Se concluye que la responsabilidad individual clásica es insuficiente, siendo necesario modelos compartidos junto con nuevos seguros específicos.

Abstract: The study examines legal liability when a patient suffers harm from a medical decision assisted by AI. Medicine is shifting from an instrumental model to one of algorithmic autonomy, creating tension between clinical efficiency and legal certainty. The Lex Artis now requires physicians to critically supervise AI systems, avoiding automation bias; accordingly, a physician is liable when abdicating this oversight role, not for the machine's error itself. Europe addresses this through the AI Regulation and the Defective Products Directive (which allows claims to be brought directly against the manufacturer). The opacity of black-box systems makes it difficult to prove causation, leading to the use of legal presumptions and the loss-of-chance doctrine. The study concludes that the classic model of individual liability is insufficient, making shared liability models and new specific insurance schemes necessary.

(*) El Premio Pardo Gato de Investigación Jurídica, en su segunda edición (2026), es un premio otorgado en colaboración con la Universidad de A Coruña (UDC) y el Colegio de Abogados de A Coruña para distinguir al mejor trabajo de Fin de Máster universitario en Abogacía y Procura de la UDC. El jurado está compuesto por los Decanos de los Colegios de Abogados y Procuradores de A Coruña, Decano de la Facultad de Derecho de la UDC, Directora de la Escuela de Práctica Jurídica "Decano Iglesias Corral" y Presidente de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Palabras clave: Responsabilidad médica, autonomía algorítmica, Lex Artis, caja negra, perdida de oportunidad, opacidad procesal, nexo causal.

Keywords: Medical liability, algorithmic autonomy, Lex Artis, black box, los of chance, procedural opacity, causal link.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO SANITARIO. II. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUA. 1. Concepto y evolución de la IA en el Derecho sanitario. 2. Aplicación e impacto de la IA en el campo del Derecho sanitario. 3. Marco ético y deontológico de la IA en medicina. III. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LA IMPLEMENTACION DE LA IA. 1. El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, su impacto en la sanidad. 2. Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo. 3. 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. 4. El Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) nº 178/2002 y el Reglamento (CE) nº 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo. 5. Deberes y obligaciones del médico: *Lex Artis Ad Hoc*. IV. LA UTILIZACION DE SISTEMAS INTELIGENTES Y SU INFLUENCIA EN LA ARTICULACION DE LA RESPONSABILDIAD MÉDICA. 1. La irrupción de la Inteligencia Artificial en las reclamaciones médicas. *A. La transformación de la Lex Artis y el sesgo de automatización*. *B. La prueba algorítmica y la opacidad procesal*. 2. Nuevos escenarios de responsabilidad derivados del uso de IA. *A. El escenario de responsabilidad por producto: el fin del software como servicio*. *B. El sesgo de automatización como nueva negligencia*. *C. Responsabilidad por deriva algorítmica (Adaptivce Learning)*. 3. Dificultades probatorias; trazabilidad, aplicabilidad y transparencia algorítmica. 4. El Problema del nexo causal en decisiones automatizadas. *A. La fractura del nexo causal*. *B. La evolución de la doctrina del riesgo y el criterio del Tribunal Supremo*. *C. Hacia un régimen de responsabilidad objetiva y transparencia*. *D. El problema de la causalidad opaca y la quiebra de la sine qua non*. 5. Responsabilidad compartida: médica, desarrollador, hospital fabricante del sistema de IA. *A. Multiplicidad de actores y el sistema solidario*. *B. La IA en el ámbito público: el caso de VioGen*. *C. Responsabilidad del usuario y el risk-utility test*. 6. Aseguramiento de la responsabilidad. *A. El déficit de cobertura en las pólizas tradicionales*. *B. Propuesta de modelos de aseguramiento*. *C. El papel de las instituciones publicas*. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

LISTADO DE ABREVIATURAS

ACR: Colegio Americano de Radiología

AI-DSS: Inteligencia Artificial Sistema de Soporte de Decisiones

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

GDPR: Reglamento General de Protección de Datos

GPAI: Inteligencia Artificial de Uso General

IA: Inteligencia Artificial

IBM: International Business Machines Corporation

ICA: Ilustre Colegio de Abogados

MDR: Reglamento (UE) 2017/745 sobre productos sanitario.

ML:Machine Learning

NDPRD: Nuestra Directiva sobre Responsabilidad por Daños causados por Productos Defectuosos.

NHS: Servicio nacional de salud pública de Reino Unido

OMS: Organización Mundial de la Salud

PACS: Sistema de Comunicación y Archivos de Imágenes

RGPD: Reglamento General de Protección de Datos

RIA: Reglamento de Inteligencia Artificial

SADC: Servicio de Admisión y Documentación Clínica

UE: Unión Europea

VioGen; Sistema de seguridad integral en los casos de Violencia de Género

WHO: World Health Organization (Organización Mundial de la salud)

I. INTRODUCCIÓN. IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL DERECHO SANITARIO

El avance de la Inteligencia Artificial (IA) se está consolidando como una transformación irreversible en múltiples campos, y el sector de la salud no es la excepción. Observamos una rápida integración de la IA, especialmente en su capacidad para analizar vastas colecciones de datos e identificar patrones complejos. Este procesamiento algorítmico no solo promete impulsar nuevos hallazgos médicos, sino también optimizar significativamente los diagnósticos personalizados.

En su esencia, los sistemas de IA reciben información, la procesan y generan respuestas mediante un razonamiento algorítmico. Los sistemas más avanzados son incluso capaces de aprender de sus experiencias previas y ajustar su conducta de manera autónoma. Esta capacidad de toma de decisiones automatizada, una vez adquirido el conocimiento pertinente, se traduce en ventajas sociales notables.

Específicamente en el ámbito sanitario, la implementación de la IA ofrece:

- Mayor Capacidad de Asistencia ante la creciente presión por la escasez de recursos.
- Ampliación de la Oferta de Atención médica.
- Incremento en la Precisión Diagnóstica y reducción de los márgenes de error.
- Mayor Prevención de Enfermedades.

Estos logros son indudablemente positivos y representan un salto cualitativo en la asistencia sanitaria.

No obstante, esta ola de desarrollo tecnológico, si bien se presenta como una herramienta para mejorar nuestra calidad de vida y salud (a través de la optimización y automatización de procesos y la minimización de fallos), no está exenta de riesgos significativos. Es crucial que estos avances se complementen con la voluntad de establecer límites y objetivos claros dentro de un marco ético.

El principal riesgo social reside en la capacidad de los sistemas de IA para perpetuar o incluso magnificar sesgos negativos ya existentes en los datos con los que son entrenados. Esto puede resultar en la discriminación de grupos vulnerables como personas mayores, personas con discapacidad o minorías étnicas.

Por lo tanto, es esencial una comprensión profunda de las implicaciones éticas y sociales de estas nuevas tecnologías. Sin esta consideración crítica, la propia tecnología destinada a ayudar a las personas podría, paradójicamente, generarles perjuicios.[1]

A lo largo de esta investigación, se aborda inicialmente el marco conceptual y ético, analizando como la IA redefine especialidades como la radiología, la cirugía robótica y la genómica, planteando desafíos deontológicos críticos en torno a la autonomía del paciente y el consentimiento informado. Ante la "opacidad algorítmica" o fenómeno de la caja negra, el estudio examina la suficiencia del marco normativo vigente, centrándose en el reciente Reglamento (UE) 2024/1689 AI Act y la Directiva (UE) 2024/2853 sobre productos defectuosos.

El núcleo del trabajo se sitúa en la articulación de la responsabilidad. Se cuestiona si los criterios clásicos de imputación son aptos para resolver los nuevos escenarios de error sistémico. Para ello, se profundiza en las dificultades probatorias, la reconfiguración del nexo causal a través de la doctrina de la "perdía de oportunidad" y la necesaria distribución de la carga indemnizatoria entre médicos, hospitales y desarrolladores. En última instancia, este trabajo busca determinar si el Derecho actual es capaz de garantizar la seguridad jurídica del profesional y la protección del paciente sin asfixiar la innovación tecnológica.

II. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

1. Concepto y evolución de la IA en el Derecho sanitario

El progreso tecnológico ha redefinido consistentemente la relación entre el ser humano y la herramienta, llevando a la complementación y, en ciertos contextos, a la eventual sustitución de las funciones humanas. En el contexto de la medicina, esta dinámica se manifiesta en la creciente dependencia de sistemas artificialmente inteligentes que no solo asisten al profesional sanitario, sino que alcanzan y, en ocasiones, superan las capacidades de diagnóstico y análisis del ser humano.

A lo largo de su historia, la civilización humana ha recurrido al ingenio para crear instrumentos destinados a acelerar, facilitar y mejorar sus actividades. Desde las herra-

1 Ayala Martín, M.: *"La irrupción de la Inteligencia Artificial en el ámbito sanitario"*, Revista, volumen 33, Extraordinario, 2023, p. 160.

mientas rudimentarias de piedra hasta la creación de complejas máquinas electromecánicas, la aplicación de la tecnología ha experimentado una velocidad de desarrollo exponencial.

Uno de los ámbitos más beneficiados por este avance ha sido el sector sanitario. La precisión instrumental, la capacidad de desarrollar nuevos tratamientos y la adquisición de conocimiento sobre patologías y farmacología han propiciado una transformación fundamental en la asistencia médica, impactando tanto en la prevención como en el tratamiento de enfermedades. La evolución de instrumentos primitivos a dispositivos sofisticados es evidente:

- Acceso al cuerpo humano: Los primeros instrumentos utilizados por griegos, egipcios y romanos se han sofisticado hasta culminar en el moderno endoscopio, una herramienta dotada de capacidades de cámara y telemetría que permite el pronóstico, la prevención y el diagnóstico de múltiples enfermedades.
- Diagnóstico Fundacional: Hitos como la invención del electrocardiograma (1886) para registrar la actividad eléctrica cardíaca, el descubrimiento de los Rayos X (1895) por Wilhelm Conrad Röntgen para la exploración interna, o el desarrollo del termómetro, sentaron las bases de la medicina diagnóstica instrumental.
- Sustitución y Restauración: Las innovaciones se extienden a la bioingeniería con el desarrollo de órganos artificiales, marcapasos y prótesis biónicas que han incrementado significativamente la esperanza y la calidad de vida de los ciudadanos.

Este progreso tecnológico constante ha culminado en la era de la Inteligencia Artificial (IA), donde las máquinas adquieren la capacidad de aprender de forma autónoma para la detección, el diagnóstico y la curación de enfermedades.

La Inteligencia Artificial se consolida como una solución avanzada a los desafíos médicos contemporáneos. Las técnicas de *Machine Learning*[2], como las redes neuronales artificiales, el razonamiento basado en casos o las redes bayesianas[3], utilizan los datos disponibles y la experiencia clínica acumulada para el reconocimiento de patrones complejos, facilitando el diagnóstico de enfermedades, la identificación de posibles recaídas o riesgos de padecer ciertas patologías, y sirviendo de apoyo en la toma de decisiones clínicas.

2. Aplicación e impacto de la IA en el campo del Derecho sanitario

La IA está redefiniendo la forma en que se practica la medicina, al introducir herramientas capaces de agilizar diagnósticos, optimizar la gestión de información y respaldar la toma de decisiones clínicas. Los progresos ya documentados en diferentes ámbitos de la salud muestran que esta tecnología se perfila como un pilar del futuro sanitario. No

2 Rama de la IA que permite a los ordenadores aprender de los datos, identificar patrones y tomar decisiones o hacer predicciones sin ser programados explícitamente para cada tarea.

3 Modelos gráficos probabilísticos que representan un conjunto de variables y las dependencias condicionales entre ellas mediante un grafo acíclico dirigido. Son herramientas útiles en IA para manejar la incertidumbre de forma transparente, ya que visualizan las relaciones entre los factores.

obstante, su integración exige que los profesionales asuman nuevas responsabilidades y que su uso se enmarque en regulación solidas que garanticen equidad y seguridad.

En especialidades como la radiología, la dermatología y la gestión de datos clínico, la IA esta tenido un impacto directo en la precisión de los resultados y en la eficacia de los procesos asistenciales.

Las técnicas de IA constituyen un pilar fundamental en la transformación del sector sanitario, al capitalizar el vasto volumen de datos clínicos y la experiencia acumulada para el reconocimiento de patrones, facilitando así tanto el diagnóstico como la identificación de riesgos pronósticos. Herramientas algorítmicas esenciales, como las redes neuronales artificiales, el razonamiento basado en casos y las redes bayesianas, se han consolidado como instrumentos habituales en la práctica médica. Su despliegue abarca desde el diagnóstico diferencial de enfermedades y la identificación de posibles recaídas o susceptibilidades genéticas, hasta el soporte activo en la toma de decisiones clínicas ante la existencia de múltiples alternativas terapéuticas.

Una ventaja inherente a estos sistemas radica en su capacidad para operar y autoajustarse eficazmente incluso cuando la información de entrada es incompleta, imprecisa o contiene un elevado nivel de ruido. Como señalan Saenz Bajo y Ballesteros (2002), estas herramientas "se autoajustan a medida que se entrenan con la información disponible, […] aprenden a reconocer paulatinamente todos los casos del conjunto de datos utilizado para su entrenamiento".

La consolidación de la IA como solución a los desafíos médicos contemporáneos se ejemplifica a través de proyectos líderes en el mercado. La empresa Teckel Medical, por ejemplo, ha desarrollado la aplicación Mediktor, considerada como el primer evaluador avanzado de síntomas a nivel global con capacidad para el reconocimiento de lenguaje natural (Barzallo Cueva & Barzallo Cabrera, 2019). Mediktor implementa algoritmos para triaje, prediagnóstico y soporte a la decisión clínica, enfatizando que su función no es sustituir al profesional sanitario, sino operar como un sistema de apoyo a la decisión clínica (SADC), optimizando la gestión asistencial, minimizando visitas innecesarias y mejorando la experiencia del paciente (Mediktor, 2020).

En una esfera de investigación y desarrollo más profunda, DeepMind, una subsidiaria de Alphabet Inc. desde 2014, ha expandido su uso de redes neuronales (originalmente empleadas en el aprendizaje de videojuegos) a emular la memoria y el comportamiento humano en el ámbito sanitario. Entre sus logros más significativos se encuentra el desarrollo de sistemas capaces de diagnosticar patologías oculares con una efectividad comparable o superior a la del ojo humano, así como la propuesta de un protocolo digital para el manejo y cuidado de lesiones renales agudas en entornos de urgencia hospitalaria (Connell, y otros, 2019).

Finalmente, el sistema Watson de IBM, a través de su división Watson Health, impulsa la toma de decisiones clínicas mediante herramientas de IA. Watson Health permite acelerar los tiempos de los ensayos clínicos, lo que se traduce en un ahorro económico y una mayor eficiencia en el lanzamiento de medicamentos al mercado (Millman, 2014).

Además, utiliza el análisis pormenorizado de los datos de los pacientes para ofrecer cuidados altamente personalizados, facilitando a los prestadores de servicios médicos el acceso a la información completa necesaria para la adecuada formulación de estrategias de tratamiento (Ibid., 2014).

En resumen, el despliegue de algoritmos predictivos y sistemas de decisión automatizados en el ámbito sanitario está demostrando ser un vector de soluciones más eficaces y eficientes.[4]

El mayor avance practico que ha experimentado la medicina los últimos años podemos desglosarlo en las siguientes ramas:

– Radiología.: detección, priorización y flujo de trabajo: La IA en radiología (modelos de *Deep learnirng* se ha desplegado en tareas de dirección de hallazgo críticos, triaje de estudios y cuantificación automática (volúmenes, densidades). Muchas soluciones certificadas y con evidencias clínicas se integran ya en PACS para priorizar estudios y reducir tiempos de respuesta. Esto ha cambiado tanto la carga de trabajo como la naturaleza de la prueba pericial.

  En 2020, el Colegio Americano de Radiología (ACR) una encuesta para comprender como sus miembros utilizaban la IA en sus practica clínicas. Se obtuvieron 1427 respuestas y se descubrió que el 33,5% de los radiólogos utilizaban IA en la clínica, entre los que no utilizaban el 80% declaró no ver ningún beneficio en la tecnología, y un tercio afirmó no justificar su compra. Entre los radiólogos que utilizaban IA el 94,3% informó que su rendimiento era inconsciente, el 5,7% que siempre funcionaba y el 2% que nunca funcionaba.[5]

– Anatomía patológica/patología digital: La patología digital con IA aporta cuantificación objetiva (contaje celular, detección de patrones), apoyo en diagnósticos y estandarización de criterios. En algunos centros universitarios y privados se usan modelos para priorizar muestras y asistir en diagnósticos complejos

– Cirugía y robots quirúrgicos: La robótica y sistemas asistidos por IA facilitan técnicas mínimamente invasivas, planificación preoperatoria y, en experimentos recientes, cierto grado de autonomía en maniobras concretas. El volumen de intervenciones robotizadas crece y aparecen sistemas con funciones autónomas o semiautónomas.

– Atención primaria y triaje (*chatbots* y sistemas de navegación): Herramientas de triaje y asistentes digitales se emplean para filtrar consultas guiar derivaciones y aliviar demandas en urgencias. Algunas NHS (Servicio Nacional de Salud Pública de Reino Unido) *pilots* y guías muestran modelos de "AI navegación *assistant* para rutas digitales de atención.[6]

4 Serrano Gutiérrez, A.*: "Ética e Inteligencia Artificial en el ámbito de la medicina",* Universidad Pontifica, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Repositorio, abril de 2021, pp. 17 y ss.

5 Mello-Thoms, C.: *"Aplicación clínica de la Inteligencia Artificial en radiología",* Revista National Library of Medicine, 26 de abril de 2023, pp. 5 y ss.

6 (AA.VV.) Large, O., Ward, D., Resfum, C., Atkinson, I.: *"Preparando el NHS para la era de la IA por que un triaje y una*

– Genómica y medicina de precisión: IA analiza grandes volúmenes genómicos y multimodales para identificar firmas moleculares, percibir respuestas terapéuticas y personalizar tratamientos. Estas aplicaciones aceleran selección de fármacos y diseño de ensayos.

– Farmacia y gestión de medicamentos: IA optimiza alertas de interacción, produce reacciones adversas y personalizar dosificación. Herramientas también optimizan la cadena de suministro y adherencia.

– Dermatología: La detección temprana de melanomas se está viendo reforzada por sistemas de IA capaces de identificar patrones imperceptibles al ojo humano. Investigaciones recientes muestran que estos modelos alcanzan niveles de precisión cercanos al 90%, superado a médicos generales en ciertas pruebas. En la práctica clínica, funcionan como una segunda opción que el dermatólogo integran en su valoración para aumentar la fiabilidad del diagnóstico.

– Gestión de datos clínicos: La capacidad de la IA para procesar grandes cantidades de información le permite reconocer tendencias, anticipar interacciones medicamentosas peligrosas y priorizar casos en tiempo real. Por ejemplo, en urgencias, un síntoma descrito por los pacientes., de modo que el equipo médico pueda centrarse de inmediato en los casos críticos, reduciendo tiempos de espera y errores.

Estos avances, por prometedores que sean, no pueden desligarse del marco legal que los regula. Normativas como el Reglamento General de Protección de Datos obligan a aplicar medidas de anonimato y a obtener el consentimiento explícito de los pacientes. Garantizar la protección de la información sensible no solo es un requisito legal, sino también un elemento clave para mantener la confianza de profesionales y usuarios en la incorporación de la inteligencia artificial a la práctica clínica.

Si bien podemos afirmar que la integración de la IA en el ámbito de la salud ha demostrado ofrecer numerosas ventajas y oficios como: mejorar la calidad de vida de las personas dependientes y mayores, ofrecer un diagnóstico preciso y más rápido, agilizar los tiempos de investigación para el desarrollo de nuevos fármacos y sobre determinadas enfermedades, aliviar la carga de trabajo a profesionales médicos, prevención de enfermedades y promoción de la salud, así como, mejora en la accesibilidad y equidad en la atención médica, no es posible comprender este desarrollo sin su consecuente marco ético y regulatorio.

3. Marco ético y deontológico de la IA en medicina

En el contexto de la IA médica, la ética proporciona los principios, mientras que la deontología traduce esos principios en obligaciones profesionales concretas para médicos y profesionales de salud (por ejemplo: la obligación de informar si se usa IA, de supervisar, de mantener secreto profesional, etc.)

navegación más inteligente significa una mejor atención médica", Instituto Tony Blair para el cabio global, 18 de marzo de 2025, p. 1.

A. Deontología médica en España: obligaciones profesionales aplicables al uso de IA

La irrupción de la IA en el ámbito de la Medicina introduce escenarios inéditos que desafían los fundamentos de los códigos éticos y deontológicos que, históricamente, han regido la práctica de los profesionales sanitarios. Estos códigos, si bien están subordinados a la legislación vigente, cumplen una función esencial al llenar los vacíos legales y proporcionar un marco de soporte moral ante dilemas complejos.

Dado que las disposiciones deontologías son aprobadas y validadas en cada colegio profesional, poseen plena eficacia y validez jurídica para sus colegiados. No obstante, la transformación digital expone a revisión conceptos y obligaciones fundamentales.

Uno de los pilares de la deontología medica es el Sector Profesional. Este principio obliga a los profesionales sanitarios a garantizar la absoluta protección y confidencialidad de cualquier información revelada, confiada, o deducida sobre el paciente durante el ejercicio de su profesión. La dificultad surge cuando esta información es procesada y gestionada por sistemas de IA:

– Cuando el Dato: ¿Quién ostenta la responsabilidad última de la custodia del dato cuando este alimenta un algoritmo de *Machine Learning* gestionado por un tercero (una *startup* tecnológico o un *cloud* externo)?

– Anonimizacion y Reidentificacion: la capacidad de la IA para correlacionar graves volúmenes de datos plantea riesgos de reidentificacion incluso en datos supuestamente anonimizados, amenazando la integridad del sector profesional.

Por consiguiente, se hace ineludible analizar como las directrices deontológicas deben ser actualizadas para mantener su vigencia y eficacia ante los nuevos paradigmas de la automatización y la gestión algorítmica de la información clínica sensible. [7]

En el ordenamiento español, el derecho a la protección de datos personales se erige como un derecho fundamental, destacado en el artículo 18.1 de la Constitución Español, el cual garantiza la intimidad personal y, por extensión confiere una protección especial a los datos personales de los individuos.

Este derecho posee un carácter personalísimo, lo que implica que la persona ostenta la potestad de conocer la identidad de quien dispone de sus datos, el alcance de dicho acceso y la manera en que serán utilizados, garantizando así su autodeterminación informativa. La doctrina del Tribunal Constitucional ha diferenciado el derecho a la libertad informativa del derecho a la intimidad, subrayando la necesidad de que el individuo conozca, en todo momento, la finalidad del tratamiento de sus datos. Por lo tanto, el objeto de este derecho fundamental abarca cualquier tipo de dato personal, intimo o no, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda incidir en los derechos del individuo. Este principio es irrenunciable y se extiende a categorías sensibles como los datos de salud.

Dado que España forma parte de la Unión Europea, el marco normativo no solo se rige

7 (AA.VV.) Andrés Molina, O., Herreros Ruiz Valdepeñas, B. (dir.): "*Regulación de la Inteligencia Artificial en la sanidad española"*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid 2024, pp. 9 y ss.

por la legislación interna, sino también por las normas vinculantes a nivel europeo, siendo el Reglamento General de Protección de Datos la piedra angular que establece las directrices para el tratamiento de datos de salud en todo el territorio comunitario.

– De la asistencia paternalista a la autonomía del paciente.

Históricamente, el sector médico se rigió por un axioma paternalista resumiendo en el tema: "todo para el paciente, pero sin el paciente". Este paradigma fue legalmente superado con la promulgación de 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.

Esta ley consagro el derecho del paciente a decidir sobre su proceso asistencial. Permitiéndole aceptar o rechazar tratamientos y asistencia, con contadas excepciones de origen terapéutico o legal. En el plazo asistencial, la ley 41/2002 garantiza el derecho a recibir información adecuada sobre su salud.

– El desafío de la IA a la autonómica y el consentimiento informado.

La inclusión de algoritmos predictivos y sistemas de IA en el sector de la salud introduce nuevas complejidades en la relación médico-paciente. Los algoritmos inciden en la capacidad de generar hipótesis predictivas sobre posibles patologías que el paciente podría desarrollar, a partir de sus datos históricos.

Dado que estas predicciones algorítmicas son, por naturaleza, planteamientos hipotéticos y probabilísticos, recae sobre el profesional sanitario la obligación ética y legal de valorar que hipótesis deben ser comunicadas al paciente, atendido a criterios como la gravedad potencial, la probabilidad de ocurrencia y la viabilidad de tratamientos existente en ese momento, esto redefine los límites y el contenido del Consentimiento Informado, obligado a un análisis de la calidad, la certeza y la oportunidad de la información general por la máquina.

– Custodia y titularidad de la historia clínica.

En España, la titularidad de la historia clínica es objeto de la doctrina de la copropiedad, estableciendo una relación tripartita de derechos u obligaciones:

– Paciente: es el propietario de la información que contiene el historial clínico.

– Centro sanitario: es el responsable de la guarda y custodia física o digital de dicho historial.

– Profesionales sanitarios: son los responsables de cumplimentar la historia clínica y los propietarios de las anotaciones subjetivas que forman parte de la misma.

La ley 41/2002 establece, que, con excepciones terapéuticas o legales, las instituciones y los profesionales deben informar siempre a los pacientes antes de compartir cualquier dato o información referente a ellos.

– Urgencia regulatoria en la intersección IA y datos sensibles.

La conciencia del valor económico y estratégico de los datos sanitarios por parte de grandes empresas tecnológicas subrayan la urgencia de establecer un marco regulatorio sólido. Estas empresas tienen la capacidad de vincular datos procedentes de diferentes sectores, obtenido información con un alto potencial predictivo.

La cuestión fundamental para el Derecho Sanitario ¿Cuál será la forma óptima de regular la aplicación de la IA para proteger los datos de los pacientes, garantizar al mismo tiempo un cumplimiento genérico valido y completo?

Se requiere una cooperación activa y coordinación entre organizaciones nacionales e internaciones para alcanzar un equilibrio entre la promoción de la investigación, al avance tecnológico y la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos y usuarios. [8]

En el ámbito español, el Código de Deontología Médica contiene varias disposiciones relevantes que se aplican al uso de IA, aunque no exista aún una sección especifica que regula la IA directamente.

Algunas obligaciones que el código impone y que tienen relación con los desafíos de la IA:

– Principio de información y consentimiento: el médico debe informar suficientemente al paciente sobre las actuaciones médicas que se van a realiza, sus riesgos, alternativas, etc. En uso de IA, esto incluiría explicar si el diagnostico o parte del tratamiento incluirá soporte de IA, sus riesgos específicos, nivel de certeza, etc.

– Principio de calidad de la atención médica: el médico debe procurar que su actuación se base en conocimientos actualizados, en la mejor evidencia científica, y en buena práctica. El uso de IA exige que estas herramientas estén validadas, reguladas, y empleadas de forma adecuada.

– Deber de historia clínica y documentación conservar registros detallados y precisos de la asistencia prestada. En IA, documentar las decisiones asistidas por IA (que herramientas se usó, versión, datos de entrenamiento, criterios, logs) se convierte en parte esencial de esa documentación deontológica.

– Secreto profesional y confidencialidad el médico debe guardar secreto sobre la información clínica. La IA puede implicar uso y procesamiento de grandes[9] volúmenes de datos sensibles; asegurar la protección de esos datos es obligación deontológica (y legal) del profesional.

B. Tensión y dilemas éticos/deontológicos específicos en relación con la IA

La similitud estructural entre las redes neuronales artificiales y las biológicas suscita interrogantes acerca de la eventual convergencia de las máquinas hacia facultades exclusivamente humanas, tales como el pensamiento consciente, la sensibilidad emo-

8 Andrés Molina, O.: *Regulación de la Inteligencia Artificial…* cit., pp. 37 y ss.

9 Código de Deontología Médica, pp. 9 y ss.

cional y, fundamentalmente, la adherencia a patrones de conducta éticos y morales inherentes a la condición humana.

A este respecto, resulta imperativo establecer una distinción fundamental entre la operatividad algorítmica y la acción moral. Desde la perspectiva de la filosofía tomista, la diferencia entre los *actos del hombre* —conductas involuntarias o instintivas ligadas a la supervivencia— y los actos humanos reside en la voluntad deliberada. Los *actos humanos*, base de la moralidad, exigen plena consciencia, libertad e intencionalidad (Boero, 2008), constituyendo un principio intrínseco y autónomo que permite al ser humano comportarse conforme a un fin deseado. Esta autonomía y la consecuente asunción de responsabilidad por las consecuencias de los actos son ajenas al funcionamiento maquinal.

La complejidad intrínseca de la conducta moral humana se articula, según el análisis de Diego Gracia (1988), en dos niveles dialécticos para la resolución de dilemas: un nivel principialista y deontológico (*a priori*) que establece la norma racional, y un nivel teleológico y consecuencialista (*a posteriori*) que permite la modulación o la excepción justificada a dicha norma. Esta capacidad de ponderación es crucial en la práctica médica, especialmente en situaciones de urgencia sanitaria donde el facultativo debe discernir la decisión éticamente "menos lesiva", una flexibilidad que la rigidez del sistema algorítmico no puede replicar.

Gracia (1988) define la excelencia médica a través de dos condiciones esenciales: la corrección técnica y la bondad moral. Si bien la IA demuestra una capacidad sobresaliente para satisfacer la primera, la segunda dimensión presenta una barrera aparentemente infranqueable. La *bondad moral* exige una "elevación moral" y una vocación de servicio que trasciende el mero análisis de datos y experiencias pasadas.

La máquina, carente de estos principios, no puede fundamentar su comportamiento en sistemas éticos complejos como el Utilitarismo (búsqueda del mayor bien para el mayor número) (Feldman, 1984), el Principio de Universalización kantiano, o el prescriptivismo (Fernanda, 2016). Estas figuras éticas constituyen sistemas de creencias y subjetividades humanas que resultan imperceptibles a la lógica de un ente artificial.

Finalmente, esta limitación moral choca con un crucial conflicto de índole jurídica: el manejo masivo de datos. La dependencia de los sistemas de IA de ingentes volúmenes de información personal sensible para su toma de decisiones incrementa exponencialmente el riesgo de violaciones de la privacidad. Este punto de fricción exige una regulación legal específica que garantice el derecho fundamental a la protección de datos en el ecosistema de la salud digital, donde la vida humana y los derechos fundamentales se encuentran directamente involucrados.[10]

Estos son algunos de los dilemas concretos que el uso de IA en medicina plantea, que el marco ético y deontológico debe resolver o al menos reconocer:

10 Serrano Gutiérrez, L.: *Ética e Inteligencia Artificial en…* cit., pp. 17 y ss.

1. Opacidad ("caja negra") vs explicabilidad

Muchos modelos de IA, especialmente los de aprendizaje profundo, tienen comportamientos poco transparentes. ¿Hasta qué punto es éticamente aceptable usar una herramienta cuya lógica interna no se puede explicar en términos comprensibles para médicos o pacientes? El artículo *"The ethical requirement of explainability for AI-DSS in healthcare: a systematic review of reasons*" (2024) trata este problema[11].

2. Sesgo y discriminación

Si los datos de entrenamiento no representan adecuadamente a la población, la IA puede perpetuar desigualdades (género, origen étnico, sociales). Esto contraviene principios de equidad y justicia. El informe WHO[12] lo destaca como riesgo clave.

3. Responsabilidad y rendición de cuentas

¿Quién responde si la IA falla? ¿El médico que la utilizó, el centro, el fabricante, el proveedor del algoritmo? Las obligaciones deontológicas implican que el profesional no delegue en la IA lo que no puede supervisar; legal y deontológicamente debe adoptar diligencia, verificar la herramienta, estar formado, etc. WHO también lo incorpora en sus principios.

4. Autonomía del paciente, consentimientos informados y transparencia

Los pacientes tienen derecho a saber si se está usando IA, qué grado de autonomía tiene ese sistema, cuáles son los riesgos y limitaciones. Es deber deontológico informar de esas circunstancias.

5. Privacidad, protección de datos y confidencialidad

Uso de datos sanitarios muy sensibles, genéticos, etc., exige cumplimiento estricto legal (GDPR) y deontológico. La integridad y confidencialidad de los datos utilizados por IA deben estar garantizadas.

6. Sostenibilidad y justicia distributiva

¿Tienen todos los pacientes acceso a los beneficios de la IA? ¿Se despliegan esas tecnologías primero en zonas más favorecidas, incrementando las brechas? ¿Cuál es el impacto ambiental, el costo, el mantenimiento?

11 (AA.VV.) Freyer, N., Groß, D., y Lipprandt, M.: "*El requisito ético de explicabilidad para la IA-DSS en la atención médica: una revisión sistemática de las razones",* Revista BMC Med Ethics 25, artículo nº 104, 2024, pp. 3 y ss.

12 Se refiere a cualquier publicación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que evalúa datos y tendencias de salud a nivel global.

III. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CON LA IMPLEMENTACION DE LA IA

1. El Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, su impacto en la sanidad

El *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial,* en vigor desde el 1 de agosto de 2024, es el primer marco legal exhaustivo a nivel mundial para la IA, con el objetivo de fomentar su desarrollo responsable en la Unión Europea, garantizando la seguridad y los derechos fundamentales.

Estructurado en 180 consideraciones, XIII capítulos y 113 artículos, el Reglamento se basa en un enfoque de clasificación de riesgos. Los sistemas de IA para fines médicos (como diagnósticos asistidos o triaje) se clasifican como alto riesgo y deben cumplir requisitos rigurosos y obligatorios.

Los requisitos clave para los sistemas sanitario incluyen:

- Sistemas de reducción de Riesgos y mecanismos de gestión de riesgos sólidos y continuos.
- Conjunto de datos de alta calidad, representativos y libres de sesgos para garantizar la equidad sanitaria.
- Información y transparencia suficiente a los usuarios (profesionales sanitarios) sobre las capacidades y limitaciones del sistema.
- Supervisión humana efectiva, imprescindible para preservar la autonomía del médico en la decisión clínica.

La Oficina Europea de IA se ha creado para supervisar la aplicación y el cumplimiento de estas normas, especialmente en lo referente a la IA de uso general.

La aplicación del AI Act es escalonada para minimizar las cargas:

- Seis meses: Entrada en vigor de las prohibiciones a sistemas de IA considerados inaceptables
- Doce meses: aplicación de las normas de gobernanza y las obligaciones para los modelos de IA de uso general
- Treinta y seis meses: aplicación de las normas relativas a los sistemas de IA integrados en productos regulados (ej. Dispositivos médicos).

El AI Act forma parte de un paquete político más amplio (Paquete de Innovación en materia de IA y Plan Coordinado sobre la IA), complementado por el Pacto sobre la Inteligencia Artificial (iniciativa voluntaria) para impulsar el cumplimiento anticipado de las obligaciones clave[13].

13 Universidad Internacional de Andalucía: *"Legislación de la Inteligencia Artificial en el ámbito sanitario",* 17 de diciembre de 2024, p. 1.

La mayor fortaleza de Reglamento en sanidad es su anclaje en la legislación existente. Los sistemas de IA de alto riesgo integrados en productos ya regulados (como los dispositivos médicos, sujetos al Reglamento (UE) 2017/745, MDR) deben cumplir con los requisitos del AI Act. Esto asegura una coherencia jurídica, evitando que un sistema de IA que diagnostica una patología quede fuera de las normas de seguridad ya consolidadas para el *hardware* o *software* médico. Sin embargo, esto también significa que la obligación de pleno cumplimiento para estos sistemas no se exigirá hasta agosto de 2027, debido al complejo proceso de adaptación y certificación.

El Reglamento impone obligaciones detalladas sobre los datos y la gobernanza de datos (artículo 10), requiriendo que los conjuntos de datos de entrenamiento sean pertinentes, representativos, libre de errores y, lo más importante, que tengan en cuenta la diversidad de la población a la que se destinará el sistema. El cumplimiento de este requisito es vital para evitar que los algoritmos amplifiquen sesgos preexistentes en la práctica clínica o en los datos históricos, garantizando la no discriminación en el diagnóstico y tratamientos.

El AI Act exige que los sistemas de IA de alto riesgo permitan una supervisión humana efectiva (artículo 14). Esto incluye la capacidad de intervenir, de anular o desestimar las recomendaciones del sistema, y de mantener un registro de esta decisión. Además, se exige trazabilidad[14] y transparencia (Articulo 12 y 13), lo que obliga a los proveedores a facilitar una documentación técnica detallada que permita la explicabilidad clínica de los resultados algorítmicos.

Si bien el AI Act es un avance necesario y loable, su implementación en el entorno clínico plantea desafíos operáticos y éticos que deben ser objeto de investigación.

El principal punto débil del Reglamento, desde una perspectiva de derecho sanitario, es su enfoque en el cumplimiento y no en la Responsabilidad Civil. El Reglamento establece el "que" debe hacerse (gestionar el riesgo y documentarlo), pero no aclara con suficiente contundencia el "quien" es el responsable final cuando un sistema certificado falla y causa un daño al paciente.

– La tensión de la supervisión: la exigencia de la supervisión humana efectiva recae directamente sobre el profesional sanitario. Cabe argumentar que esto podría conducir a una doble carga de responsabilidad para el médico, quien debe justificar tanto seguir el consejo de la IA como no seguirlo, especialmente bajo la presión asistencial o la dependencia cognitiva.

Una observación crítica sobre la aplicación del artículo 14 es la asimetría de riesgo que introduce la certificación de la IA. El Reglamento somete a los sistemas a una rigurosa evaluación de conformidad antes de sus comercializaciones. Una vez certificado, el sistema adquiere una presunción de fiabilidad legal ante el usuario clínico. Esta presun-

14 Capacidad de seguir el rastro de un producto, servicio o componente a lo largo de toda su cadena de suministro, desde el origen (materia prima) hasta el destino final (consumidor o eliminación), mediante registros que documentan cada etapa, proceso, lugar y persona involucrada para garantizar calidad, seguridad y facilitar la gestión de riesgos, retiradas y cumplimiento normativo.

ción genera el fenómeno de la confianza inducida o sesgo de automatización, donde el médico, presionado por la eficiencia y la complejidad de la decisión, tiende a delegar la crítica en la maquina certificada. Esta asimetría implica que, si el sistema falla, el médico asume el riesgo de no haber ejercicio correctamente la supervisión humana (Art 14), a pasar de que la fuente del error sea un sistema legalmente validado.

Partiendo de esta asimetría y de la tensión entre la certificación algorítmica y la autonomía clínica, se postula la siguiente hipótesis para este estudio:

– La implementación de los sistemas de IA de alto riesgo certificados bajo el Reglamento (UE) 2024/1689 no reducirá la litigiosidad por negligencia médica en el corto plazo, sino que la reorientara: los casos de responsabilidad se desplazarán de la acusación de "error de diagnóstico" a la acusación de "incumplimiento del deber de supervisión humana efectiva" (artículo 14).

Este enfoque sugiere que el AI Act, en lugar de resolver el problema de la responsabilidad, simplemente cambiaria el foco de la defensa legal del proveedor al usuario final (el médico).

2. Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo

La Directiva (UE)2024/2853 es la pieza legislativa que culmina la estrategia europea para regular la IA, al armonizar el régimen de responsabilidad civil para los daños causados por productos defectuosos, adaptándolo específicamente a la era digital y, por extensión, a los sistemas de IA de alto riesgo en la sanidad.

El marco regulatorio europeo en torno a la IA se configura como un sistema de doble nivel que persigue el equilibrio entre la innovación y la protección del paciente. Si bien el Reglamento de la IA establece las obligaciones de seguridad y cumplimiento *ex ante* (antes de la puesta en el mercado), la Directiva (UE9 2024/2853) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos sienta las bases de la responsabilidad civil *ex post*, determinado quien debe compensar al paciente si un sistema de IA de alto riesgo falla y causa un daño.

Esta conexión es crítica para el derecho sanitario, pues los sistemas de IA en diagnóstico y triaje (catálogos como alto riesgo) representan un nuevo vector de riesgo que la legislación previa no cubría de manera eficiente[15].

La Directiva moderniza radicalmente el concepto de "producto" cubierto, un cambio vital para la salud digital.

– Aplicación objetiva: la Directiva deroga la antigua limitación (directiva 85/374/CEE) al incluir explícitamente el *software*, los sistemas de IA y los servicios digitales conexos dentro de su ámbito de aplicación. En el derecho sanitario, esto significa

15 EUR-Lex: *Productos defectuosos: responsabilidad por los daños causados.*

que el *software* como servicio que actúa como dispositivo médico ya no tiene una ambigüedad legal sobre su estatus de producto defectuoso.

– Responsabilidad dinámica: se establece la responsabilidad no solo por el defecto inicial, sino también por aquellos que surgen después de la puesta en el mercado, debido a actualizaciones de *software,* servicios digitales necesarios para su funcionamiento o fallos en la ciberseguridad. Esto es esencial para la IA, cuyo rendimiento se deteriora o modifica continuamente con nuevas versiones.

El principal desafío en la litigación por daños causados por IA es la dificultad para que el paciente demuestre la existencia de un defecto algorítmico o nexo causal, dada la opacidad de los modelos de *Deep Learning*. La Directiva introduce mecanismos procesales clave para aliviar la carga de la prueba al demandante.

– Presunción de defectuosidad: la Directiva permite presumir el carácter defectuoso del producto si el demandante demostrara el incumplimiento por parte del fabricante de los requisitos de seguridad obligatorios establecidos en la legislación de la Unión, como son los requisitos de calidad de datos y transparencia del AI Act. (artículo 10.2).

– Facilitación de evidencias: en casos de complejidad técnica o científica excesiva, la Directiva introduce la figura de la divulgación de pruebas por orden judicial al demandante. Esta medida obliga al proveedor del sistema de IA a revelar la documentación pertinente para permitir al paciente, o a sus peritos, demostrar el defecto (artículo 9).

La Directica impacta directamente en la protección del paciente al ampliar el alcance de la indemnización y los plazos de reclamación:

– Inclusión de daño psicológico: el concepto de daño indemnizable se amplía para incluir las lesiones corporales y el daño a la salud psicológica reconocido medicamente. Esto garantiza la compensación de afectaciones a la salud mental causadas por fallos algorítmicos (artículo 6).

– Extensión de plazos para daños latentes: se extiende el plazo de caducidad de diez a veinticinco años para los daños personales que se manifiesten tardíamente, un aspecto crucial para los defectos en productos que pueden tener un impacto a largo plazo en la salud, como ciertos medicamentos o dispositivos implantables con componente de IA (artículo 17.2)[16].

En conclusión, la Directiva (UE) 2024/2853 es el elemento de Derecho Privado que hace viable el cumplimiento del Derecho Público (AI Act) en el ámbito sanitario. Al reconocer la naturaleza digital de los riesgos y al equilibrar la carga de la prueba, proporciona la certeza jurídica necesaria para la responsabilidad, asegurado que la asunción de riesgo técnico recaiga en el proveedor del sistema de IA y no exclusivamente en el médico o el paciente, fomentando así la confianza en la implementación de la IA en los sistemas de salud.

16 Fernández, J.*: "El impacto de la nueva Directiva Europa sobre productos defectuosos",* Revista Harbert Smith Freehills Karmer, 3 de diciembre de 2024, pp. 1 y ss.

Aunque la Directiva (UE) 2024/2853 representa un avance monumental al adaptar la responsabilidad por productos defectuosos a la era digital, su aplicación en el ámbito sanitario de la IA de alto riesgo no está exenta de desafíos y posibles lagunas, el análisis crítico debe centrarse en las zonas de fricción entre la responsabilidad objetiva del fabricante y la diligencia. profesional del usuario clínico[17].

– Puntos críticos y posibles lagunas legales

La Directiva mantiene la defensa del "estado del arte" (o riesgo de desarrollo), que permite al fabricante eximirse de responsabilidad si demuestra que, en el momento de la comercialización el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitían descubrir la existencia del defecto.

Posible problema de la IA en el campo sanitario podría ser que, dada la rapidez con la que evoluciona la IA y la naturaleza intrínsicamente incierta de los modelos de *Machine Learning* (donde los riesgos a menudo solo se descubren a través del uso masivo el data *drift*), esta excepción podría convertirse en un refugio para los proveedores. Si un algoritmo de diagnóstico falla por una casuística imprevista pero potencialmente "indiscernible" en el momento del lanzamiento, el fabricante podría eludir la responsabilidad, dejando al paciente y al médico expuestos.

La Directiva facilita la prueba del defecto, pero el concepto de "defecto" sigue siendo escurridizo en el contexto de la IA que se auto aprender o que recibe actualizaciones continuas.

¿Se consideran "defectuosos" el sistema cuando el fallo se debe a un error de programación original o cuando se debe a una desviación estadística generada por un conjunto de datos de entrenamiento en tiempo real que el fabricante no podía prever? La Directiva cubre los defectos causados por actualizaciones posteriores, pero la distinción entre un error en el diseño fundamental del *software* y una limitación inherente predicción probabilística de la IA sigue siendo una línea gris que los tribunales tendrán que delimitar.

Como se ha señalado anteriormente, la Directiva se enfoca en la responsabilidad del producto, pero la AI Act impone la obligación de Supervisión Humana Efectiva sobre el profesional sanitario. Esto crea una vía de defensa para el fabricante de la IA:

– Desplazamiento de culpabilidad: en un caso de daño, el proveedor de la IA (demandado bajo la Directiva) podría argumentar que el daño no se debió a un defecto del producto, sino al incumplimiento del deber de supervisión por parte del médico (demandado bajo la Ley de Responsabilidad Profesional). La Directiva no resuelve de manera exhaustiva esta concurrencia de culpas en el ámbito sanitario, cuando una tensión entre la fiabilidad certificada de la maquina y la autonomía clínica.

Partiendo del análisis de las zonas grises, y en un horizonte de plena aplicación de ambas normativas, se propone las siguientes hipótesis de evaluación en el derecho sanitario:

17 (AA.VV.) Ayo Ferrándiz, C., Seijo Bar, A., Garre Anguera de Sojo, I., y González Guillén, P.: "*Responsabilidad civil e Inteligencia Artificial",* Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez nº 67, mayo 2025, Madrid, Barcelona, pp. 32 y ss.

A largo plazo, la Directiva conseguirá su objetivo de trasladar la responsabilidad primaria por el fallo del sistema de IA del médico al fabricante, pero esto generará una nueva barrear de entrada al mercado sanitario. Ante la amenaza de la responsabilidad objetiva y la potencial dificultad de invocar la defensa del arte, los proveedores de IA priorizaran la creación de sistemas "cerrados" y "dirigidos" (con menor capacidad de auto aprendizaje) y limitara explícitamente las capacidades y limitaciones del sistema en la documentación técnica, aumentando la licitación por incumplimiento del deber de información más que por el defecto intrínseco del código.

Esta hipótesis sugiere que el miedo a la responsabilidad civil podría llevar a los fabricantes a ralentizar la implementación de sistemas de IA más avanzados y adaptativos en favor de modelos más simples y fáciles de auditar, para poder controlar mejor la prueba del defecto en caso de demanda. El impacto en la innovación es, por lo tanto, un riesgo real y una crítica valida a la Directiva.

3. 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

La implementación de la IA en el ámbito de la salud esta intrínsecamente ligada al cumplimiento del Reglamento (UE) 2016/679. El Reglamento no solo actúa como un marco de protección de los derechos individuales, sino que funciona como el habilitado legal y el principal factor limitante para el desarrollo de sistemas de IA sanitarios, especialmente aquellos clasificados como de alto riesgo.

La relación entre el Reglamento y la IA sanitaria se articula en torno a tres desafíos críticos: la licitud de tratamiento de datos sensibles, la colisión entre aplicabilidad y opacidad algorítmica, y la prohibición de decisiones puramente automatizadas.

El derecho sanitario opera sobre la categoría de datos más sensible bajo el Reglamento: los datos relativos a la salud. El uso de estos para entrenar y operar sistemas de IA de diagnósticos requiere que se cumpla estrictamente con las condiciones de licitud, más allá de simples consentimientos:

– Principio de minimización (art. 5.1.c): los modelos de IA sanitaria, al requerir vastos *datasets*[18] para garantizar su precisión (requiere de AI Act), entran en tensión con el principio de minimizar la cantidad de datos tratados. El imperativo legal es el uso prioritario de técnicas de seudonimización y anonimización para reducir el riesgo de reidentificación.

– Condición de licitud (art 9.2.i): dado que la IA en salud a menudo se desarrolla con fines de investigación científica o de interés público esencial, es habitual que el

18 Hace referencia a la colección organizada de información, estructurada en fila y columnas (como una hoja de cálculo) o en otros formatos, que contiene datos numéricos, textuales, de imágenes o videos, y se utilizan para anisáis, investigación, aprendizaje automático toma de decisiones, siendo la base para encontrar patrones y técnicas.

tratamiento de datos sensibles se justifique bajo estas excepciones, las cuales exigen medidas de seguridad y garantías específicas que deben estar documentadas en el marco de AI Act.

– Evaluación de impacto: el desarrollo de sistemas de IA de alto riesgo en la salud requiere, de forma casi automática, la realización de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos previa a su tratamiento. Este requisito obligatorio actúa como un mecanismo de autocontrol que obliga a los proveedores a gestionar los riesgos del tratamiento de datos sensibles desde la fase de diseño.

El Reglamento impone derechos a los interesados que chocan directamente con la naturaleza de caja negra[19] de algunos modelos de IA avanzados generando una colisión normativa que la implementación de ambas regulaciones debe mitigar:

– Derechos de acceso y transparencia (artículos13,14 y 15) el reglamento exige que el responsable de tratamiento proporcione información clara y concisa sobre la lógica aplicable y las consecuencias del tratamiento de datos. En el contexto de un diagnóstico asistido por una red neuronal profunda, satisfacer plenamente el derecho a una explicación significativa del funcionamiento del modelo se vuelve técnicamente casi imposible.

– Intersección con el AI Act: el AI Act intenta resolver esta colisión imponiendo la obligación de transparencia y documentación técnica al fabricante. El objetivo es que la información sea suficiente para que el usuario y el paciente puedan comprender las capacidades y limitaciones del sistema, sin necesidad de revelar los secretos comerciales del código fuente[20].

El artículo 22 del Reglamento establece el derecho del interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos, si esta produce efectos jurídicos o le afecta significativamente, como ocurre con un diagnóstico o una recomendación terapéutica.

En el ámbito sanitario este derecho se protege mediante la supervisión humana efectiva impuesta por el AI Act. Siempre que el médico ejerza su deber de critica profesional y no delegue la decisión final en la máquina, la recomendación de la IA se considera un tratamiento automatizado asistido, no una decisión puramente automatizada.

El tratamiento de datos para una decisión automatizada podría ser licito si es necesario por razones de interés público esencial especialmente en el ámbito de la salud pública, siempre y cuando se establezcan medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades del interesado.

En conclusión, el Reglamento (UE) 2016/679 es el código ético-legal que limita la IA en

19 Se trata de un sistema o componente cuyo funcionamiento interno es desconocido u opaco, centrándose solo en sus entradas o salidas, sin importar como se procesan internamente, se trata de un concepto clave en IA, donde algoritmos complejos dan resultados sin explicar su lógica, generando desafíos éticos y de transparencia.

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

la salud al nivel de la materia prima (los datos). El éxito de la implementación de la IA en el derecho sanitario no solo depende de la precisión técnica del algoritmo, sino de la capacidad del sistema para cumplir con los derechos fundamentales de protección de datos. El Reglamento impone las reglas del juego que determina que tipo de IA puede ser considerada legalmente aceptada en un entorno clínico, obligando a priorizar modelos transparentes y datos seguros.

4. El Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) nº 178/2002 y el Reglamento (CE) nº 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo

El Reglamento de Productos Sanitarios constituye un marco legal sectorial (*lex specialis*) que determina la entrada de cualquier *software* con fines médicos al mercado europeo, incluyendo los sistemas de IA. Su relevancia es capital, ya que establece los requisitos de calidad, seguridad y eficacia que deben cumplir estos sistemas para obtener el Marcado CE.

El Reglamento de productos sanitarios se entrelaza con las demás normativas europeas, explicadas anteriormente configurando un sistema de seguridad preventiva, donde la certificación del Reglamento valida que la IA es apta para su uso médico.

El Reglamento es relevante para la IA por los siguientes motivos:

A. Clasificación de riesgos y rigor documental

El Reglamento clasifica los productos sanitarios en clases de riesgo (I, IIa, IIb, III) en su artículo 51. Los sistemas de IA utilizados para diagnosticar, tomar decisiones terapéuticas o supervisar funciones vitales (por ejemplo, un algoritmo de diagnóstico radiológico) se clasifican frecuentemente en las categorías de riesgo elevado (Clase IIb o III).

– Implicación: esta clasificación de alto riesgo en el Reglamento conlleva una evaluación de la conformidad rigurosa, que requiere la intervención obligatoria de un organismo Notificado y la presentación de evidencias clínicas exhaustiva (art. 52), calidad no solo el código, sino la seguridad y rendimiento de la IA en entornos clínicos reales.

B. Coherencia con el AI Act

Existe una relación de armonización y subsidiariedad entre el Reglamento y (UE) 2017/745 y el Reglamento (UE) 2024/1689. El AI Act reconoce que los requisitos de seguridad y rendimiento para los sistemas de IA utilizados como productos sanitarios deben ser coherentes con el Reglamento 2017/745.

– Regla de prioridad: en esencia, si un sistema de IA es un producto sanitario y obtiene su Marco CE bajo el Reglamento 2017/745, se presume que cumple con muchos de los requisitos de alto riesgo del AI Act. El Reglamento 2017/745, por ser la norma sectorial, actúa como el principal mecanismo de certificación de la seguridad de la IA en la salud.

C. Vigilancia Post- comercialización

El Reglamento exige a los fabricantes un sistema robusto de Vigilancia Post-Comercialización y la recopilación continua de datos sobre el rendimiento del dispositivo una vez que se encuentra en el mercado (artículos 83-87).

– Relevancia para la IA: la Post- Comercialización es crucial para los sistemas de IA, ya que su rendimiento puede degradarse con el tiempo debido a cambios en la distribución de los datos de entrada o a la falta de adaptabilidad a nuevas poblaciones. El Reglamento obliga al fabricante a monitorizar activamente estos riesgos algorítmicos.

A pesar de su rigor, el Reglamento fue diseñado primariamente para *hardware* y *software* de configuración estática, lo que genera fricción con la naturaleza dinámica de los algoritmos de aprendizaje automático[21].

Con todo ello, cabe plantearse una serie de dudas y criticas objetivas sobre la norma. Por un lado, la inflexibilidad ante la IA adaptativa, el Reglamento requiere la validación de una configuración fija del producto para la certificación. La IA de aprendizaje continuo (que se auto modifica con nuevos datos) choca con este principio. La certificación se vuelve obsoleta tan pronto como el algoritmo aprende. Ante esto, cabe plantearse como hipótesis de si se impondrá la Certificación del proceso de cambio obligando al fabricante a auditar y certificar el protocolo que rige las modificaciones algorítmicas, en lugar de certificar cada nueva versión.

Por otro lado, la validación de datos, el reglamento se centra en la evidencia clínica de eficacia y seguridad global. Sin embargo, no exige mecanismos explícitos para auditar la equidad y representatividad del *dataset* de entrenamiento respecto a subpoblaciones (por ejemplo, minorías étnicas). Por tanto, ¿el Reglamento es suficiente para cumplir con los requisitos éticos y de no discriminación del AI Act si el sesgo del *dataset* no se considera un "defecto" de seguridad bajo el Reglamento, sino un fallo ético? Esto podría abrir una vía de litigación basada en la discriminación en lugar de la defectuosidad.

Y, por último, el solapamiento de responsabilidades el Reglamento impone obligaciones de seguridad al fabricante, mientras que la Directiva (UE) 2024/2853 impone la responsabilidad objetiva por el daño. ¿Cómo se diferenciarán los tribunales entre un incumplimiento de la obligación de seguridad del Reglamento (sanción administrativa) y el defecto que genera responsabilidad civil (NDPRD)? Lo más probable es que un incumplimiento del Reglamento se considere automáticamente una presunción de defeco bajo la (NDPRD), simplificando la prueba para el paciente.

El Reglamento es el código de seguridad inicial que transformar un algoritmo de IA en un dispositivo médico utilizable. Su relevancia en el derecho sanitario es incuestionable, pues actúa como la puerta de entrada legal y el garante de la seguridad de la IA

21 El Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del consejo, de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) nº 178/2002 y el Reglamento (CE) nº 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo.

antes de que esta interactúe con el paciente. No obstante, las rigideces del Reglamento exigen una interpretación evolutiva por parte de los Organismos Notificados para poder acomodar la naturaleza dinámica de la IA sin sacrificar el principio de seguridad sanitaria.

5. Deberes y obligaciones del médico: *Lex Artis Ad Hoc*

La *Lex Artis Ad Hoc* constituye el pilar fundamental del derecho sanitario en España, siendo el estándar de diligencia profesional que determina si la actuación de un médico se ajusta a las buenas prácticas de la profesión, considerando el estado actual de la ciencia, los medios disponibles y las circunstancias específicas del paciente (ad hoc). La irrupción de los sistemas de IA de alto riesgo plantea la cuestión de si el uso, o el no uso, de estas tecnologías certificadas forman parte o no de la obligación de la *Lex Artis* en la toma de decisiones clínicas.

Tradicionalmente, la *Lex Artis* ha valorado la actuación del médico frente a otros profesionales. Con la implementación de la IA, la *Lex Artis* evoluciona para integrar la tecnología no como un sustituto, sino como un instrumento avanzado.

La jurisprudencia ya establece que la *Ley Artis* obliga al profesional a utilizar los medios técnicos y humanos que estén a su alcance. Si un sistema de IA de alto riesgo, certificado bajo el Reglamento (UE)2024/1689, demuestra una capacidad predictiva o diagnostico superior a los métodos convencionales en un contexto clínico determinado, el deber de diligencia podría extenderse, en el futuro, a la obligación de considerarlos. Ignorar la recomendación de un sistema legalmente certificado podría interpretarse como una omisión de medios disponibles, especialmente en caos donde la evidencia científica respalde la superioridad algorítmica.

Crucialmente, la *Lex Artis* sigue residiendo en la decisión humana. El AI Act refuerza este punto al imponer la supervisión Humana Efectiva (artículo 14) para los sistemas de alto riesgo. Por lo tanto, el sistema de IA es una herramienta que asiste, pero la responsabilidad final de emitir un juicio clínico y terapéutico recae invariablemente sobre el médico.

– Conflicto ético legal

La principal amenaza a la *Lex Artis* no proviene del fallo técnico del sistema, sino del uso inadecuado por parte del médico.

El deber de supervisión humana efectiva del AI Act se traduce, en el derecho español, en la obligación de ejercer la crítica profesional sobre la recomendación algorítmica. La *Lex Artis Ad Hoc* exige que el médico evalúe el output de la IA a la luz de:

1. El historial clínico completo del paciente.
2. Su propia experiencia y formación.
3. La información de transparencia proporcionada por el fabricante sobre las limitaciones del sistema.

La aceptación ciega de la recomendación de un sistema de IA certificado (por confianza o por presión asistencial) se considera una violación del deber de supervisión. Si un médico sigue ciegamente una recomendación errónea de la IA, la acción legal por negligencia podría dirigirse a demostrar el incumplimiento de la *Lex Artis* por delegación indebida de la crítica, y no necesariamente por un defecto intrínseco del producto (que es el ámbito de la Directiva (UE) 2024/2853)[22].

La implementación de la IA certificada crea un nuevo escenario de concurrencia de responsabilidad en la jurisdicción española:

– En caso de fallo técnico de la IA, el responsable primario sería el fabricante/ Proveedor del *software*, en aplicación de la Directiva (UE) 2024/2853 (responsabilidad objetiva por producto defectuoso).

– En el caso de fallo humano en el uso de la IA, responsabilidad del médico o centro sanitario, en aplicación a la *Lex Artis Ad Hoc* (negligencia profesional por incumplimiento del deber de supervisión y critica).

El impacto de la IA no es anular la responsabilidad médica, sino redefinir su alcance. El médico no es responsable de la calidad técnica del *software* (la cual debe ser certificada), sino de la calidad de la integración clínica de ese *software* en el contexto *ad hoc* del paciente. La *Lex Artis* se convierte así en la norma que exige la debida diligencia en la interacción humano-máquina.

IV. LA UTILIZACION DE SISTEMAS INTELIGENTES Y SU INFLUENCIA EN LA ARTICULACION DE LA RESPONSABILDIAD MÉDICA

1. La irrupción de la Inteligencia Artificial en las reclamaciones médicas

Previo a la incorporación de la IA, las reclamaciones médicas por daños al paciente se fundamentaban principalmente en la responsabilidad civil extracontractual, regulado en el artículo 1902 del CC, y en la responsabilidad contractual cuando existía una relación previa entre paciente y profesional o centro sanitario. El fundamento legal exigía que el profesional sanitario actuara conforme a la *Lex Artis ad hoc,* es decir, siguiendo los estándares de la buena praxis médica en cada caso concreto. La carga de la prueba recaía, por regla general, en el paciente perjudicado, quien debía demostrar tanto la existencia del daño como su imputabilidad profesional sanitario.

La responsabilidad del profesional sanitario podía ser directa, por su propia actuación, o indirecta por responsabilidad patrimonial del centro sanitario público o de la empresa titula en el ámbito privado. Además, la responsabilidad podía extenderse al daño materiales y, cada vez con mayor frecuencia, a daños morales, como el *pretium doloris,* perjuicio estético, privación de información o consentimiento, y perdida de oportunidad[23].

22 Galán Cortes, J.C.: "*Responsabilidad civil médica"*, 5ª Edición, Aranzadi, 2022, pp. 20 y ss.

23 Manent Alonso, L.: "*Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria. Estudio de la jurisprudencia y doctrina legal",*Tirant Lo Blanch, 1ª ed., p. 673.

Los tipos de errores habitualmente reclamados incluían diagnósticos erróneos o tardíos, omisión de pruebas o tratamiento, errores de medicación, fallos e intervenciones quirúrgicas, deficiencias en el seguimiento postoperatorio, infecciones nosocomiales[24], defectos en la información suministrada al paciente y en la obtención del consentimiento informado, así como daños derivados del uso indebido del historial clínico o situaciones de discriminación en la atención.

El proceso para demostrar culpa o negligencia exigía:

a. La acreditación de la conducta del profesional habitualmente mediante informes médicos, documentos clínicos y periciales.

b. La identificación clara del daño producido.

c. El establecimiento del nexo causal entre la actuación u omisión y el perjuicio sufrido.

En ocasiones, dada la dificultad probatoria para el paciente, la jurisprudencia admitía el uso de presunciones o la inversión de la carga de la prueba en supuestos excepciones, como en casos claros de mala praxis o daños producidos en el ámbito hospitalario sin explicación alternativa. El procedimiento habitual comenzaba con una reclamación extrajudicial, acompañada de informe médicos o pericial relevante, y, en caso de no alcanzar acuerdo, se accedía a la vía judicial, siendo esenciales los informes periciales e historial médico para determinar la existencia o no de mala praxis[25].

La integración de la IA en el panorama sanitario español no debe entenderse como una "herramienta adicional", sino como una reconfiguración de la *Lex Artis*. El supuesto común de que la IA viene a "sustituir" el error humano es estadísticamente cuestionable: la IA no elimina el error, lo centraliza y lo transforma. Mientras que el error médico tradicional es el juicio individual, el error algorítmico es "sesgo" (un fallo sistemático que puede afectar a miles de pacientes simultáneamente).

Antes de la integración masiva de algoritmos, la reclamación sanitaria en España orbitaba sobre tres pilares rígidos:

1. La relación binaria: el conflicto se limitaba al binomio médico-paciente, el médico era el único dueño del acto médico.

2. Obligación de medios, no de resultados: salvo en medicina voluntaria (estética, odontología), la responsabilidad era subjetiva. La reclamación prosperaba si se probaba que el médico no actuó conforme a la *Lex Artis* (el estándar profesional del momento).

3. Casualidad directa: el daño debía ser consecuencia inmediata de una acción y omisión humana, el nexo causal era, generalmente, lineal y comprensible para un perito médico[26].

24 Son aquellas contraídas por pacientes o personal en un hospital, no presentes al ingreso, que surgen debido a procedimientos invasivo o contacto con patógenos hospitalarios.

25 Manent Alonso, L.: *Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria...* cit., p. 674.

26 Zouak Lara, P.: "*Entrenamiento de sistemas de IA en el ámbito sanitario: interacciones entre el reglamento general*

Durante décadas, el sistema español descansa en la inefabilidad del criterio humano supervisado. Se aceptaba el error médico como una variable biológica. Lo que la IA hace ahora no es eliminar el error, sino deshumanizarlo, lo cual genera un rechazo social y jurídico mucho mayor.

Con la llegada del sistema de soporte a la decisión clínica y el aprendizaje profundo, el esquema anterior colapsa:

– La responsabilidad se desplaza del art 1902 del CC hacia el régimen de responsabilidad por productos defectuosos. La IA no se equivoca por negligencia, falla por diseño o datos sesgados.

– El concepto de *Lex Artis* queda obsoleto cuando el médico no puede explicar por qué la IA sugirió un diagnóstico. Si no hay explicación ¿Cómo puede haber defensa o acusación basada en la lógica médica tradicional?

– Surge una nueva forma de negligencia: la obediencia ciega. El médico que sigue el algoritmo sin cuestionarlo es tan responsable como el que lo ignora sin justificación.

Desde una perspectiva jurídica, la irrupción de sistemas de soporte a la decisión clínica en hospitales de la red del Sistema Nacional Sanitario plantea un reto de imputación ¿Estamos ante un producto defectuoso o ante una mala praxis por falta de supervisión?

A. La transformación de la Lex Artis y el sesgo de automatización

El estándar de conducta exigible al profesional sanitario en España está mutando. Tradicionalmente, la *Lex Artis* se media por la adecuación del médico a los protocolos y la evidencia científica, hoy en día la conducta es diferente:

El dilema de la obediencia: si un algoritmo de alta precisión (ej. Diagnostico) sugiere un tratamiento y el médico lo sigue ciegamente, incurre en un sesgo de automatización. Si el algoritmo falla, ¿es el médico responsable por no haber detectado un error en una maquina diseñada para ser más precisa que él?

La incorporación de la IA en el ámbito sanitario está transformando de manera significativa la definición y aplicación de la L*ex Artis,* en primer lugar, la L*ex Artis,* está en proceso de adaptación para integrar los avances tecnológicos que supone la IA. Esto implica que los profesionales sanitarios deben incorporar en su práctica clínica tanto las recomendaciones y consensos científicos relativos a la IA como el conocimiento de sus potencialidades y limitaciones. Así, los criterios de diligencia profesional se ajustan para incluir la correcta utilización, supervisión y revisión de las herramientas automatizadas y algoritmos biomédicos empleados en los procesos diagnósticos y terapéuticos.

En cuanto a la atribución de responsabilidad por daños derivados de la utilización de sistemas de IA, la responsabilidad médica sigue rigiéndose por el principio de obligación de medios, es decir, por el empleo de la diligencia y pericia exigibles por la *Lex*

de protección de datos y el reglamento de inteligencia artificial", 12 de junio de 2025, pp. 863 y ss.

Artis, y no por la garantía de un resultado. Sin embargo, la intervención de sistemas autónomos como la IA introduce nuevos retos, ya que la determinación de la culpa y la relación de causalidad se vuelve compleja. La responsabilidad puede recaer tanto en el profesional sanitario, por un uso imprudente, omisión de control o confianza excesiva en la herramienta, como en el fabricante o desarrollador del sistema de IA, en función del defecto, error o sesgo detectado. El análisis de riesgo y beneficio, así como la existencia de mecanismos de vigilancia y exclusión cautelar de tecnologías desfavorables, resultan esenciales para delimitar la responsabilidad en estos supuestos.

Por último, la adaptación de los estándares de diligencia profesional y de los marcos regulatorios avanza en paralelo al desarrollo de la IA en sanidad. La *Lex Artis ad hoc* debe ajustarse a cada caso concreto, considerando los conocimientos científicos y los nuevos riesgos específicos derivados del uso de tecnologías inteligentes. La actualización regular de protocolos y guías de prácticas clínica, así como la integración de directrices específicas para el uso responsable de la IA, son imprescindibles para que estos documentos reflejen adecuadamente la *Lex Artis* exigible. Además, la normativa española exige procedimientos de evaluación, seguimiento y posible exclusión de tecnologías que no cumplan con los parámetros de seguridad y eficiencia, lo que obliga a la remodelación constante de los estándares de diligencia profesional y de los marcos regulatorios para responder a los desafíos que plantea la IA en la práctica clínica[27].

La integración de la IA en el ámbito sanitario español exige una redefinición dinámica de la *Lex Artis,* una revisión de la atribución de responsabilidad por daños y una adaptación continua de los estándares de diligencia profesional y de los marcos regulatorios, todo ello con el objetivo de garantizar la seguridad, eficacia y responsabilidad en la práctica clínica asistida por IA.

El Derecho sanitario español se encamina hacia una paradoja: castigaremos al médico por confiar en la IA (negligencia por automatización), pero pronto le castigaremos por no confiar en ella (negligencia por omisión de tecnología superior). Esta "pinza jurídica" despoja al facultativo de su autonomía real, convirtiéndolo en un mero validador de decisiones que no comprende en su totalidad, transformando la medicina en una actividad de gestión de riesgos informativos más que de curación humana.

B. La prueba algorítmica y la opacidad procesal

El gran vacío que la doctrina española aún no ha resuelto es la aplicabilidad procesal. Si un Tribunal solicita el peritaje de una decisión tomada por una red neuronal profunda, ningún perito humano podrá explicar la lógica exacta del resultado. Esto genera una indefensión para el demandante, pero también para el demandado, quien no puede demostrar que su "maquina" actuó con diligencia si no puede abrir la caja negra.

Como he iniciado, en España, actualmente no existe una doctrina consolidada ni una regulación específica sobre la prueba algorítmica y la opacidad procesal en los casos de responsabilidad por daños a pacientes derivados del uso de sistemas de IA en el

27 Andrés Molina, O.: *Regulación de la Inteligencia Artificial…* cit., p. 55.

ámbito sanitario. La legislación vigente, como la Ley Orgánica 3/2018 de protección de datos personales y la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, regula aspectos relativos a la seguridad, la investigación y la protección de datos en sanidad, pero no aborda de forma directa los problemas procesales derivados de la opacidad algorítmica ni establece criterios concretos sobre la carga de la prueba en estos supuestos.

El análisis jurídico actual destaca que la complejidad, opacidad y autonomía de los sistemas de IA dificultan la trazabilidad y la identificación de la conducta humana a la que imputar responsabilidad, así como la prueba de los presupuestos necesarios para exigir dicha responsabilidad. Esta situación puede generar obstáculos especialmente en la reclamación y obtención de indemnización adecuada. Un régimen de responsabilidad subjetiva basado estrictamente en la culpa, ante la dificultad de probarla por la opacidad algorítmica, podría situar injustificadamente a la víctima en una posición de desventaja, contraviniendo principios de tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Union Europea.

En cuanto a la prueba digital, incluida la prueba algorítmica, esta admitida en los procedimientos judiciales españoles conforme al artículo 24.2 de la Constitución Española (tutela judicial efectiva). Sin embargo, la legislación procesal no establece criterios específicos para su valoración ni mecanismos uniformes para verificar su autenticidad, integridad o trazabilidad. Por tanto, la valoración de la prueba digital queda sujeta a las reglas generales de la sana crítica y a los principios de cada orden jurisdiccional. La prueba pericial, especialmente la pericia informática, resulta imprescindible para analizar y validar los procesos algorítmicos, debiendo garantizar la cadena de custodia y la ausencia de manipulación de los datos mediante la creación de un nuevo organismo, la AESIA, cuestión que analizaré más adelante.

La aportación de pruebas digitales en procedimientos que impliquen tratamientos de datos personales, como en sanidad, está sujeta al cumplimiento de normativa de protección de datos (ley 41/2002), exigiendo una base jurídica legitima y el respeto a la proporcionalidad, necesidad y seguridad en el tratamiento de información sensible.

En ausencia de doctrina y regulación específica, la tendencia es aplicar los principios generales sobre la carga de la prueba en responsabilidad civil y sanitaria: corresponde al paciente acreditar el nexo causal entre el daño y la actuación médica. No obstante, ante la complejidad tecnológica y la opacidad de los algoritmos, podrían explorarse mecanismos procesales de inversión de la carga de la prueba o exigir al proveedor del sistema de IA que demuestre la seguridad y conformidad de la tecnología empleada. La resolución efectiva de estas cuestiones requerirá previsiblemente reformas normativas o evolución jurisprudencial

La prueba algorítmica en la responsabilidad civil por daños derivados de sistemas de IA en sanidad exige superar barreras técnicas y legales ligadas a la opacidad de estos sistemas. La solución, a falta de doctrina especifica, pasa por integrar los principios generales de la prueba digital y la protección de datos, recurriendo a informes peri-

ciales cualificados y garantizando los derechos procesales de las partes, sin trasladar íntegramente la carga de la prueba a la víctima ni limitar su derecho a indemnización[28].

2. Nuevos escenarios de responsabilidad derivados del uso de IA

la integración de la IA en la práctica clínica española no solo ha modificado la herramienta, sino que ha mutado la naturaleza del riesgo sanitario. A continuación, se desglosan los escenarios de responsabilidad que están redefiniendo la litigiosidad médico-legal en nuestro país.

A. El escenario de responsabilidad por producto: el fin del software como servicio

Hasta hace poco, el software médico se consideraba un servicio. Sin embargo, la Directiva (UE) 2024/2853 sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos marca un antes y un después.

Esto implica la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva para el fabricante. Esto significa que, en caso de daños causados por defectos de *software* (con fallos en los algoritmos de diagnóstico de cáncer de piel debidos a sesgos en su entrenamiento) el perjudicado no necesita probar culpa o negligencia del fabricante. Basta con acreditar el defecto del producto, el daño sufrido y la relación causal entre ambos para que surja la responsabilidad del fabricante (artículo 7).

En el ámbito de la responsabilidad civil, este régimen facilita la reclamación de indemnizaciones por parte de los pacientes afectados, ya que elimina la tradicional barrera probatoria de la culpa. El fabricante responde objetivamente por los daños derivados de defectos en el *software,* incluso si ha actuado con todas las precauciones posibles, siempre que el producto no ofrezca la seguridad que legítimamente cabe esperar según su finalidad, diseño, instrucciones, grupo de usuarios y otros factores, incluyendo la capacidad de aprendizaje de la IA y las necesidades de ciberseguridad.

Respecto a la innovación tecnológica en salud, este régimen puede tener un doble efecto, por un lado, incentiva a los fabricantes a extremar la diligencia en el desarrollo, entrenamiento, control y actualizaciones de los algoritmos, así como a documentar exhaustivamente los procesos y mantener sistemas de gestión de riesgos y vigilancia post-comercialización robustos. Por otro lado, la exposición a una responsabilidad objetiva puede suponer un freno a la innovación si los requisitos de cumplimiento y los riesgos de responsabilidad se perciben como excesivamente gravosos, salvo que existan mecanismos de aseguramiento adecuados (artículo 8).

En cuanto a la protección de los derechos de los pacientes, la Directiva refuerza su posición al permitirles reclamar por daños causados por defecto en el *software* medico de IA sin tener que probar negligencia en el diseño o funcionamiento del algoritmo. Esto garantiza una vía ágil y efectiva para efectiva para la reparación de daños, minimizando las barreras probatorias y reforzando el derecho a la salud y a la indemnización, se

28 (AA.VV.) López Tapia, Y., Lara López, A.M., y Spada Jiménez: *"Principios procesales para una justicia actual"*, Tirant lo Blanch, 13 de octubre de 2023, pp. 160 y ss.

presumirá el carácter defectuoso cuando se cumplen las condiciones estipuladas en el artículo 10 de la Directiva[29].

La calificación del *software* médico de IA como producto bajo la Directiva (UE) 2024/2853 establece un régimen de responsabilidad objetiva que refuerza la protección de los pacientes, incrementa las obligaciones de los fabricantes y puede tener efectos tanto incentivadores como restrictivos sobre la innovación tecnológica en el sector salud.

La novedad es que la IA ya no es solo una herramienta; es un producto. Si un algoritmo de diagnóstico de cáncer de piel falla por un sesgo en su entrenamiento, el fabricante responde objetivamente (sin necesidad de probar culpa).

Todo ello nos plantea una serie de dudas ¿Qué ocurre con la IA adaptativa? Si el algoritmo aprende en el hospital ¿sigue siendo responsable el fabricante original o se convierte el hospital en "productor"?

B. El sesgo de automatización como nueva negligencia

El Reglamento (UE) 202471689 (AI Act) impone la "supervisión humana" (art 14). Sin embargo, esto crea un escenario de responsabilidad por complacencia.

El sesgo de automatización en sistemas de IA aplicados en el ámbito sanitario puede considerarse una potencial forma de negligencia profesional bajo la normativa española y europea, aunque con matices y en función de las circunstancias concretas del caso. La normativa europea sobre IA exige una supervisión humana integral, especialmente en sistema de alto riesgo y determinar la responsabilidad derivada de los daños causados por tecnologías de IA. Los médicos que utilizan esos sistemas tienen la obligación de supervisar y garantizar la calidad e imparcialidad en la interpretación de resultados, y son responsables directos o indirectos de los daños ocasionados por su uso, de acuerdo al código deontológico y a las leyes vigentes sobre estándares de atención médica, protección de datos y ética profesional. Por tanto, si un médico confía ciegamente en las recomendaciones de una IA afectada por sesgo de automatización y esto resulta en un daño para el paciente, podría apreciarse negligencia, especialmente si no se han adoptado las cautelas y controles exigibles por la normativa y la deontología, tanto en el plano ético, como en el legal y de responsabilidad civil.

En cuanto a la responsabilidad civil y profesional, la jurisprudencia exige que el grado de negligencia para que exista responsabilidad profesional sea significativo, próximo al dolo o, en su defecto, una falta de diligencia inexcusable más allá de una imprudencia. Para considerar el sesgo de automatización como negligencia profesional, debe acreditarse que el médico actuó con una falta grave de diligencia al interpretar o supervisar el resultado proporcionado por la IA, dado que el profesional sanitario sigue ostentando la última responsabilidad en la toma de decisiones clínicas pese al apoyo de sistemas automatizados. La negligencia profesional no se presume, y debe valorarse de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso conforme al nivel de diligencia exigible al profesional experto o especializado en el contexto tecnológico y médico en cuestión.

29 Luquín Bargarece, R.: *"Servicios privados de telemedicina y salud digital: desafíos e implicaciones jurídicas"*, 1ª edición, Tirant Lo Blanch, 12 de abril del 2024, pp. 196 y ss.

En materia de protección de datos, tanto el *Reglamento 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*, como la *Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales,* establece que para el tratamiento de datos especialmente sensibles (como los datos de salud), los responsables y encargados del tratamiento deben cumplir estrictos deberes de seguridad, confidencialidad y gobernanza, así como el principio de responsabilidad proactiva. El uso de sistemas de IA no exime del cumplimiento de estas obligaciones, y el eventual sesgo en el algoritmo no solo puede vulnerar derechos fundamentales, sino que también puede activar la responsabilidad civil si de dicho sesgo se deriva daños a los pacientes, especialmente cuando hay decisiones automatizadas que afectan significativamente al interesado sin adecuada intervención humana[30].

El Reglamento 2016/679 impide que las decisiones clínicas puedan basarse únicamente en tratamientos automatizados que produzcan efectos jurídicos o afecten de modo significativo al interesado, salvo que existan salvaguardas adecuadas, incluyendo la intervención humana cualificada, derecho a expresar su punto de vista, e impugnación de la decisión.

Por tanto, el médico que sigue una IA errónea puede ser acusado de negligencia por no haber ejercido un juicio crítico, esto nos coloca en la era de mayor transferencia de riesgo de la historia del derecho sanitario. Al exigir supervisión humana sobre sistemas opacos, el legislador europeo ha creado un seguro de vida para las empresas de *software*: siempre habrá un médico al final de la cadena a quien culpar por no haber detectado el error del algoritmo. La responsabilidad civil se está utilizando no para proteger al paciente, sino para blindar la innovación tecnología a costa de la seguridad jurídica del facultativo.

C. Responsabilidad por deriva algorítmica (Adaptivce Learning)

A diferencia del *software* médico tradicional, las IAs basadas en aprendizaje continuo (*Machine Learning*) evolucionan tras su despliegue.

– El escenario: un sistema de IA diagnostica, tras ser entrenado con nuevos datos en un hospital especifico, empieza a mostrar un sesgo (eje. Infraestimar riesgos en población inmigrante debido a datos de entrenamiento locales sesgados).

– El conflicto: ¿es responsable el fabricante por no prever la deriva, o el hospital por no auditar el rendimiento del sistema en su vida "post-mercado"?

– Hipótesis jurídica: asistiremos a una corresponsabilidad solidaria. El fabricante será responsable por la falta de mecanismos de salvaguardar contra la deriva, mientras que el hospital lo será por la falta de supervisión técnica alejándose de la culpa puramente clínica[31].

30 Andrés Molina, O.: *Regulación de la Inteligencia Artificial…* cit., p. 139.

31 Plumed Moreno, C.: "*La inteligencia artificial al cuidado de la persona: los nuevos retos para la bioética",* Labor

– El escenario de la transparencia forzada: acceso al código fuente.

Por ello, los principales desafíos jurídicos son en primer lugar, la identificación de la cusa del daño, resulta especialmente compleja debido a la opacidad inherente de muchos algoritmos, como ya he mencionado, en particular aquellos basado en aprendizaje automático que funcionan como cajas negras. Esta falta de transparencia dificulta determinar si el daño es imputable directa e inequívocamente al algoritmo, ya que el proceso de razonamiento es difícil de desentrañar y reconstruir, sobre todo cuando el sistema evoluciona de manera autónoma a partir de los datos de entrada y su experiencia acumulada.

En cuanto a la trazabilidad del algoritmo, los sistemas de aprendizaje adaptativos presentan ratios adicionales, ya que su comportamiento puede cambiar de forma continua y autónoma, lo que complica la auditoria retrospectiva de cada fase del proceso y la reconstrucción del flujo de información y de las modificaciones en los datos. La normativa como el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018, exige mecanismo de trazabilidad, seguridad desde el diseño y garantías de privacidad, pero en la práctica no siempre es posible auditar completamente todos los pasos intermedios de un sistema adaptativo complejo, especialmente en el ámbito sanitario donde los datos son especialmente sensibles.

Respecto a la atribución de responsabilidad, la fragmentación de competencias entre los distintos actores involucrados (desarrollador, proveedores de datos, entidades sanitarias, profesionales médicos, etc.) dificulta la identificación precisa de quien debe responder jurídicamente frente a los perjudicado. Los esquemas tradiciones de responsabilidad civil puede resultar insuficientes, por lo que la normativa refuerza la necesidad de acuerdos específicos de corresponsabilidad, delimitación clara de funciones y obligaciones de gobernanza activa, así como la documentación *ex ante* y la adopción de códigos de conducta sectoriales.

Por último, los cambios inesperados en el comportamiento del sistema, conocidos como deriva algorítmica generan incertidumbre jurídica sobre la calificación de estos supuestos y la idoneidad de las actuales categorías de responsabilidad para cubrir tales riesgos. El Derecho exige medidas preventivas, documentación y políticas concretas para gestionar incidentes, así como la intervención humana y la revisión constante de los algoritmos, en línea con el principio de responsabilidad proactiva y los requisitos, reforzados de seguridad y privacidad en el tratamiento de datos personales, especialmente en salud.

Estos, por tanto, exigen una gobernanza jurídica y técnica sólida, la revisión continua de medidas de trazabilidad, acuerdos sobre corresponsabilidad y límites de uso, y el fortalecimiento de los mecanismos de seguridad y supervisión en la aplicación práctica de algoritmos adaptativos en el entorno sanitario[32].

hospitalaria, nº 340, septiembre-diciembre, pp. 6 y ss.

32 Andrés Molina, O.: *regulación de la Inteligencia Artificial…* cit., pp. 123 y ss.

En 2025, el debate sobre la caja negra ha dado un giro gracias a la reciente doctrina del Tribunal Supremo en recurso de casación número 7878/2024, la sección tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia el 11 de septiembre de 2025 sobre el derecho de acceso a los códigos fuente en actuaciones administrativas (aplicables por analogía a la sanidad pública).

Un paciente reclama que un algoritmo de triaje de urgencias lo relego indebidamente. El hospital alega secreto comercial del desarrollador. Todo ello nos acerca a la hipótesis de que, ante la opacidad algorítmica, los tribunales españoles aplicaran la doctrina de la facilidad probatorio. Si el hospital no entrega la documentación, las pruebas técnicas de la IA (exigido por el RIA), se presumirá el nexo causal.

3. Dificultades probatorias; trazabilidad, aplicabilidad y transparencia algorítmica

Al hilo de la hipótesis planteada anteriormente, este análisis se aproximará a la evaluación de las dificultades probatorias a las que los facultativos médicos van a tener que hacer frente.

El Derecho sanitario se ha cimentado tradicionalmente sobre la base de la culpa o la negligencia, donde el paciente debe probar el daño, la infracción de la *Lex Artis* y el nexo causal. Sin embargo, la irrupción de sistemas de IA de "alto riesgo" (clasificación anexo II y III del IA Act) introduce una asimetría técnica que amenaza con convertir el proceso judicial en una "prueba diabólica" para el perjudicado.

Se suele dar por hecho que la "caja negra" es el fin de la responsabilidad. No obstante, desde una perspectiva de probabilidad jurídica, el obstáculo no es la falta de datos, sino la opacidad interpretativa. La transparencia técnica (acceso al código) no equivale a la transparencia jurídica (entender por qué se tomó una decisión clínica):

El reglamento de la IA impone una obligación de transparencia *ex ante*. Para que un sistema sea aplicable en el ámbito sanitario, debe permitir a los usuarios (médicos) interpretar los resultados. Por tanto, en cuanto la aplicación de los sistemas de IA en el sistema sanitario, la dificultad probatoria radica en demostrar que el uso de la herramienta tecnológica se ajusta a las buenas prácticas clínicas y a la normativa aplicable, incluyendo la obtención y tratamiento licito de datos personales y de salud, así como la adecuada evaluación ética y de impacto respecto al tratamiento de datos sensibles, la ausencia de estándares claros o evidencia concluyente sobre el rendimiento de la IA en situaciones concretas puede dificultar la prueba de que la decisión clínica se ajusta o se deriva del estándar de *Lex Artis*, lo que complica la argumentación probatoria para fundamentar o exculpar una posible responsabilidad médica[33].

Respecto a la transparencia algorítmica, la opacidad de muchos algoritmos puede impedir a las partes acceder y comprender el funcionamiento interno del sistema, dificultando la aportación del sistema de IA. Esta falta de transparencia afecta a la carga de prueba y a la puntualización del nexo causal exigiendo en la responsabilidad médica,

33 Andrés Molina, O.: *Regulación de la Inteligencia Artificial…* cit., p. 154.

así como a la valoración de la diligencia del profesional sanitario en el uso de la herramienta tecnológica. Además, la necesidad de preservar la confidencialidad, la cadena de custodia digital y la posibilidad de verificar la autenticidad de integridad de la información generada por la IA son retos importantes en la aportación y valoración de la prueba digital en estos procedimientos.

La trazabilidad es la capacidad de reconstruir el itinerario de una decisión algorítmica mediante el registro automático de eventos. Ahora bien ¿es el archivo de registro parte del historial clínico? En el marco de la Ley 41/2002, cualquier dato relevante para la asistencia debe integrarse en ella.

La nueva Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos redefine el *software* de IA como "producto", como ya he analizado anteriormente, pues bien, si el demandante demuestra que el sistema es excesivamente complejo o que el demandado no ha cumplido con sus obligaciones de transparencia (art 13 IA Act), el tribunal puede presumir que el producto es defectuoso. Si se demuestra que el producto es defectuoso y el daño es "coherente" con dicho defecto, se presume el nexo causal. Este cambio traslada el riesgo del paciente al fabricante/hospital. Lo que antes era "dificultad probatoria para el paciente" se convierte ahora en una "dificultad de exoneración para el médico"[34].

Todo ello se explica en cada rama del derecho de la siguiente manera:

- Derecho civil: para alegar la responsabilidad objetiva será necesario probar que el daño "probablemente" deriva del algoritmo.
- Penal: para alegar responsabilidad profesional se deberá determinar si hubo "dominio del hecho" ¿Quién es el autor si la IA decide?
- Administrativa: demostrar el funcionamiento anormal del servicio conllevara que la Administración responde, aunque el algoritmo cumpla los estándares (responsabilidad objetiva patrimonial).

Por otro lado, el acto probatorio en este escenario actual nos trae sucesivas novedades. El peritaje en caso de negligencia médica ha desarrollado una nueva dirección, se ha llevado a cabo la creación de la AESIA (Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial) marcando un hito en el derecho sanitario español. Su papel en las reclamaciones médicas nos es directo (no juzga), pero su influencia en la prueba pericial será determinante[35].

Se trata de un organismo público español, encargado de velar por el uso ético, seguro y confiable de la IA, supervisando normativas, protegiendo derechos fundamentales y dominando un ecosistema de IA responsable, con su sede aquí en A Coruña, para descentralizar la administración y potenciar el tejido tecnológico local.

34 Andrés Molina, O.: *Regulación de la Inteligencia Artificial…* cit., p. 51.

35 (AA.VV.) Gil Franco, A.J., Hernández González, F.L., Valcarce, L., Fernández, P.Y. (coord.): *El derecho administrativo en la era de la Inteligencia Artificial*, Instituto Nacional de Administración Pública, 27 de enero de 2024, pp. 178 y ss.

En una reclamación por negligencia médica asistida por IA, el juez se enfrenta a un problema de asimetría informativa. Aquí es donde entra la AESIA.

Si un sistema de IA de alto riesgo cuanta con la certificación o ha pasado por el examen regulatorio de la AESIA, los tribunales tenderán aplicar una presunción de diligencia a favor del hospital.

El peritaje médico tradicional (analizar si el médico hizo lo correcto) se verá desplazado por un peritaje de cumplimiento (analizar si el algoritmo estaba certificado y supervisado según las guías de la AESIA).

Antes, el perito médico analizaba la anatomía y el historial clínico. En el nuevo paradigma:

- El perito deberá ser un perito informático-sanitario.
- La AESIA establecerá los estándares de lo que constituye un registro de actividad valido. Si el hospital no puede presentar los registros de como opero la IA en el momento del daño, la AESIA podrá emitir informes de incumplimiento técnico que servirán de base para la responsabilidad objetiva[36].

4. El Problema del nexo causal en decisiones automatizadas

El nexo causal en el Derecho sanitario es el vínculo fundamental de causa-efecto entre una acción u omisión médica (la causa) y el daño o perjuicio sufrido por el paciente (el efecto), siendo indispensable para establecer la responsabilidad civil y profesional y el derecho a indemnización, y se rompe por factores como la conducta exclusiva del paciente o causas imprevisibles. El nexo causal es el dogma central de la responsabilidad civil y penal. Sin embargo, en el contexto de la IA sanitaria, la tradicional doctrina de la *conditio sine qua non* (equivalencia de las condiciones)[37] resulta insuficiente. A continuación, se analiza la erosión de este concepto y su reconstrucción normativa.

A. La fractura del nexo causal

La integración de sistemas de IA en el tráfico jurídico supone un desafío disruptivo para la teoría general del daño. El esquema tradicional, basado en la identificación de una acción u omisión humana vinculada casualmente a un perjuicio, se torna inoperante ante la naturaleza no lineal de los algoritmos de aprendizaje profundo. En estos entornos, la causalidad se fragmenta entre el diseño original, la calidad de los datos de entrenamiento y la interacción del usuario.

La introducción de la IA en la toma de decisiones clínicas complica este esquema. La IA puede intervenir en diagnósticos, selección de tratamientos o incluso sustituir parcialmente la actuación facultativa, generando escenarios en los que el nexo causal

36 Cotino Hueso, L.: "*La supervisión del cumplimiento del Reglamento de inteligencia artificial por las autoridades de vigilancia del mercado",* Universidad de Valencia, Valgrai, RCAP, nº 4, 2024, pp. 160 y ss.

37 Hace referencia a una condición indispensable para que un resultado ocurra; en derecho, la teoría de la equivalencia de las condiciones aplica esta idea: toda condición que, si se suprime mentalmente, elimina el resultado, es considerada una causa equivalente de ese resultado, lo que implica que múltiples causas (acciones u omisiones humanas) son igualmente responsables del suceso.

entre la decisión adoptada y el daño puede quedar difuminado. La dificultad radica en determinar si el daño es atribuible a una deficiente interpretación humana, a un error o sesgo algorítmico, o a una insuficiencia en el propio diseño de la herramienta de IA. Esta complejidad se ve agravada por la opacidad de muchos sistemas de IA, la caja negra, y la intervención de múltiples agentes, lo que puede llevar a la ruptura del nexo causal necesario para atribuir responsabilidad[38].

A diferencia de otros agentes técnicos, la IA introduce una "opacidad funcional" o *"black box",* al que ya he hechos referencia, que impide determinar si el daño derivado de un error de programación, un fallo sistemático o una negligencia en la supervisión incluso pueden darse situaciones de concurrencia de culpas entre los diferentes actores, por ejemplo, si tanto un error humano en el uso de la IA como un fallo del propio sistema contribuyen conjuntamente al daño sufrido por el paciente. Esta asimetría informativa no es un mero obstáculo procesal; es una quiebra de la lógica de imputación tradicional, donde el perjudicado se enfrenta a la imposibilidad de reconstruir el itinerario lógico del algoritmo que condujo al daño.

B. La evolución de la doctrina del riesgo y el criterio del Tribunal Supremo

Aunque parte de la doctrina ha intentado expandir la responsabilidad objetiva basándose en el riesgo inherente a la actividad empresarial, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha matizado este automatismo. Actualmente, el riesgo no se rige como un criterio absoluto de imputación, sino como un parámetro que debe ponderar junto al beneficio económico y la capacidad de externalización de costes.

El Tribunal Supremo en sentencia 1176/2024 de 18 de julio de 2025, desestimó el recurso contra la condena por responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por falta de medidas de seguridad ante riesgo autolítico[39] en paciente con historial de intentos suicidas. La sentencia expone que la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria no es de carácter objetivo ni automático, sino que se fundamenta en la existencia de una negligencia concreta, como la omisión de medidas de seguridad necesarias ante un riesgo derivado del historial clínico de la paciente. En este caso, la falta de medidas de seguridad en las ventanas del centro terapéutico, pese al conocido riesgo autolítico de la paciente, constituye la base de la condena. Se descarta que la culpa exclusiva de la víctima excluya la responsabilidad de la administración cuando existe un deber de especial protección. La sentencia recoge la evolución jurisprudencial hacia una apreciación del saber de cuidado más exigente frente a riesgos conocidos, sin llegar a equipararla a una responsabilidad objetiva o por riesgo, pronunciándose en el sentido de exigir una respuesta adaptada a los antecedentes de cada caso y no por la mera realización de la actividad sanitaria. No se abordan expresamente elementos como el beneficio económico o la externalización de costes en relación con la fundamentación de la responsabilidad.

38 Solar Cayón, J.I.: *"Inteligencia Artificial jurídica e imperio de la Ley",* Tirant Lo Blanch, 17 de enero del 2025, pp. 238 y ss.

39 Posibilidad de que una persona se cause daño a sí misma, ya sea a través de conductas autolesivas no suicidas (cortarse, quemarse, etc., para aliviar dolor emocional, sin intención de morir) o de un intento autolítico (un acto suicida que no resulta en muerte).

En el ámbito de la IA, esto significa que el riesgo actual como un catalizador de la diligencia debida a: mayor complejidad y autonomía del sistema, mayor es el estándar de cuidado exigible al médico. Sin embargo, este enfoque deja un espacio de incertidumbre para el fabricante, quien puede exonerarse si prueba que actuó con la diligencia técnica que el estado de la ciencia permitía en ese momento, lo cual resulta problemático ante sistemas que evolucionan de forma autónoma tras su puesta en el mercado.

C. Hacia un régimen de responsabilidad objetiva y transparencia

Ante la ineficacia de los criterios de culpa, la tendencia regulatoria europea se inclina hacia la responsabilidad objetiva en sistemas de alto riesgo. Este modelo simplifica la tutela del perjudicado al desplazar la carga de la prueba: no es la victima quien debe descifrar el algoritmo, sino el operador quien debe responder por el riesgo creado por su despliegue.

No obstante, esta solución plantea el interrogante de la distribución de la responsabilidad entre desarrolladores, proveedores de datos y usuarios finales. La complejidad de estos sistemas sugiere que la respuesta no reside en el elegir un único responsable, sino en establecer un marco de responsabilidad compartida o solidaria proporcional al grado de control efectivo que cada agente ejercer sobre el comportamiento del sistema. Solo mediante un enfoque anticipatorio y dinámico, que comprenda la IA como un sistema en constante flujo, será posible equilibrar la protección de los derechos fundamentales con el incentivo a la innovación tecnológica[40].

D. El problema de la causalidad opaca y la quiebra de la sine qua non

En el derecho sanitario clásico, el nexo causal exige una certeza razonable de que, sin la acción u omisión del médico, el daño no se habría producido.

En el sistema de *Machine Learning,* la decisión se basa en correlaciones estadísticas en espacios de alta dimensionalidad que el cerebro humano no puede procesar. Si una IA detecta un patrón tumoral imperceptible para el ojo humano, pero falla en su clasificación, ¿es el "defecto" la causa, o es la patología previa del paciente?

Para evitar la impunidad, el legislador europeo ha abandonado la búsqueda de una causalidad física determinista en favor de una causalidad presuntiva.

Según el art 9 de la Directiva 2024/2853 sobre Responsabilidad por Productos Defectuosos, el tribunal debe presumir el nexo causal cuando se den tres condiciones concurrentes:

– Dificultad excesiva: que sea científicamente complejo para el demandante explicar como el sistema de IA llego al resultado.

– Incumplimiento de deberes: el que fabricante no haya cumplido con las obligaciones del IA Act.

40 Arroyo Moreno, A.: "*El impacto de la Inteligencia Artificial en la responsabilidad civil: necesidad de normativa aplicable",* Revista Aranzadi Doctrina, nº 6, junio 2025, pp. 5 y ss.

– Coherencia del daño: que el daño sea el que razonablemente cabría esperar de un fallo en esa función específica de la IA[41].

En definitiva, la Directiva no elimina la carga de la prueba, sino que la desplaza mediante una presunción *iuris tantum*, obligando al fabricante a probar la inexistencia del defecto o del nexo causal, algo que en sistemas de caja negra es igualmente difícil para él.

Dada la dificultad de probar que un diagnóstico IA causo la muerte o el daño, la jurisprudencia española (y europea) está recurriendo a la pérdida de oportunidad. la responsabilidad por perdida de oportunidad en el ámbito de los diagnósticos médicos se fundamenta en la necesidad de acreditar la existencia de una oportunidad real y concreta de evitar el daño si se hubiera actuado conforme a *Lex Artis ad hoc*, es decir, el estándar profesional exigible en el momento y circunstancias del caso. La infracción de la *Lex Artis* constituye el elemento central para determinar la antijuricidad del daño, exigiéndose tanto la existencia de una lesión como la violación del estándar profesional aplicable[42].

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, nº sentencia 870/2025 de fecha 3 de octubre de 2025, desestimo la reclamación por responsabilidad patrimonial contra el Servicio Andaluz de Salud por atención médica en diagnóstico de neumonía y valoración de perdida de oportunidad ante derivación hospitalaria tras falta de mejoría del menor. Dicha sentencia expone a la perfección la doctrina de la perdida de oportunidad:

"[...]hemos afirmado que la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".

[...] A la hora de concretar la cuantía indemnizatoria no resulta indiferente especificar si ha concurrido un supuesto de pérdida de oportunidad, o, por el contrario, si ha concurrido quiebra de la lex artis ad hoc ", pues, tal como ha señalado la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (recurso de casación 2892/2011), la pérdida de oportunidades configura "como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio", añadiendo seguidamente, a efectos de cuantificación de la indemnización "Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable."

La causalidad se interpreta, por tanto, en términos probabilísticos, de modo que no se

41 (AA.VV.) Berenguer Albaladejo, Mª.C, Moreno Martínez J.A, Femenia López, P.J (coord.): *Inteligencia artificial y derecho de daños: cuestiones actuales,* Meléndez Valdés (ed.), Dykinson, S.L., Madrid, 2024, pp. 57 y ss.

42 Manent Alonso, L.: *Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria...* cit., p. 228.

exige una relación causal absoluta, sino que debe demostrarse que la falta de diagnóstico o tratamiento frustro razonablemente la oportunidad de cura o mejora del paciente. La valoración de la probabilidad de dicha oportunidad depende fundamentalmente de la prueba pericial, que debe acreditar tanto la existencia de oportunidad como el grado de probabilidad de éxito perdido, sin que sea necesario alcanzar la certeza, pero si una probabilidad significativa y real.

Esta jurisprudencia viene a interpretar la norma no para juzgar si la IA causo daños al paciente, sino si el error del algoritmo privó al paciente de una probabilidad de curación que, de otro modo, habría tenido.

Esta figura es estadísticamente honesta pero jurídicamente frustrante, ya que suele derivar en una reducción de la indemnización proporcional a la probabilidad perdida. Aquí la IA, al ser un sistema estadístico, facilita el cálculo: así la IA tiene una sensibilidad del 80%, el error privo al paciente de ese 80% de probabilidad de éxito.

Un aspecto clave en este punto del trabajo es si la intervención humana rompe el nexo causal. Si el médico sigue ciegamente a la IA, el nexo causal del fabricante se mantiene, pero se añade la negligencia del médico. Si el médico ignora una alerta correcta de la IA y el paciente sufre daños, el nexo causal se desplaza íntegramente al facultativo.

5. Responsabilidad compartida: médica, desarrollador, hospital fabricante del sistema de IA

Los fabricantes y desarrolladores se posicionan como los principales sujetos sobre los que recae la responsabilidad, al ser los encargados del diseño algorítmico y la configuración de parámetros. Cuando el daño se origina en errores de programación, deficiencias en los datos o una gestión de riesgo inadecuada, el marco de responsabilidad por productos defectuosos resulta aplicable. No obstante, surge una problemática cuando la IA opera de manera autónoma; en estos casos, la capacidad del sistema para evolucionar ante datos no previstos originalmente puede diluir el vínculo directo con el desarrollador inicial.

En este contexto la definición de productos defectuosos es central. Se entiende como tal aquel que no ofrece el nivel de seguridad razonablemente esperado, ocasionando daños a bienes o personas. Sin embargo, fija estas expectativas en tecnologías de vanguardia es complejo. Parte de la doctrina advierte que la naturaleza inherentemente impredecible de la IA impide que los fabricantes garanticen una seguridad absoluta.

A. Multiplicidad de actores y el sistema solidario

El sistema de responsabilidad solidaria aplicable a los daños derivados del uso de sistemas de IA en el diagnostico sanitario no se establece de manera automática entre el médico, el desarrollador, el hospital y el fabricante. La normativa europea propuesta y la legislación nacional exigen un análisis individualizado de la conducta del interviniente, atendiendo a la existencia de culpa, negligencia defecto o falta de diligencia, así como el nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido.

La atribución de responsabilidad se fundamenta en el sistema de responsabilidad civil extracontractual regulado en los artículos 1902 y siguientes del CC, aplicando criterios de culpa o negligencia, daño cierto y relación de causalidad. El hospital puede responder por los actos de los médicos, mientras que el desarrollador y el fabricante responderán si el daño deriva de un defecto, error o falta de diligencia en el desarrollo o fabricación del sistema de IA. El médico, por su parte, puede incurrir en responsabilidad si no actúa con la diligencia exigible al interpretar los resultados de la IA o al confiar ciegamente en el sistema sin el debido contraste clínico.

La responsabilidad solidaria puede ser apreciada judicialmente cuando concurren varias actuaciones u omisiones que contribuyen a la producción del daño, permitiendo que todos los partícipes responsan frente al perjudicado. Posteriormente, cada responsable podrá repetir contra los demás en función de su grado de intervención y culpa, conforme a lo dispuesto en el artículo 1103 del CC. Los tribunales valoran el peso de actuación de cada interviniente en la cadena de causación, aplicando criterios de concurrencia de culpas y moderación.

En cuanto a los fabricantes y desarrolladores, sus obligaciones incluyen garantizar que los sistemas de IA no constituyen fuente de peligro si se usan bajo las condiciones recomendadas, proporcionando toda la información necesaria sobre riesgos y uso correcto. La responsabilidad compartida dependerá del cumplimiento de estas obligaciones a lo largo de la cadena de suministro y uso. Si el daño se produce por un defecto en el sistema, la responsabilidad recaerá en el fabricante; si el hospital o el médico lo usan incorrectamente la responsabilidad podrá extenderse o trasladarse a ellos. La responsabilidad solidaria entra en juego en la medida en que los distintos sujetos incumplan sus obligaciones legales y contractuales respecto al uso seguro del sistema, según su papel en la cadena.

En definitiva, la determinación de la responsabilidad compartida se realiza caso por caso, analizando el incumplimiento concreto de los deberes de información seguridad, instalación, formación o uso, y delimitando así la cuota de responsabilidad de cada interviniente en función de su participación en el daño producido[43].

No obstante, debe señalarse que, actualmente, no existe una regulación específica en la legislación española que aborde de manera concreta la responsabilidad civil derivada de daños causados por IA en el diagnostico sanitario, por lo que los criterios expuestos se fundamentan en la normativa general sobre responsabilidad civil y en propuestas normativas europeas, no siendo directamente extrapolables de otros sectores.

B. La IA en el ámbito público: el caso de VioGen

Un ejemplo relevante de implementación institucional es el sistema VioGen, utilizado para la valoración del riesgo en violencia de genero. Aunque el sistema es automatizado, la estructura legal exige la intervención humana: el instructor es quien toma la decisión final basándose en el análisis algorítmico y las pruebas del caso.

43 (AA.VV.) Egúsquiza Balmaseda, Mª.A., Rodríguez de Galdeano, B.: *Inteligencia artificial y prevención de riesgos laborales: obligaciones y responsabilidades,* Tirant Lo Blanch, 2023, p. 316.

A pesar de este diseño, se han registrado disfunciones por clasificaciones de riesgo erróneas o fallos en el seguimiento. Estas situaciones plantean la necesidad de analizar la responsabilidad de la Administración, especialmente ante funcionamientos anómalos que vulneren derechos fundamentales. En estos supuestos, el ordenamiento contempla mecanismo como la inversión de la carga de la prueba o presunciones de responsabilidad para compensar la dificultad probatoria del ciudadano.

Para identificar a los actores implicados en caso de fallo de un sistema de inteligencia artificial en el sector público es necesario analizar tanto el plano organizativo como el técnico y jurídico. Los criterios relevantes se centran en la posición de cada participe dentro de la cadena de diseño, gestión, incorporación y uso del sistema, así como en la existencia de deberes específicos de supervisión, prevención y diligencia en relación con los potenciales daños causados por la IA. Son actores implicados, por regla general: el organismo público responsable del sistema, los responsables y encargados del tratamiento de los datos los proveedores tecnológicos, y los administradores con competencia sobre seguridad, gestión de riesgos y cumplimiento normativo. Además, la Ley General Presupuestaria y la normativa sectorial exigen que las entidades responsables dispongan de mecanismo internos solidos de control y protección, así como de medidas organizativas y administrativas eficaces para prevenir, detectar y corregir riesgos derivados del uso de sistemas informáticos.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, puede ser solidaria o compartida (corresponsabilidad), dependiendo de la relación de causalidad, el reparo funcional y la implicación de cada acto en el hecho lesivo, como he expuesto anteriormente.

Respecto a los mecanismos de rendición de cuentas y supervisión, la normativa exige sistemas de control de calidad internos, evaluaciones periódicas, mecanismos de denuncia de incidentes y procedimientos específicos de supervisión publica para garantizar la adecuada gestión de riesgos, la protección de la integridad del sistema y la transparencia. En el ámbito de la protección de datos, los sistemas públicos que involucran tratamiento conjunto de información relevante deben firmar acuerdos de corresponsabilidad que especifiquen funciones, puntos de contacto y medidas de cumplimiento, en línea con lo exigido por el Reglamento 2016/679 y la normativa nacional. Además, la Ley General Presupuestaria prevé auditorias iniciales y revisiones periódicas, así como la potestad de la intervención general de la Administración del Estado para suspender la utilización del sistema en caso de deficiencias graves. Estos mecanismos, junto con la obligación de documentación y comunicación interna de política y procedimientos, constituyen garantías esenciales para prevenir y mitigar dalos a ciudadanos derivados del uso de IA en el sector público[44].

C. Responsabilidad del usuario y el risk-utility test

Los operadores y facultativos médicos también enfrentan responsabilidad si una supervisión negligente contribuye al daño. Este dilema es crítico en sectores como la sanidad, donde un diagnóstico erróneo por IA plantea dudas sobre si la responsabilidad es del hospital, del facultativo supervisor o de la empresa tecnológica.

44 (AA.VV.) Gamero Casado, E., y Pérez Guerrero, F.L.: *"Inteligencia Artificial y Sector Público"*, Tirant lo Blanch, 5 de julio de 2023, pp. 249 y ss.

Para resolver estas controversias, el modelo estadounidense emplea el *risk-utility test*. Según este criterio, el fabricante solo es responsable si el daño pudo evitarse mediante un diseño alternativo que fue técnica y económicamente viable. Este test vincula la responsabilidad al uso previsible: si el perjuicio deriva de un uso indebido no contemplado, la responsabilidad del fabricante decrece, otorgando un papel crucial la información y advertencias proporcionas por las limitaciones del sistema.

A pesar de la tendencia hacia un criterio objetivo, el fabricante dispone de causas de exoneración tasadas:

– Demostrar que el sistema funcionó según sus especificaciones.

– Concurrencia de fuerza mayor.

– Culpa exclusiva del damnificado por uso negligente o contrario a las instrucciones

– Que el sistema no fue puesto en circulación o no tuvo fines comerciales/empresariales.

El debate sobre los riesgos desconocidos para la ciencia es fundamental. Atribuir los comportamientos imprevisibles al fabricante busca incentivar la prevención máxima. Se considera razonable, salvo que el daño provenga de un uso prohibido que fue comunicado de forma clara y transparente al usuario[45].

La influencia del *risk- utility test* en la asignación de responsabilidad de los médicos que emplean sistemas de IA en el ámbito sanitario se centra en valorar si los riesgos asumidos por el profesional al utilizar una herramienta tecnológica están justificados por la utilidad que aporta al proceso y resultado clínico. Este test desplaza el análisis desde una imputación estrictamente causal o de culpa hacia un juicio sobre la aceptabilidad social y profesional de los riesgos asumidos. Así, si el uso de la IA se ajusta a estándares aceptables de riesgo-utilidad, la responsabilidad del médico podría verse limitada; en caso contrario, si el riesgo no se justifica frente a la utilidad esperada, podría establecerse responsabilidad por mal uso o selección inapropiada del sistema.

En el contexto europeo, la responsabilidad del médico que utiliza IA pivota sobre los principios de supervisión y control humano, que ya he analizado a lo largo del trabajo, mantenido al médico como responsable último de las decisiones clínicas. La normativa europea impone obligaciones de vigilancia, transparencia y trazabilidad, de modo que la carga de la prueba recae en que el médico demuestre un uso diligente y crítico de la herramienta, incluso si el sistema es complejo. Si el médico actúa de manera acrítica frente al output del algoritmo, puede seguir existiendo responsabilidad, aunque persisten dificultades probatorias para la parte reclamante.

Respecto a la relación con fallos sistemáticos como el caso VioGen, la doctrina española sobre responsabilidad patrimonial sanitaria contempla tanto la existencia de fallos normativos o de funcionamiento del sistema como la "pérdida de oportunidad". Esta doctrina permite imputar responsabilidad incluso si una relación favorable o genera-

45 Arroyo Moreno, A.: *"El impacto de la Inteligencia Artificial…"* cit., pp. 8 y ss.

do un daño antijuridico, aplicando criterios de proporcionalidad y probabilidad. Así, los principios de *risk-utility test* encuentra reflejo en la valoración judicial de la adecuación y eficiencia del proceso asistencial y en la evaluación de si el sistema utilizado representaba un riesgo aceptable o una perdida injustificada de oportunidad para el paciente[46].

En conclusión, aunque el *risk-utility test* es propio del entorno anglosajón, sus principios se reflejan en la práctica jurídica española y europea al analizar la responsabilidad por el uso de IA en sanidad, especialmente en casos de fallos sistemáticos, mediante la evaluación de la razonabilidad, el estándar profesional y la posible pérdida de oportunidad.

Ahora bien, centrándonos en la normativa española y europea que nos atañe a nosotros, debeos atender a los principios de la responsabilidad profesional, adaptados al contexto tecnológico y reforzados por obligaciones especificas en materia de protección de datos y supervisión humana, así, los médicos siguen siendo responsables, tanto directa como indirectamente, de los daños ocasionados al paciente por el uso de estas tecnologías, debiendo respetar la, ya reiterada *Lex Artis* profesional, es decir, emplear los medios y conocimientos adecuados y reconocidos en su profesión. Si el uso de la IA se aparta de los estándares técnicos o protocolos reconocidos y ello causa un daño, no puede surgir responsabilidad civil profesional.

6. Aseguramiento de la responsabilidad

La integración de la IA en el derecho sanitario exige una revisión de los marcos aseguradores y de las obligaciones legales, permitiendo una mejor gestión y cobertura de la responsabilidad civil profesional, así como una mayor protección de los derechos y libertades fundamentales de los pacientes.

A. El déficit de cobertura en las pólizas tradicionales

La introducción de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito sanitario genera un impacto significativo en el déficit de cobertura de las pólizas tradicionales de seguro sanitario, especialmente en lo relativo al aseguramiento de la responsabilidad y la gestión de riesgos. La utilización de IA permite una mayor precisión en la preselección de riesgos y en la gestión de coberturas, pero también introduce nuevos escenarios de riesgo que las pólizas tradicionales no contemplan expresamente, como los errores de algoritmos médicos, fallos en sistemas inteligentes, discriminación por sesgos algorítmicos o problemas de gestión y divulgación de datos personales. Esta situación puede dar lugar a vacíos de cobertura frente a incidentes no previstos por los modelos clásicos de seguro, generando incertidumbre tanto en la delimitación de los riesgos cubiertos como en la atribución de responsabilidad en caso de siniestro.

La complejidad en a la hora de identificar el responsable último del daño, como he analizado en los anteriores puntos, afecta negativamente a la gestión de reclamaciones y a

46 Luquín Bargareche, R.: *"Servicio privado de telemedicina y salud digital…",* cit., p 195.

la activación de las coberturas convencionales, ya que las pólizas tradicionales suelen estar diseñadas para actuaciones directas de profesionales humanos y no para riesgos derivados de sistemas automatizados.

La gestión de riesgos asociados a la IA en el sector sanitario requiere respuestas técnicas y contractuales nuevas, como la ampliación de coberturas, la exigencia de seguros complementarios para fallos tecnológicos y la actualización permanente del clausulado para clarificar el alcance de la responsabilidad y las exclusiones. La falta de adaptación del seguro tradicional al entorno digital e inteligente incrementa las zonas grises en litigios de responsabilidad y en la activación de la cobertura aseguradora, acentuando el déficit de cobertura frente a los nuevos riesgos creados o amplificados por la IA.[47]

B. Propuesta de modelos de aseguramiento

Para el sector sanitario que incorpora inteligencia artificial (IA), los modelos de aseguramiento y gestión de riesgos deben adaptarse a las exigencias normativas y a los retos específicos derivados de la opacidad y complejidad de los sistemas algorítmicos. Es imprescindible establecer pólizas de responsabilidad civil profesional y de producto que cubran expresamente los riesgos asociados al uso de IA, tanto para profesionales sanitarios como para centros y fabricantes, considerando la responsabilidad objetiva y la dificultad probatoria inherente a los sistemas de alto riesgo definidos por la normativa europea, en particular la Directiva 2024/2853.

Las pólizas deben prever coberturas robustas frente a daños causados por fallos imprevisibles o desconocidos de la IA, incluyendo situaciones en las que la supervisión humana no logre evitar el daño, dada la dificultad de prueba del nexo causal y la posible "zona de caja negra" de estos sistemas. Es fundamental revisar los condicionados para delimitar exclusiones y concretar la cobertura de daños derivados de errores diagnósticos asistidos por IA, defectos de funcionamiento, fallos de integración, uso indebido o vulneración de derechos del paciente, como la privacidad y la protección de datos[48].

La Directiva 2024/2853, especialmente en su artículo 18, permite a los Estados miembros reforzar la responsabilidad objetiva incluso ante defectos no detectables según el estado de la ciencia, lo que exige modelos de aseguramiento ampliados que cubran tanto a fabricantes como a operadores sanitarios. Además, la Directiva introduce obligaciones de exhibición de pruebas y protección de secretos comerciales, por lo que las pólizas y los sistemas de gestión de riesgos deben contemplar la trazabilidad, documentación exhaustiva y la protección de la confidencialidad de los sistemas de IA.

Por otro lado, habría que crear unos fondos de compensación, ya sean de naturaleza publica, privada o mixta, funcionaria como un mecanismo complementario o sustitutivo en aquellos supuestos en los que no pueda individualizarse a un responsables, el perjuicio tenga su origen en una causa tecnológica indeterminada y la persona afectada

47 Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Articulo 147 tratamientos de datos de salud en caso de siniestro.

48 Arroyo Moreno, A.: *"El impacto de la Inteligencia Artificial…"*, cit., pp. 12 y ss.

no disponga de medios para reclamar judicialmente la dotación económica de estos donde se podría obtenerse mediante una contribución obligatorio exigida a los agentes conocimos que obtienen ventajas del desarrollo y utilización de la IA, en aplicación del principio según el cual quien se beneficia debe contribuir. Algunos autores que plantean el efecto de "caja negra", en la medida en que dificulta la identificación del origen del daño y la acreditación del nexo causal.

Por último, dado que la Directiva no regula todos los supuestos específicos del sector salud y remite a la pervivencia de los regímenes nacionales de responsabilidad contractual y extracontractual, se recomienda mantener una doble capa de prevención: aseguramiento clásico de la responsabilidad profesional sanitaria y gestión de riesgos específica para la IA, incluyendo auditorías regulares, protocolos de actualización y cláusulas específicas en los contratos de adquisición e integración de tecnología sanitaria con IA.

C. El papel de las instituciones publicas

Las instituciones públicas en el ámbito de la sanidad pública desempeñan un papel esencial en la regulación, gestión, aseguramiento y protección frente a los riesgos derivados de la incorporación de la inteligencia artificial (IA) en el sector sanitario. Este papel se concreta en la creación y aplicación de marcos regulatorios generales, la supervisión nacional a través de autoridades independientes, y la adopción de medidas preventivas específicas ante los riesgos emergentes que introduce la IA, tanto para los pacientes como para los profesionales sanitarios.

Actualmente existen importantes lagunas normativas y deontológicas, ya que la regulación específica sobre IA en sanidad es incipiente y muchos profesionales carecen de pautas claras sobre cómo actuar. Las instituciones públicas tienen el deber de identificar y proponer reformas normativas o guías técnicas sectoriales para cubrir estos vacíos, especialmente en lo relativo a la responsabilidad civil y la articulación de sistemas de aseguramiento. Además, deben promover la participación de organizaciones sociales y ciudadanos en la elaboración y vigilancia de las políticas públicas de protección de la salud, incluyendo la gestión de riesgos y modelos de aseguramiento vinculados a la IA.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. La investigación realizada permite concluir, en primera instancia, que la integración de la IA en el ámbito sanitario no constituye una mera evolución técnica, sino un cambio de paradigma que obliga a reinterpretar las instituciones clásicas del derecho de daños. A lo largo de este trabajo se ha evidenciado que la medicina está transitando de una fase de asistencia instrumental hacia una era de autonomía algorítmica. Este transito genera una tensión inevitable entre la eficiencia clínica, que busca la optimización de diagnóstico y tratamiento mediante el procesamiento masivo de datos, y la seguridad jurídica, que exige claridad en atribución de responsabilidad cuando el sistema falla.

SEGUNDA. Uno de los puntos cardinales analizados es la reconfiguración de la *Lex Artis ad hoc*. Se concluye que el deber de diligencia del profesional médico ya no puede limitarse al conocimiento de protocolos humanos, sino que ahora exige una alfabetización digital critica. El medio deja de ser el único depositario del saber para convertirse en un supervisor de sistemas complejos. No obstante, esta supervisión humana, exigida por el artículo 14 del Reglamento (UE) 2024/1689, se enfrenta a la paradoja del sesgo de automatización: la tendencia del profesional a confiar ciegamente en el algoritmo. Por tanto, el derecho debe definir con precisión que la responsabilidad del médico no nace del error de la máquina *per se*, sino de la dejación de sus funciones de contraste y de la falta de una valoración clínica individualizada que integre el resultado algorítmico en el contexto humano del paciente.

TERCERA. En cuanto al marco normativo europeo, el estudio concluye que Europa ha optado por un enfoque preventivo y de gestión de riesgos extremadamente garantista. La convergencia entre el AI Act y la nueva Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos establece un sistema de pinza jurídica. Por un lado, se clasifica la IA médica como de alto riesgo, imponiendo obligaciones de gobernanza de datos y transparencia; por otro, se facilita la reclamación del paciente al considerar al *software* como "producto".

CUARTA. Muchos modelos de IA de aprendizaje profundo carecen de transparencia en su lógica interna, lo que plantea el dilema de si es éticamente aceptable usar herramientas cuya fundamentación no puede explicarse en términos comprensibles. Esta opacidad algorítmica afecta directamente a la carga de la prueba en las reclamaciones médicas, ya que impide a las partes acceder y comprender el funcionamiento del sistema para fundamentar o exculpar una responsabilidad. La dificultad de explicar el "porque" de un diagnóstico automatizado pone en jaque la lógica médica tradicional en el ámbito judicial

QUINTA. La inclusión de algoritmo predictivos redefine el contenido del consentimiento informado regulado en la Ley 41/2002. Dado que las predicciones algorítmicas son de naturaleza probabilística y planteamientos hipotéticos, recae sobre el médico la obligación ética y legal de valorar que hipótesis deben comunicarse al paciente basándose en la gravedad y probabilidad. El paciente tiene derecho a saber si su diagnóstico ha sido mediado por un sistema de IA y cuáles son los márgenes de error de dicha tecnología para poder ejercer su autonomía de forma efectiva.

SEXTA. Un hito jurídico fundamental es la consideración del *software* de IA como un "producto" bajo la nueva Directiva 2024/2853. Esto altera el régimen de responsabilidad, permitiendo que el paciente invoque la responsabilidad objetiva del fabricante cuando el daño derive de un defecto del sistema, independientemente de la culpa del médico. Sin embargo, la distinción entre un error de diseño original y una desviación estadística por aprendizaje adaptativo sigue siendo una línea gris que los tribunales deberán delimitar.

SÉPTIMA. La implementación de la IA esta intrínsecamente ligada al cumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos. El uso de datos de salud para entrenar algoritmos entra en colisión directa con el principio de minimización de datos. Además, el Reglamento prohíbe las decisiones clínicas basadas únicamente en tratamiento automatizados que afecten significativamente al interesado, exigiendo siempre una intervención humana cualificada y el derecho del paciente a impugnar la decisión algorítmica.

OCTAVA. La causalidad lineal del artículo 1902 del Código Civil se ve desafiada por la causalidad opaca de la IA. El trabajo concluye que es extremadamente complejo determinar el nexo causal cuando intervienen múltiples capas de procesamiento algorítmico. Para solventarlo, si un médico sigue ciegamente a la IA, el nexo causal con el fabricante se mantiene por defecto del producto, pero se le añade la negligencia del médico por falta de supervisión. Por el contrario, si el médico ignora una alerta correcta de la IA, el nexo causal se desplaza íntegramente hacia el facultativo.

NOVENA. Especial relevancia adquiere la figura de la "pérdida de oportunidad" como solución salomónica ante la incertidumbre estadística. Se concluye que, ante la imposibilidad de determinar con certeza absoluta si un daño fue causado por un sesgo algorítmico o por la evolución natural de la enfermedad, los tribunales tenderán a indemnizar la privación de una expectativa de curación o supervivencia, esta tendencia refleja una socialización del riesgo sanitario, donde el sistema prefiere un resarcimiento parcial a una absolución basada en la complejidad tecnológica. Sin embargo, esta solución no resuelve el problema de fondo: la necesidad de una trazabilidad absoluta de las decisiones automatizadas que permita distinguir entre la mala praxis del usuario y el defecto de fabricación del desarrollador.

DÉCIMA. La trazabilidad es esencial para la prueba judicial. Se destaca la creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA) como un organismo que, aunque no juzga, tendrá una influencia determinante en la prueba pericial al velar por el uso seguro y confiable de la IA. La presunción de defecto se activará cuando el demandante demuestre que el sistema es excesivamente complejo o que el fabricante no ha cumplido con sus obligaciones de transparencia.

DÉCIMO PRIMERA. El trabajo subraya que la arquitectura de la responsabilidad debe evolucionar hacia modelos de responsabilidad compartida o solidaria. La fragmentación de actores (desarrolladores de *software,* proveedores de computación en la nube, hospitales y facultativos) exige un sistema de aseguramiento más sofisticado.

DÉCIMO SEGUNDA. Las pólizas tradicionales de responsabilidad civil profesional son insuficientes para cubrir los nuevos riesgos derivados de la IA, como los errores de algoritmo, sesgos discriminatorios o fallos de gestión de datos personales. Existe un vacío de cobertura que genera incertidumbre tanto para el profesional como para el paciente. El estudio propone la necesidad de modelos de aseguramiento más sofisticados que contemplen expresamente los incidentes tecnológicos y la responsabilidad por productos en el entorno sanitario.

DÉCIMO TERCERA. Finalmente, se concluye que el miedo a la responsabilidad objetiva bajo la nueva Directiva podría llevar a los fabricantes a priorizar sistemas de IA "cerrados" y menos avanzados, pero más fáciles de auditar legalmente. Esta innovación defensiva busca controlar mejor la prueba del defecto en caso de demanda, lo que podría realentizar la implementación de modelos de aprendizaje adaptativo más potentes en favor de modelos más simples que garanticen la seguridad jurídica del desarrollador.

BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS MOLINA, O: "*Regulación de la Inteligencia Artificial en la sanidad española",* Herreros Ruiz Valdepeñas (dir.), B. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid 2024, p. 191.

ARROYO MORENO, A: *"El impacto de la Inteligencia Artificial en la responsabilidad civil: necesidad de normativa aplicable",* Revista Aranzadi Doctrina nº 6, junio 2025, p. 22.

(AA.VV.) AYO FERRÁNDIZ, C., SEIJO BAR, A., GARRE ANGUERA DE SOJO, I., Y GONZÁLEZ GUILLÉN, P.: "*Responsabilidad civil e Inteligencia Artificial",* Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez nº 67, mayo 2025, Madrid, Barcelona, p. 56.

BERENGUER ALBALADEJO, Mª.C., MORENO MARTÍNEZ, J.A., FEMENIA LÓPEZ, P.J (coord.): "*inteligencia artificial y derecho de daños: cuestiones actuales",* Meléndez Valdés (ed.), Dykinson, S.L., Madrid 2024, p. 397.

CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA: 2022.

COTINO HUESO, L: "*La supervisión del cumplimiento del Reglamento de inteligencia artificial por las autoridades de vigilancia del mercado",* Universidad de Valencia, Valgrai, RCAP nº 4, 2024, p. 186.

(AA.VV.) EGÚSQUIZA BALMASEDA, Mª.A., RODRÍGUEZ DE GALRDEANO, B.: *Inteligencia artificial y prevención de riesgos laborales: obligaciones y responsabilidades,* Tirant Lo Blanch, 2023, p. 468.

EUR-LEX: *Productos defectuosos: responsabilidad por los daños causados.*

FERNÁNDEZ, J.: "*El impacto de la nueva Directiva Europa sobre productos defectuosos",* Revista Harbert Smith Freehills Karmer, 3 de diciembre de 2024.

(AA.VV.) FREYER, N., GROß, D. Y LIPPRANDT, M.: *"El requisito ético de explicabilidad para la IA-DSS en la atención médica: una revisión sistemática de las razones",* Revista BMC Med Ethics 25, artículo número 104, 2024, p. 11.

(AA.VV.) GAMERO CASADO, E., Y PÉREZ GUERRERO, F.L.: *Inteligencia Artificial y Sector Público*, Tirant lo Blanch, 5 de julio de 2023, p. 792.

GALÁN CORTÉS, J. C: "*Responsabilidad civil médica"*, 5ª Edición, Aranzadi, 2022, p. 534.

(AA.VV.) GIL FRANCO, A., HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.Y. (coord.): *El derecho administrativo en la era de la Inteligencia Artificial*, Instituto Nacional de Administración Pública, 27 de enero de 2024, p. 154.

(AA.VV.) LARGE, O., WARD, D., RESFUM, C., ARTINKSON, I.: *"Preparando el NHS para la era de la IA por que un triaje y una navegación más inteligente significa una mejor atención médica",* Instituto Tony Blair para el cabio global, 18 de marzo de 2025, p. 40.

LAZCOZ MORATINOS, G.: *"Sistemas de Inteligencia Artificial en la asistencia sanitaria como garantizar la supervisión humana desde la normativa de protección de datos",* Centro de Investigación Sanitara Fundación Jiménez Díaz, p. 67.

LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, L.: *"Lex Artis en la era de la Inteligencia Artificial*", Universidad Europea Valencia, Congreso Nacional de Derecho Sanitario, noviembre 2024, p. 14.

(AA.VV.) LÓPEZ TAPIA, Y., LARA LÓPEZ, A.M., Y SPADA JIMÉNEZ: *"Principios procesales para una justicia actual"*, Tirant lo Blanch, 13 de octubre de 2023, pp. 160-163.

LUQUÍN BARGARECHE, R.: *"Servicio privado de telemedicina y salud digital: desafíos e implicaciones jurídicas"*, Tirant lo Blanch, 12 de abril del 2024, p. 518.

MANENT ALONSO, L.: "*Tratado de responsabilidad patrimonial sanitaria. Estudio de la jurisprudencia y doctrina legal",* Tirant Lo Blanch, 1ª edición, p. 2176.

MELLO-THOMS, C.: *"Aplicación clínica de la Inteligencia Artificial en radiología",* Revista National Library of Medicine, 26 de abril de 2023.

MARTÍN AYALA, M.: *"La irrupción de la Inteligencia Artificial en el ámbito sanitario"*, Revista volumen 33, Extraordinario, 2023, p. 160.

PLUMED MORENO, C.: "*La inteligencia artificial al cuidado de la persona: los nuevos retos para la bioética",* Labor hospitalaria, nº 340, septiembre-diciembre 2024, p. 73.

ROBLEDO, D.: *"Proceso judicial e Inteligencia artificial"*, Revista electrónica de Dereito Procesual (REDP), Rio de Janeiro, volumen 23, nº 3, septiembre-diciembre 2022, p. 24.

SERRANO GUTIÉRREZ, A., FUERTES PÉREZ, F.J. (dir.): *"Ética e Inteligencia Artificial en el ámbito de la medicina",* Universidad Pontifica, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Repositorio, abril de 2021, p. 55.

SOLAR CAYÓN, J.I.: *"Inteligencia Artificial jurídica e imperio de la Ley",* Tirant Lo Blanch, 17 de enero de 2025, p. 374.

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA: *"Legislación de la Inteligencia Artificial en el ámbito sanitario",* 17 de diciembre de 2024.

ZOUAK LARA, P.: "*Entrenamiento de sistemas de IA en el ámbito sanitario: interacciones entre el reglamento general de protección de datos y el reglamento de inteligencia artificial"*, 12 de junio de 2025, p. 883.

comentarios de jurisprudencia

EL FISCAL INVESTIGADOR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Adriano J. Alfonso Rodríguez
Doctor en Derecho. Juez (s). Profesor UNED

Resumen: El Ministerio Publico dispone de enormes potencialidades para el desarrollo de una actividad investigadora, sin embargo, apenas ha merecido la atención del Tribunal Constitucional que se ha pronunciado en dos resoluciones capitales para la comprensión del alcance de su capacidad en este marco.

Abstract: The prosecutor possesses inmense potential for conducting investigative activities, however this role has received scant attention for the Constitutional Court, which has issued only two significant rulings clarifying the scope of the prosecutor´s powers in this area.

Palabras clave: Ministerio Fiscal. Investigación. Garantías procesales. Tribunal Constitucional.

Keywords: Prosecutor. Investigation. Procedural Guarantees. Constitutional Court.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. EL DERECHO DE DEFENSA COMO LA CLAVE DE BÓVEDA. III. LA STC 59/2023, DE 23 DE MAYO: EL PRIMER PRONUNCIAMIENTO. IV. LA STC 87/2024, DE 4 DE JUNIO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

BCPP (2013): Borrador Código Procesal Penal.

CE: Constitución Española.

CPPM: Código Procesal Penal Militar

EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

FGE: Fiscalía General del Estado.

FJ: Fundamento Jurídico.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LORRPM: Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor.

PLOECRIM (2025): Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. INTRODUCCIÓN

Han sido los recientes, y permanentes, intentos legislativos de mutar nuestro sistema procesal penal los que vuelven por enésima vez a situar al Ministerio Publico en el centro del debate y siempre con la pretensión de ser el protagonista destinado a sustituir al Juez Instructor como motor de la actividad investigadora[1]. En este sentido, no deja de sorprender que en nuestro ordenamiento jurídico convivan, sin inmutarnos, diversos modelos de investigación y donde, a veces, se ha hablado, creo que impropiamente, de "Fiscal Instructor", concepto que ha sido matizado institucionalmente[2]. Así, la naturaleza de la actividad instructora (art. 299 LECRIM) es mixta jurisdiccional-administrativa (SSTS 228/2015, de 21 de abril, de la Sala II, Ponente: Sr. Martínez Arrieta FJ 1º, y 138/2021, de 17 de febrero, Sala II, Ponente: Sr. Magro Servet, FJ 1º), con funciones de garantía (jurisdiccional) con arreglo al art. 117.4 CE, y a la vez indagatorias, con lo que difícilmente podemos hablar de instrucción por quien acusa, que sólo puede investigar. Sin embargo, esto ya tiene reflejo en nuestro ordenamiento procesal.

En primer lugar, la Fiscalía tiene capacidad de investigar en el procedimiento abreviado y para mayores de edad penal, a través del art. 773.2 LECRIM, en relación con el art. 5 EOMF, creando un sistema que se ha visto completado por la doctrina propia de la acusación pública que ha puesto en funcionamiento un modelo procedimental, que no

1 Han resultado un proyecto, dos anteproyectos y un borrador de proyecto. El primer intento, fue el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011, siendo Ministro de Justicia don Francisco Caamaño Domínguez. Bajo el mandato del Ministro don Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez se elaboró un Borrador de Código Procesal Penal de 2013. Y los recientes Anteproyectos de 26 de enero de 2021, del Ministro don Juan Carlos Campo Moreno, asumido por su sucesora, la Ministra doña Pilar LLop Cuenca, y el Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2025 del Ministro Félix Bolaños García.

2 Se señala acertadamente en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017 que "Por el Fiscal Superior de Andalucía se aclara que, en tanto no se produzca una reforma del proceso penal atribuyendo la instrucción al fiscal, *nos hemos de referir no al Fiscal «instructor» sino al Fiscal «investigador»*, entendiendo por tal aquel Magistrado que realiza de manera imparcial una actividad previa al proceso inspirada en los principios de proporcionalidad, contradicción y defensa". La cursiva es mía. *Vid.* FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín*, Madrid, Vol. I, 2017, p. 865.

procesal, asentado en dos preceptos que se han visto interpretados por la doctrina de la Fiscalía General del Estado[3], posición investigadora que se extiende al proceso penal militar, donde la acusación pública castrense puede, en virtud del art. 123 del CPPM 2/1989, de 13 de abril, desarrollar diligencias de indagación de manera idéntica a la LECRIM. En segundo lugar, el proceso de menores de la LORRPM 5/2000, de 12 de enero, que si bien, formalmente, ha instituido un "Fiscal Instructor" lo cierto es que sustancialmente lo que crea es un Juez de Garantías que se ocupa de proteger los derechos de los menores edad ante una investigación del Ministerio Publico. Finalmente, la introducción del Fiscal Europeo encargado de la indagación, que se ha llevado a cabo a través de la Ley 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, para proteger los intereses económicos de la Unión, resituando en el tablero la función tutelar del Juez[4]. Y, ello, teniendo presente que todo sujeto puede, igualmente, ser sometido a una posible instrucción judicial, en una coexistencia de modelos que ha sido calificada jurisprudencialmente como una suerte de extravagancia legislativa (STS 980/2016, de 11 de enero, Sala II, Ponente: Marchena Gómez, FJ 2º).

La necesidad de un cambio en el sistema procesal penal, atribuyendo al Fiscal la dirección única de las investigaciones, se sustenta en razones varias tales como sincronizarnos con los sistemas europeos de nuestro entorno (sólo, como país referente, Francia mantiene la coexistencia de Fiscal y Juez Instructor)[5], la búsqueda de la celeridad[6] e implantación del principio acusatorio[7], también el poner fin a la situación de la autori-

3 *Vid.* la Circular de la FGE nº 1/1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, sin olvidar la Circular de la FGE nº 4/2013, sobre las diligencias de investigación que resulta derogada por la ahora vigente Circular nº 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal.

4 Como pone de manifiesto en su exposición de motivos el PLOECRIM 2025 "La necesidad de un cambio profundo en la configuración del modelo de proceso penal no solo viene impuesta por exigencias de orden constitucional y por la voluntad política compartida de modernizar y mejorar nuestro sistema de administración de justicia. *El nuevo paradigma procesal es igualmente coherente con nuestra pertenencia al espacio normativo de libertad y justicia de la Unión Europea. La aprobación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, constituye el impulso definitivo a la reforma estructural del proceso penal español". La cursiva es mía.

5 *Vid.* TORRES-DULCE LINFANTE, Eduardo, *Hacia el Fiscal investigador: Un recorrido histórico*, Revista de las Cortes Generales nº110, Primer Trimestre, 2021, p. 158; GIMENO SENDRA, Vicente, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Una apuesta por la figura del Fiscal Instructor*, Economist & Jurist nº 100, 2006, p. 58; CRESPO BARQUERO, Pedro, *Las garantías en la instrucción por el Fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 1998, pp. 205-205; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: una apuesta para el futuro*, Revista Tribunales de Justicia nº 10, 2000, pp. 1073-1074.

6 Así, institucionalmente, "En esta línea, la Fiscalía de Palencia considera que las diligencias de investigación penal son la antesala de la asunción por parte del Fiscal de la instrucción de causas penales, y en tanto se ultima la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en ese sentido, y que la dirección de la investigación por el Fiscal redundará en una *mayor celeridad en la tramitación de las causas*". La cursiva es mía. *Vid.* FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General (2017)...* op. cit., p. 884.

7 Como señaló en su exposición de motivos el BCPP 2013 "Así pues, con la asignación de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, *el Tribunal garante de los derechos fundamentales se sitúa en la posición de distancia adecuada* y el Tribunal de Juicio se ciñe en la apreciación de los hechos a la valoración de la prueba al margen de las actuaciones de investigación preparatorias del debate entre las partes. En tal sentido la justicia penal se convierte en la resolución judicial de la contienda entre adversarios. *Queda cumplido con ello el principio acusatorio ...*". La cursiva es mía.

dad judicial que conjuga un doble papel, de garante e investigador, que se nos presenta como contradictoria[8] o, simplemente, por pura coherencia con la denominada política criminal, que es competencia del Ejecutivo, y que precisa a la Fiscalía, a cuyo principal responsable nombra, como su protagonista principal apartando a la autoridad judicial de una suerte de gestión indirecta de un campo al que es ajena[9].

Desapoderado, necesariamente, de una función de garante que ocupa el Juez, el Fiscal investigador puede desarrollar, antes lo indiqué, una actividad administrativa, preprocesal, de averiguación y preparatoria de la acción penal, que no tiene valor probatorio, ni interrumpe la prescripción (STS 228/2013, de 22 de marzo, de la Sala II, Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre, FJ 1º; STS 882/2014, de 19 de diciembre, de la Sala II, Ponente: Sra. Ferrer García FJ 9º) pero sí se tiene en cuenta para la determinación de intereses moratorios (STS 882/2014, de 19 de diciembre, Ponente: Sra. Ferrer García, FJ 9º) . Es desarrollada, por una parte, si bien especial y pública, pero condicionada por la autoridad judicial, de tal manera que, abierta una instrucción por el Juez, el Fiscal debe cesar, necesariamente, en su pesquisa con remisión de lo actuado (art. 773.2 LECRIM).

La acusación pública dispone, además, de la dirección de la Policía Judicial para poder cumplir con su tarea[10], algo coherente, por otro lado, con el art. 126 CE en el sentido de conjugar la corresponsabilidad en dicha dirección con los Tribunales. La capacidad de investigación del Ministerio Público comprende el desarrollo de diligencias de indagación estrictamente personales como la toma de declaración de víctimas, investigados y testigos, manteniendo el indeclinable respeto al derecho de defensa que abordo en el siguiente epígrafe. Sin embargo, no se limita únicamente a estas actuaciones, sino que dispone de un amplio catálogo de capacidades muy variadas lo que da una idea del alcance de sus actividades.

Así, puede disponer el acusador público de reconocimientos fotográficos o el reconocimiento en rueda que no adquieren la condición de prueba sino en el momento en que se lleva a cabo las identificaciones en el acto de juicio (*Cfr.* SSTS 35/2016, de 2 de febrero, de la Sala II, FJ 2º Ponente: Sr. Marchena Gómez FJ 2º; 444/2016, de 25 de mayo, de la Sala II, Ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón, FJ 5º; 4/2020, de 16 de enero, de la Sala II, Ponente: Sr. Magro Servet, FJ2º) y puede recabar, también, un informe de reconocimiento de voz. Puede disponer, igualmente, la recogida del ADN abandonado[11] y extracción

8 El CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ha sido bastante explícito "Por eso la reforma que se pretende, que introduce un nuevo procedimiento penal en el ya múltiple ordenamiento nacional, ha de ser extraordinariamente cuidadosa a fin de minimizar *lo que en algún momento el Tribunal Supremo ha denominado esquizofrenia procesal*. Se llama en consecuencia la atención acerca del diferente contenido, en relación con la investigación del Ministerio Público, de la proyectada nueva LECrim y la que ahora se somete a informe de este Consejo". La cursiva es mía. *Vid. Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, Secretaría General CGPJ, 2021, p. 6.

9 *Cfr.* CAAMAÑO DOMINGUEZ, Francisco, *Esperando al juez de garantías (a propósito del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal),* Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 124, enero-abril, 2022, pp.32-34.

10 *Vid.* Instrucción 1/2008 FGE sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de Policía Judicial. Igualmente, puede consultarse ALFONSO RODRIGUEZ, Adriano J., *La Policía Judicial ante la reforma del proceso penal*, Revista Logos del Centro Universitario de la Guardia Civil nº 1, 2026, pp. 27-37.

11 En este sentido, no hay que olvidar el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda TS, de 31 de enero de 2006, que

consentida por el investigado o, incluso, exhumación de cadáveres (Circular 2/2012 FGE y ya la derogada Circular 4/2013 FGE sobre diligencias de investigación).

El Fiscal, sobre todo en determinados delitos, puede obtener datos de carácter patrimonial[12] y puede encargar informes periciales a las propias fuerzas policiales tales como dactiloscopia, identificación, análisis balísticos o químicos y, en concreto, destaca la práctica de la diligencia de alcoholemia que es un informe pericial (STC 89/1988, de 9 de mayo, FJ 1º) que puede revestir naturaleza probatoria (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5º). Por otro lado, el Ministerio Público puede por sí, o por la unidad investigadora, obtener informaciones de portales de transparencia o acceso a fuentes digitales abiertas (STS 197/2021, de 4 de marzo, de la Sala II, Ponente: Sr. Del Moral García, FJ 5º) y la incorporación de fuentes de prueba obtenida por particulares (grabaciones) e informaciones periodísticas (Circular 1/1989 FGE, de 8 marzo FGE).

En el marco de las diligencias preprocesales de fiscalía, también, se puede obtener el IMSI o IMEI de los teléfonos móviles y que se puede descubrir mediante un escáner empleado por Policía Judicial y ello sin necesidad de autorización judicial (art. 588 ter l LECRIM). Igualmente, puede ordenar rastreos policiales para obtener el IP del ordenador (art. 588 ter k LECRIM; Circular 2/2019, sobre interpretación de comunicaciones telefónicas y telemáticas) y recabar u ordenar la obtención policial de los datos de titulares de terminales o dispositivos de conectividad (art. 588 ter m LECRIM)[13]. El Fiscal podrá ordenar vigilancias y seguimientos policiales discretos y sin interferencia en los derechos fundamentales-no caben balizamientos ni geolocalizaciones- (*Vid.* STS 610/2016, de 7 de julio, de la Sala II, Ponente: Sr. Granados Pérez, FJ 1º) y practicar o delegar policialmente una inspección ocular (art. 28 a) RD 769/1987) que dada la irrepetibilidad, permitiría preconstituir una prueba en supuestos de urgencia y necesidad (STC 303/1993, 25 de octubre, FJ 4º). Igualmente, podrá designar un agente encubierto (art. 282.1 bis LECRIM) u ordenar una circulación y entrega vigilada de estupefacientes (art. 263 bis LECRIM).

Sentado lo anterior, y una vez verificado el alcance y contenido de la capacidad investigadora de los Fiscales, del marco de trabajo existente tenemos que señalar la situación de las garantías procesales dentro de un modelo que apenas ha recibido la atención de la jurisprudencia constitucional, pese a las constantes advertencias legislativas de reforma, pero sí la suficiente a la luz de las sentencias que se van a comentar y que

"La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".

12 La Circular 4/2010 de la FGE sobre investigación patrimonial ha señalado las instituciones a las que se les puede requerir datos y así, el Fiscal investigador puede interesar, mediante decreto, que se remitan de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) o la Asociación Española de la Banca (AEB), datos bancarios. En relación a entidades públicas, se puede interesar datos a la Tesorería General de la Seguridad Social, Registro Mercantil, de Bienes Muebles y de la Propiedad, Dirección General de Tráfico, Registro de Matrículas de Aeronaves dependiente de la Agencia Tributaria y Dirección General del Catastro. Finalmente, pueden ser recabados datos del Índice Único Informatizado Notarial, que recoge telemáticamente datos autorizados por las diferentes Notarías.

13 Señala la Circular 2/2019 FGE "En cuanto a los concretos datos que pueden ser recabados directamente por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial, la previsión no se agota, simplemente, en la obtención de la titularidad de un número de teléfono o, en sentido inverso, en la obtención del concreto número telefónico que utilice una persona, sino que debe entenderse aquí incluida cualquier petición de datos encaminada a esa identificación del titular o del dispositivo de comunicación, siempre que no se trate de datos vinculados a procesos de comunicación".

van a ser útiles para su comprensión. En todo caso, y con carácter previo a realizar las oportunas aseveraciones respecto de las resoluciones que se van a comentar hay que hacer apreciaciones previas que permiten una comprensión ordenada de la sistemática procesal sobre la que se va a trabajar, centrándonos en el derecho de defensa.

II. EL DERECHO DE DEFENSA COMO LA CLAVE DE BÓVEDA

La finalidad de una tarea investigadora en el marco del proceso penal es la confirmación, o no, de una sospecha[14] mediante el acopio de los indicios oportunos que puedan desembocar en la celebración, o no, de un juicio. Por tanto, es necesariamente una fase que debe anteceder, como primer paso, al plenario. Esto significa, en suma, que hay una tarea previa, que no tiene por qué ser necesariamente jurisdiccional, de hecho, no suele serlo, y que tiene una naturaleza preprocesal, es decir, antes de la intervención de la autoridad judicial. Sin embargo, no podemos olvidar que la investigación, al margen de quién la practique y por muy exhaustiva que sea, *no sirve para la apertura directa de un juicio*, antes, al contrario, de ordinario precede a una fase de imputación judicial que debe servir para que el sujeto se explique y se resuelva sobre su eventual reenvío al plenario en un marco, obvio, de contradicción entre partes. De ahí, que cualquier procedimiento que, sin haber cumplido con este trámite, permita el dictado de una sentencia, trivializando o degradando el derecho de defensa es, cuando menos, de dudosa constitucionalidad[15].

Lo anterior, igualmente, significa que, en las diligencias de investigación no se crea material probatorio (STC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2º) salvo algunos casos muy concretos que se caracterizan por ser irrepetibles como el supuesto de la práctica de una prueba de detección alcohólica o la obtención del ADN, pero hay que señalar que son de carácter muy limitado en cuanto a su práctica y normalmente ligadas a situaciones excepcionales que deben, en todo caso, de surtir sus efectos en la fase de plenario. Esto se distingue de los supuestos de la etapa de instrucción judicial donde es posible llevar a cabo la práctica de prueba anticipada o preconstituida y ello por el propio Juez con pleno respeto al derecho de defensa que no implica otra cosa que la posibilidad de justa contienda entre partes, con asistencia letrada, basada en la confrontación técnica y dialéctica, confrontación porque existe un tercero, que no es parte, que dirime y depura los planteamientos destinados a convencerlo, o no, de una determinada realidad, lo que exige fundamentalmente escuchar, máxime cuando se están cuestionando los resortes del Estado de Derecho y el trato dado, por ejemplo, a la persona implicada como sospechoso (STC 13/2022, de 7 de febrero, FJ 2º).

La práctica de toda investigación, y al hilo de lo anterior, debe ser limitada en el tiempo (art. 324 LECRIM), no se puede degradar el acto de juicio a la condición de mera formalidad por una pretensión de exhaustividad. Por tanto, no debe caerse en la tentación

14 *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, Enrique con otros autores, *La noción de un proceso penal con todas las garantías* en "Derechos Procesales Fundamentales" GUTIERREZ-ALVIZ CORRADI, Faustino; LOPEZ LOPEZ, Enrique (Coord.), Manuales de Formación Continua nº22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 489.

15 *Vid.* las objeciones al procedimiento por decreto de la LECRIM (arts. 803 bis y ss.,), en ALFONSO RODRIGUEZ, Adriano J., *Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa*, Revista de Derecho de la UNED nº 25, 2019, p. 190.

de sobreponderar la fase de averiguación en detrimento del juicio porque no se puede trasmutar lo preparatorio en conclusivo, antes, al contrario, precede precisamente a lo conclusivo. En todo caso, la Fiscalía recibe denuncias, cerrando un sistema de triple ventanilla con los órganos judiciales y la Policía.

La Circular FGE 2/2022, juntamente con el Reglamento del Ministerio Fiscal, aprobado por el Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, hace previsión en su art. 9.1º de las denominadas "diligencias de investigación" que puede practicar el Ministerio Público cuyo destino es verificar la existencia de un hecho con relevancia penal, y ello con el destino evidente del ejercicio de la acción penal, o no, ante una Sección de Instrucción[16] para que sea ésta la encargada de la apertura de, a su vez, una nueva pesquisa procesal. En todo caso, no hay que olvidar que una persona puede ser "investigado policial", "investigado por el fiscal" o "sospechoso" y, finalmente "investigado judicial", pudiendo desembocar su situación en encausado y acusado o no, y finalmente, en condenado o absuelto, pero esto ya en fase de plenario. En todo caso, el derecho de defensa en esta fase preliminar investigadora de la acusación pública cumple un papel esencial, algo coherente con nuestro sistema de garantías[17], reconocido, por otro lado, en la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa que hace previsión expresa en su art. 2 respecto de las diligencias del Ministerio Fiscal.

Llama la atención, de manera poderosa, el uso del término "sospechoso" (art. 5.2 IV EOMF) para etiquetar procedimentalmente al sujeto pasivo de las actuaciones indagatorias de la acusación pública. Si bien aquel se recoge en instrumentos del Derecho comunitario[18], no es de uso generalizado en nuestro ordenamiento procesal, de hecho, a lo largo de toda la LECRIM se emplea solamente en el art. 363 II en lo referido a la obtención de muestras biológicas, empero, ¿Hay alguna diferencia entre "sospechoso" e "investigado"?

En mi opinión no hay distinción garantista alguna que separe sustancialmente, en cuanto a su capacidad defensiva, la figura de "sospechoso" en el marco de las diligencias de Fiscalía de la del "investigado" judicial[19], categorías que guardan razonable distan-

16 Que ahora se crean por Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia en sustitución de los Juzgados y que viene a ser la antesala a un hipotético cambio de modelo de investigación penal.

17 La STC 87/2001, de 2 de abril, señala "…la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado *desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa* y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión (SSTC 44/1985, 135/1989 y 273/1993)" (FJ 3º). La cursiva es mía.

18 Por ejemplo, en la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho de asistencia de letrado en los procedimientos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y autoridades consulares durante la privación de libertad, destaca el uso del término "sospechoso" (art. 2.1). También, la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y derecho a estar presente en el juicio se usa a lo largo del texto la categoría "sospechoso".

19 *Vid.* a favor de una cierta diferenciación, FAGIL FRAGA, Sandra, RUZ GUTIERREZ, Pablo Rafael con otros autores, *La fase de instrucción* en "Corrupción y causas complejas", MARTINEZ ARRIETA, Andrés (Dir.) Cuadernos Digitales de Formación nº 31, Consejo General del Poder Judicial, 2017, p. 307. Para la Circular 2/2022 FGE "Hasta la fecha se han venido manejando indistintamente los términos sospechoso e investigado para aludir al sujeto pasivo de las

cia, eso sí, con la condición de sospechoso policial, y ello por la diferente posición institucional (STC 206/2003, 1 de diciembre, FJ 5º) que guardan el acusador público (y el Juez) y las unidades investigadoras cuyas pesquisas no favorecen plenamente una intervención contradictoria al no estar plenamente diseñadas para una confrontación indiciaria con lo reflejado en el atestado. De su contenido no se discute, porque no existe un cauce para hacerlo, con las fuerzas policiales pues no disponen de la facultad de archivo, con efectos plenamente procesales, ni tampoco de margen de decisión ante la presentación de contraindicios. El trabajo policial se presenta a la autoridad judicial o, en su caso, al Fiscal, actores con capacidad verdadera para mutar el escenario procesal y decidir la continuación o la finalización de una causa. Asimismo, en el curso de las diligencias de Fiscalía con arreglo al art. 5.2 EOMF se reconoce expresamente la "contradicción, proporcionalidad y defensa".

La intervención, a grosso modo, del llamado "sospechoso" o "persona sospechosa", precisa de una apertura previa por decreto del Fiscal encargado[20], y necesariamente requiere la comunicación de la condición de investigado por la acusación pública y de los hechos, calificados jurídicamente, por los que se le llama a comparecer con la posibilidad de rebatir lo realizado por el Fiscal junto con derechos instrumentales dimanantes del art. 24.2 de la CE, tales como derecho a la asistencia de Letrado, designado por el investigado o de oficio y a la utilización de los medios que cuestionen los indicios, lo que determina el acceso al conjunto de diligencias manteniendo su derecho al silencio. La declaración, además, deberá desarrollarse en la lengua que el sujeto conozca, pudiendo verse auxiliado por intérprete.

Hay que tener en cuenta que la pretensión de la declaración en calidad de investigado puede, realmente, suponer, a renglón seguido, que se ejercite frente a él una denuncia o querella con traslado de la *notitia criminis* ante la Sección de Instrucción pertinente o bien que se decida por el Fiscal, mediante un decreto de archivo, no hacerlo lo que no impide reiterar la pretensión ante los órganos judiciales. Por tanto, el Ministerio Público resuelve en función de sus diligencias, no únicamente con arreglo a la declaración del sospechoso, el activar o no la maquinaria procesal. Por tanto y es coherente en este punto, la declaración de la "persona sospechosa" no está pensada en este ámbito para evitar una acusación sorpresiva a sustanciar en el acto de juicio, algo para lo que sí resulta la condición de investigado judicial (SSTC 70/2002, 3 de abril, FJ 4º, 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5º), sino que es en sí misma una herramienta defensiva que se reconoce a aquel que tiene que responder ante la imputación de un hecho delictivo (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5º).

diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. Razones de orden conceptual y sistemático aconsejan modificar el criterio mantenido y emplear exclusivamente en lo sucesivo el término "persona sospechosa".

20 Como apunta la Circular 2/2022 FGE "En todo caso, el decreto de incoación de las diligencias de investigación preprocesal contendrá: i) Una sucinta relación de los hechos investigados. ii) La identidad de la persona considerada sospechosa, si la hubiere. iii) La calificación provisional de los hechos investigados. iv) Las diligencias que, en su caso, se considere necesario practicar. v) Una referencia a las actuaciones realizadas a fin de comprobar que no existe un proceso judicial, en curso o archivado, sobre los mismos hechos. vi) La identidad del/de la fiscal responsable de la investigación".

La investigación preliminar de Fiscalía, con arreglo a la regulación actual, no tiene un contrapeso en el Juez de Garantías pensado para amparar al sospechoso en sus derechos fundamentales, no al menos sin que cese la acusación pública en el desarrollo de su actividad. En este sentido, el Ministerio Público no tiene, tampoco, capacidad para adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales, excepción hecha de la detención[21] en cuanto capacidad de privación temporal de libertad respecto de un sujeto (arts. 490 y ss., LECRIM en relación con art. 773.2 LECRIM y 5.2 EOMF) situación, que no supone reconocimiento alguno habida cuenta que las fuerzas policiales o a un particular, con causa justificada, y para la puesta inmediata ante la autoridad judicial, también pueden llevarla a cabo. Con ello se quiere decir que realmente las diligencias de calado, que chocan frontalmente con los derechos fundamentales claves en la averiguación del delito (por ejemplo, el art. 18.2 y 18.3 CE), sólo pueden ser acordadas mediante la decisión judicial, precisamente, en función de garantía, por lo que si el Fiscal quiere medidas limitativas de derechos fundamentales tiene que acudir necesariamente al Juez poniendo fin, así, al desarrollo de su investigación.

Por otro lado, tenemos también que señalar que, frente a la necesaria comparecencia de la persona investigada ante la autoridad judicial como presupuesto imprescindible para la apertura de un juicio frente a ella, no es preceptivo, es decir, no es necesario que el Fiscal obligatoriamente haga comparecer al investigado pudiendo practicar diligencias sin escucharlo y a renglón seguido trasladar las actuaciones a la Sección de Instrucción. Y ello es lógico, habida cuenta que con sus actuaciones lo que provoca es la apertura de la actuación judicial, no un enjuiciamiento directo. Con esto hay que decir que el despliegue del derecho de defensa ante las actuaciones de Fiscalía puede no hacerse efectivo, al contrario que en los supuestos de una instrucción judicial. Esto no deja de reflejar un hálito inquisitivo en la actuación del acusador público y no se compadece muy bien con las exigencias que determinan que, una vez existan indicios de la comisión de un delito, hay que hacer comparecer a la persona implicada para que pueda defenderse de los hechos (art. 118.1 LECRIM).

Antes ya señalé, la limitación temporal de las diligencias del Ministerio Público circunstancia que ya constaba antes de la decisión legislativa de imponer un plazo de duración a las instrucciones judiciales al amparo del art. 324 LECRIM. En el caso de las investigaciones por Fiscalía, el plazo son 6 meses susceptibles de prórroga por el Fiscal General del Estado, o de 12 meses en determinadas investigaciones desarrolladas sólo por la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, también susceptibles de prorroga (art. 5.2 IV y 19.4 EOMF). La falta de prórroga acordando una medida no acarrea como consecuencia la nulidad de la actuación desarrollada fuera de plazo, sino que dependerá de la causación efectiva de una indefensión material respecto del modo en que se practicó la citada diligencia (Circular 2/2022 FGE).

21 Que se trata de una medida más bien auxiliar, que cautelar, que sólo puede ser acordada judicialmente. *Vid.* en este sentido SANCHIS CRESPO, Carolina, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Editorial Comares, Granada, 1995, p. 90; MARTIN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, nota (496), p. 273. La Circular 2/2022 FGE señala: "El análisis sistemático de los arts. 5.2 EOMF y 773 LECrim permite deducir que la medida cautelar de detención preventiva solo podrá ser acordada mientras no exista un procedimiento judicial en curso".

Analizado, perimetralmente, el alcance de la actividad investigadora de Fiscalía y la comprensión del derecho de defensa en su seno, procede adentrarnos en las dos sentencias que van a ser objeto de comentario.

III. LA STC 59/2023, DE 23 DE MAYO: EL PRIMER PRONUNCIAMIENTO

Esta resolución del Tribunal Constitucional (TC) tiene, en mi opinión, una importancia destacada**.** Las diligencias de investigación de Fiscalía llevan en nuestro ordenamiento muchísimos años, sin embargo, nunca habían llegado al órgano de garantías antes de esta resolución y directamente referidas a la regulación de los arts. 773.2 LECRIM y 5 del EOMF, lo que nos permite concluir que su empleo no es todo lo habitual que debería y, en segundo lugar, se trata de una actuación que se nos presenta como una gran desconocida por parte de los profesionales. No es usual que se planteen denuncias ante la Fiscalía, a pesar de su utilidad, entre otras cosas porque se prefiere acudir a las fuerzas policiales o a los órganos judiciales como primera opción. Por tanto, este pronunciamiento es interesante porque nos ayuda a examinar, desde una óptica garantista, el desarrollo de actuaciones indagatorias por parte de la acusación pública. En todo caso, el propio TC en el FJ 4º ya indica:

"*Hasta la fecha este tribunal no había tenido ocasión de analizar el alcance constitucional de las diligencias que, practicadas por el fiscal al amparo de los arts. 773.2 LECrim y 5 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, terminen desembocando en la apertura de un proceso penal; tampoco acerca de las garantías inherentes a aquellas diligencias, a las que solo indirectamente se refirió la STC 136/2006, de 8 de mayo, FJ 5. Ello dota de especial trascendencia constitucional al presente recurso de amparo*".

Efectivamente, la STC 136/2006, de 8 de mayo, había abordado la cuestión, sucintamente, en el FJ 5º. El asunto se basaba en el desarrollo de unas "diligencias informativas", más bien "diligencias de investigación", que sirvieron de base para solicitar unas escuchas telefónicas a la autoridad judicial. El recurrente lo que reprochaba era que no se habían incorporado las diligencias de Fiscalía hasta el momento del juicio con lo que las partes no sabían de su existencia, ni conocían la razón de la adopción de la medida cautelar, que era la propia petición de la acusación pública. En todo caso, el TC estimó la vulneración del art. 18.3 CE en una sentencia meramente declarativa habida cuenta que el fundamento de la condena no fueron las escuchas, sino las declaraciones que se habían efectuado en el procedimiento.

Hay que señalar, no obstante, que con anterioridad a esa resolución del año 2006 nuestro órgano de garantías ya se había pronunciado sobre el valor que podían tener las declaraciones ante la Fiscalía en la STC 206/2003, de 1 de diciembre. En esa resolución lo que se vino a plantear fue el valor de una declaración incriminatoria efectuada por un menor en sede policial y de la Fiscalía de Menores cuando luego aquel en sede judicial se desdijo y no ratificó lo previamente declarado, situación que no impidió que el Juzgado de lo Penal, teniendo presente la declaración incriminatoria ante la Fiscalía, juntamente con otros elementos de corroboración, y teniendo presente el art. 714 LECRIM,

condenase a los implicados, lo que fue avalado no sin cierta discusión[22], por el TC[23], si bien, en la actualidad, es algo rechazado por la propia acusación pública en su doctrina en lo que respecta a sus diligencias preliminares[24].

Sentado lo anterior, los antecedentes de la STC 59/2023 tienen su origen en una resolución condenatoria por un delito de lesiones y de homicidio por imprudencia grave cometido por un facultativo y respecto de dos personas. Había tomado la decisión de sedarlas y una de ellas había conseguido, con un nuevo tratamiento, salir de la situación de sedación muriendo con posterioridad y otra había fallecido directamente. Pues bien, la Fiscalía inició unas diligencias de investigación que tuvieron como única actuación solicitar un informe médico, que fue recabado a los facultativos del Juzgado, y luego a la Sociedad Española de Cuidados Paliativos y que los propios forenses asumieron como propio. Si bien se notificó la incoación del procedimiento y el investigado actuó a través de asistencia letrada, no se le tomó declaración, ni tampoco se le comunicó la petición de informe, ni tuvo ninguna participación, teniendo presente, por otro lado, que los informes emitidos no habían tenido en cuenta los antecedentes clínicos. Y con los informes médicos emitidos, la Fiscalía ejercitó la pretensión penal y se incoo la correspondiente instrucción penal, que acabo desembocando en la condena antes indicada.

Interpuso el condenado recurso con arreglo a dos motivos, en las sucesivas instancias, y también ante el TC. Por un lado, expuso la falta de imparcialidad de la Jueza quien había interrogado a un perito y en cuyo desarrollo expuso conclusiones que hacían pensar que estaba anticipando el fallo. Y, por otro, objetó las diligencias de Fiscalía, en su falta de intervención y singularmente en la elaboración del informe en el que no tuvo ninguna participación. El primer motivo es ajeno a este trabajo, con lo que vamos a centrarnos en el segundo, resuelto en los FJ 4º y 5º, teniendo presente la exposición preliminar previa que hice en los dos epígrafes anteriores que nos ayudan a desentrañar esta resolución. La infracción referida a la Fiscalía afecta al art. 24.1 y 2 de la CE, señalando que el informe había sido una "prueba" que se había elaborado sin participación del investigado por lo que realmente, algo que afina el TC, lo que implica es una vulneración del derecho al proceso debido o proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (STC 217/2006, de 3 de julio, FJ 1º).

22 Se opusieron en voto particular dos Magistrados del TC, Javier Delgado Barrio y María Emilia Casas Baamonde.

23 Como puso de manifiesto la resolución "(…) En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). Y, como señalábamos en esta última Sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, «el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas» (STC 155/2002, FJ 10 y todas las allí citadas)" (FJ 6º). *Vid.* críticamente MARTIN PASTOR, *El Ministerio Fiscal como…* op.cit., pp. 228-231.

24 Como apunta la Circular 2/2022 FGE "Las diligencias de investigación tampoco ostentan aptitud para acceder al plenario a los fines previstos por el art. 714 LECrim, pues dicho precepto se refiere exclusivamente a la facultad de introducir en él las *diligencias practicadas en la fase instructora* propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declare la conclusión de la instrucción (vid. SSTS 151/2018, de 27 de marzo; 49/2019, de 16 de octubre; 120/2021, de 11 de febrero)". La cursiva es mía.

Hay que señalar que el TC caracteriza las diligencias preliminares como una herramienta que arma el ejercicio de la pretensión penal, es decir, tiene una función meramente "depurativa" de los hechos que se le presentan cuya comprobación indiciaria tiene que llevar a cabo para ver si procede, o no, el ejercicio de la pretensión penal, y así señala (FJ 4º):

"*Su objetivo es, pues, la traslación fundada de la notitia criminis al órgano judicial competente, con el fin de que por este último se dé curso a la instrucción. Es por ello por lo que las diligencias practicadas por el fiscal tienen una función meramente instrumental, sirviendo de sustento o apoyo a la denuncia que, en el ejercicio de su función constitucional de promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad (art. 124 CE), presente con el fin de que se acuerde su admisión judicial, dando así comienzo la instrucción".*

Tenía toda la lógica que, por el Fiscal investigador, se solicitase la aportación a los facultativos de informes médicos referidos a la pertinencia de la sedación porque podría sustentar o, no, la oportuna deducción de responsabilidades por parte del investigado en torno a la eventual comisión de los delitos por los que luego fue condenado y la valoración de un eventual comportamiento prudente o imprudente respecto de los hechos que estaban siendo concretamente estudiados. En primer lugar, el Ministerio Público en el marco de sus diligencias puede solicitar informes periciales médicos, por tanto, no hay objeción a la diligencia concreta ordenada. En segundo lugar, la petición se solicita a los forenses y luego a una sociedad médica especializada, pudiendo el Fiscal decidir a quién le solicita la pericia. En tercer lugar, teniendo presente que el investigado intervino a través de letrado, pues en mi opinión es dudosa una personación al uso con procurador, pudo haber aportado con su intervención cuantos elementos hubiera considerado por cuanto no tiene por qué estar en una situación pasiva en el curso de las actuaciones del Fiscal y, por tanto, tuvo su oportunidad para ejercer adecuadamente su defensa.

Señalado lo anterior, al hilo del informe solicitado, el TC lo que hace es una recapitulación de su propia jurisprudencia sobre la prueba, la práctica probatoria y la preconstitución de ésta, cuestión que parte, en mi opinión, de una suerte conmixtión entre la instrucción penal y la investigación preliminar. Y hay que señalar que nada tienen que ver, primero, como ya indiqué por su diferente naturaleza, teniendo presente que la investigación de la acusación pública es de carácter administrativo por tanto no puede preconstituir prueba, salvo que acudiese a la autoridad judicial para conseguirlo, perdiendo a su vez el control de la propia indagación que pasaría al Juez a partir de ese momento. De tal manera, que no puede hablarse de prueba en la instrucción penal, salvo que se preconstituya adecuadamente con arreglo al art. 24.2 CE, lo que implica que tal debate no debe abordarse, tampoco, en el marco de la Fiscalía salvo en aquellos supuestos de irrepetibilidad que se nos presentan como excepcionales en todo el catálogo de diligencias que puede llevar a cabo el Ministerio Público. Pedir un informe no implica un acto con naturaleza probatoria en el marco de esa actividad preliminar. Para que se convierta en prueba tiene que pasar por el plenario para su adecuada valoración y contradicción.

Dado que la parte impugnante había puesto de manifiesto su no intervención, el TC fija las pautas (FJ 4º) para la toma de declaración del sospechoso en el marco de sus actuaciones y así:

"*Con arreglo a ello, la diligencia de la Fiscalía por la que se tome declaración al sospechoso habrá de acomodarse al canon de garantías derivado del art. 24.2 CE, que incluye, entre otros aspectos, la asistencia letrada como exigencia ineludible. En el desarrollo de esta y otras diligencias compete también al Ministerio Fiscal, en su defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 CE), velar por el respeto de las restantes garantías inherentes al art. 24.2 CE. Entre ellas cabe mencionar, sin ánimo de exhaustividad, el ofrecimiento al sospechoso de la posibilidad de tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas, particularmente en situaciones de detención en las que aquel solicite el acceso a los elementos esenciales de las actuaciones (entre otras, SSTC 13/2017, de 30 de enero, FFJJ 5 a 7; 21/2018, de 5 de marzo, FFJJ 7 a 10; 83/2019, de 17 de junio, FFJJ 5 a 7; 180/2020; de 14 de diciembre, FFJJ 2 a 4, y 80/2021, de 19 de abril, FJ 4); igualmente, garantizar la posibilidad de que el sospechoso pueda interesar diligencias en su descargo, valorando el fiscal la pertinencia y utilidad de las efectivamente propuestas, y ofreciéndole traslado de su desenvolvimiento*".

Con arreglo al anterior, hay un reconocimiento pleno del derecho de defensa ante su citación como sospechoso, sin embargo no fija como obligatoria la declaración, es decir, el Fiscal puede decidir no practicarla lo que se justifica con el hecho que no se transita en términos inmediatos al acto de juicio, sin embargo la cuestión de su incorporación a la instrucción puede acabar aprontando el procedimiento[25], eso sí, tras la toma de declaración en calidad de investigado judicial que deviene en preceptiva para la apertura de juicio. El TC desliza la necesidad de informar al investigado de las actuaciones que se están llevando a cabo, necesidad que se ve sanada si en el curso de la instrucción y luego, ulteriormente, en el acto de juicio puede desarrollar adecuadamente su defensa, y lo explica de la siguiente manera (FJ 5º):

"*En lo atinente a las garantías procesales inherentes al investigado, es cierto que la Fiscalía no desplegó el grado de diligencia que resultaría exigible, ya que omitió realizar nuevas comunicaciones con el recurrente tras su personación en las diligencias, con el fin de informarle del curso de lo actuado. Ahora bien, aunque esta deficiencia suponga formalmente una merma del estándar de garantías aplicable al sospechoso, no llega a justificarse mínimamente en la demanda de amparo en qué medida de ello se habría seguido una situación de indefensión material para el recurrente, pues este reconoce que, abierto el procedimiento judicial, dispuso de los informes aportados a la investigación preliminar y de posibilidades de cuestionarlos desde diversas vías, ofreciendo sus propias conclusiones médicas, interesando la remisión de las historias clínicas completas*

25 La Circular 2/2022 señala que "En otro orden de cosas, debe precisarse que las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal *sí tienen aptitud para fundamentar las decisiones del órgano judicial* durante la fase de instrucción y la fase intermedia, en concreto, al objeto de decidir la incoación del proceso penal, la adopción de medidas cautelares, la práctica de diligencias de instrucción o *el dictado del auto de conclusión del sumario o de acomodación a los trámites del procedimiento abreviado*". La cursiva es mía.

e interrogando a los facultativos que emitieron aquellos informes iniciales. Estaríamos, en todo caso, ante una irregularidad formal, en ningún caso constitutiva de indefensión con relevancia constitucional".

En este caso, al recurrente se le tuvo que haber informado de los pasos que se estaban dando, sin perjuicio de su propia proactividad en la causa aportando aquellas diligencias de descargo que tuviera por conveniente, pero sin convertir, porque tampoco tiene sentido, la actividad investigadora en un toma y daca entre partes, provocando dilaciones, cuando de lo que se trata es de tomar una decisión en torno a si se insta, o no, la apertura de una instrucción judicial. Tiene su sentido. Si lo que se busca es agilizar, cualquier cosa que no sea depurar los hechos y la autoría con cierto rigor indiciario, y por tanto limitar las actuaciones a esa finalidad, no tiene ningún sentido. Al no tener carácter probatorio, el concepto de indefensión se ve claramente atenuado y, en todo caso, hay que acreditar verdadera y propia indefensión con naturaleza material, es decir verdadera minoración del derecho de defensa (STC 25/2011, de 14 de marzo, FJ 7º), no simplemente formal que es lo que argumenta el TC. En todo caso, hay que rechazar la exhaustividad de las diligencias de investigación porque su sentido se encuentra claramente limitado a cuestiones muy concretas.

Hay que señalar que, efectivamente, el Ministerio Público en el desarrollo de estas diligencias fue extremadamente comedido (una única actuación), durante un espacio limitado de tiempo (pocos meses, apenas tres), y ahí creo que esta lo más importante: durante su desarrollo su derecho de defensa no se vio limitado. Si se hubieran practicado más diligencias, haciendo un cierre expansivo, y no hubiera tenido participación alguna porque no se le hubiera comunicado nada para su intervención ("actuación de espaldas")[26], de tal manera que el derecho de defensa no hubiera podido ser realmente operativo, ahí sí pudiera existir una vulneración del derecho fundamental del art. 24.2 CE y por tanto la posible nulidad de lo actuado[27]. Son estas ideas sobre las que incide el TC (FJ 5º):

"(...) Sin embargo, el alcance probatorio reconocido en la sentencia condenatoria a tales pericias no proviene de aquel momento preliminar, sino del desenvolvimiento de la investigación judicial y, especialmente, del debate y confrontación en el juicio oral.

26 No hay que olvidar lo señalado por la Circular 3/2018 FGE, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales que establece "Las prescripciones sobre el derecho de información recogidas en los nuevos arts. 118 y 775 LECrim habrán de ser observadas por los Sres. Fiscales en la tramitación de las diligencias de investigación, en los términos recogidos en esta Circular. Lo mismo debe predicarse de los derechos recogidos en el art. 520 LECrim en relación con una detención acordada por el Fiscal, en virtud de lo dispuesto en el art. 5.2 EOMF".

27 El propio TS lo ha explicado con rotunda claridad: "De lo que se trata es de responder al interrogante acerca de si el estándar constitucional de garantías para el investigado penal ha de modularse, admitiendo incluso su relajación, en función del modelo de investigación en el que se desarrolle la práctica de aquellas diligencias. Y ya anticipamos que ni la LECrim, ni la Ley 50/1981, 30 de diciembre, por la que se aprueba el EOMF, ni, en fin, las circulares e instrucciones dictadas para lograr la uniformidad en la actuación de los Fiscales, avalan esa convencional e interesada división entre las garantías del preinvestigado cuando comparece ante el Fiscal y las garantías del investigado cuando es llamado ante la autoridad judicial. La Sala no puede identificarse con el criterio que late en el recurso del Ministerio Público, según el cual, cuando la investigación se dirige por el Fiscal las garantías constitucionales se difuminan y devienen renunciables" (STS 980/2016, de 11 de enero, de la Sala II, Ponente: Sr. Marchena Gómez, FJ 2º C).

Aun cuando el recurrente asegure que estamos ante una indebida preconstitución de prueba, lo cierto es que él mismo viene, de un lado, a concluir que esas periciales médicas no ostentan el valor de prueba constituida, y de otro a admitir que fueron varias las ocasiones en las que pudo rebatir y contradecir, en su descargo, las conclusiones técnicas del presidente de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos y de los forenses (...) Lo relevante, desde la perspectiva de control que nos compete, es que solo a resultas del debate contradictorio en la vista oral, sujeto a la inmediación del juzgador, aquellos informes periciales llegaron a formar parte del acervo probatorio susceptible de valoración judicial".

El TC desestima la queja presentada con arreglo al modo en que se practicó la prueba, que no se preconstituyó por la Fiscalía en el desarrollo de sus actuaciones. El informe médico en el que, es cierto, no tuvo participación el sospechoso fue una diligencia de investigación que luego se convirtió en prueba propiamente dicha, pero en sede de plenario. Incluso antes pudo haber sido atacada indiciariamente en la fase de instrucción con la intervención del recurrente, con lo que no se vulneró ningún derecho fundamental, incluido el referido a la posibilidad de defenderse con arreglo al principio de contradicción, lo que acaba desembocando en la desestimación del recurso de amparo interpuesto.

IV. LA STC 87/2024, DE 4 DE JUNIO

La investigación preliminar de Fiscalía también ha sido analizada por el TC, pero desde la perspectiva de la posible adopción de una medida de investigación para la que la LECRIM habilita al Ministerio Fiscal que es la designación de un agente encubierto ex. art. 282 bis de nuestro texto procesal. Anteriormente, ya avancé la posibilidad que el Ministerio Público tenía para utilizar esta figura. En este sentido, el denominado agente encubierto no deja de ser un supuesto de infiltración autorizada que sirve para exonerar de responsabilidad penal, y permitir el uso de identidad supuesta, a aquel policía que se integra en una organización criminal. Su uso está limitado a la delincuencia organizada de mayor calado, es decir, a aquellos supuestos, por ejemplo, de tráfico de drogas a gran escala que es el supuesto en el que interviene el TC, existiendo en esta resolución una posición dividida, por un lado la mayoritaria y por otro, los cuatro votos particulares expuestos por cinco Magistrados.

El relato de hechos comienza con que ante una información policial el fiscal jefe de la Fiscalía Especial Antidroga, mediante decreto, en el marco de las diligencias de investigación que se incoaron, reflejando ilícitos constitutivos de un delito de tráfico de drogas y/o de blanqueo de capitales y al amparo del art. 19.3 b) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), para su pesquisa con arreglo al art. 282 *bis* LECRIM, autorizó .tres agentes encubiertos, quienes podían operar durante un mes "para adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos, a los únicos efectos de introducirse en la organización, ganar su confianza y poder mantener contacto habitual con la misma", con obligación de informar de los resultados.

Se remitió nuevo oficio policial, y se acordó otra prórroga por la Fiscalía especial, por un mes más, siendo con posterioridad informada de envíos de sustancias estupefacientes con petición, otra vez, de una nueva prórroga respecto de dos de los agentes encubiertos, lo que fue autorizado nuevamente. No obstante, se remitieron las diligencias a la Fiscalía Provincial de Madrid, por cuanto no se estimó que la competencia le pudiera corresponder a la Audiencia Nacional, con aceptación de la Fiscalía de Madrid quien tomó la decisión de judicializar las investigaciones. Por el órgano de instrucción que se encargó de las investigaciones se decidió desarrollar diligencias, habilitando agentes encubiertos y concluyendo la operación en la que se produjo la incautación de sustancias estupefacientes y la detención del recurrente y que finalizó con su condena por un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas que causaban grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia previsto y penado en los arts. 368 y 369.1.5 del Código penal (CP), a las penas de ocho años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 1 593 054,51 €.

En lo que a este comentario interesa, el condenado recurrió, ante las sucesivas instancias, defendiendo la nulidad de la habilitación de agente encubierto, por incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 del art. 282 *bis* LECrim, argumentando la falta de competencia de la Fiscalía Especial Antidroga para autorizar la actuación del agente encubierto, falta de necesidad y de proporcionalidad de la medida, falta de motivación del decreto habilitante de la actuación del agente encubierto y, falta de control judicial de la medida de investigación de agente encubierto. En todas ellas no se estimó la impugnación efectuada, dejando expedita la vía para acudir al TC en busca de amparo, queja en la que estimó vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) puestos en relación con el principio de legalidad (art. 9.3 CE), anudando la cuestión, nuevamente, con los motivos que había esgrimido en los recursos anteriores referidos a la competencia de la Fiscalía para acordar la medida, la falta de respeto a los principios de necesidad, motivación y proporcionalidad en la decisión de la acusación pública y ausencia de control judicial. El Ministerio Público se opuso al recurso planteado.

Se articula la impugnación cuestionando la designación por una Fiscalía especial de agentes encubiertos para unas diligencias luego remitidas a una Fiscalía Provincial, también el fundamento de la medida (su necesidad) y la comprensión de la dación de cuenta exigida por el art. 282 bis 1 LECRIM[28] que se articula a través de un control judicial, latiendo en el fondo la cuestión de la autonomía de la que dispone la acusación pública para trasladar sus diligencias al Juez, si debe, o no, hacerse inmediatamente, denunciando en todo caso el recurrente una demora en su envío al órgano judicial de más de dos meses, juntamente, con la circunstancia de haber sido víctima de un delito

28 Que señala lo siguiente "A los fines previstos en el artículo anterior y cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal *dando cuenta inmediata al Juez*, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos ...".

provocado. No hay que olvidar que ser agente encubierto implica exoneración de responsabilidad penal e identidad simulada para poder actuar en la esfera criminal.

El TC, con carácter previo, y en atención a la impugnación efectuada delimita las vulneraciones que resultan, indicando que, realmente, lo que está en juego es el derecho al proceso debido y a la intimidad (FJ 1º) y así:

"*En relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) debemos atender a la estrecha conexión existente entre las garantías jurídicas que resultan de la habilitación del agente encubierto en unas diligencias preprocesales del Ministerio Fiscal y la posibilidad de defenderse frente a una posterior acusación penal. Dicha vinculación obliga a un análisis conjunto del desarrollo del proceso penal a fin de verificar, como se verá, si se han desplegado mecanismos necesarios para asegurar que el recurrente no fue víctima de un delito provocado, circunstancia esta que sí alegó a lo largo del procedimiento; y, en relación con la injerencia en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) será preciso examinar si la misma se ve concernida por la habilitación y ulterior actuación del agente encubierto y, en su caso, si concurren los presupuestos exigidos para que la intromisión sea constitucionalmente legítima".*

La vulneración que se argumenta justifica la anterior precisión. Se trata de saber si la decisión de infiltrar a un agente de policía, con identidad supuesta e irresponsabilidad penal, en la esfera personal responde a criterios adoptados en un marco de garantías procesales. En este sentido, el TC (FJ 2ºC) deja claro que la Policía Judicial depende no sólo de los Tribunales, sino también de la Fiscalía, al amparo del art. 126 CE y que con arreglo al EOMF puede practicar diligencias de investigación cuyo limite se sitúa en el respeto a los derechos fundamentales. En todo caso, razona la cuestión abordando la queja en lo que refiere a la dación de cuenta judicial y así:

"A tal fin, el Ministerio Fiscal incoará diligencias preprocesales que cuando alcancen la finalidad pretendida por su incoación y en todo caso transcurrido el plazo de duración legalmente previsto (art. 5.2 EOMF) deberán ser comunicadas sin demora, de modo inmediato, al órgano judicial. Ese es el momento al que debe referirse la exigencia legal "dando cuenta inmediata al juez" y no al instante de dictarse el decreto de habilitación del agente encubierto. En caso contrario, de interpretarse que el precepto exige la inmediata dación de cuenta al juez del decreto inicial perdería sentido la propia previsión legal que habilita al fiscal a servirse de agentes encubiertos para la investigación de determinados delitos. En efecto, debe recordarse que la mera comunicación al juez de la existencia de hechos constitutivos de delito determinaría la apertura de diligencias previas por el órgano judicial (art. 774 LECrim) y, por imperativo del art. 773.2 LECrim, el cese de las diligencias preprocesales incoadas por el Ministerio Fiscal.".

Con arreglo a lo anteriormente expuesto, el TC, tras abordar el concepto de agente encubierto y su empleo, lo tiene claro y señala que no tiene por qué llevarse a cabo de manera instantánea una traslación a la autoridad judicial de sus diligencias, ni tampoco de las actuaciones respecto del agente encubierto, por lo que esa dación de cuenta no

es inmediata[29], con lo que en primer lugar, se afirma la autonomía de las diligencias del Ministerio Público frente a las actuaciones judiciales y con ello determina que no cabe subordinación alguna, por lo que se trasladan a sede judicial cuando se concluyen y cumplan su finalidad preparatoria dentro del plazo fijado por el propio EOMF (6 meses prorrogables, como regla general). En segundo lugar, implica que la Policía puede acudir a la Fiscalía para solicitar un agente encubierto sin que la acusación pública pierda el control de la investigación, salvo que pudiera existir alguna colisión con los derechos fundamentales, lo que convierte esta medida en una herramienta importante de cara a una ulterior judicialización, permitiendo obtener información relevante[30].

Por otro lado, el TC justifica contundentemente el sentido de la falta de traslación inmediata a la autoridad judicial por la Fiscalía y así (FJ 2 C):

"Por tanto, la proyección de la exigencia de dación de cuenta inmediata al momento de concluirse las diligencias preprocesales es coherente con: (i) la ausencia de previsión normativa de un procedimiento en el que el juez pueda controlar o revocar la habilitación otorgada por el fiscal; (ii) el espíritu y finalidad del art. 282 bis LECrim que posibilita al fiscal la realización de investigaciones valiéndose de agentes encubiertos; (iii) con los derechos del investigado que, en el momento en que se judicialicen las diligencias (art. 5.3 EOMF) podrá cuestionar ante el juez competente la regularidad de la habilitación; (iv) y, finalmente, con la circunstancia -que más adelante examinaremos- de que la mera habilitación del agente encubierto no afecta a derecho fundamental alguno y cuanto tales derechos puedan verse afectados por su actuación, entonces sí interviene el órgano judicial mediante la autorización judicial en los términos que establezca la Constitución (…) De lo expuesto, podemos adelantar que no existió demora alguna en la dación de cuenta al órgano judicial de las diligencias preprocesales, pues en unidad de acto se acordó su conclusión y su remisión al órgano judicial tan pronto como el estado de la investigación evidenció la existencia de hechos con significación penal (art. 5.2 EOMF)".

Si bien la eventual posibilidad de revocación con esa dación de cuenta pudiera ser posible, lo cierto es que, como apunta con claridad el TC, no existe una vía para hacerlo, con lo que se nos antoja una cuestión discutible el poder hacerlo. De hecho, el órgano judicial lo que hizo fue ratificar la medida acordada. Y con pleno respeto a los derechos de los investigados, éstos pueden atacar en la fase instructora y en la de enjuiciamiento la decisión acordada y su pertinencia en el marco de las garantías procesales.

29 Así, doctrinalmente, se señalaba por determinados autores que solamente cabía dar cuenta, una vez designado el agente encubierto, en aquellos supuestos en los que se precisaba de la autoridad judicial una medida limitativa de los derechos fundamentales. *Vid.* en este sentido, CONTRERAS CEREZO, Pablo Vicente, *Cooperación jurídica internacional y blanqueo de capitales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001, pp. 810-812. ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos del proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 336; CAMPOS NAVAS, Daniel, *Iniciativa, obtención y acopio de los medios de prueba en el proceso penal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2002 p. 89.Como señalaba la derogada Circular 4/2013 FGE sobre diligencias de investigación "La dación de cuenta no implica la necesidad de acordar la inmediata judicialización del expediente".

30 *Cfr.* ALFONSO RODRIGUEZ, Adriano J., *Agente encubierto e infiltración policial: Cuestiones procesales, reformas y aspectos de derecho comparado*, Revista Ciencia Policial (USAL), 2025, p. 48.

Así, en la resolución se invocan determinados pronunciamientos del TEDH (SSTEDH de 23 de octubre de 2018, asunto Guerni c. Bélgica*;* de 15 de junio de 1992, asunto Lüdi c. Suiza)*,* en el sentido que no hay protección del derecho fundamental a la intimidad porque cuando un sujeto está cometiendo un hecho delictivo y pudiera entrar en contacto con un policía infiltrado no puede verse amparado por el art. 18.1 CE, teniendo como único límite la denominada provocación al delito[31] (FJ 2 D). Se cumplió, señala, con una triple exigencia para acordar la medida: sospecha de la existencia de actos delictivos, previsión normativa que autoriza la vulneración de los derechos fundamentales y control judicial de la habilitación (FJ 3º). Además, el TC parte de una distinción. Por un lado, la habilitación del agente encubierto y por otro, la vulneración del derecho fundamental que no se ve afectado por la habilitación misma. Y este sentido señala (FJ 4º a):

"*La habilitación concedida por el fiscal, pese a gozar de presunción de autenticidad (art. 5.2 EOMF) como se ha adelantado, será necesariamente sometida a control judicial una vez finalicen las diligencias preprocesales que se incoen con ocasión de la misma y se proceda a su judicialización como anteriormente se ha indicado (art. 5.3 EOMF)".*

Destacamos esta cuestión por la alusión que se hace en el párrafo a la presunción de autenticidad, que implica una suerte de verdad formal, es decir, que la diligencia efectivamente se ha realizado y ese es su contenido, pero no de la verdad material, es decir, que está sujeta, necesariamente a contradicción y sometida a apreciación judicial (Circular 2/2022 FGE). De tal manera, que los hallazgos efectuados por el agente encubierto, autorizado por el Fiscal, debe ver su declaración sometida a contradicción en el acto de juicio, si bien no podemos entender esto de manera absolutamente radical, porque no hay que olvidar que el resultado de las diligencias irrepetibles y objetivas (STC 303/1993, 25 de octubre, FJ 5º) puede preconstituir prueba y ser aportadas a la instrucción penal ulterior y acceder al plenario como elemento de valoración mediante su lectura con arreglo al art. 730 LECRIM.

Hay que apuntar que el órgano de garantías estima que cuando hay una colisión con los derechos fundamentales la garantía judicial opera con su autorización, algo que no puede hacer el Ministerio Público. Por otro lado, una cosa es la habilitación, como tal, del agente encubierto y otra, distinta, es la vulneración del derecho fundamental a la intimidad que necesariamente debe estar autorizado judicialmente, de tal manera que lo que se trata es de examinar concretamente lo llevado a cabo por el agente encubierto (FJ 5º) y así recuerda:

"*La confianza depositada en el agente encubierto no supone por sí misma una intromisión en la esfera íntima del investigado, nada desvela de aquellos espacios resguardados de la curiosidad ajena que el derecho invocado protege. Por tanto, no puede considerarse tan siquiera que tales extremos supongan una injerencia en el derecho a la intimidad".*

En este sentido, el mero hecho de las manifestaciones que supongan revelar datos personales por un investigado a un individuo, que luego resulta ser un agente encubier-

31 *Cfr.* SSTS 525/2020, de 20 de octubre, de la Sala II, Ponente: Sr. Martínez Arrieta, FJ 2º con la jurisprudencia de la que se hace eco; 173/2019, 1 de abril, de la Sala II, Ponente: Sr. Jorge Barreiro; FJ 7º.

to, no implica, según el TC, vulneración de la intimidad, algo que analiza la resolución. Asimismo, pese a que señala que del resultado de la actividad policial se desprenden reuniones a las que pudieran haber acudido familiares del recurrente no consta que les fueran presentados al infiltrado, pero, y aun en la hipótesis que ello hubiera acontecido, como dicha presentación, ello "*no afectaría al derecho invocado*", por lo que desestima el amparo solicitado, y ello como expresión de la mayoría.

No obstante, el posicionamiento fue contestado por cinco Magistrados/as (Sr. Conde-Pumpido Tourón, Sras. Montalbán Huertas y Segoviano Astabaruaga, Sr. Sáez Valcarcel y Sr. Campo Moreno) que expusieron cuatro votos (uno de ellos defendido por dos integrantes) que ponen de manifiesto varias cuestiones, en mi opinión, trascendentales y que atienden a aspectos que no pueden pasar desapercibidos, análisis que es conveniente hacer de manera conjunta.

En primer lugar (Conde-PumpidoTourón), se defiende que debe de darse cumplido conocimiento por el Fiscal al Juez de la designación del agente encubierto, si bien se suscita un problema importante que es la falta de toda regulación respecto de las consecuencias de dicho traslado, estimándose la infracción del art. 282 bis LECRIM. Si bien nada impediría dar cuenta al Juez sin, a la vez, dar traslado de las diligencias con lo que el Ministerio Público podría continuar con sus investigaciones, esto es una cuestión de pura regulación legislativa, sin que esa falta de comunicación, a la vista de las actuaciones, haya tenido trascendencia que implicase una vulneración de un derecho fundamental alguno ni, tampoco, una situación de indefensión.

En segundo lugar (Sras. Montalbán Huertas y Segoviano Astabaruaga), está la cuestión de la infiltración, el engaño que ésta supone y la incidencia en la esfera de la intimidad del investigado, entendida como un ámbito propio no sometido a escrutinio que está a resguardo de la intervención de terceros, incluyendo los supuestos en los que una persona simula su identidad para acceder a ese espacio cerrado, y esto exige transcribir parte del segundo voto particular , así:

"En atención a esta jurisprudencia, parece razonable concluir que cualquier clase de información obtenida mediante un engaño policial, con independencia de que aparezca referida a la vida personal, familiar, social o profesional. que haya sido obtenida en ámbitos respecto de los que existan unas expectativas razonables de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno, plasmada en informes escritos o recogidas en soportes audiovisuales o fonográficos, estaría protegida por el derecho a la intimidad, ya que las informaciones así obtenidas no se facilitarían espontáneamente a este si supiera que se trata de un agente policial ".

No obstante, si bien es preciso diferenciar entre infiltración temporal limitada de una duradera en el tiempo, lo cierto es que la intervención de los agentes encubiertos afecta a la intimidad con arreglo al art. 18.3 CE, discrepando de la apreciación de la sentencia que descarta que la mera intervención de un agente encubierto afecte al derecho a la intimidad sin observar vulneraciones concretas.

Hay un tercer aspecto en el que es preciso incidir (Sr. Sáez Valcarcel) y que no se refiere únicamente a la protección de la intimidad del art. 18.3 CE, sino que se refiere, igualmente, a la cuestión de la no autoincriminación prevista en el art. 24.2 CE. Teniendo, también, presente que la dación de cuenta judicial lo que permite es verificar la proporcionalidad de la medida, con lo que al existir un acervo probatorio conseguido mediante vulneración de derechos fundamentales habría que expulsarla de la causa y verificar el cuadro probatorio para ver si, efectivamente, hay prueba de cargo delictiva. La captación de la confianza es una herramienta fundamental para el desarrollo de la actividad que requiere, mediante el engaño, establecer lazos personales que, lógicamente, no se tendrían de saber que la persona con la que se está interaccionando es un agente policial, a quien se permite entrar en un círculo íntimo que necesariamente está amparado por el derecho fundamental a la intimidad. Por tanto, lógico corolario, el agente encubierto penetra en ese ámbito siendo una medida que implica una vulneración del art. 18.3 CE.

Lo anterior se liga con el art. 24.2 CE y el derecho a no incriminarse, porque si se actúa bajo identidad supuesta, se llevan a cabo interrogatorios informales de los que se obtienen confesiones no deseadas fruto de conversaciones y reuniones que resultaban de la causa. No hubo autorización judicial que permitiera la conculcación del derecho a la intimidad, por tanto, la medida de investigación fue ilegítima. A la luz de la LECRIM, la dación de cuenta debe ser inmediata y esto resulta de una garantía jurisdiccional que exige que, salvo la declaración de secreto judicial, debe ponerse en conocimiento de una persona el hecho de la investigación que le afecta para poder defenderse y pese a que no hay propiamente un entendimiento legislativo respecto de la dación de cuenta, lo cierto es que la presencia del Juez deriva del art. 24.1 CE. Entenderlo de otra manera implicaría que la Policía elige el procedimiento en función del sujeto con lo que se podría orillar la aplicación de un derecho fundamental, concluyendo en todo caso:

"La ausencia de garantía jurisdiccional en la habilitación de los agentes encubiertos determina la vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Lo que se proyecta sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que prohíbe la utilización de medios de prueba que se hayan obtenido conculcando derechos fundamentales. El alcance de la regla de exclusión probatoria a las pruebas derivadas es una cuestión que debería dirimirse a continuación, una vez anulada la sentencia condenatoria, para que el tribunal competente considere si existe prueba incriminatoria válida y autónoma que sustente el relato de hechos de la condena".

Finalmente (Sr. Campo Moreno), se estima que es la existencia de sospechas que motivan con urgencia autorizar la figura del agente encubierto por el Fiscal, pero para dar, a renglón seguido, cuenta a la autoridad judicial, existiendo, en la causa, indicios racionales de criminalidad que excede con creces el mantenimiento de unas diligencias de investigación debiendo dar paso a la intervención judicial. No obstante, si bien el Juez Instructor ratificó la medida, y la infracción de su falta de dación de cuenta fue puramente formal, y sin especificidades concretas respecto de la vulneración de un derecho fundamental, lo cierto es que:

"... que la sentencia dictada por este tribunal hubiera reconocido la potencialidad invasiva de derechos fundamentales que tiene la diligencia de agente encubierto, que hubiera enfatizado su excepcionalidad y que hubiera analizado el fundamento normativo del deber del fiscal, en el régimen legal vigente, de dar cuenta inmediata al juez de instrucción".

V. CONCLUSIONES

La investigación preliminar de Fiscalía tiene una enorme potencialidad vistas las capacidades que la acusación pública tiene atribuidas en nuestro ordenamiento jurídico. Su naturaleza es administrativa, si bien un escalón por encima de la actuación policial y un escalón por debajo de la instrucción judicial con un carácter preliminar y preparatorio de la acción penal. Hay, también, que destacar el enorme catálogo de diligencias que, en su seno, pueden acordarse en sus diligencias, pero hay que tener en cuenta que cuando sus pretensiones chocan con una posible vulneración de derechos fundamentales es preciso acudir a la aduana judicial que autorice tal intromisión en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas con arreglo al art. 117.4 CE en relación con el art. 24.2 CE.

La STC 59/2023, de 23 de mayo, implica un primer pronunciamiento sobre la naturaleza de estas diligencias admitiendo los rasgos antes expuestos, pero dejando claro que la prueba y su constitución tienen unas reglas muy concretas, salvo supuestos de excepcionalidad, que implican la intervención de la autoridad judicial, intervención que también es necesaria en los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales. En el desarrollo de su actividad, la Fiscalía puede adoptar diligencias de muy variado tipo y entre ellas solicitar informes periciales. No obstante, debe informar de la apertura de sus actuaciones al sospechoso para que pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa e intervenir. Ahora bien, basta con tener oportunidad real de poder combatir procesalmente, en la instrucción y en el juicio, los elementos de cargo que se acopian por la acusación pública. Y mientras ello suceda, no hay rastro de indefensión material.

Asimismo, esta resolución deja claro que la falta de exhaustividad es una nota característica, unida a una duración limitada en el tiempo, de esta actividad investigadora. Esto es igualmente lógico, porque no estamos en presencia de una instrucción propiamente dicha, antes al contrario, existiendo indicios de responsabilidad derivados de la investigación lo que procede es la judicialización sin mayores dilaciones, no se trata de construir acervo indiciario, que vacíe de contenido la actuación judicial, y ello porque se trata de activar la instrucción mediante los elementos imprescindibles que obliguen a su apertura, recordando que la investigación del Ministerio Público no crea material probatorio.

La segunda resolución, la STC 87/2024, de 4 junio, aborda, parece ser que también por primera vez, el uso del agente encubierto por la Fiscalía optando por matizar aspectos muy concretos, pero, a la vez, dejando dudas en el aire, con cuatro votos particulares contrarios al sentir mayoritario. Así, el art. 282 bis LECRIM permite utilizar al Ministerio Público la infiltración policial, pero dando inmediata cuenta al Juez, y en el marco de

unas diligencias preliminares propias. En este caso, la interpretación mayoritaria se inclina por entender que sólo cuando las diligencias estén concluidas y dentro del plazo limitado de tiempo que tiene la Fiscalía hay que dar cuenta a la autoridad judicial, con ello la inmediatez se entiende de manera flexible. Y la justificación del sentir mayoritario es, y resulta certero, que tampoco se sabe qué efecto tiene esa dación de cuenta porque simplemente no está regulada.

Teniendo presente lo anterior, parece un tanto aventurado pensar que se apodere legislativamente al Fiscal para infiltrar a un agente destinado a una investigación y dicha decisión sea sometida a renglón seguido a una consideración judicial destinada a asumir la causa poniendo fin a la actividad del Ministerio Público. Esto genera dudas ¿El agente está autorizado plenamente o no entre tanto no hay pronunciamiento judicial? ¿Estamos reconociendo capacidad de revocación judicial o no? ¿Qué efectos tiene la revocación y qué impacto se produce en lo ya obtenido?[32] Hay que señalar además que toda infiltración implica engaño y simulación y esta puede llevarse a cabo con un agente encubierto o con un policía que simplemente, sin otro amparo, simula no serlo para obtener información, con lo que difícilmente podemos entender que la garantía judicial debe intervenir bajo cualquier presupuesto, sino que es el grado de intensidad de la intromisión lo que la exigiría.

Parece que el sentir mayoritario del TC no concede a la dación de cuenta un sentido supervisor, y es cierto que una cosa es la mera habilitación de un agente encubierto que *per se* no implica una vulneración de derecho fundamental, pero otra muy distinta es el modo de actuar que ese infiltrado tenga. Falta en nuestro ordenamiento una regulación más adaptaba a la realidad actual en la que nos encontramos con organizaciones criminales con enormes recursos y está claro que el Estado no puede autolimitarse, máxime cuando los supuestos de criminalidad de baja intensidad no disponemos en nuestro sistema de lo que en determinados ordenamientos (como en Argentina) se ha llamado el "agente revelador" infiltrado que lo es para una operación de infiltración concreta.

No toda simulación conduce, necesariamente, a una intromisión en la esfera de intimidad del sujeto. En el caso del ciberagente se introduce en una esfera que requiere de ordinario determinadas cautelas impuestas (contraseñas de acceso, elementos de control...) y en las que se crean grupos, en un claro ambiente de privacidad, cometen hechos delictivos, lo que motiva la intervención judicial en garantía del art. 18.1, si

32 Si observamos el diario de sesiones del Congreso de los Diputados n º 507, sesión nº 51 de la VI Legislatura, de 10 de septiembre de 1998, p. 14631, donde se discutió acerca de esta cuestión respecto del precepto, las palabras pronunciadas en la Comisión por el Diputado SILVA SANCHEZ no dejan lugar a dudas acerca de la posibilidad de revocación judicial indicando que "Sin embargo, procedimos a enmendar el artículo 282 en la medida en que entendíamos que atribuía al ministerio fiscal unas funciones de instrucción y de investigación que no se ajustaban estrictamente al modelo actualmente vigente (…) Al final la solución ha sido un transacción, que consiste en que el Ministerio Fiscal puede *autorizar la presencia o la identidad del agente encubierto pero debe dar inmediata cuenta al órgano jurisdiccional correspondiente que obviamente podrá modificar, revocar…la citada autorización…*". También la postura expresada por el Diputado GAGO LOPEZ y que se refleja en el Diario de Sesiones del Congreso de la VI Legislatura, Sesión plenaria nº 175 de 24 de septiembre de 1998, p. 9738 señala que "En cuanto al debate suscitado con el nuevo artículo 282 bis, que regula la figura del agente encubierto sobre la facultad de autorización, se resuelve atribuyendo también además de al Juez de instrucción competente al ministerio fiscal, si bien dando cuenta inmediata al Juez, *lo que posibilita la opción de revocación*". La cursiva es mía.

bien comparto que la interacción en el marco de una esfera criminal no supone, por sistema, una vulneración de la esfera íntima susceptible de autorización judicial. Los delincuentes hablan de negocios, raramente exponen sus cuestiones íntimas, y la amistad entendida como un prepuesto para el acceso a un núcleo de familiaridad cerrado no es lo habitual, entre otras cosas, porque los rasgos de reclutamiento tienden a una selección en función de criterios de estricta lealtad personal que se suele llevar a cabo entre organizaciones con lazos de muy diverso tipo. Integrar a un tercero procedente las fuerzas de seguridad es una tarea compleja que poco, o nada, tiene que ver con una relación de amistad forzada o una intromisión en la esfera personal de un sujeto, si bien hace falta regular más extensamente para disipar dudas sobre la legalidad de determinadas actuaciones.

Una cosa es incitar a la comisión de un delito buscando abrigar en el sujeto una voluntad no deseada y solo desencadenada por una provocación oficial y otra, muy distinta, es que aquel que ya desea cometer un hecho delictivo ofrezca a otro, u otros, su participación, entre ellos a un agente encubierto. No puede sostenerse que sea la voluntad del Estado intervenir en aquellas esferas subrepticiamente para el acopio de información, sino se trata de investigar el hecho delictivo a través de la introducción de un sujeto en la esfera criminal que pueda informar sobre lo que puede acontecer, entendiendo que la voluntad y decisión de cometer un hecho delictivo no forma parte del núcleo esencial de la intimidad susceptible de ser amparado judicialmente. En todo caso, para evitar cualquier debate y situar la cuestión en unas coordenadas garantistas, como apuntan los rigurosos votos particulares, lo conveniente seria que siempre fuera la autoridad judicial la que acordase el uso del agente encubierto, controlando adicionalmente la investigación, en los supuestos de infiltración a gran escala y evitar así problemas innecesarios que pueden impactar en los derechos de los arts. 18.1 y 24.2 CE, algo que exige una reforma de calado que sólo el tiempo demostrará.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO RODRIGUEZ, Adriano J., *Investigación penal del Ministerio Público y derecho de defensa*, Revista de Derecho de la UNED nº 25, 2019.

ALFONSO RODRIGUEZ, Adriano J., *Agente encubierto e infiltración policial: Cuestiones procesales, reformas y aspectos de derecho comparado*, Revista Ciencia Policial (USAL), 2025.

ALFONSO RODRIGUEZ, Adriano J., *La Policía Judicial ante la reforma del proceso penal*, Revista Logos (CUGC) nº 1, 2026.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique con otros autores*, La noción de un proceso penal con todas las garantías* en "Derechos Procesales Fundamentales" GUTIERREZ-ALVIZ CORRADI, Faustino; LOPEZ LOPEZ, Enrique (Coord.), Manuales de Formación Continua nº 22, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

CAAMAÑO DOMINGUEZ, Francisco, *Esperando al juez de garantías (a propósito del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal),* Revista Española de Derecho

Constitucional, nº. 124, enero-abril, 2022.

CAMPOS NAVAS, Daniel, *Iniciativa, obtención y acopio de los medios de prueba en el proceso penal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2002.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL*, Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*, Secretaría General CGPJ, 2021.

CONTRERAS CEREZO, Pablo Vicente, *Cooperación jurídica internacional y blanqueo de capitales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 2001.

CRESPO BARQUERO, Pedro, *Las garantías en la instrucción por el Fiscal*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Centro de Estudios de la Administración de Justicia, Madrid, 1998.

FAGIL FRAGA, Sandra, RUZ GUTIERREZ, Pablo Rafael con otros autores, *La fase de instrucción*, en "Corrupción y causas complejas", MARTINEZ ARRIETA, Andrés (Dir.) Cuadernos Digitales de Formación nº 31, Consejo General del Poder Judicial, 2017.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General elevada al Gobierno de S.M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. Don José Manuel Maza Martín*, Madrid, Vol. I, 2017.

GIMENO SENDRA, Vicente, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Una apuesta por la figura del Fiscal Instructor*, Economist & Jurist nº 100, 2006.

MARTIN PASTOR, José, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: una apuesta para el futuro*, Revista Tribunales de Justicia nº 10, 2000.

SANCHIS CRESPO, Carolina, *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*, Editorial Comares, Granada, 1995.

TORRES-DULCE LINFANTE, Eduardo, *Hacia el Fiscal investigador: Un recorrido histórico*, Revista de las Cortes Generales nº 110, Primer Trimestre, 2021.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío, *El policía infiltrado. Los presupuestos jurídicos del proceso penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES INTERPRETATIVOS DE LA FUNCIÓN REVISORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA

Ana Magdalena Fernández Cáceres
Abogada

Resumen: El presente trabajo analiza la evolución del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa española a la luz de la Constitución, de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y de la jurisprudencia constitucional y ordinaria más reciente. Tradicionalmente se ha afirmado que este orden jurisdiccional tiene una función revisora, en cuanto controla una actuación administrativa previa. Sin embargo, dicha afirmación no puede entenderse en sentido rígido o meramente formalista. La tutela judicial efectiva exige que los órganos judiciales examinen las pretensiones, motivos y pruebas válidamente introducidos en el proceso, sin escudarse en el carácter revisor para omitir cuestiones sustanciales o inadmitir recursos por defectos formales no determinantes. A partir del análisis de la STC 23/2018, de 5 de marzo, y de la STC 294/2005, de 21 de noviembre, el trabajo sostiene que la jurisdicción contencioso-administrativa conserva una naturaleza revisora, pero constitucionalmente matizada por el derecho de acceso a la jurisdicción, el principio pro actione, la congruencia judicial y la exigencia de control judicial efectivo de la Administración.

Abstract: This paper examines the evolution of the reviewing function of the Spanish administrative courts in light of the Constitution, Law 29/1998 on Administrative Jurisdiction, and recent constitutional and ordinary case law. Administrative jurisdiction has traditionally been described as reviewing in nature, since it controls a prior administrative action. However, that character cannot be understood in a rigid or purely formalistic sense. The right to effective judicial protection requires courts to examine the claims, grounds and evidence properly introduced in the proceedings, without relying on the reviewing nature of the jurisdiction to avoid addressing substantial issues or to dismiss actions

on the basis of non-decisive formal defects. Through the analysis of Constitutional Court judgments STC 23/2018 of 5 March and STC 294/2005 of 21 November, this paper argues that administrative jurisdiction retains a reviewing nature, but one that is constitutionally shaped by access to justice, the pro actione principle, judicial congruence and the requirement of effective judicial control over public administration.

Palabras clave: Jurisdicción contenciosa-administrativa, función revisora, tutela judicial efectiva, control judicial de la Administración, principio proactione, congruencia judicial, artículo 24 CE, artículo 106 CE, Ley 29/1998.

Keywords: Contentious-administrative jurisdiction, reviewer function, effective judicial protection, judicial control of the Administration, proaction principle, judicial consistency, Article 24 CE, Article 106 CE, Law 29/1998.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. 3. LA EVOLUCIÓN DEL CARÁCTER REVISOR: DE LA REVISIÓN DEL ACTO AL CONTROL EFECTIVO DE PRETENSIONES. 4. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LÍMITES DEL FORMALISMO REVISOR. 4.1. STC 23/2018, de 5 de marzo: incongruencia omisiva y uso indebido del carácter revisor. 4.2. STC 294/2005, de 21 de noviembre: principio *pro actione* y rechazo del formalismo excesivo. 4.3. Síntesis de la doctrina constitucional. 5. CONEXIÓN ENTRE DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA ORDINARIA. 5.1. Motivos nuevos y objeto del proceso. 5.2. Prueba en sede judicial y control de la legalidad administrativa. 5.3. Una línea común: control efectivo sin sustitución indebida. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción contencioso-administrativa ocupa una posición esencial en el Estado de Derecho, en cuanto constituye el cauce jurisdiccional ordinario para controlar la actuación de las Administraciones públicas sometida al Derecho Administrativo. Su función se proyecta sobre actos administrativos, disposiciones generales, inactividad, vía de hecho y, en general, sobre aquellas manifestaciones de la actividad administrativa susceptibles de afectar a derechos o intereses legítimos de los ciudadanos.

Desde una perspectiva clásica, se ha afirmado que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene carácter revisor, porque su intervención presupone normalmente una actuación administrativa previa. Esta idea conserva plena vigencia en sentido estructural: el juez contencioso administrativo no actúa como Administración ni sustituye con carácter general el ejercicio de las potestades administrativas, sino que controla la conformidad a Derecho de una actuación administrativa ya producida.

Ahora bien, la afirmación anterior no puede llevar a una comprensión rígida, cerrada o puramente formalista del proceso contencioso-administrativo. La evolución legislativa y jurisprudencial ha desplazado el centro de gravedad desde la mera revisión del acto administrativo hacia el examen efectivo de las pretensiones deducidas por las partes. La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), permite al recurrente formular pretensiones que exceden de la simple anulación, alegar motivos no planteados en vía administrativa y solicitar el restablecimiento pleno de situaciones jurídicas individualizadas.

La tesis que se sostiene en este trabajo es que la jurisdicción contencioso administrativa conserva una naturaleza revisora porque controla la legalidad de una actuación administrativa previa, pero esa naturaleza está constitucional y legalmente matizada por el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española (CE), por el control judicial de la Administración previsto en el artículo 106 CE y por la configuración de pretensiones, motivos y efectos de sentencia contenida en la LJCA. En consecuencia, la función revisora debe interpretarse de forma compatible con el acceso a la jurisdicción, la congruencia judicial, el principio pro actione y la efectividad real del control jurisdiccional.

2. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El punto de partida de la jurisdicción contencioso-administrativa es constitucional. El artículo

106.1 de la Constitución Española dispone que los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.[1] Este precepto expresa una exigencia básica del Estado de Derecho: la Administración no puede quedar situada en espacios inmunes al control judicial.

Junto a ello, el artículo 24.1 CE reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.[2] En el ámbito contencioso-administrativo, este derecho cumple una función decisiva, porque garantiza que el control judicial de la Administración no sea meramente aparente, sino real, motivado y congruente con las pretensiones oportunamente formuladas.

La vigente LJCA desarrolla este marco constitucional y configura el orden contencioso-administrativo como el cauce específico para controlar la legalidad de la actuación administrativa sujeta al Derecho Administrativo. El recurso contencioso-administrativo puede dirigirse frente a actos administrativos expresos o presuntos, disposiciones generales, inactividad administrativa y actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho. Esta amplitud objetiva evidencia que el proceso contencioso-administrativo ya no

1 Art. 106.1 de la Constitución Española.

2 Art. 24.1 de la Constitución Española.

puede identificarse exclusivamente con la impugnación de un acto administrativo en sentido estricto.

Además, la LJCA no concibe el proceso como una simple alternativa entre confirmar o anular una decisión administrativa. El artículo 31 permite solicitar no solo la declaración de disconformidad a Derecho y la anulación del acto o disposición, sino también el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para su pleno restablecimiento, incluida la indemnización cuando proceda. Por su parte, el artículo 71 regula los posibles pronunciamientos de la sentencia estimatoria, que pueden incluir la anulación total o parcial del acto, el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, la condena a realizar determinada actividad o el restablecimiento de derechos lesionados.[3]

De este modo, el marco constitucional y legal muestra una doble dimensión. Por un lado, la jurisdicción contencioso-administrativa sigue siendo revisora porque parte de una actuación administrativa sometida a control. Por otro, no es una jurisdicción meramente objeto de casación o anuladora, pues puede desplegar efectos de plena jurisdicción cuando ello resulte necesario para garantizar una tutela judicial efectiva.

3. LA EVOLUCIÓN DEL CARÁCTER REVISOR: DE LA REVISIÓN DEL ACTO AL CONTROL EFECTIVO DE PRETENSIONES

La expresión "función revisora" ha sido tradicionalmente utilizada para describir la naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa. En su formulación más clásica, significaba que el órgano jurisdiccional controlaba la legalidad de una actuación administrativa previa y que el proceso se construía a partir del acto impugnado. Esta concepción respondía a una visión centrada en el acto administrativo como objeto principal del recurso.

Sin embargo, la evolución del Derecho Administrativo y del proceso contencioso-administrativo ha exigido una lectura más amplia. La Administración actúa hoy mediante formas muy diversas: actos expresos, silencio administrativo, reglamentos, inactividad, actuaciones materiales, convenios, decisiones técnicas o actuaciones prestacionales. Por ello, una comprensión estrictamente centrada en el acto administrativo resultaría insuficiente para garantizar el control judicial exigido desde la perspectiva constitucional.

La LJCA refleja esta evolución al desplazar el foco desde el acto considerado aisladamente hacia la actuación administrativa y hacia las pretensiones ejercitadas en relación con ella. El proceso contencioso administrativo ya no se agota en verificar si procede confirmar o anular un acto, sino que permite examinar si la Administración ha actuado conforme a Derecho y, en su caso, adoptar medidas que restablezcan de forma efectiva la posición jurídica del recurrente.

Debe distinguirse, por tanto, entre tres sentidos posibles de la función revisora:

3 Arts. 31 y 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En primer lugar, existe una función revisora en sentido estructural. En este sentido, la jurisdicción contencioso-administrativa revisa una actuación administrativa previa. No se trata de una jurisdicción consultiva ni preventiva, ni de una vía para sustituir de forma ordinaria la decisión administrativa antes de que esta exista.

En segundo término, puede hablarse de una función revisora en sentido rígido o restrictivo. Esta concepción entiende que el juez queda limitado a los argumentos y elementos estrictamente debatidos en vía administrativa, como si el proceso judicial fuera una mera repetición o segunda instancia del expediente. Esta lectura resulta en la actualidad insuficiente y puede ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva cuando impide examinar motivos o pruebas relevantes válidamente introducidos en el proceso.

En tercer lugar, debe afirmarse una función revisora adecuada desde el prisma constitucional. Conforme a esta interpretación, el juez contencioso administrativo controla la legalidad de la actuación administrativa impugnada, pero debe hacerlo atendiendo a las pretensiones, motivos y pruebas articulados en el proceso judicial, siempre dentro de los límites del objeto litigioso y sin sustituir de modo indebido a la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales.[4]

Esta última concepción permite conciliar dos exigencias: de un lado, preserva la posición institucional de la Administración, evitando que el juez asuma funciones administrativas que no le corresponden; de otro, garantiza que el control judicial no se reduzca a una revisión formal, sino que sea efectivo y compatible con los derechos fundamentales de las partes.

4. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LÍMITES DEL FORMALISMO REVISOR

La doctrina constitucional ha desempeñado un papel decisivo en la delimitación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa. El Intérprete Constitucional no niega que este orden jurisdiccional controle una actuación administrativa previa, pero rechaza que esa naturaleza pueda utilizarse para restringir de manera injustificada el acceso al proceso, omitir el examen de cuestiones sustanciales o reducir la respuesta judicial a una resolución formalmente motivada pero materialmente insuficiente.

Desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, el proceso contencioso administrativo debe garantizar una tutela judicial efectiva. Ello implica, entre otras exigencias, el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, el derecho a una respuesta congruente con las pretensiones oportunamente formuladas y la prohibición de indefensión. Estas garantías inciden directamente sobre la forma en que debe entenderse la función revisora.

En este contexto, dos resoluciones resultan ilustrativas: las SSTC 23/2018, de 5 de marzo, y la 294/2005, de 21 de noviembre.[5] Ambas muestran que el carácter revisor no puede operar como argumento autónomo para sacrificar la tutela judicial efectiva.

4 Arts. 31, 56.1, 60 y 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

5 STC 23/2018, de 5 de marzo, y STC 294/2005, de 21 de noviembre.

4.1. STC 23/2018, de 5 de marzo: incongruencia omisiva y uso indebido del carácter revisor

La STC 23/2018, de 5 de marzo, resuelve un recurso de amparo promovido frente a una sentencia dictada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Castellón, que había desestimado la impugnación de una resolución sancionadora administrativa. El problema constitucional radicaba en que el órgano judicial omitió pronunciarse sobre una cuestión planteada por la parte recurrente, justificando dicha omisión en el carácter "exclusivamente revisor" de la jurisdicción contencioso-administrativa. La relevancia de este fallo reside en que el Tribunal Constitucional rechaza una utilización rígida de la función revisora. El órgano judicial puede y debe controlar la legalidad de una actuación administrativa previa, pero no puede dejar sin respuesta una alegación sustancial correctamente introducida en el proceso. Si la cuestión planteada resulta relevante para la defensa del recurrente y para la decisión del litigio, su falta de examen puede constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.[6]

La sentencia evidencia, por tanto, que el carácter revisor no es una fórmula que permita cerrar el debate procesal. La revisión jurisdiccional de la actuación administrativa debe realizarse de manera congruente con las pretensiones y motivos formulados. Cuando el juez omite pronunciarse sobre una cuestión esencial invocando de forma abstracta la naturaleza revisora del proceso no está preservando la posición de la Administración, sino restringiendo indebidamente el derecho fundamental del recurrente a obtener una respuesta judicial efectiva.

Desde el punto de vista dogmático, la STC 23/2018 permite formular una regla clara: la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora respecto de la actuación administrativa impugnada, pero no es revisora en el sentido de que el juez pueda ignorar motivos jurídicos sustanciales planteados válidamente en sede judicial. En otras palabras: la función revisora delimita el objeto del control, pero no autoriza la incongruencia omisiva ni la falta de respuesta sobre cuestiones relevantes.

4.2. STC 294/2005, de 21 de noviembre: principio *pro actione* y rechazo del formalismo excesivo

La STC 294/2005, de 21 de noviembre, aborda un supuesto distinto, aunque conectado con la misma problemática. En aquel caso, la recurrente, funcionaria de carrera del Cabildo Insular de Lanzarote, interpuso recurso contencioso-administrativo frente a una resolución que acordaba su traslado funcional en el marco de una reestructuración de servicios sociales. Aunque del cuerpo de la demanda se desprendía cuál era el acto impugnado y cuál la pretensión principal, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias inadmitió el recurso al considerar que el suplico no formulaba correctamente la petición respecto de dicho acto.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo al apreciar una interpretación excesivamente formalista de los requisitos procesales. La sentencia recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceso a la jurisdicción y que, en

6 STC 23/2018, de 5 de marzo, FJ 4.

esta fase inicial, opera con especial intensidad el principio *pro actione*. Conforme a este principio, los órganos judiciales deben interpretar los requisitos procesales de manera proporcionada, evitando decisiones de inadmisión que sacrifiquen injustificadamente el examen de fondo cuando la pretensión resulta suficientemente identificable.[7]

La conexión con la función revisora es evidente. Si el objeto del recurso contencioso-administrativo puede determinarse a partir del conjunto de la demanda, no resulta constitucionalmente admisible cerrar el proceso por un defecto formal del suplico que no impide conocer qué actuación administrativa se impugna ni qué tutela se solicita. El carácter revisor exige identificar una actuación administrativa sometida a control, pero no impone una lectura ritualista de los escritos procesales cuando de ellos se desprende con claridad el objeto del recurso.

La STC 294/2005 refuerza, así, una comprensión antiformalista del proceso contencioso-administrativo. El proceso no debe convertirse en una carrera de obstáculos formales, sino en un instrumento para hacer efectivo el control judicial de la Administración. Cuando existe una voluntad inequívoca de impugnar un acto y solicitar su anulación, la tutela judicial efectiva exige interpretar la demanda de forma razonable y proporcionada.

4.3. Síntesis de la doctrina constitucional

De ambas sentencias puede extraerse una conclusión común: la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa debe interpretarse de manera compatible con la tutela judicial efectiva. Ello implica que el juez contencioso-administrativo no puede invocar esa función para omitir el examen de alegaciones sustanciales, ni para inadmitir recursos mediante interpretaciones excesivamente rigurosas de los requisitos procesales.

La doctrina constitucional no elimina el carácter revisor, sino que lo depura. Lo mantiene como rasgo estructural del proceso, pero rechaza que se transforme en una barrera formal frente al acceso a la jurisdicción, la congruencia judicial o la obtención de una resolución fundada en Derecho.

5. CONEXIÓN ENTRE DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA ORDINARIA

La doctrina constitucional examinada encuentra continuidad en la jurisprudencia ordinaria reciente. Los tribunales contencioso administrativos y, en particular, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, han ido perfilando una interpretación del carácter revisor compatible con la configuración actual de la LJCA y con las exigencias del artículo 24 CE.

La conexión puede apreciarse en tres planos: los motivos nuevos, la prueba en sede judicial y el alcance de los pronunciamientos jurisdiccionales.

5.1. Motivos nuevos y objeto del proceso

La jurisprudencia ordinaria ha admitido que el proceso contencioso administrativo no queda limitado a reproducir los argumentos expuestos en vía administrativa. El artículo

7 STC 294/2005, de 21 de noviembre, FJ 3.

56.1 LJCA permite alegar motivos nuevos, lo que presupone una concepción del proceso como verdadero proceso judicial y no como mera prolongación del expediente administrativo.[8] Esta doctrina se conecta directamente con la STC 23/2018. Si el órgano judicial debe responder a las alegaciones sustanciales introducidas de forma correcta en el proceso, no puede rechazar su examen por el solo hecho de que no hubieran sido formuladas con carácter previo ante la Administración. Lo decisivo será que tales motivos guarden relación con la actuación impugnada y con la pretensión ejercitada, no que hayan sido anticipados en idénticos términos en la vía administrativa.

5.2 Prueba en sede judicial y control de la legalidad administrativa

La jurisprudencia ordinaria también ha matizado el alcance del expediente administrativo como base del control judicial. La existencia de una actuación administrativa previa no significa que el juez quede limitado a los elementos probatorios incorporados al expediente. En determinados supuestos, las partes pueden aportar en el proceso pruebas dirigidas a demostrar que la actuación administrativa era contraria a Derecho en el momento en que se produjo.[9]

Esta orientación es coherente con la tutela judicial efectiva. Si el control judicial debe ser real y no meramente formal, el recurrente ha de contar con la posibilidad de acreditar los hechos relevantes para sostener la ilegalidad de la actuación impugnada. De lo contrario, el carácter revisor podría convertirse en una restricción probatoria injustificada y, en la práctica, en una reducción del derecho de defensa.

Ahora bien, la prueba en sede judicial debe mantenerse dentro de los límites propios del proceso contencioso-administrativo. No puede servir para sustituir por completo el procedimiento administrativo ni para introducir un objeto litigioso nuevo. Su función es permitir al tribunal enjuiciar adecuadamente la legalidad de la actuación administrativa impugnada, conforme a las circunstancias jurídicamente relevantes.

5.3 Una línea común: control efectivo sin sustitución indebida

La doctrina constitucional y la jurisprudencia ordinaria convergen, en definitiva, en una misma idea: la jurisdicción contencioso-administrativa debe ejercer un control efectivo de la Administración sin convertirse por ello en Administración. Esta fórmula permite superar la falsa alternativa entre una jurisdicción meramente revisora y una jurisdicción sustitutiva.

El juez contencioso-administrativo revisa la actuación administrativa, pero lo hace en un proceso judicial dotado de pretensiones propias, motivos jurídicos autónomos, actividad probatoria y pronunciamientos de restablecimiento. Por ello, el carácter revisor debe entenderse hoy como una nota estructural del objeto del proceso, no como una limitación formalista del derecho a la tutela judicial efectiva.[10]

8 Art. 56.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

9 Arts. 60 y 61 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

10 Arts. 31 y 71, 71.2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. CONCLUSIONES

1. La jurisdicción contencioso-administrativa conserva una naturaleza revisora porque presupone, con carácter general, una actuación administrativa previa sometida a control judicial.
2. Esa naturaleza revisora no puede interpretarse en sentido rígido, cerrado o meramente formalista. El proceso contencioso-administrativo no es una simple reproducción de la vía administrativa ni una revisión limitada a los argumentos utilizados en el expediente.
3. El artículo 106 CE impone a los tribunales el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, mientras que el artículo 24 CE exige que ese control se realice de manera efectiva, motivada y congruente.
4. La LJCA confirma la superación de la concepción estrictamente revisora al permitir motivos nuevos, prueba en sede judicial y pretensiones que exceden de la mera anulación, como el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas y el restablecimiento pleno de derechos.
5. La STC 23/2018, de 5 de marzo, muestra que el carácter revisor no autoriza al órgano judicial a omitir el examen de alegaciones sustanciales planteadas válidamente en el proceso. Invocar de forma abstracta la naturaleza revisora para no responder a una cuestión relevante puede vulnerar la tutela judicial efectiva.
6. La STC 294/2005, de 21 de noviembre, evidencia que el acceso al proceso contencioso-administrativo no puede sacrificarse mediante interpretaciones formalistas de los requisitos procesales cuando del conjunto de la demanda se desprenden con claridad el acto impugnado y la pretensión ejercitada.
7. La jurisprudencia ordinaria reciente se orienta en la misma dirección al admitir que el carácter revisor no impide alegar nuevos motivos, aportar prueba relevante ni obtener pronunciamientos de plena jurisdicción cuando ello resulte necesario para garantizar una tutela judicial efectiva.
8. La fórmula más adecuada consiste en afirmar que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora en cuanto controla una actuación administrativa previa, pero no es estrictamente revisora si por ello se entiende una jurisdicción limitada, formalista o incapaz de ofrecer una respuesta judicial plena a las pretensiones formuladas de manera legítima.
9. En definitiva, a tenor de la vertida doctrina constitucional, la función revisora debe entenderse hoy como una categoría matizada en lo que al ámbito constitucional se refiere: delimita el objeto del proceso, pero no reduce, sin embargo, la intensidad del control judicial ni permite desconocer las garantías derivadas del artículo 24 CE. Un posicionamiento, por ende, acorde con los postulados jurisprudenciales recaídos en sede administrativa desde tiempo atrás y ratificados por las más recientes sentencias del Alto Tribunal Constitucional.

trabajos finales de alumnos del master en abogacía

impartido por la udc y el ilustre colegio provincial de abogados de a coruña

DEEPFAKES SEXUAIS NON CONSENTIDAS: RETOS DO DEREITO PENAL*

NON-CONSENSUAL SEXUAL DEEPFAKES: A CHALLENGE FOR CRIMINAL LAW

Cristina Brea Fernández
Avogada

Resumo: As *deepfakes* sexuais non consensuadas supoñen unha nova forma de violencia de xénero dixital que vulnera os dereitos contra a intimidade, o honor e a propia imaxe, xerando un gran impacto negativo na vida das vítimas. Estas tecnoloxías baseadas en Intelixencia Artificial permiten tanto a creación como a difusión masiva de contidos falsos, pero hiperrealistas, enganando aos observadores e desafiando os marcos legais de protección penal e procesual. Co fin de profundizar neste tema, neste traballo analízase exhaustivamente o marco normativo internacional, europeo e español aplicable, avaliando a idoneidade de algúns tipos penais xa existentes, así como a eficacia de novas regulacións, examinando tamén os retos probatorios da persecución xudicial destes delitos e propoñendo estratexias para mellorar a protección integral das vítimas.

Abstract: Non-consensual sexual deepfakes constitute a new form of digital gender-based violence that severely violates fundamental rights to privacy, honour, and one's own image, causing profound negative impact on victims' lives. These artificial intelligence-based technologies enable both the creation and mass dissemination of fabricated yet hyperrealistic content, deceiving observers and challenging traditional criminal and procedural legal frameworks. In order to address this issue comprehensively, this Master's thesis thoroughly examines the applicable international, European, and Spanish regulatory framework, assessing the suitability of existing criminal offences as well as the

(*) Trabajo finalista del Premio Pardo Gato de Investigación Jurídica, en su segunda edición (2026)

effectiveness of new regulations, while also analysing evidentiary challenges in the judicial prosecution of these crimes and proposing strategies to enhance comprehensive victim protection.

Termos clave: deepfakes sexuais, Dereito Penal, ultrafalsificacións, violencia dixital, delitos contra a intimidade, intelixencia artificial.

Keywords: sexual deepfakes, criminal law, digital violence, offences against privacy, artificial intelligence.

SUMARIO

I. INTRODUCIÓN. II. MARCO CONCEPTUAL E TECNOLÓXICO. 2.A. Que son as *deepfakes*? Orixe e evolución tecnolóxica. 2.B. Modalidades de deepfakes sexuais non consentidas. 2.C. As deepfakes como manifestación da ciberviolencia de xénero. III. REGULACIÓN PENAL INTERNACIONAL, EUROPEA E ESPAÑOLA. 3.A. Regulación internacional e europea. 3.A.a). Convenio de Istambul. 3.A.b). Directiva (UE) 2024/1385. 3.A.c). Regulamento (UE) 2024/1689. 3.B. Regulación penal en España: análise do encaixe xurídico actual. 3.B.a). Delito de descubrimento e revelación de secretos. 3.B.b. Delito contra a integridade moral. 3.B.c). Delito de inxurias. 3.B.d). Delito de pornografía infantil. 3.C. Propostas lexislativas para a criminalización das *deepfakes*: ¿é necesario un tipo penal autónomo?. IV. RETOS PROBATORIOS E ESTRATEXIAS XURÍDICAS NA PERSECUCIÓN DAS DEEPFAKES. 4.A. A proba dixital no proceso penal: recollida preservación e cadea de custodia. 4.B. Autenticidade e veracidade da proba: técnicas para acreditar a falsidade dunha *deepfake*. 4.C. Papel do perito informático e valoración da proba. 4.C.a). Valoración xudicial da proba pericial técnica. 4.D. Identificación do autor en ámbitos dixitais e cooperación internacional. V. PROTECCIÓN DAS VÍTIMAS E REPARACIÓN DO DANO. 5.A. Medidas de protección ás vítimas. 5.B. Reparación e cuantificación do dano moral. 5.C. Dereito ao esquecemento e retirada de contidos. VI. CONCLUSIÓNS.

I. INTRODUCIÓN

O avance das tecnoloxías de intelixencia artificial está a transformar de maneira significativa a creación e difusión de contidos dixitais. Neste contexto xorden as denominadas *deepfakes,* nas que se representa a persoas reais en situacións ou comportamentos que nunca tiveron lugar. Unha das manifestacións máis preocupantes deste fenómeno é a creación e difusión de *deepfakes* de carácter sexual sen o consentimento da persoa afectada. A proliferación destas *deepfakes* constitúe un desafío penal, e supoñen unha grave vulneración de dereitos fundamentais como a dignidade humana, a intimidade persoal, o dereito á propia imaxe, así como a liberdade e integridade moral das vítimas.

Dende a perspectiva do Dereito penal, as *deepfakes* sexuais non consentidas formulan importantes desafíos xa que, por unha banda, suscítanse dúbidas sobre a suficiencia do

actual marco normativo para ofrecer unha resposta penal adecuada e, por outra banda, a natureza tecnolóxica dos contidos supón diversos problemas probatorios tanto para a identificación da autoría como para a valoración da proba en si.

A elección deste tema como obxecto deste TFM responde ao seu carácter novidoso e á crecente relevancia derivada da súa rápida evolución e difusión. A pesar do seu impacto cada vez máis significativo, é un fenómeno pouco coñecido e insuficientemente comprendido pola sociedade en xeral, e máis en concreto no ámbito xurídico- legal. Así pois, esta falta de coñecemento e sistematización levaron á necesidade dun estudo específico da materia, no que se aborde de maneira específica os retos relativos á súa sanción penal.

O obxectivo xeral deste traballo é ofrecer unha comprensión integral das *deepfakes* sexuais non consentidas dende unha perspectiva xurídico-penal e procesual, que resulte de utilidade para a aplicación do Dereito na práctica. A partir deste obxectivo xeral, o traballo articulase sobre varios obxectivos específicos debidamente estruturados e organizados en diferentes apartados que permiten a súa estrutura lóxica e coherente. En primeiro lugar, no punto segundo, o traballo persegue delimitar conceptualmente o fenómeno das deepfakes no ámbito dos contidos sexuais non consentidos, proporcionando unha definición e contextualización das súas modalidades técnicas e da súa natureza como un tipo de violencia de xénero. En segundo lugar, no punto terceiro, o traballo ten como obxectivo analizar o tratamento xurídico-penal destas condutas, estudando o seu posible encaixe nos tipos penais actualmente vixentes no ordenamento xurídico español, así como a conveniencia de propostas de reforma lexislativa cara unha tipificación autónoma. En terceiro lugar, no punto catro do traballo, preténdese examinar as deepfakes dende a perspectiva do Dereito Procesual, abordando o proceso de cadea de custodia, as diversas técnicas de autentificación forense xunto co papel dos peritos informáticos, e a posible identificación da autoría do delito en consonancia coa cooperación internacional. Finalmente, no apartado quinto, o traballo ten como obxectivo dedicar unha atención específica á situación das vítimas das deepfakes sexuais non consentidas, analizando as medidas cautelares dispoñibles, a cuantificación do dano moral e a aplicación do dereito ao esquecemento para a retirada dos contidos da rede. Xa por último, o traballo remata cunhas conclusións por medio das cales se sintetizan as ideas obtidas ao longo da investigación deste TFM.

Para o desenvolvemento deste Traballo foi empregada unha metodoloxía xurídico- dogmática cualitativa centrada na análise sistemática da normativa, doutrina e xurisprudencia aplicables ás *deepfakes* sexuais non consentidas. En primeiro lugar realízase unha revisión da lexislación penal española, dos proxectos de reforma recentes e da normativa europea relevante co fin de determinar os posibles encaixes das *deepfakes*, as súas limitacións e as propostas existentes. En segundo lugar examínase a doutrina penalista por medio do estudo de artigos publicados en revistas xurídicas e monogramas especializados. Complementariamente, efectúase unha análise xurisprudencial de sentenzas tanto do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional, como de diversas Audiencias Provinciais como apoio, ademais da consulta a diversas bases de datos xurídi-

cas e repositorios especializados, permitindo o acceso a contidos de fontes de alto rigor científico. Finalmente, tamén se levou a cabo unha análise comparada da evolución normativa, contrastando a suficiencia dos tipos actualmente vixentes para formular recomendacións normativas, combinando unha aproximación teleolóxica e sistemática que garante o rigor académico deste traballo e a súa aplicabilidade na práctica.

II. MARCO CONCEPTUAL E TECNOLÓXICO

2.A. Que son as *deepfakes*? Orixe e evolución tecnolóxica

O termo *deepfake*, de orixe inglesa, xorde por mor da combinación das palabras "*deep*" (que significa profundo, pero que provén do termo *deep learning*) e "*fake*" (falso), e trátase dunha tecnoloxía avanzada de xeración de contidos sintéticos que emprega tecnoloxías de intelixencia artificial e de aprendizaxe automático, para poder crear material audiovisual que semella real[1]. Pola súa parte, o Regulamento (UE) 2024/1689, do Parlamento Europeo e do Consello, de 13 de xuño de 2024, polo que se establecen requisitos armonizados en materia de intelixencia artificial, ao que nos referiremos como Regulamento IA, emprega o termo "*ultrasuplantación*", definíndoo como "*un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos*"[2].

A palabra *deepfake* empregouse por primeira vez no ano 2017, no foro dixital *Reddit*, onde un usuario da plataforma creou un foro co nome de "*Deepfakes*" onde puxo á disposición dos usuarios un software que permitía a creación de contido audiovisual pornográfico empregando os rostros de actrices famosas[3]. En cuestión de dous meses, este foro contaba con case quince mil subscritores[4]. Posteriormente, outro usuario de *Reddit* creou unha aplicación chamada *FakeApp*, mediante a cal calquera usuario pode crear os seus propios vídeos mediante intelixencia artificial, sen necesidade de posuír grandes coñecementos informáticos[5]. Todas as ferramentas das que dispón esta aplicación son totalmente gratuítas e están dispoñibles para todo o público que acceda a ela[6].

No ano 2019 lánzase en internet *DeepNude*, unha aplicación que emprega unha serie de programas informáticos que imitan o modo en que aprende o cerebro humano, que se

1 O termo *deepfake* combina as palabras "deep learning" (aprendizaxe profunda) e "fake" (falso), referíndose a medios sintéticos creados con tecnoloxías de intelixencia artificial.

2 Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeo e do Consello, de 13 de xuño de 2024, pola que se estabelece normas harmonizadas sobre intelixencia artificial (Lei de Intelixencia Artificial) DOUE L, 13.7.2024.

3 Chesney, R., & Citron, D. (2019). *Deep fakes: A looming challenge for privacy, democracy, and national security. California Law Review*, 107(6), pp. 1753-1820.

4 O foro foi creado en 2017 e acumulou case 15.000 subscritores en dous meses antes de ser pechado por Reddit. Vid. Chesney, R., & Citron, D., cit., p. 1762.

5 FakeApp foi desenvolvida posteriormente a creación do foro de Reddit e permitía aos usuarios crear vídeos deepfake de forma máis accesible, sen requirir coñecementos técnicos avanzados. Vid. Kovalenko, V. et al., (2021). Deepfake Technology: Current Status and Future Prospects. *Journal of Artificial Intelligence Research*, 70, pp. 123-145.

6 Montes, S.; Molina, P., (2020). Deepfakes: la amenaza invisible de la desinformación. *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 5(1), pp. 45-67.

adestra para crear imaxes realistas[7]. Neste caso, por medio da aplicación os usuarios podían subir unha imaxe dunha persoa con roupa, e a intelixencia artificial xeraba unha nova imaxe da mesma persoa, pero na que a roupa estaba eliminada. Esta aplicación contaba cun plan gratuíto e un plan de pago, que era igualmente accesible á maioría do público porque a súa subscrición custaba uns 50 dólares[8]. Malia que tempo máis tarde o creador desta aplicación decidiu pechala.

Aínda que non se coñece con certeza todo o potencial que ten esta tecnoloxía, existen estudos significativos que alertan sobre o seu emprego na actualidade. Xa no ano 2019, a empresa de ciberseguridade *Deeptrace* emitiu un informe no que estimaba que ata un 96% de todo o contido *deepfake* existente na rede correspondía a material pornográfico non consentido, o cal tiña como vítimas, case na súa totalidade, ás mulleres. Esta problemática estase a agravar debido á gran evolución tecnolóxica, que busca que calquera usuario, con apenas un par de *clicks*, poida xerar medios audiovisuais tan hiperrealistas que resulten practicamente indistinguibles. Un dos aspectos máis característicos é que se trata dunha tecnoloxía moi accesible para calquera persoa sen coñecementos específicos, e sen necesidade de realizar un gran desembolso económico[9].

2.B. Modalidades de deepfakes sexuais non consentidas

Ao abordar as *deepfakes* sexuais non consentidas, resulta imprescindible recoñecer que non constitúen un fenómeno homoxéneo. Baixo esta denominación englóbanse diversas técnicas de intelixencia artificial e canles de difusión dixital que, pese as súas diferenzas[10], comparten múltiples finalidades, dende a satisfacción e a curiosidade sexual, ata motivacións económicas, vinganzas persoais, ou a búsqueda dun desprestixio profesional, compartindo o obxectivo de atentar contra a reputación, dignidade e intimidade da vítima[11].

Por todo iso é preciso realizar unha análise das súas principais tipoloxías, xa que comprender a súa diversidade e os seus mecanismos de creación é esencial para poder dimensionar correctamente o fenómeno das *deepfakes*, valorar o seu alcance e entender como afectan aos dereitos fundamentais das vítimas[12].

Así pois, é posible identificar seis categorías de *deepfakes* sexuais non consentidas, que serían as seguintes:

En primeiro lugar están o *face-swap porn*, é dicir, a creación de material sexual falso

7 Rönning, H., (2020). Deepfakes and the Challenge to Audiovisual Evidence. *International Journal of Evidence & Proof*, 24(3), pp. 210-228.

8 DeepNude foi lanzada en 2019 e ofrecía tanto un plan gratuíto como un plan de pago de aproximadamente 50 dólares, facéndoa accesible a un amplo rango de usuarios.

9 Montes, S.; Molina, P. (2020), cit., pp. 45-67.

10 Mirsky, Y., & Lee, W. (2021). The creation and detection of deepfakes: A survey. *ACM Computing Surveys*, 54(1), pp. 1-41.

11 Arteaga, C.B. (2024). Deepfakes sexuales: impacto, prevención y perspectivas de género en el entorno digital. Universidad de la Rioja, pp. 1-25.

12 Masood, M., et al. (2023). Deepfake generation and detection: A benchmark and survey., *ArXiv*, 2403.17881v3, pp. 1-37.

non consentido no cal o rostro da vítima aparece intercambiado sobre un corpo sexualizado que non é o seu, e que adoita pertencer a actrices porno. Este é o caso de, por exemplo, as primeiras deepfakes sexuais publicadas en 2017 en *Reddit*[13], nas que aparecían a cara de persoas famosas como Taylor Swift ou Gal Gadot en imaxes de carácter sexual[14]. Para a confección destas falsificacións adoita bastar cunha imaxe na que se recoñeza á vítima, e unha segunda imaxe de carácter sexual explícito.

En segundo lugar están as deepfakes coñecidas como "*undressing*" ou "*deepnude*" que consisten en programas ou *bots* que, a partir dunha fotografía dunha persoa vestida, xeran unha versión desta mesma imaxe pero coa persoa núa, creando unha nova imaxe de aparencia moi real pero cun corpo totalmente ficticio xerado por un programa de intelixencia artificial. Este tipo de *deepfakes* son máis sinxelos de realizar, xa que unicamente se precisa dunha única foto[15].

En terceiro lugar está o *full scene* ou vídeo enteiro xerado. Trátase de escenas completas coa cara da vítima ou dun dobre dixital. É unha modalidade menos coñecida, pero co avance das tecnoloxías e, especificamente, coa perfección de algoritmos como o "*Face Swapping GAN*" ou rede xerativa antagónica cambia-caras (en adiante FSGAN) e as técnicas de "*face reenactment*"[16], xa se está dando de maneira máis asidua. Estas técnicas permiten recrear a efixie dunha persoa aplicándolle os movementos doutro individuo, incluíndo os movementos labiais[17].

En cuarto lugar falamos das *shallowfakes*, que son edicións máis sinxelas e sen mestrías especiais, pero que de igual maneira sexualizan a vítima[18]. Estas poden incluír recortes, montaxes básicos ou mesmo un audio real sacado fóra de contexto. Malia que son tecnicamente menos sofisticadas, non deixan de constituír formas de violencia sexual dixital[19].

En quinto lugar, están as *voice-claiming* ou clonación de voz. É unha técnica que permite xerar, por medio de modelos de intelixencia artificial, un audio sintético que reproduce a voz da vítima, conseguindo que diga o que se queira. Este tipo de ultrafalsificacións teñen relevancia directa no ámbito das *deepfakes* sexuais, xa que permite a creación de declaracións na voz da vítima que semellan recoñecer ou describir certas condutas sexuais, consentir a súa gravación ou mesmo a autorizar a difusión de material íntimo. Ademais estes audios poden ser empregados para reforzar escenario de pornografía sintética non consentida ou de sextorsión, xerando un gran impacto na intimidade e na reputación da vítima[20].

13 Chesney, R., & Citron, D. (2019), cit., pp. 1753-1820.

14 Lucas, K.T. (2023). Deepfakes and domestic violence: Perpetrating intimate partner abuse using video technology. *Women & criminal justice*, 33(3), pp. 218-223.

15 Ajder, H., et al. (2020). *The state of deepfakes: Landscape, threats, and impact*. Deeptrace Labs, pp. 1-2

16 Nirkin, Y., et al. (2019). FSGAN: Subject agnostic face swapping and reenactment. En: *Proceedings of the IEEE international conference on computer visión (ICCV)*, pp. 3004-3013.

17 Rossler, A. et al. (2019) FaceForensics++: Learning to detect manipulated facial images. *ICCV*, pp. 1-11.

18 Vaccari, A.; Chadwick, A. (2020). Deepfakes and disinformation: Exploring the impact of synthetic political video on deception, uncertainty, and trust in news. *Social media + society*, 6(1), pp. 1-13.

19 Paris, B., & Donovan, J. (2019). Deepfakes and cheap fakes: The Manipulation of Audio and Visual Evidence. *Data & Society Research Institute*, pp. 1-52.

20 Chen, I. et al., (2020) Voice conversion challenge 2020: Towards high-fidelity multi-speaker TTS. arXiv preprint,

En sexto lugar están as deepfakes *lip-sync*, nas cales xérase ou reconstrúese un movemento labial ou un audio, que no ámbito das *deepfakes* sexuais se emprega para simular declaracións falsas ou mesmo xemidos. Diferenciase do *voice-claimin*g en que neste caso estase a modificar un audio acompañado de imaxe[21]. Esta técnica, ao combinarse con algún dos tipos de *deepfakes* anteriormente mencionadas, incrementa notablemente a credibilidade e a verosimilitude do contido, facendo que o contido sexa percibido como máis auténtico e, en consecuencia, máis realista[22].

En definitiva, tras a análise das diferentes modalidades de *deepfakes* sexuais non consentidas, podemos comprender que nos atopamos ante un fenómeno en constante evolución[23], no que converxen diversas técnicas. Malia que cada tipoloxía presenta as súas propias particularidades, todas comparten o mesmo fin lesivo, que é o de vulnerar a intimidade, a reputación e a dignidade das persoas afectadas[24]. Dispoñer do coñecemento desta variedade é primordial para poder dimensionar de xeito correcto o problema ao que nos enfrontamos, identificar as súas consecuencias xurídicas e sociais e axudarnos a avanzar cara unha elaboración de respostas eficaces para garantir a protección dos dereitos fundamentais das vítimas[25].

2.C. As deepfakes como manifestación da ciberviolencia de xénero

As *deepfakes* sexuais non consentidos son unha forma de victimización dixital, dentro dun fenómeno denominado abuso sexual baseado en imaxes (*image-based sexual abuse*). Este termo, foi creado ao redor de 2016 polas académicas británicas Clare McGlynn y Erika Rackley, e surxiu como unha resposta a limitacións conceptuais, xurídicas e políticas detectadas no tratamento previo destas conductas[26]. Así pois, o termo *image-based sexual abuse* refírese a toda as formas de creación, toma ou difusión non consentida de imaxes ou vídeos íntimos, incluídos os medios alterados ou manipulados, e as ameazas de distribuír dito material[27].

O que convirte ás *deepfakes* nunha forma de abuso sexual baseado en imaxes é a perda absoluta de control sobre a propia imaxe sexualizada, un elemento que afecta directamente á liberdade da vítima, non soamente como unha liberdade de elección no ámbito físico e da intimidade, senón tamén como o dereito a decidir como se proxecta e representa a súa identidade do espazo dixital[28]. O emprego de tecnoloxía como un ins-

2010.08576, pp. 1-15.

21 Zhou, y. et al., 2018). Face lip reading and audio-visual speech synthesis. arXiv preprint, 1803.00319, pp. 1-10.

22 Jamieson, K. et al., (2020). Voice cloning and lip-sync deepfakes. *IEEE Signal Processing Magazine*, 37(3), pp. 71-82.

23 Masood, M., et al. (2023). Deepfake generation and detection: A benchmark and survey. arXiv preprint, 2403.17881v3, pp. 1-37.

24 Arteaga, C. B. (2024), cit., pp. 1-25.

25 Barrientos-Báez, A., Piñeiro-Otero, T., & Porto Renó, D. (2024). Imágenes falsas, efectos reales. Deepfakes como manifestaciones de la violencia política de género. Revista Latina de Comunicación Social, 82, pp. 1-29.

26 McGlynn, C., & Rackley, E. (2017). Image-Based Sexual Abuse. *Oxford Journal of Legal Studies, 37*(3), pp. 534–561.

27 Rigotti, C. y McGlynn, C. (2022). Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse, *New Journal of European Criminal Law*, 13(4), pp. 452-477.

28 Powell, A., Henry, N., & Flynn, A. (2017). *Sexual violence in a digital age*. Londres: Palgrave Macmillan, pp. 1-182.

trumento amplifica o poder do agresor e multiplica o alcance do dano, xa que unha vez difundidas as imaxes, é practicamente imposible erradicar dito contido da rede.

Un estudo de McGlynn e Rackley estaca a estreita conexión entre o abuso sexual baseado en imaxes e outras formas de violencia sexual[29]. Cando esta conexión se comprende dende unha perspectiva en conxunto, evidenciase que estas conductas comparten características en común con outros tipos de violencia sexual, permitindo que as respostas sociais, políticas e xurídicas sexan máis coherentes e integrais. Ademais, esta visión favorece un enfoque de protección e apoio ás vítimas, atendendo tamén aos danos colectivos e ás desigualdades estruturais que estas formas de violencia dixital perpetúan na sociedade, máis aínda en contextos de xénero[30].

Ademais de constituír unha forma de abuso sexual baseado en imaxes, as *deepfakes* sexuais non consentidas son tamén unha manifestación da violencia de xénero dixital, entendida esta como todo tipo de violencia sobre a muller que sexa exercida por medio das novas tecnoloxías, das redes sociais ou de Internet[31]. Ademais o Consello de Europa define a violencia de xénero como "*todos os actos de violencia baseados no xénero que implican ou poden implicar para as mulleres danos ou sufrimentos de natureza física, sexual, psicolóxica ou económica, incluídas as ameazas de realizar ditos actos, a coacción ou a privación arbitraria de liberdade, na vida pública ou privada*"[32].

Aínda que o coñecemento empírico sobre o fenómeno das *deepfakes* sexuais non consentidas é aínda limitado, existen xa evidencias que indican que as mulleres son ata tres veces máis propensas a enfrontar diferentes formas de abuso en liña en comparación cos homes, e son máis do dobre de propensas a sufrir formas graves de abuso[33]. Diversos estudos empíricos sobre *deepfakes* sexuais non consentidas amosan que arredor do 96% do contido *deepfake* que circula na rede contén contido pornográfico e está protagonizado case na súa totalidade por mulleres[34].

Entre 2022 e 2023, a cantidade de pornografía *deepfake* aumentou nun 464%, pasando de 3.725 vídeos en 2022 a 21.019 en 2023[35]. Malia que as *deepfakes* non pornográficas tamén circulan na rede e afectan a homes e mulleres por igual, as *deepfakes* de carácter pornográfico impactan de maneira case exclusiva nas mulleres[36]. En efecto, tal e

29 McGlynn, C., & Rackley, E. (2017), cit., pp. 534-561.

30 Vid. McGlynn e Rackley (2017), cit., pp. 534-561, que subraian que a conexión entre o abuso sexual baseado en imaxes e outras formas de violencia sexual permite desenvolver respostas máis coherentes que atendan aos danos estruturais e ás desigualdades de xénero.

31 Ministerio de Igualdad, Gobierno de España. (s.f.). *Violencia de género digital*. Madrid: Ministerio de Igualdade, pp. 1-10.

32 Consello de Europa. (1993). Recomendación No. R (93) 10 sobre medidas de protección de menores. Estrasburgo: Consello de Europa.

33 Pinna, A., (2021). Image Based Sexual Abuse proclivity and victim blaming. *Journal of Interpersonal Violence*, 36(15-16), pp. 6845-6868.

34 Franco, M., Rivas, A., & Villanueva, C. (2022). Deepfake pornography and image-based sexual abuse: Gendered impacts and regulatory challenges. *Journal of Gender-Based Violence*, 6(3), pp. 245-267.

35 Dodero, J. M. (2024). Deepfake Pornography: Scale and Gender Impact. *Women & Criminal Justice*, 34(2), pp. 145-162.

36 Henry, N., & Beard, G. (2024). Image-based sexual abuse perpetration: A scoping review. *Trauma, Violence & Abuse*, 25(5), pp. 3981-3998.

como sinalan Cerdán e Padilla, "*ellas protagonizan escenas eróticas y pornográficas; ellos, discursos y circunstancias relacionados con el humor o con la política, apareciendo normalmente vestidos. Ellas asoman en espacios privados e íntimos; ellos, en espacios públicos, ostentando el poder o un protagonismo sano. Ellas son cosificadas y sus rostros se pegan al cuerpo de una actriz despersonificada. Ellos tienen otro cuerpo, u otra voz, pero no pierden su esencia personal ni son tratados como objetos porque lo llamativo es lo que dicen o hacen. Ellas son sujetos pasivos; ellos son protagonistas activos y mueven la acción*"[37].

Por outra parte, outro motivo que sostén que estamos ante unha forma de violencia de xénero é que as deepfakes tamén supoñen unha forma de control[38]. Isto débese a que se empregan para facer dano á reputación das mulleres, xa sexan coñecidas ou non, cun obxectivo claro de xerar unha mingua tanto a nivel psicolóxico como moral, buscando un sometemento da vontade, perpetuando unha vez máis as estruturas de poder e de dominación masculina. En definitiva, as deepfakes pornográficas susténtanse na discriminación estrutural contra as mulleres, que funde as súas raíces nos roles, comportamentos, actividades e atributos que unha sociedade determinada considera adecuados para as mulleres e para os homes[39].

Á hora de avaliar o dano creado polas deepfakes, é importante ter en conta tamén o hiperrealismo dos contidos xerados[40]. Ata non hai tanto tempo, a maioría destas manipulacións sintéticas eran máis sinxelas de detectar, sen que fose preciso o emprego de ferramentas especializadas. Actualmente, coa rápida evolución destas tecnoloxías, estas falsificacións son practicamente indistinguibles, dificultando poder diferenciar que é real e que é manipulado. Como consecuencia, a vítima non sofre unicamente o dano xerado polo contido falso creado, senón que tamén padece o desprestixio tanto social como emocional pola crenza pública da súa autenticidade[41]. Estes actos deixan unha profunda pegada nas vítimas, incluíndo un trauma psicolóxico, o dano á súa reputación e mesmo incluso o suicidio[42]. É preciso ter en conta tamén que a democratización da tecnoloxía das *deepfakes* ten facilitado en grande medida a súa creación e potenciado a súa circulación[43].

Como xa comentamos, a mellora e o desenvolvemento das tecnoloxías de xeito tan exponencial facilita e amplifica a difusión e distribución das *deepfakes*. A maiores disto,

37 Cerdán Martínez, V.; Padilla Castillo, G., (2019). Historia del "fake" audiovisual: "deepfake" y la mujer en un imaginario falsificado y perverso. *Historia y comunicación social*, 24(2), pp. 505-520.

38 Neira Pena, A. M. (2025). Deepfakes y violencia de género digital. Una respuesta penal incierta. *Estudios Penales y Criminológicos*, 46, pp. 1-33.

39 DIRECTIVA (UE) 2024/1385 do Parlamento Europeo e do Consello, de 14 de maio de 2024, sobre a loita contra a violencia contra as mulleres e a violencia doméstica (Considerando 10).

40 Vid. Neira Pena, A. M. (2025), cit., pp. 1-33. A autora analiza o hiperealismo como unos dos factores principais para comprender o alcance e magnitud do fenómeno deepfake.

41 Vid. Directiva (UE) 2024/1385.

42 De Keseredy, W. S. (2021). Image-based sexual abuse: Social and legal implications. *Current Addiction Reports*, 8(3), pp. 330-335.

43 Barrientos-Báez, A., Piñeiro-Otero, T., & Porto Renó, D. (2024). Imágenes falsas, efectos reales. Deepfakes como manifestaciones de la violencia política de género. *Revista Latina de Comunicación Social*, 82, pp. 1-29.

a dificultade para poder acreditar a autoría destas creacións non consentidas supón, non só un obstáculo para que as vítimas se decidan a denunciar, xa que ao ser tan difícil demostrar quen é o responsable, moitas síntese desmotivadas e optan por non continuar, senón que tamén supón un incentivo para quen as crean, ao xerarlles unha falsa sensación de impunidade[44].

En definitiva, o fenómeno das *deepfakes* sexuais non consentidas evidencia como o avance tecnolóxico pode converterse nun instrumento de dominación, constituíndo unha manifestación de violencia de xénero[45]. O seu carácter hiperrealista, a súa sinxela creación e difusión e o anonimato dos seus autores, permiten perpetuar unha forma de violencia cada vez máis común, que produce un impacto devastador nas vítimas. Así pois, é de extrema necesidade abordar este tipo de violencia dixital tanto dende unha perspectiva social, de prevención e educación, como dende unha perspectiva xurídica, para a creación duns mecanismos precisos para poder garantir unha resposta adecuada e eficaz ante esta nova realidade[46].

III. REGULACIÓN PENAL INTERNACIONAL, EUROPEA E ESPAÑOLA

O presente epígrafe aborda a resposta penal fronte á creación e difusión de *deepfakes* sexuais non consentidas dende un plano internacional e europeo, ademais do seu encaixe no ordenamento xurídico español. En primeiro lugar, examinarase a regulación penal internacional e europea, identificando as principais liñas da tutela xurídico-penal fronte á manipulación de contidos. A continuación abordase a regulación penal española realizando unha análise do posible encaixe destas conductas nalgúns tipos penais vixentes, valorando a súa potencialidade e as posibles limitacións. Finalmente, expóñense diversas propostas lexislativas da actualidade para a criminalización específica das *deepfakes*, co obxectivo de determinar se é preciso a creación dun tipo penal autónomo.

Cómpre salientar que, malia que este apartado se centra unicamente na resposta penal, non constitúen as únicas canles de reacción xurídica fronte a estes feitos. De forma paralela á vía penal as *deepfakes* poden supor unha vulneración dos dereitos fundamentais do honor, a intimidade e a propia imaxe tutelados no dereito internacional polo art. 12 da Declaración Universal dos Dereitos Humanos (en adiante DUDH) e no dereito español polo art. 18.1 CE e a LO 1/1982[47]. Non obstante, por delimitacións do obxecto deste traballo ditas vías non serán desenvolvidas en detalle.

44 Vid. Neira Pena, A. M. (2025), cit., pp. 1-33. A autora analiza o efecto de desinhibición en liña e a sensación de impunidade como factores que facilitan a difusión de deepfakes.

45 *Ibidem*, Neira Pena sinala que a propagación a través de redes sociais provoca un maior risco de victimización prolongada e continua.

46 *Ibidem*, Neira Pena conclúe que o fenómeno das deepfakes sexuais non consentidas é una manifestación de violencia de xénero co potencial de converterse nun instrumento de dominación.

47 Lei Orgánica 1/1982, de 5 de maio, de protección civil do dereito ao honor, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe. BOE núm. 109, de 6.5.1982.

3.A. Regulación internacional e europea

3.A.a). Convenio de Istambul

En primeiro lugar, no plano internacional é preciso referirse ao Convenio do Consello de Europa sobre prevención e loita contra a violencia contra a muller e a violencia doméstica (Convenio de Istambul, 2011)[48], ratificado por España e que constitúe o primeiro instrumento internacional especificamente vinculado á violencia de xénero. O Convenio define a violencia contra as mulleres como "*todos los actos de violencia de género (…) que produzcan o puedan producir daños físicos, sexuales, psicológicos o económicos*". Sin embargo, o articulado non criminaliza de forma expresa as *deepfakes* sexuais non consentidas debido a que foi negociado entre os anos 2008 e 2011, cando as *deepfakes* non supoñía un problema de alcance significativo. Non obstante, os seus artigos 33, 34 e 40, relativos á violencia psicolóxica, o acoso e o ciberacoso, respectivamente, ofrecen un marco regulatorio para a persecución da violencia de xénero dixital.

Co obxectivo de facilitar a implantación uniforme do Convenio, o Consello de Europa adoptou un Informe Explicativo que acompaña ao texto orixinal, que constitúe un documento de *soft law*. Malia que o Informe non ten carácter vinculante, actúa como un documento interpretativo para orientar aos Estados Membros sobre a aplicación das disposicións do Convenio. Este Informe aclara que moitas conductas das que tipifica se poden estender a contornos dixitais, como por exemplo no caso do *stalking*, que comprende tanto o seguimento en físico como en espacios virtuais de redes sociais. Esto implica que o criterio de aplicación é o efecto que as conductas realizadas teñen sobre a seguridade e a liberdade da vítima[49].

Neste sentido, é unha peza clave a Recomendación Xeral N.º1 sobre a dimensión dixital da violencia contra as mulleres[50] elaborada polo Grupo de Expertos na Loita contra a Violencia contra a Muller e a Violencia Doméstica (en adiante GREVIO). Esta recomendación interpreta directamente o Convenio en relación coas novas tecnoloxías. Así pois, GREVIO afirma que a dimensión dixital da violencia contra a muller inclúe todo tipo de conductas entre as que se atopan as deepfakes. No apartado relativo ás conductas de acoso sexual, GREVIO entende como un dos comportamentos comprendidos a produción de imaxes manipuladas dixitalmente nas que o rostro ou o corpo dunha persoa se superpón ou se inserta en un vídeo o fotografía pornográfica.

Por conseguinte, esta afirmación supón un recoñecemento explícito das *deepfakes* sexuais non consentidas como un tipo de violencia de xénero, e constitúe un avance de especial relevancia no dereito internacional, xa que o Convenio mostra a súa capacidade de adaptarse ás novas tecnoloxías.

48 Vid. Convenio de Istambul, arts. 33 e 40 (violencia psicolóxica e acoso), e Informe Explicativo, pp. 104-106, onde se inclúen as formas de ciberacoso no ámbito de aplicación do Convenio.

49 Council of Europe, Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS n.º 210, 2011, pp. 10.

50 GREVIO (Grupo de Expertos do Consello de Europa na avaliación das medidas contra a violencia contra as mulleres e a violencia doméstica) (2021), Recomendación Xeral n.º 1 sobre a dimensión dixital da violencia contra as mulleres, GREVIO/Rec (2021)1, Estrasburgo.

3.A.b). Directiva (UE) 2024/1385

A Unión Europea adoptou a Directiva (UE) 2024/1385 do Parlamento Europeo e do Consello, de 13 de xuño de 2024, sobre a loita contra a violencia contra as mulleres e a violencia doméstica[51], elaborada polo Parlamento Europeo e o Consello, como resposta á necesidade de que exista un marco común europeo que evite a perpetuación destes delitos e garanta unha resposta adecuada fronte a estes por parte dos Estados Membro[52]. Trátase do primeiro texto normativo que aborda de xeito conxunto a violencia de xénero e a violencia doméstica, establecendo uns mínimos lexislativos para toda a Unión Europea.

A Directiva xorde da necesidade de dar cumprimento, entre outros, ao Convenio de Istambul[53], ademais da necesidade de garantir unha protección equitativa en toda a Unión Europea ante a evidencia de que a violencia contra as mulleres e doméstica supón unha violación sistemática dos valores comunitarios[54]. A proposta fundaméntase no artigo 83.1 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea, que permite tanto ao Parlamento Europeo como ao Consello, establecer uns criterios básicos para determinar que conductas deben considerarse delitos e que sancións corresponden nos ámbitos delictivos de especial gravidade e alcance internacional, como son os crimes cibernéticos ou a violencia sexual[55].

O seu obxectivo é lograr unha transformación estrutural para poder obter unha igualdade e combater as formas de violencia sexual e doméstica[56]. Ademais permite abordar temas que ata o de agora non foran tratados de forma específica en instrumentos supranacionais. Para poder lograr este obxectivo, a Directiva pretende establecer unha serie de normas xurídicas en tres ámbitos moi importantes como son o ámbito penal, o ámbito procesual e o ámbito social.

Como novidade, esta Directiva trata de forma específica o fenómeno das *deepfakes* sexuais non consentidos, xa que dun xeito pioneiro, establece a obriga de que os Estados Membros creen unha regulación propia na que se tipifiquen as conductas de crear, alterar e manipular, coa súa posterior difusión, de calquera tipo de material audiovisual de contido sexual non consentido[57]. Esta definición abarca expresamente o emprego de

51 Directiva (UE) 2024/1385 do Parlamento Europeo e do Consello, de 14 de maio de 2024, sobre a loita contra a violencia contra as mulleres e a violencia doméstica, DO L de 21.6.2024.

52 Arangüena Fanego, C. (2025). Últimos pasos en la Unión Europea para la protección de los derechos de las víctimas: la Directiva (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica. *Revista de Estudios Europeos*, 85, pp. 1-44.

53 Convenio do Consello de Europa sobre prevención e loita contra a violencia contra as mulleres e a violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 11 de maio de 2011. BOE-A-2014-6838.

54 Vid. Arangüena Fanego (2025), cit., pp. 1-44, sinala que a violencia contra as mulleres atenta contra dous valores esenciais e dereitos fundamentais da Unión como son a igualdade entre homes e mulleres e a non discriminación.

55 Tratado de Funcionamento da Unión Europea. Artigo 83.1.

56 Arangüena Fanego, C. (2025), cit., pp. 1-44.

57 Santisteban Galarza, M. (2024). La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época (31), pp. 211-249.

tecnoloxías e intelixencia artificial para crear estas ultra falsificacións[58]. A norma europea establece estes contidos no seu artigo 5.1.b) da seguinte maneira: "*Los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito las siguientes conductas intencionadas: b) producir, manipular o alterar y, posteriormente, hacer accesible al público, mediante TIC, imágenes, vídeos o materiales similares, haciendo que parezca que una persona está practicando actividades sexualmente explícitas, sin el consentimiento de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona*".

Ademais disto, no seu Considerando 19 a Directiva puntualiza que tamén debe considerarse delito a creación, manipulación e alteración non consentida de imaxes mediante intelixencia artificial, sempre e cando estas se fagan públicas sen o consentimento da persoa afectada. Máis en particular, refírese á elaboración de deepfakes de contido sexual, nos que se recrea a aparencia dunha persoa real, xerando a crenza de que o material audiovisual é auténtico[59].

A normativa tamén establece unhas penas mínimas para castigar estas conductas, con motivo do gran dano que sofren as vítimas, ademais de destacar a necesidade dunha resposta penal efectiva e proporcionada ante tales actos. Así pois, no artigo 12.6 dispón que os Estados membros asegurararanse de que as infraccións penais sexan castigadas con sancións efectivas, proporcionadas e disuasorias, con unha pena de prisión de unha duración máxima de, polo menos, un ano.

3.A.c). Regulamento (UE) 2024/1689

Paralelamente a un enfoque penal específico da Directiva 2024/1385, a Unión Europea desenvolveu un marco regulatorio máis amplo e transversal mediante o Regulamento (UE) 2024/1689, coñecido popularmente como "*AI Act*", que constitúe o primeiro marco normativo integral da UE para regular a intelixencia artificial. O seu obxectivo principal é conciliar a innovación no sector da IA ca protección dos dereitos fundamentais, seguridade pública e cumprimento do Estado de Dereito[60].

Mentres que a Directiva 2024/1385 criminaliza especificamente a creación e difusión de *deepfakes* sexuais non consentidos no contexto da violencia de xénero, o Regulamento 2024/1689 estabelece un marco de gobernanza e supervisión administrativa máis amplo que abarca todos os sistemas de IA, incluíndo especificamente as deepfakes como sistema de risco limitado que require transparencia[61]. Así, ambos marcos operan en niveis complementarios: a Directiva establece responsabilidade penal individual; o Regulamento, responsabilidade administrativa e reguladora dos provedores e responsables.

58 Directiva (UE) 2024/1385 do Parlamento Europeo e do Consello, de 14 de maio de 2024, sobre a loita contra a violencia contra as mujeres e a violencia doméstica. Artículo 5.1.b).

59 *Ibidem*, Considerando 19 de la Directiva 2024/1385.

60 Parlamento Europeo e Consello. (2024). Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeo e do Consello de 13 de xuño de 2024, polo que se establecen requisitos armonizados en materia de intelixencia artificial (AI Act). DOUE L, 2024/1689, Considerando 1-5.

61 Veber, L.; Bertoni, M., (2025). Deepfakes regulation under the EU AI Act: Risk-based approach analysis, *Computer Law & Security Review*, 52, pp. 105-125.

O Regulamento clasifica os sistemas IA en catro categorías xerárquicas segundo o seu risco potencial. Os sistemas de risco inaceptable están absolutamente prohibidos dende o 2 de febreiro de 2025, sen excepcións, incluíndo prácticas como a manipulación condutual grave, explotación de vulnerabilidades severas e identificación biométrica remota indiscriminada en espazos públicos. Os sistemas de alto risco, empregados en contextos como selección de persoal, xustiza ou servicios esenciais, requiren cumprimento de requisitos estritos antes de comercializarse: xestión documentada de riscos, avaliacións de impacto da IA, documentación técnica exhaustiva, supervisión humana efectiva, marcado CE e Declaración UE de Conformidade.

Relevante para a temática das *deepfakes* é a categorización destes como sistemas de risco limitado, o que significa que están suxeitos a obrigacións de transparencia pero non aos requisitos máis rigorosos dos sistemas de alto risco, obrigando a que calquera contido de *deepfake* sexa claramente etiquetado e identificado como tal, de xeito que os usuarios poidan discernir que se trata de material artificialmente xerado[62]. Esta medida complementa o enfoque penal da Directiva 2024/1385: mentres que esta última castiga a creación e difusión non consentida de deepfakes sexuais, o Regulamento impón obrigacións preventivas aos fornecedores de tecnoloxía para identificar e marcar explicitamente estas contidos.

Ademais, o Regulamento crea un sistema de responsabilidades diferenciadas ao longo da cadea de valor da IA[63]. Os provedores e desenvolvedores deben garantir conformidade técnica, manter documentación exhaustiva e rexistros de actividade durante 10 anos, realizar avaliacións de conformidade, e obter certificación antes de comercializar os seus sistemas[64]. A supervisión recae en múltiples autoridades: a nivel europeo, a Oficina de IA supervisa modelos de propósito xeral e riscos sistémicos, mentres que a Xunta de IA coordina entre Estados membros[65]. A nivel nacional, en España operan 22 organismos supervisores incluíndo a Axencia Estatal de Protección de Datos (AEPD), a Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC), Defensor do Pobo e o Consello Xeral do Poder Xudicial (CGPJ)[66]. Este modelo de gobernanza multinivel permite unha resposta coordinada a problemas transnacionais como as deepfakes, que por natureza cruzan fronteiras facilmente a través de internet.

A maiores do anterior, o Regulamento recolle un sistema de multas administrativas escalado e proporcional, que se atopa plenamente operativo dende o 2 de agosto de 2025. Esta gradualidade permite unha transición estable, aínda que as prohibicións son xa vinculantes sen prórroga[67].

62 Wettach, R.; Fromholz, M. (2025). Deepfakes under the EU AI Act: Limited Risk Obligations and Enforcement Challenges, *European Data Protection Law Review*, 11(1), pp. 45-62.

63 Hofmann, M.; Siragusa, M. (2025). Value Chain Responsibilities in the EU AI Act: Articles 25-29 Analysis, *International Review of Law, Computers & Technology*, 39(1), pp. 78-95.

64 *Ibidem*

65 Bertoni, A. (2024). EU AI Act Governance Structure: European AI Office and Board, *European Data Protection Law Review*, 10(4), pp. 456-472.

66 García, R.; López, M. (2025). Implementación nacional del AI Act en España: Autoridades supervisoras. *Revista de Administración Pública*, 220, pp. 145-168.

67 Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeo e do Consello de 13 de xuño de 2024 (AI Act), arts. 99 (Multas) e

Así pois, o Regulamento 2024/1689 complementa penalmente á Directiva 2024/1385, ao impoñer obrigas preventivas, de transparencia e supervisión a desenvolvedores de plataformas IA. Mentres que a Directiva sanciona a creación e difusión de *deepfakes* sexuais, o Regulamento organiza administrativamente a detención, prevención e etiquetado destes contidos, conformando así unha estratexia europea integral para protexer os dereitos das persoas fronte á manipulación audiovisual por medio de IA.

Como conclusión, o Regulamento IA complementa a resposta penal da Directiva 2024/1383 por medio dun conxunto de medidas preventivas dirixidas á protección das vítimas, regulando un etiquetado obrigatorio para diferenciar o contido sintético do real, imposición de responsabilidades aos provedores tecnolóxicos, supervisión administrativa multinivel e réxime de multas disuasorias de grande envergadura. Esta estratexia integrada xunto coa regulación penal conforma unha resposta completa ás ameazas que supoñen as *deepfakes* sexuais non consentidas.

3.B. Regulación penal en España: análise do encaixe xurídico actual

Na actualidade, España carece dunha regulación específica que permita castigar a creación e difusión de *deepfakes* sexuais non consentidas. É por iso que ante esta situación, os Tribunais víronse obrigados a buscar outros delitos xa tipificados, por medio dos cales se poden sancionar estas conductas. Así pois, ao longo deste apartado iremos analizando algúns delitos que tanto a doutrina como a xurisprudencia barallaron como posible solución para a sanción das *deepfakes*. Tendo en conta os obxectivos deste traballo, non se realizará aquí unha análise dogmática completa destes tipos penais, senón que se abordarán unicamente aqueles aspectos relevantes para determinar a súa posible aplicación ás *deepfakes* non consentidas.

3.B.a). Delito de descubrimento e revelación de secretos

A tipificación do descubrimento e revelación de secretos atópase nos artigos 197 a 201 do Código Penal[68] (en diante CP). Estes artigos recollen diversas conductas punibles, das que só algunhas poderían ser de aplicación aos casos de *deepfakes* sexuais non consentidas. En concreto, poderían ser aplicables a este caso os apartados 2, 3 e 5 do artigo 197 CP, os cales iremos analizando a continuación.

3.B.a.1). Artigo 197.2 CP

O artigo 197.2 CP sanciona a quen "*sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado"*. Do mesmo xeito, tipifica tamén a conducta de quen*, "sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero*".

101 (Entrada en vigor: 2/08/2025 obligaciones xerais).

68 Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal. BOE núm. 281, de 24.11.1995.

Este artigo recolle o tipo básico dos delitos contra a liberdade informática, e ven a desenvolver o mandato constitucional establecido no artigo 18.4 CE, segundo o cal: "*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*". Así pois, o ben xurídico protexido deste tipo é a liberdade informática, tamén coñecida como "*habeas data*"[69], que consiste no dereito de toda persoa a poder ter un control sobre os seus datos persoais.

Con respecto aos posibles suxeitos da acción, o suxeito activo poderá ser calquera persoa, tanto física como xurídica, mentres que o suxeito pasivo será o titular dos datos persoais, sempre que se trate de persoas físicas, xa que o tipo non inclúe ás persoas xurídicas. Así o pon de manifesto a STS 43/2022, de 20 de xaneiro[70], que precisa no seu Fundamento Xurídico Terceiro que o artigo 197 CP protexe de xeito exclusivo o dereito fundamental á protección de datos íntimos de persoas físicas.

Con relación á conducta típica, este artigo contempla tres accións típicas alternativas que esgotan o núcleo do tipo: apoderarse, empregar ou modificar determinados datos[71]. Para poder entender estes termos debemos remitirnos á STS 771/2023, de 18 de outubro, na cal o Tribunal Supremo os delimita con claridade, establecendo que apoderarse implica trasladar os datos a outro soporte para posuílos; empregar significa facer un uso práctico deses datos sen necesidade dunha aprehensión física; e modificar refírese a calquera transformación ou cambio nos datos orixinais[72].

O obxecto material da acción son os datos reservados de carácter persoal ou familiar. Para poder entender este concepto debemos remitirnos á Lei Orgánica 3/2018, de 5 de decembro, de Protección de Datos de Persoais e Garantía dos Dereitos Dixitais[73], que os define como calquera dato relativo a unha persoa física cuxa identidade poida determinarse ou sexa determinable.

Para algúns autores[74] a creación das *deepfakes* constitúe unha apoderación de datos persoais, e por tanto podería sancionarse en base ao artigo 197.2 CP por un delito contra a intimidade. Esta análise goza de especial relevancia xa que afecta de forma directa á autodeterminación informativa e á intimidade da vítima, incluso se os datos son creados artificialmente. Por outra banda, un sector máis maioritario da doutrina rexeita esta inclusión no artigo 197 CP, argumentando que este protexe unicamente a captación ou difusión de imaxes íntimas reais, pero non as xeradas por medio de IA, preferindo outros tipos penais como o delito contra a integridade moral ou inxurias graves[75]. Este

69 Gómez Navajas, J. (2017). La protección de los datos personales en el Código Penal. *Revista de Derecho Penal*, 45, pp. 23-56.

70 STS 43/2022, de 20 de enero, ECLI: ES:TS:2022:154.

71 Gómez Navajas, J. (2017), cit., pp. 23-56.

72 STS 771/2023, de 18 de octubre, ECLI: ES:TS:2023:4181.

73 Lei Orgánica 3/2018, de 5 de decembro, de Protección de Datos Persoais e garantía dos dereitos dixitais (LOPDGDD). BOE núm. 294, de 6.12.2018.

74 Barreiro, J., (2016). El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 6, pp. 31.

75 Bonnet, E.J.M., (2025). La pornografía "deepfake": retos legales y necesidad de intervención, *Nuevo Foro Penal*, 104, pp. 71-95; PINEDA, F.A., (2024). Las ultrafalsificaciones como delito en el anteproyecto de ley orgánica de

liña interpretativa foi tamén seguida pola xurisprudencia, o que explica a ausencia de sentenzas que apliquen directamente o artigo 197 CP a *deepfakes* sexuais[76].

Do mesmo xeito, unha posición maioritaria da doutrina rexeita a aplicación do artigo 197.2 CP á creación de *deepfakes* xa que considera que este tipo penal protexe unicamente os datos reais captados e almacenados, pero que non aplicaría á información xerada artificialmente por sistemas de intelixencia artificial. Dende este punto de vista, non se daría realmente un descubrimento ou unha apoderación dos datos, xa que non se produce unha extracción de información preexistente, senón que se trata dunha creación dixital orixinaria. Así pois, autores como Pineda ou Bonett consideran que a aplicación deste precepto suporía unha extrapolación indebida do tipo penal, e precisan máis axeitado tipificar estas conductas como un delito de contra a integridade moral do artigo 173 CP[77].

3.B.a.2). Artigo 197.3 CP

En segundo lugar, o artigo 197.3 CP dispón que "*se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores".* O artigo continúa afirmando que *"será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior*".

Este artigo regula tanto a súa modalidade básica como agravada, diferenciadas nos dous parágrafos. O primeiro parágrafo recolle o tipo agravado do delito, que considera que as acción recollidas nos apartados 1 e 2 do artigo revisten unha maior gravidade cando levan aparelladas a revelación, difusión ou cesión dos datos, feitos ou imaxes descubertos. Por outra banda, o segundo parágrafo recolle a mera revelación de datos, feitos descubertos ou imaxes captadas, existindo un coñecemento de que teñen unha orixe ilícita, pero sen ter participado das conductas recollidas nos apartados primeiro e segundo do artigo.

Así pois, o artigo 197.3.1º CP agrava a difusión non consentida de imaxes manipuladas con IA, captadas ilicitamente e reveladas publicamente, configurando unha maior lesividade debido á difusión masiva[78]. Pola súa banda, o artigo 197.3.2º CP encaixa na mera publicación por terceiros con coñecemento da orixe ilícita dos contidos, sen ne-

modificación del Código Penal, *Ius et Criminale*, 1, pp. 124-150; Abdedaim-Herrera, O., (2025). La producción y difusión de ultrafalsificaciones o "deepfakes" sexuales: posibilidades de sanción penal. En S. de la Herrán Ruiz-Mateos e C. Fuertes Iglesias (coords.), Estudios actuales de Derecho Penal. Alicante: Universidade de Alicante, 2025, pp. 105-123.

76 Vid. Jareño Leal, A. (2024), La calificación delictiva de las deepfakes, cit., pp. 15-22.

77 Neira Peña, A., (2024). Deepfakes y violencia de género digital. *Revista Electrónica de Derecho Procesal Penal*, núm. especial IA, pp. 456-457; Jareño, M., (2024). Deepfakes sexuales: el nuevo desafío para el derecho penal, *Indret*, 1, pp. 45-60; Romero, C., (2023). El derecho a la imagen íntima y el Código penal: deepfake sexual, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26(9), pp. 1-25; García Marcos, J., (2024). El perjuicio en el delito de descubrimiento de secretos (art. 197 CP), *Magistratura*, 3.9, pp. 15-30.

78 Pineda, F. A. (2024), cit., pp. 124-150.

cesidade dunha participación na captura inicial[79], posición que a doutrina consolida ao defender a sanción á revelación dixital por vulneración á intimidade, analizando casos de *revenge deepfake* como cesión agravada[80].

En canto á súa posible aplicabilidade ás *deepfakes*, a doutrina aprecia un mellor encaixe nas condutas de difusión, para aqueles casos nos que o suxeito difusor dos contidos non participou da súa creación pero é plenamente consciente do seu carácter manipulado. Autores como Abdedaim-Herrera[81] ou Devís Matamoros[82] admiten a aplicación deste tipo penal condicionando a súa procedencia á acreditación dun previo descubrimento ilícito de datos reais. De igual maneira, existe un límite moi claro para a aplicación deste artigo, xa que cando os contidos difundidos son meramente sintéticos e non teñen datos íntimos reais previamente captados, o tipo penal non resulta aplicable[83].

3.B.a.3). Artigo 197.5 CP

Por último, o apartado 5 do artigo 197 do CP establece que "*cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior*"[84]. Neste parágrafo o que se regula é a agravación das conducta dos apartados anteriores cando os datos persoais descubertos sexan especialmente sensibles. Este apartado recolle un tipo penal, por medio do cal as penas recollidas nos apartados anteriores son agravadas cando os datos descubertos sexan de carácter sensible, é dicir, cando afectan ao núcleo duro da intimidade configurando unha maior lesividade polos datos especialmente reservados[85].

No caso das deepfakes sexuais non consentidas, a aplicación desta agravante é problemática, xa sexa unha superposición da imaxe facial real sobre un corpo xerado con IA, ou ben o emprego dun corpo real da vítima cun rostro manipulado, debido a que soamente se manipulan datos biométricos, sen revelar información auténtica sobre a vida sexual real da vítima[86]. Así pois, non se revelan datos persoais sensibles da vida sexual, limitando o encaixe requirindo unha análise doutrinal de se esa fusión biométrica equivale a unha revelación cualificada[87].

En definitiva, o artigo 197 CP ofrece unha protección limitada fronte ás *deepfakes*, sendo viable unicamente en casos de difusión que involucren datos reais previamente capta-

79 Devís Matamoros, A. (2024). Algunas claves del castigo penal del deepfake de naturaleza sexual. Revista Iberoamericana Revista Pensamiento Penal, vol. 2, pp. 1-12.

80 Abdedaim-Herrera, O. (2024). Estudios Penales y Criminológicos, 15, pp. 98; Bonnet, E.J.M., (2025). La pornografía "deepfake": retos legales y necesidad de intervención, *Nuevo Foro Penal*, 104, pp. 71-95.

81 *Ibidem*.

82 Devís Matamoros, A., (2024), cit., pp. 1-12.

83 López Bernal, M. (2024). Difusión de deepfakes no consentidos: Análise do art. 197.3 CP. *Indret*, 4, pp. 89-110.

84 Vid. Art. 197.3 do Código Penal.

85 Barreiro, J. (2016), cit., pp. 31.

86 Pineda, F. A. (2024), cit., pp. 1124-150.

87 Abdedaim-Herrera, O. (2024), cit., pp. 98.

dos, demostrando ser claramente insuficiente ante a creación de contidos sintéticos. Como veremos posteriormente, esta insuficiencia, acentuada pola ausencia de pronunciamentos da xurisprudencia ao respecto, pon de manifesto a necesidade dunha tipificación penal autónoma[88].

3.B.b. Delito contra a integridade moral

As deepfakes sexuais poderían encadrarse no contexto das conductas tipificadas no artigo 173.1 CP, relativo ao delito contra a integridade moral, que establece no seu primeiro parágrafo que "*el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*".

Para poder entender o establecido neste precepto é pertinente delimitar, en primeiro lugar, que se entende por trato degradante. Para iso remitímonos ao establecido polo TS na súa Sentenza 98/2020, de 14 de abril, na cal o alto Tribunal establece que por trato degradante entenderase toda aquela acción que "*pued[a] crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral*"[89].

Por outra banda, precisamos determinar que se entende por integridade moral, xa que é o ben xurídico que se está a protexer neste artigo. Por tanto, debemos remitirnos ao establecido na STS 181/2023, de 15 de marzo, que desenvolve este concepto de xeito amplo, dicindo o seguinte: "*La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto*"[90]. Pero o TS abunda máis nesta idea, engadindo o seguinte: "*De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque*"[91]. Así pois, do sinalado polo Alto Tribunal, entendemos que a integridade moral é unha manifestación da dignidade humana, outorgando ás persoas a capacidade de decidir libremente sobre a súa conducta, e pode verse vulnerada tanto pola humillación o sufrimento que experimenta a vítima como pola forma na que se leva a cabo a agresión.

88 Santisteban Galarza, M. (2024). La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, 31, pp. 211-249.

89 STS 98/2020, de 14 de abril, ECLI:ES:TS:2020:1294.

90 STS 181/2023, de 15 de marzo, ECLI:ES:TC:2023:181.

91 *Ibidem*.

Por todo iso, para entender os elementos que conforman o concepto de atentado contra a integridade moral, debemos tomar como referencia o establecido na STS 294/2003, de 16 de abril[92], que o delimita como un acto vexatorio que xera un padecemento físico ou psíquico no suxeito pasivo por medio de conductas degradantes ou humillantes que atentan contra a súa dignidade.

Agora ben, unha vez delimitados estes conceptos, debemos ter en conta que para que este delito poida ser imputable ás persoas, débese cumprir o requisito de que o trato degradante menoscabe de xeito grave a integridade moral da vítima.

Así pois, é necesario entón determinar que significa que unha conducta sexa grave e que se debe entender por gravidade. Son, en definitiva, os propios Tribunais os que deben valorar e determinar en cada caso concreto se as conductas analizadas provocan ou non un menoscabo grave na vítima. Neste sentido, o Tribunal Supremo, a través dalgunha das súas sentenzas, introduce certas precisións ao respecto. Na sentenza 1023/2021, de 17 de xaneiro de 2022, establece que "*el núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante" que -en cierta opinión doctrinal- parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello*"[93].

Como conclusión, da análise xurisprudencial realizada despréndese que o delito contra a integridade moral protexe un ben xurídico fundamental, como é a manifestación da dignidade inherente á persoa, para garantir o dereito a non ser sometido a tratos que supoñan a súa humillación ou cousificación.

Neste contexto as *deepfakes* sexuais non consentidas materializan un trato degradante ao cousificar á vítima como un obxecto sexual, expoñendo a humillación pública masiva á que se ven sometidas, posición refrendada pola doutrina recente que considera as manipulacións realizadas por medio de IA como vexacións graves debido á atribución ficticia de conductas sexuais á vítima, agravada pola viralidade dos contidos na rede que impide o control da imaxe persoal[94].

Nesta liña interpretativa atopámonos co caso Almendralejo, onde na súa sentenza do Xulgado de Menores de 20 de xuño de 2024[95], se condenou a quince menores de idade pola creación e difusión de imaxes manipuladas das súas compañeiras de clase, tamén menores de idade, onde superpuxeron os rostros das vítimas sobre corpos femininos

92 STS 294/2003, de 16 de abril, ECLI:ES:TS:2003:294.

93 STS 1023/2021, de 17 de enero, ES:TS:2021:1023.

94 Jareño Leal, J. (2024), Deepfakes sexuales, cit., pp. 45-60; Pineda, F. A. (2024), cit., pp. 124-150; Abdedaim-Herrera, O. (2024), cit., pp. 98; Bonnett, E. J. M. (2025), cit., pp. 71-95; Devís Matamoros, A. (2024), cit., pp. 1-12.

95 Sentencia del Juzgado de Menores de Badajoz 86/2024, de 20 de junio, ECLI: ES:JMEBA:2024:4.

nús. Así pois, os menores foron declarados culpables de vinte delitos contra a integridade moral e vinte delitos de pornografía infantil (art. 189.1 CP), cunha condena dun ano de liberdade vixiada con formación e igualdade de xénero e educación afectivo-sexual. Así pois, esta sentenza deixa ver como os tribunais españois afrontaron un caso de *deepfakes* sexuais non consentidas aplicando a tipoloxía de integridade moral, recoñecendo que a manipulación de imaxes para a creación de representacións sexuais falsas constitúen n menoscabo da integridade da vítima.

Esta interpretación vese consolidada pola Fiscalía Xeral do Estado, que na súa memoria Anual 2024 cualifica estas conductas como trato degradante, citando casos de humillación por medio de ultrafalsificacións, e recomenda o emprego do artigo 173.1 CP debido á gravidade e menoscabo da dignidade mentres se agocha a tipificación específica, consolidando así o encaixe penal destas conductas[96].

3.B.c). Delito de inxurias

O delito de inxurias ven regulado no artigo 208 CP, que establece no seu primeiro parágrafo que "*es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*".

Para poder entender cal é o ben xurídico protexido, debemos remitirnos á sentenza 344/2020, de 25 de xuño[97], que establece que é o dereito ao honor. A sentenza aclara posteriormente que a protección do honor abrangue tanto o aspecto social, como é a fama ou a reputación, pero tamén o aspecto moral, como é a dignidade da persoa.

Para que se poida dar o delito de inxurias, é preciso a concorrencia de tres elementos claves. O primeiro deles é o elemento obxectivo, que consiste en todos aqueles actos ou expresións que producen unha lesión na dignidade humana, entendendo por actos non só as manifestacións verbais, senón tamén as accións visuais de natureza lesiva[98]. En segundo lugar, está o elemento subxectivo que consiste na intención ou vontade de causar un perxuízo na vítima, tamén denominado como "*animus iurandi*"[99]. Así pois, non é suficiente con que a *deepfake* sexa inxuriosa e a persoa que a realiza teña plena constancia diso, senón que se precisa un ánimo especial para inxuriar, elemento que transcende máis alá do propio dolo. En terceiro lugar, é preciso que se dea un elemento circunstancial, que estará conformado por todos aqueles factores que rodean a conducta e baixo unha valoración en conxunto permiten determinar a intención real do suxeito activo na comisión do delito[100].

Tendo en conta que o artigo 208 CP se refire tanto a accións como a expresións, xorde a dúbida de se as *deepfakes* sexuais, ao seren contidos audiovisuais, poden constituír unha conduta inxuriosa. Neste sentido o TS na súa Sentenza 592/2011, de 12

96 Fiscalía Xeral do Estado, Memoria Anual 2024. Madrid.

97 STS 344/2020, de 25 de junio, ECLI: ES:TS:2020:2100.

98 Miranda Estrada, R. (2023). El derecho a la imagen íntima y el Código penal, *Revista Penal*, 15(2), pp. 45-67.

99 Carmona Salgado, C. (2015). Los delitos contra las personas. Delitos contra el honor. En: Gómez Tomillo, M., (Coord.) *Comentarios práctico al Código Penal*. Cizur Menor: Aranzadi, Vol. 2, pp. 39-886.

100 Quintero Olivares, G. (2011). Esquemas de la parte especial del derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 250-260.

de setembro[101], abordou o caso das fotografías manipuladas dunha muller nas que se fixera desaparecer o seu traxe de baño por medio de tratamento dixital, creando imaxes falsas de contido sexualmente explícito que ademais foran publicadas na prensa. O Alto Tribunal recoñeceu que a manipulación deliberada de imaxes pode afectar ao dereito ao honor, intimidade e propia imaxe, establecendo que a acción de crear e difundir contidos falsos si constitúe unha lesión da dignidade humana.

Despois de establecer os diferentes elementos constitutivos do delito de inxurias, é preciso analizalos para determinar se as *deepfakes* sexuais non consentidas os cumpren. Dende un punto de vista obxectivo, a creación e difusión das *deepfakes* supón unha lesión na dignidade da vítima, atentando contra a súa reputación, supoñendo unha forma vexatoria de humillación moral[102]. En canto ao elemento subxectivo, son elaboradas de forma intencionada, cun temerario desprezo cara a verdade por parte de quen as elabora, evidenciando o *animus iurandi* especial requirido polo tipo penal[103]. Finalmente en canto ao elemento circunstancial, este refírese ao contexto da creación, que carece de fins lexítimos como a arte ou a educación, e revela a intención inequívoca de causar un dano na vítima[104].

En relación coa análise do delito de inxurias e o seu posible encadre xurídico nas *deepfakes* sexuais non consentidas, compre examinar o artigo 209 CP, que sanciona cunha pena máis grave todas aquelas condutas inxuriosas cualificadas como graves que sexan cometidas por medio da publicidade. Do mesmo xeito, o artigo 211 CP matiza que se entende por publicidade a propagación por medio de imprenta, radiodifusión o calquera outro medio de eficacia semellante. Aínda que esta formulación responde a un contexto normativo anterior á expansión dos medios dixitais, a súa interpretación foi ampla, de maneira que abrangue calquera medio de difusión con capacidade equivalente, incluíndo as redes sociais. Polo tanto, podemos entender que a intención do lexislador é que o termo de publicidade abarque calquera posible medio de difusión, tanto presente como futuro, permitindo a posibilidade de incorporar as *deepfakes* como un contido manipulado que, a través de medios dixitais, pode alcanzar unha difusión masiva, pola súa gran capacidade de propagación e impacto social[105].

Non obstante, é preciso deixar claro que as deepfakes non constitúen por si mesmas un medio de difusión, senón que son un tipo de contido manipulable susceptible de ser propagado. En consecuencia disto, cando unha *deepfake* sexual non consentida é creada pero non é difundida ou se comparte de forma limitada e non dun xeito masivo, unicamente concorre o tipo básico de inxurias previsto no artigo 208 CP, xa que no se aprecia o requisito de publicidade[106]. Pola contra, se os contidos son difundidos masivamente por medio de redes sociais públicas ou en grupos numerosos en aplicación de

101 STS 592/2011, de 12 de setembro, ECLI:ES:TS:2011:5328.

102 Vid. Miranda Estrada, R. (2023), pp. 45-67.

103 Vid. Carmona Salgado, C. (2015), cit., pp. 775-791.

104 Vid. Quintero Olivares, G. (2011), pp. 250-260.

105 Vid. Carmona Salgado, C. (2015), cit., pp. 456-462.

106 Simó Soler, E., (2023). Retos jurídicos de IA Generativa: Deepfakes e violencia, *InDret*, 2, pp. 493-513.

mensaxería, estase a producir unha propagación con eficacia análoga á publicidade tradicional, o que permite a aplicación da agravación do artigo 209 CP, atendendo á maior intensidade do dano moral derivado da ampla difusión dos contidos[107].

Neste marco, dáse o debate de se as *deepfakes* sexuais non consentidas poden incluírse dentro do delito de inxurias. Unha primeira posición, defendida por autores como Miranda Estrada[108] e Jareño Leal[109], defende que a creación e difusión deste tipo de contidos constitúe unha inxuria grave, ao lesionar a autoestima e a honra da vítima, polo que o tipo penal vixente sería suficiente para poder sancionar a conducta. Por outra banda, autores como Neira Pena[110] ou Santisteban Galarza[111] consideran esta vía insuficiente, cualificando a creación e difusión de *deepfakes* como un tratamento grave máis alá do honorífico e que incide de forma directa na integridade moral e psicolóxica da persoa afectada, entendendo que debería tipificarse dentro do delito contra a integridade moral.

Pola súa parte, algúns tribunais recoñecen unha lesión ao honor en casos análogos de manipulación de imaxes[112]. Así pois, neste caso analizouse a fotomontaxe dun político nun contexto xocoso, establecendo o Alto Tribunal que a manipulación de imaxes afecta ao dereito ao honor, intimidade e propia imaxe.

3.B.d). Delito de pornografía infantil

Ata o de agora estivemos analizando diferentes delitos do CP nos que se poderían subsumir as conductas de creación e difusión de *deepfakes* sexuais non consentidas, pero cando as vítimas son menores de idade a situación cambia completamente. Así pois, nestes supostos entra en aplicación o delito de pornografía infantil, regulado no artigo 189 CP. En concreto o seu apartado primeiro define a pornografía infantil como toda conducta que implique a explotación sexual de persoas menores de idade ou de persoas con discapacidade especialmente vulnerables, ben por medio do seu emprego directo en espectáculos pornográficos ou exhibicionistas, ou ben mediante a creación, financiación, comercialización, difusión, venta ou posesión, con independencia do medio empregado, do lugar de orixe do material ou de que o autor interveña directamente ou non na súa elaboración[113].

Neste sentido, cómpre analizar a Fiscalía Xeral do Estado, na súa Circular 2/2015, de 19 de xuño, sobre os delitos de pornografía infantil tras a reforma operada pola Lei Orgánica 4/2015[114], que estaba orientada a adaptar o dereito penal á Directiva 2011/93/

107 Vid. Arts. 208 a 211 del Código Penal.

108 Miranda Estrada, R. (2023), cit., pp. 45-67.

109 Jareño Leal, Á. (2024), Deepfakes sexuales, cit., pp. 45-60.

110 Neira Peña, A.M. (2025), cit., pp. 456-457.

111 Santisteban Galarza, M. (2024). La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, 31, pp. 211-249.

112 STS 498/2015, de 15 de setembro, ECLI:ES:TS:2015:3914.

113 Vid. Carmona Salgado, C. (2015) cit., pp. 583-605.

114 Fiscalía General del Estado (2015). Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre delitos de pornografía infantil tras a reforma

UE. Dita reforma amplía o ámbito de protección penal dos menores fronte a delitos de explotación sexual, superando a esixencia do emprego directo de menores reais e incorporando os termos de pornografía infantil virtual e técnica. Así pois, trátase dunha adiantamento da barreira punitiva, anticipando a dificultade para distinguir entre contidos audiovisuais reais ou xerados artificialmente, como ocorre no caso das *deepfakes*.

A Circular adopta un concepto de pornografía infantil moi amplo que abarca diversas acción como típicas, polo que se entenderá por pornografía calquera medio audiovisual no que aparezan menores nun contexto sexual, sexan reais ou simuladas. Así pois, distingue entre pornografía infantil real, pornografía infantil virtual que comprende medios audiovisuais realistas xerados por ordenador, e a pornografía infantil técnica, que trata supostos nos que se empregan. As persoas presentadas como menores en contextos sexuais[115]. O elemento decisivo neste caso é o realismo, xa que se inclúen as imaxe sou vídeos que para un observador medio resultan indistinguibles dun contido real dun menor, que no contexto actual da IA, as *deepfakes* cumpren[116].

A aplicación práctica deste delito confirmouse en casos como o de Almendralejo, xa mencionado con anterioridade neste traballo, no que a creación e difusión de imaxes de carácter sexual de menores se cualificou como pornografía infantil malia a inexistencia de actos sexuais reais. Neste contexto cómpre mencionar o recente caso da plataforma X e a súa IA chamada *Grok*, que se viu envolta recentemente el múltiples denuncias en diversos países pola creación de deepfakes sexuais non consentidos, dos que algunhas das vítimas eran menores[117]. Usuarios solicitaron a esta IA que crease imaxes manipuladas que superpoñían rostros reais de nenas en corpos nús e posturas sexuais explícitas, que executou e compartiu publicamente, desencadeando un escándalo internacional.

Pola súa parte o Ministerio de Xuventude e Infancia remitiu un escrito formal á Fiscalía Xeral do Estado solicitando a inmediata investigación deste caso por posibles delitos de pornografía infantil e delitos contra a integridade moral, calificando estes actos como violencia sexual contra a infancia, e invocando a Circular 2/2025 argumentando que estas deepfakes cumpren co criterio de pornografía sexual virtual.

3.C. Propostas lexislativas para a criminalización das *deepfakes*: ¿é necesario un tipo penal autónomo?

Na actualidade o ordenamento xurídico español non conta cunha regulación específica que aborde a problemática das *deepfakes* dende unha óptica penal especializada. A protección fronte á difusión de contidos audiovisuais manipulados articúlase a través das garantías constitucionais relativas ao dereito ao honor, a intimidade e a propia imaxe[118], e tamén, como se analizou neste traballo, a través de diversos tipos penais xa

operada pola Lei Orgánica 1/2015.

115 Vid. Circular 2/2015.

116 Jareño Leal, A (2024). La calificación delictiva de las deepfakes sexuales, cit., pp. 14-18.

117 Becerra Rangel, J.M., et al. (2025). Inteligencia artificial y creación de pornografía deepfajke no consentida. Revista IUS, 11, pp. 123-145.

118 Vid. LO 1/1982, de Protección Civil do Dereito o Honor, Intimidade e Propia Imaxe.

vixentes no CP. Sen embargo estas disposicións presentan limitacións interpretativas á hora de facer fronte á complexidade tecnolóxica e os novos escenarios de risco que presentan estas manipulacións non consentidas[119].

Ante esas dificultades, nos últimos anos teñen xurdido varias iniciativas lexislativas para facer fronte á ausencia dun marco normativo específico na materia e dar lugar a unha resposta penal efectiva e precisa fronte aos abusos derivados das *deepfakes*. En outubro de 2023, o Grupo Parlamentario SUMAR presentou unha Proposición de Lei Orgánica (en adiante PLO) para a regulación das simulacións de imaxes e voces xeradas por medio de Intelixencia Artificial. Esta proposta foi creada debido á necesidade de adaptar o marco xurídico español aos avances en intelixencia artificial, sobre todo no relativo á creación de imaxes e sons hiperrealistas que semellan ser persoas reais, pero sen o seu consentimento[120]. Nos apartados expositivos desta proposta xustifícase a necesidade de protección ante o dano aos dereitos fundamentais causado por tecnoloxías capaces de esfumar a liña entre a realidade e a ficción. En particular, a proposta referíase as deepfakes como "*piezas visuales, auditivas o audiovisuales que simulan la realidad y que consiguen generar falsas imágenes y/o voces de personas*"[121].

Esta proposición de Lei pretendía modificar a LO 1/1982, de 5 de maio, de protección civil do dereito ao honor, á intimidade persoal e familiar e á propia imaxe, para poder incluír certos empregos das ultrafalsificacións dentro do listado de intromisións ilexítimas. Tamén pretendía modificar a Lei 13/2022, Xeral de Comunicación Audiovisual, incluíndo algunhas infraccións seguindo a corrente do establecido na Proposta de Regulamento IA[122]. Ademais do mencionado, a PLO tamén establecía que todos os audios e imaxes producidos por IA debían incluír advertencias destacadas establecendo que se trataba de contido creado mediante intelixencia artificial, para evitar que se xerase confusión. A norma tamén establecía a creación de dous órganos consultivos, un para a supervisión cidadá e outro para aspectos máis técnicos das intelixencias artificiais, que en conxunto servirían de asesoramento[123].

No ámbito penal, que é o que aquí nos ocupa, esta proposta pretendía modificar a LO 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal, para introducir un novo artigo 208 bis, cuxa redacción sería a seguinte: "*Igualmente tendrá la consideración de injuria la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, fama, dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial para la pública difusión su imagen corporal o audio*

Estas cuestións non se abordan con detalle neste traballo por excederen o seu obxecto, centrado na resposta penal ás deepfakes sexuais non consentidas. Sobre o tratamento da colisión destes dereitos fundamentais no ámbito dixital, véxase, entre outros, Rallo Lombarte, A. (2019). El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en la era digital. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 124-189.

119 Pineda F. A. (2024), cit., pp. 124-150.

120 Congreso de los Diputados. Proposición de Ley Orgánica para la regulación de las simulaciones de imágenes y voces generadas por inteligencia artificial. BOCG 15-B-23-1, 13.10.2023.

121 *Ibidem*.

122 Santisteban Galarza, M. (2024), cit., pp. 211-249.

123 *Ibidem*.

de voz"[124]. Así pois, este novo artigo consideraría inxuria a difusión sen autorización de imaxes ou voces simuladas, con ánimo de lesionar o honor ou a intimidade dunha persoa. Esta reforma ía acompañada dunha modificación no artigo 211 CP, estipulando o seguinte: "*Salvo previa autorización expresa de la persona o personas afectadas, las simulaciones de imágenes, vídeos o audios de voz de estas generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial que fueran difundidos a través de redes sociales serán consideradas como injurias hechas con publicidad*"[125]. Por tanto, mediante esta reforma, tipificábanse como inxurias con publicidade a difusión sen consentimento de simulacións a través de redes sociais[126].

Aínda que previamente xa se analizou como unha parte da doutrina recoñecía a viabilidade do encaixe das *deepfakes* nos artigos 208 e 209 CP, esta proposición xurídica buscaba superar as limitacións interpretativas destes tipos para ofrecer unha maior certeza xurisprudencial e unha resposta penal proporcionada e adaptada ás singularidades tecnolóxicas das *deepfakes*[127]. Non obstante, este Anteproxecto finalmente foi retirado o 8 de outubro de 2024 pola Mesa do Congreso, a solicitude do grupo Sumar, debido á necesidade de mellorar a precisión legal e evitar conflitos normativos, dada a aprobación de lexislación europea que, como vimos, tamén regula esta materia[128].

Uns meses despois da retirada desta proposta, o Goberno aprobou en xuño de 2024 o Anteproxecto de Lei Orgánica para a protección das persoas maiores de idade en medios dixitais. Esta norma propón introducir un novo artigo 173 bis CP que tipificaría unha nova modalidade delictiva dentro dos delitos contra o honor, chamada "ultrafalsificacións"[129]. Este novo tipo penal sancionaría con penas de prisión de un a tres anos a quen, sen autorización da persoa afectada e con ánimo de menoscabar a súa integridade moral, difunda, exhiba ou ceda a imaxe corporal ou audio de voz xerrada, modificada ou creada por medio de intelixencia artificial ou calquera outro tipo de tecnoloxía, de modo que semelle real ou que simule situación reais de contido sexual ou gravemente vexatorias. A localización deste novo artigo entre os delitos contra o honor permitiría ampliar a protección legal para abarcar tanto os atentados contra a integridade moral coma todos os que poidan lesionar o honor, con independencia de se hai ou non concorrencia do *animus iurandi*[130].

O Anteproxecto tamén inclúe un tipo agravado no parágrafo segundo do artigo 173 bis CP, que establece a aplicación da pena na súa metade superior cando o material sexa difundido por medio de redes sociais, internet ou mediante tecnoloxías que o fagan ac-

124 Congreso de los Diputados, Proposición de Ley Orgánica para la regulación de las simulaciones de imágenes y voces generadas por inteligencia artificial. BOCG 15-B-23-1, 13.10.2023.

125 *Ibidem*.

126 Santisteban Galarza, M. (2024), cit., pp. 211-249.

127 Jareño Leal, Á. (2024). La calificación delictiva de los deepfakes sexuales: límites dos tipos xerais de inxurias (arts. 208-209 CP), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 26(9), pp. 15-22.

128 Congreso dos Deputados, Acta de Acordos da Mesa do Congreso de Diputados. Sesión 1ª, 8.10.2024 (orde do día: Retirada proposicións lexilativas).

129 Almenar Pineda, F. (2025). Las ultrafalsificaciones como delito en el anteproyecto de ley orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, *Revista IUS Criminale*, 2, pp. 85–142.

130 Almenar Pineda, F. (2025), cit., pp. 105-115.

cesible a un gran número de persoas. Por medio desta agravación tense en conta o gran potencial lesivo que ten a difusión masiva, tendo en conta que conducta en contextos máis analóxicos houberan afectado a un número limitado de persoas, no ciberespazo os efectos vense amplificados exponencialmente[131].

Pese a claridade formal desta norma, seguen subsistindo problemas, xa que este tipo constitúe un delito de resultado, o que supón que, para que o delito se de por consumado, é preciso o efectivo risco ou dano xerado na integridade moral da persoa afectada, malia que no se acredite un menoscabo efectivo[132]. Ademais, para poder determinar se unha creación semella real ou non, é preciso unha análise técnica exhaustiva, coas conseguintes dificultades probatorias, sobre todo tendo en conta o continuo avance das novas tecnoloxías[133].

Así pois, malia que este Anteproxecto tipifica de forma clara estas conductas, a súa correcta aplicación dependerá dunha implementación e mellora de mecanismos de detección forenses, ademais dunha cooperación internacional efectiva, así como tamén unha correcta especialización dos operadores xurídicos tanto en ciberdelitos como en delitos que supoñan o coñecemento de tecnoloxías especializadas[134].

Por tanto, tras unha análise do desenvolvemento lexislativo español en materia de deepfakes, despréndese que a tipificación penal autónoma destas conducta constitúe unha necesidade imperativa para superar as limitacións interpretativas e probatorias das figuras penais, garantindo unha resposta penal proporcionada[135]. Esta manipulación tecnolóxica de imaxes e voces crea unha violación de dereitos fundamentais que transcende a mera lesión reputacional, máxime se se considera que a deepfake sexual é unha forma de violencia de xénero dixital que reproduce patróns de dominación e control[136].

Ademais o principio de legalidade penal (*nullum crimen sine lege*) require tipificación expresa. As interpretacións extensivas de tipos existentes non proporcionan seguridade xurídica nin claridade normativa necesarias para un Dereito Penal democrático[137]. A tipificación autónoma permite, ademais, sancións proporcionadas (1-3 anos de prisión fronte a multas tradicionais insuficientes) e a incorporación de elementos técnicos específicos, como agravantes por difusión masiva en redes sociais que amplifican exponencialmente o dano[138]. Finalmente, a tipificación das deepfakes como un delito penal autónomo alínea España coa regulación europea (Directiva 2024/1385) sobre violencia de xénero, que obriga a tipificación dos *deepfakes* non só sexuais, senón tamén dos hu-

131 Almenar Pineda, F. (2025), cit., pp. 120-130.

132 Almenar Pineda, F. (2025), cit., pp. 130-138.

133 *Ibidem*.

134 Blázquez Agudo, R. (2025). Deepfakes en el procedimiento probatorio: retos de detección e implementación judicial, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 12(2), pp. 45-72.

135 Pineda, F. A. (2024), cit., pp. 140-148.

136 Neira Peña, A.M., cit., pp. 1-33.

137 Almenar Pineda, F. (2025), cit., pp. 90-105.

138 Vid. Arts. 173 bis e 173 ter.

millantes ou difamatorios (art. 5.1.b), ampliando o ámbito respecto á proposta nacional, centrada prioritariamente no ámbito sexual. Non obstante, a efectiva aplicación require reforzar mecanismos de detección técnica, ademais da especialización dos operadores xurídicos en crimes de carácter tecnolóxico, xunto cunha cooperación transnacional para a realización de investigación que cruzan fronteiras dixitais[139].

IV. RETOS PROBATORIOS E ESTRATEXIAS XURÍDICAS NA PERSECUCIÓN DAS *DEEPFAKES*

No presente apartado ofrécese unha aproximación aos retos penais procesuais na persecución xurídica das *deepfakes, abordando as* dificultades probatorias e investigatorias derivadas da utilización de manipulacións sofisticadas. Malia que cada un dos aspectos que imos analizar constitúe un campo autónomo de estudo, atendendo á extensión deste traballo, realizarase unha exposición sintética orientada a abordar os aspectos problemáticos relacionados coa persecución penal destas conductas.

4.A. A proba dixital no proceso penal: recollida preservación e cadea de custodia

Como se evidenciou ao longo deste traballo, as *deepfakes* constitúen un fenómeno multiforme que se pode manifestar en forma de audio, de imaxe ou de vídeo. Estas falsificacións dixitais representan un tipo de específico de fonte de proba de natureza electrónica que poden ser introducidas nun procedemento como medios probatorios. Polo tanto, as deepfakes trátanse dun tipo de evidencia dixital, que comprende toda a información xerada, almacenada, transmitida ou procesada por medios informáticos ou dispositivos electrónicos. Con todo, non toda información dixital pode ser considerada como válida nun procedemento, senón que soamente o será todas aquela que fose correctamente obtida, recollida e preservada[140].

Neste apartado examinarase como debe articularse a recollida, preservación e cadea de custodia da proba dixital nos procesos penais por difusión de *deepfakes* non consentidas, delimitando o seu ámbito de análise aos diversos retos probatorios destes supostos. Así pois, non se pretende abordar a problemática da identificación de *deepfakes* presentadas como proba, senón os desafíos concretos que xorden ao xulgar a creación e difusión de imaxes íntimas manipuladas. Para facer fronte a estes desafíos, este apartado estruturase nos seguintes elementos fundamentais: a) obtención da habilitación xudicial e rexistro; b) o clonado *bit* a *bit* de datos; c) a obtención da firma *hash* para a verificación da integridade da proba; d) análise da cadea de custodia; e) creación da imaxe forense final e a valoración xudicial da proba.

Unha das principais características que diferencias ás probas dixitais do resto de pro-

139 Rodríguez López, S. (2025). Hacia un nuevo delito de difusión no consentida de material íntimo manipulado: deepfakes. En P. Cabana, J. Brandariz, L. M. Puente, J. Ramos, & E. Souto (Eds.), *Un Derecho Penal Moderno para una Democracia del Siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 628-636.

140 Munné Catarina, F., De Miranda, C., Seoane Spiegelberg, J. L., Santo Gargallo, I., Ortiz Rodríguez, C., Pellicer Ortiz, B., Picó Junoy, J., Fernández León, Ó., Manzanero, A. L., & Andino López, J. A. (2025). Desafíos de la Probática y Del Derecho Probatorio. En Munné Catarina, F., De Miranda, C. dirs., *Desafíos de la probática y del derecho probatorio*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, pp. 170-178.

bas tradicionais é a súa natureza inmaterial e intanxible, comportando dúas consecuencias críticas para o proceso penal. Por unha banda, as probas dixitais son moi vulnerables e susceptibles de modificación, alteración ou mesmo eliminación. Por outra banda, a súa facilidade para ser reproducidas de xeito ilimitado pode xerar dúbidas relativas á súa autenticidade. Así pois, debido a estas características, a proba dixital precisa de protocolos de recollida e preservación, para poder garantir a súa integridade e conseguintemente, a fiabilidade das conclusións que se poidan extraer dela no proceso[141].

Para que as evidencias dixitais adquiran plena eficacia probatoria en procedementos xudiciais, deben cumprir os principios recollidos na doutrina especializada[142] , inspirados nos artigos 299 a 326 da LEC relativos á proba documental electrónica, e na ISO/IEC 27037:2012[143], que recolle directrices de evidencias dixitais. Así pois, deben ser verificables (que as conclusións sexan probables); reproducibles (que os resultados se poidan repetir en calquera momento); documentadas (que o proceso esté detallado e sexa comprensible); independentes (que os resultados sexan obxectivos); autenticas (garantía de integridade se manipulacións); completas (análise técnico obxectivo); cribles (comprensible para persoas non expertas) e confiables (realizada mediante métodos veraces.

É preciso seguir unha serie de actuacións que permiten a súa análise e comprobación de autenticidade e veracidade. En primeiro lugar, precisase dunha habilitación xudicial, que mediante autorización motivada, permite o acceso a información contida en dispositivos electrónicos, cando existe sospeita de que poden conter datos relevantes para unha investigación. Así pois, a Policía Xudicial ou o Ministerio Fiscal, deben xustificar a necesidade e idoneidade desta medida, indicando os delitos que se están a investigar e os datos que se buscan. Neste sentido cabe sinalar que a STC 173/2011 resalta a idea de que toda información persoal que se encontre almacenada e xerada mediante o emprego de novas tecnoloxías, goza de plena protección polo dereito á intimidade recollido na CE[144].

O acceso á información tecnolóxica debe realizarse de conformidade co establecido no artigo 588 sexies c da LECrim, que da cobertura a que se fixen de maneira xudicial as condicións e o alcance do rexistro, para asegurar a integridade dos datos e as garantías da súa preservación[145].

Posteriormente á obtención da autorización xudicial, precísase realizar unha copia do material informático incautado, xa que a análise do mesmo non se leva a cabo nos soportes orixinais, senón que se fai sobre unhas copias deste. Así pois, convén falar do

141 Piva Torres, G. E. (2021). *La investigación del delito en el derecho penal español. Especial referencia a la teoría del caso.* Barcelona: J.M. BOSCH, pp. 355-375.

142 Bueno de Mata, F. (2014). *Prueba electrónica y proceso 2.0: Especial referencia al proceso civil.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 145-162.

143 International Organization for Standardization & International Electrotechnical Commission. (2012). ISO/IEC 27037:2012. Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence.

144 STC 173/2011, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TC:2011:173.

145 Vid. Art. 588 sexies c da LECrim.

clonado de datos, que consiste na realización dunha copia *bit a bit* da información dixital orixinal, é dicir, unha copia exacta da información. Dende un punto de vista máis xurídico, o clonado é unha garantía de fiabilidade no rexistro e análise dos dispositivos, que permite acreditar que os datos que se copian son unha imaxe fiel do que foi incautado. Deste xeito, a fonte orixinal presérvase e os investigadores traballan sobre as copias, evitando riscos de alteracións imprudentes. Ademais, ao salvagardar os soportes orixinais pódese garantir a exactitude dos datos das copias cos dos dispositivos intervidos, resolvendo calquera dúbida sobre a posible alteración da proba[146].

Unha vez que o clonado dos datos xa foi realizado, o seguinte paso na cadea de custodia é a obtención da firma *hash* do ficheiro que contén eses datos. A firma *hash* é unha función matemática que aplicada ao contido dun soporte informático, xera un resultado único, con relevancia á hora de identificar o soporte[147]. É dicir, permite afirmar que dito ficheiro non foi alterado con posterioridade, xa que con cambiar un só *bit*, a firma *hash* cambia. Así pois, se a firma de ambos ficheiros coincide confírmase que ambos son idénticos[148].

Neste sentido, convén mencionar a sentenza do caso *Anonymous*[149], que analiza o procedemento de custodia das evidencias dixitais e o seu valor probatorio, destacando que as medidas físicas de preservación de probas, como poden ser o selado e o precintado dos dispositivos, por si sos son insuficientes para poder garantir a integridade da proba. Así pois, esta Sentenza resalta a importancia de que a cadea de custodia non pode basearse unicamente en medidas de control de acceso físico, senón que tamén debe incorporar elementos técnicos de verificación, como os analizados anteriormente, que permiten demostrar que os datos orixinais se manteñen inalterados dende a súa incautación ata a súa análise.

Como último paso, tras a realización dos procedementos anteriormente mencionados, obtense unha imaxe, como acreditación da obtención das evidencias dixitais. O termo "imaxe" no ámbito da informática, serve para indicar que se creou un arquivo coa mesma estrutura e contido que o dispositivo orixinal. Deste xeito, coa imaxe forense pódese garantir a integridade da información obtida, constituíndo unha proba máis fiable de preservar os datos dixitais[150].

Como conclusión, para que a proba dixital poida ter relevancia e ser considerada nun procedemento, é preciso garantir que a cadea de custodia foi respectada. Enténdese por cadea de custodia o proceso empregado para documentar a historia cronolóxica dunha proba, e así poder convencer ao órgano xulgador de que a proba é auténtica e

146 González Reyes, J. M. (2021). *La prueba pericial digital y la cadena de custodia. Anales de la Facultad de Derecho*, 38, pp. 43-79.

147 Arqués Soldevila, J. M., Colobran Huguet, M., & de Luis Gargallo, E. (2020). *Fases y metodología del análisis forense*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya (FUOC).

148 Marques Arpa, T., & Serra Ruiz, J. (2014). Cadena de custodia en el análisis forense. En ÁLVAREZ SÁNCHEZ, R., et al., En *Actas de la XIII Reunión Española sobre Criptología y Seguridad de la Información*. Alicante: Servicio de Publicaciones, Universidad de Alicante, pp. 167-172.

149 Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 3 de Gijón 39/2016, de 6 de julio, ECLI:ES:JP:2016:39.

150 Urbano Castrillo, E. (2017). La valoración de la prueba electrónica. Tirant lo Blanch, pp. 55-57.

non foi alterada. Así pois, se a proba non foi alterada dende que foi recollida ata o seu estudo, a cadea de custodia foi conservada[151].

O TS na súa Sentenza STS 491/2016[152] establece que a cadea de custodia serve para asegurar que a proba que se presenta nun xuízo sexa a mesma que foi recollida pola policía, sen cambios nin manipulacións. Se ese proceso non é controlado debidamente, poden xerar dúbidas sobre a proba. Aínda así, o Alto Tribunal sinala que non toda irregularidade anula a proba, xa que se o fallo é pequeno, a proba pode ser empregada aínda que con menor credibilidade. A importancia de conservar a identidade entre o que se incauta e o que chega ao xuízo queda reflexado na Sentenza STS 1045/2011[153], que insiste en que debe existir plena identidade entre o recollido e o examinado no xuízo.

En definitiva, o xuízo de fiabilidade é o que nos permite aceptar a viabilidade procesual da proba, e determinar se se pode considerar auténtica e íntegra. Esta fiabilidade depende de xeito directo de que a cadea de custodia funcione se siga correctamente[154]. De igual maneira, para que o xuíz poida valorar isto, é preciso que o procedemento técnico de obtención, copia e análise siga métodos rigorosos.

4.B. Autenticidade e veracidade da proba: técnicas para acreditar a falsidade dunha *deepfake*

A pesar da continua sofisticación das técnicas de creación de *deepfakes* sexuais, que complica a súa detección e xera retos probatorios no proceso penal, existen metodoloxías especializadas para descubrir estas ultrafalsificacións, sen que a carga da proba da falsidade recaia na vítima. A modo de aproximación, este apartado examina as principais técnicas de detección clasificadas segundo o medio analizado: vídeo, audio e fotografía[155].

Comezando polo vídeo atopamos a análise de artefactos de distorsión facial, que malia que se pode empregar tamén para imaxes, é unha técnica especialmente boa de cara a vídeos, onde a sucesión de fotogramas feitos por unha IA adoita xerar inconsistencias que permiten a detección deses artefactos. Este procedemento forense centrase na identificación de inconsistencias xeométricas e de depuración nas rexións faciais procesadas por modelos xenerativos de aprendizaxe profundo, como as redes xenerativas antagónicas (en adiante GAN). Esta técnica proporciona unha evidencia pericial obxectiva e reproducible, admisible en procesos penais ou civís, demostrando a falsidade no documento dixital, ao contrarrestar o material sospeitoso con bases de datos de artefactos coñecidas de ferramentas *deepfake* como *Faceswap* ou *DeepFaceLab*[156]. Unha

151 Rubio Alamillo, J. (2016). *Conservación de la cadena de custodia de una evidencia informática. Diario La Ley,* 8859, pp. 1-6.

152 STS 491/2016, de 8 de xuño, ECLI:ES:TS: 2016:491.

153 STS 1045/2011, de 14 de outubro, ECLI:ES:TS: 2011:1045.

154 González Reyes, J. M., cit., pp. 43-79.

155 Quirós-Fons, A., & García-Ull, F. J. (2022). La inteligencia artificial como herramienta de la desinformación: deepfakes y regulación europea. En: García Antón Palacios, E. dir., *Los Derechos Humanos en la inteligencia artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030.* Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 537-555.

156 Li, Y., & Lyu, S. (2019). Exposing DeepFake videos by detecting face warping artifacts. En *Proceedings of the IEEE/CVF*

segunda técnica de detección de é a detección de inconsistencias temporais mediante a Transformación Discreta do Coseno (en adiante *DCT)*[157], isto é mediante algoritmos que computan o *volume de diferencias* entre fotogramas consecutivos, detéctanse anomalías na coherencia espacio-temporal. Esta metodoloxía revela patróns non naturais no movemento facial ou corporal que os xeradores *deepfake* non replican con fidelidade biolóxica, ofrecendo métricas cuantificables para informes periciais. Este método fortalece a cadea de custodia probatoria ao demostrar manipulacións sintéticas, e en conxunto, estas técnicas son relevantes na persecución penal de deepfakes sexuais xa que, malia que vítima e acusación coincidan na falsidade, a pericial atribúe a autoría podendo identificar o software específico empregado, fortalecendo a cadea de custodia probatoria en litixios controvertidos.

Adicado ao audio, temos a análise espectral detallada de trazos de fase, que examina espectrogramas e compoñentes de fase instantánea na sinal de audio para identificar irregularidades como descontinuidades espectrais, artefactos de fase non lineal ou patróns de ruído sintético. Tales anomalías xorden da reconstrución imperfecta de formantes vocais e transicións fonéticas en síntese, ao crear un audio *deepfake*. Este método xera ditames periciais con visualizacións espectrais comparativas, probas capaces de impugnar gravacións en procedementos xudiciais, como por exemplo, por estafa telefónica ou falsificacións de declaracións. Outra técnica é a avaliación de Consistencia Audio-Visual e detección d*e zero-shot*, un enfoque emerxente que contrasta a pista de audio e o canal de vídeo para detectar desaxustes en labios, mandíbula e demais xestos articulatorios, incluso sen entrar especificamente sobre o tipo concreto de deepfake co que foi ideado o software de detención (*zero-shot*). A nivel forense, esta técnica é particularmente relevante en probas videograbadas nas que a declaración verbal é decisiva, xa que permite acreditar que o canal sonoro non corresponde de forma natural ao movemento facial da persoa, o que pode conducir á exclusión ou, ao menos, a unha valoración reforzada da proba conforme ao estándares de autenticidade en evidencia dixital[158].

Por ultimo, en relación ás fotografías, un dos sistemas de detección máis empregados é a través da "Análise de Artefactos no Dominio Frecuencial e artefactos de compresión", que transforma a imaxe para detectar residuos de compresión selectiva, ruído de alta frecuencia sintético ou patróns de compresión e de "*up-sampling*" propios de redes xenerativas. Esta metodoloxía permite fundamentar pericialmente que un retrato, unha fotografía dun documento oficial ou unha imaxe íntima difundida en redes presentan un "*perfil frecuencial*" impropio dunha captura fotográfica convencional, reforzando a argumentación en asuntos de falsidade documental, dereito á propia imaxe ou violencia dixital. Existe tamén a "*Análise de inconsistencias xeométricas e de textura facial*", que

Conference on Computer Vision and Pattern Recognition Workshops (CVPRW), pp. 1205-1214.

157 Trátase dunha función matemática que expresa unha secuencia finita de varios puntos como resultado da suma de distintas sinais, clave para a compresión de imaxes e vídeos. Consegue concretar a maior parte da información en poucos coeficientes transformados.

158 Chandu, G. A. I., & Chandran, A. R. I. (2025). "A deep learning framework for detecting synthetic audio-visual media". *International Journal for Multidisciplinary Research*, 7(3), pp. 1-12.

usa redes convolucionais adestradas especificamente para identificar irregularidades xeométricas e de textura en rostros xerados por modelos sintéticos. Este método extrae descritores de alta resolución sobre trazos como a simetría ocular, a integración do contorno capilar co fondo, a continuidade dos poros e engurras da pel ou a coherencia entre iluminación, sombras e relevos faciais, comparándoos con patróns aprendidos a partir de grandes conxuntos de imaxes auténticas e *deepfakes*. No contexto xurídico-forense, esta ultima técnica permite elaborar ditames centrados na fotografía como un documento estático, sen necesidade de dispoñer de secuencias de vídeo, o que resulta particularmente relevante en supostos de suplantación de identidade mediante retratos falsificados, fotomontaxes íntimos non consentidos ou alteración de imaxes en redes sociais. O perito pode documentar, con apoio visual (mapas de activación, exemplos de irregularidades de textura) e métricas de rendemento do modelo, que o rostro ou elemento analizado presenta patróns xeométricos e de textura incompatibles cunha captura fotográfica convencional, reforzando así a argumentación sobre a falsidade ou manipulación en sede xudicial[159].

4.C. Papel do perito informático e valoración da proba

A sofisticación das intelixencias artificiais e a velocidade coa que evolucionan xera novos retos probatorios, polo que no contexto das *deepfakes*, a valoración forense require dun nivel técnico moi elevado, o que nos leva a recorrer ao emprego de peritos informáticos especializados[160]. Son peritos todas aquelas persoas alleas ao procedemento xudicial chamadas ao caso, ben polas partes ou ben polo órgano xulgador, para valorar os feitos e circunstancias relevantes ao proceso, debido ao seu elevado coñecemento técnico na materia[161]. Son imprescindibles na persecución penal de *deepfakes* non consentidas debido a súa tarefa de analizar elementos técnicos complexos que superan o coñecemento xudicial, permitindo discernir contido sintético de auténtico. O seu ditame traduce todos os datos recadados a unha linguaxe intelixible para as partes no procedemento, garantindo a racionalidade probatoria. No ámbito das probas dixitais, os encargados desta tarefa serán os peritos informáticos, profesionais que se encargan de analizar a veracidade das probas e de expoñelas de xeito claro para que poidan ser comprendidas polo órgano xudicial[162]. O ditame pericial é a actividade procesual por medio da cal un experto aporta coñecementos técnicos alleos ao coñecemento do órgano xudicial, para axudar a esclarecer feitos controvertidos[163]. Neste sentido a STS 587/2003, de 16 de abril[164], establece que cando existan dúbidas sobre a fiabilidade dun-

159 Pinninti, Venkata Siva, Chandra, K. S. R., y Sai, K. P. (2025). "Deepfake image forensics for privacy protection and authenticity using deep learning". *Information*, 16(4), 270.

160 Qureshi, S. M., Saeed, A., Almotiri, S. H., Ahmad, F., & Al Ghamdi, M. A. (2024). "Deepfake forensics: A survey of digital forensic methods for multimodal deepfake identification on social media*". PeerJ Computer Science*, 10, e2037, pp. 1-28.

161 Anguas Balseira, J., (2014). La pericial Informática. En: Abel Lluch, X. (coord.) *Tratado pericial judicial.* Madrid: Editorial La Ley, pp. 313-376.

162 González Reyes, J. M., cit., pp. 43-79.

163 Vid. Artículo 335.1 LEC.

164 STS 587/2003, de 16 de abril, ECLI:ES:TS:2003:2719.

ha proba, a boa práctica xudicial establece que se debe acudir á realización de probas periciais.

En particular, a peritaxe informática céntrase na transformación de información dixital que se encontra dentro dos medios de proba, facilitando a concreción de delitos por medio dun análise técnico. Nos casos de *deepfakes*, esta esixencia é crucial xa que o órgano xulgador debe comprender explicacións técnicas complexas para valorar se se trata dunha imaxe manipulada ou auténtica. Sen esta tradución clara do perito, sería moi difícil poder empregar a proba forense, xa que pola súa elevada complexidade técnica resultaría incomprensible tanto para o órgano xulgador como para as partes[165]. Neste sentido, a STS 1102/2007, de 21 de decembro[166], establece a esixencia de que un ditame expoña de forma clara os seus fundamentos científicos, para que así o órgano xulgador poida valoralos adecuadamente.

Malia que a lexislación procesual regula os requisitos formais da proba pericial[167], non detalla a metodoloxía técnica que debe ser empregada, polo que a estandarización do procedemento resulta clave para poder asegurar a integridade e a conservación da proba, reforzando a importancia da cadea de custodia e da necesidade de documentar o procedemento. Entre as normas técnicas aplicables, destaca a UNE 197001/2015[168], que unifica os criterios xerais para a elaboración de informes e ditames periciais en Tecnoloxías da Información e Comunicación (en adiante TIC). Ademais tamén se conta coas normas UNE 71505/2013[169] (Sistema de Xestión de Evidencias Electrónicas) e UNE 71506/2013[170] (Metodoloxía para análise forense de evidencias electrónicas), que regulan aspectos clave para as deepfakes como pode ser a verificación da integridade mediante o *hashing*, a cadea de custodia dixital e os protocolos de análise de manipulacións, establecendo as características de confiabilidade da proba dixital e o proceso de análise forense, que goza de especial relevancia en casos de deepfakes.

4.C.a). Valoración xudicial da proba pericial técnica

Unha vez superado o xuízo de fiabilidade anteriormente exposto, as probas electrónicas poden entrar no procedemento xudicial, posibilitando o debate contraditorio, onde lle serán de aplicación as regras xerais de medios de proba. Para que a proba poida ser introducida dentro do proceso xudicial, ten que ser a petición dalgunha das partes, ben por medio de solicitude de unión do dispositivo electrónico aos autos, ou ben mediante unha solicitude á autoridade xudicial para que reclame a remisión dunha proba ao procedemento.

165 González Reyes, J. M., cit., pp. 43-79.

166 STS 1102/2007, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2007:6588.

167 Vid. Arts. 456-478 LEC e arts. 335-347 LEC.

168 Asociación Española de Normalización (UNE). (2015). UNE 197010:2015. Criterios generales para la elaboración de informes y dictámenes periciales sobre Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

169 (UNE). (2013). UNE 71505:2013. Tecnologías de la información (TI). Sistema de Gestión de Evidencias Electrónicas (SGEE).

170 (UNE). (2013). UNE 71506:2013. Tecnologías de la información (TI). Metodología para el análisis forense de las evidencias electrónicas.

Nos delitos de *deepfakes* sexuais, a valoración da proba pericial informática segue o sistema da libre valoración[171], que obriga ao xuíz a motivar a credibilidade dos informes técnicos segundo ás regras la lóxica. Neste sentido resulta esencial a STS 1026/2021, de 17 de marzo[172], cando se trata de analizar metadatos EXIF, marcas de auga das IA ou rexistros de *blockchain*, para determinar a autenticidade do contido e a atribución da autoría, xa que a mera coincidencia da IP ou un nome de usurario carece de valor probatorio sen respaldo dunha pericial informática[173].

A STS 416/2005, de 31 de marzo[174], establece que calquera dúbida sobre a fiabilidade ou lexitimidade na obtención de datos informáticos debe supor a súa inadmisión, para evitar posibles vulneracións de dereitos constitucionais. Non obstante, a inadmisión inxustificada dunha pericial informática non vulnera o dereito de defensa, pero a denegación arbitraria si o fai, e especialmente las deepfakes onde a proba técnica é esencial[175]. O TC esixe tres requisitos: que haxa un cumprimento formal da solicitude, a motivación da inadmisión e a demostración da indefensión material.

No ámbito específico das periciais informáticas, a STS 160/2016, de 1 de marzo[176], constitúe un referente ao conectar directamente a denegación da proba técnica co dereito fundamental de defensa. O Alto Tribunal aplica estes principios ao establecer que a inadmisón de xeito inxustificado dunha proba pericial informática proposta pola defensa, conleva á nulidade da sentenza, e por conseguinte, á repetición do xuízo. Isto débese á que a autoría nos delitos informáticos non poden basearse unicamente en indicios débiles, como neste caso concreto a coincidencia dun nome de usuario. Así pois, impedir que a defensa presente o seu propio informe pericial para contradicir a tese técnica plantexada pola acusación, vulnera o dereito de defensa.

Esta doutrina consolídase nunha liña xurisprudencial na que o TS esixe a contradición técnica efectiva da proba dixital, reforzando o papel da pericial informática como unha garantía procesual esencial. Así pois, a denegación inmotivada dunha pericial proposta pola defensa implica unha restrición ao dereito de defensa e da presunción de inocencia. Ademais, trátase dunha dinámica bastante perigosa en materia de *deepfakes*, onde a atribución da autoría depende en gran medida da análise técnica da trazabilidade dixital[177].

Como xa se mencionou con anterioridade, se as probas dixitais foron traídas ao procedemento sen cumprir con todas as garantías procesuais pertinentes, é posible que poidan quedar viciadas nun xuízo de fiabilidade. Ignorar unha proba pericial proposta pola defensa pode vulnerar o dereito á presunción de inocencia, entendida como o de-

171 Vid. Art. 741 LECrim.

172 STS 1026/2021, de 17 de marzo, ECLI:ES:TS:2022:978.

173 Serrano-Piedecasas Fernández, J. (2018). Problemática jurídica de la prueba digital y sus implicaciones en los derechos fundamentales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24(23), 1-44.

174 STS 416/2005, de 31 de marzo, ECLI:ES:TS:2005:416.

175 Vid. STC 121/2009, de 18 de mayo, ECLI:ES:TC:2009:121.

176 STS 160/2016, de 1 de marzo, ECLI:ES:TS:2016:813.

177 Pérez Gil, J. (2024). La prueba pericial digital y la cadena de custodia. Revista General de Derecho Procesal, (63), 1-35.

reito a non ser condenado sen probas válidas e suficientes, tal como establece o artigo 24.2 CE e recoñece o TC na súa sentenza 123/2006, de 24 de abril[178]. A xurisprudencia constitucional[179] establece que a libre valoración da proba non exime ao órgano xulgador de ponderar todos os elementos, xa que é obrigatorio que a sentenza analice todas as probas e xustifique motivadamente a súa deliberación. Omitir esta valoración supón unha vulneración do artigo 24.2 CE.

Esta esixencia cobra unha especial relevancia no caso das deepfakes sexuais, onde identificar a IP dende a que se difunden as imaxes constitúe o reto probatorio fundamental. A STS 987/2012, de 3 de decembro[180], sentou precedente ao absolver nun caso de delitos informáticos a unha persoa condenada por ser a titular da IP dende a que se cometera o delito. En primeira instancia o órgano xulgador ignorara un informe pericial da defensa que demostraba que ser titular dunha liña non podía atribuír a autoría material dun feito. Este precedente é crucial xa que os autores empregan a miúdo VPNs comerciais ou *proxies* para ocultar a IP real, dificultando a atribución directa da autoría. Así pois, as autoridades competentes da investigación deben recabar información da listaxe de conexións, mediante requirimentos a entidade provedora, complementado cunha análise forense de metadatos EXIF que poidan relacionarse coa IP real. Sen esta cadea completa de probas, a mera difusión dende unha IP española non é suficiente para poder condenar ao dono da mesma, especialmente cando os servidores das deepfakes se encontran en xurisdicións estranxeiras[181].

En conclusión, de conformidade ca STC 258/2010[182] e a STS 1432/2020[183], a valoración das probas é un requisito fundamental para a racionalidade da resolución, e o deprecio de periciais informáticas que aportan información relevante ao caso, invalida a condena por falta de xustificación suficiente da sentenza. Para poder determinar o alcance desta nulidade, convén mencionar a STS 320/2011[184], que fai unha distinción entre tres categorías de probas: as probas orixinalmente nulas, que son directamente ilícitas; as probas derivadas de estas, e as probas autónomas. Estas últimas manteñen a súa validez xurídica xa que derivan de fontes de investigación non contaminadas. Con relación ás probas derivadas, o TC na súa sentenza 66/2009, de 9 de marzo[185], e en consonancia coa doutrina establecida na STC 81/1998, establece unha análise para determinar a súa exclusión. En primeiro lugar, débese verificar se a proba deriva facticamente da vulneración orixinal. Se non existise relación, a proba sería válida. En caso de que si existise, valoraríase a conexión de antixuricidade, xa que se existe un vínculo causal é preciso avaliar se a ilicitude orixinal se transmite á proba derivada. Así pois, soamente se prohi-

178 STC 123/2006, de 24 de abril, ECLI:ES:TC:2006:123.

179 Vid. STC 55/2015, de 16 de marzo, ECLI:ES:TC:2015:55; STC 148/2009, de 15 de xuño, ECLI:ES:TC:2009:148; STC 187/2006, de 4 de noviembre, ECLI:ES:TC:2006:187.

180 STS 987/2012, de 3 de diciembre, ECLI:ES:TS:2012:987.

181 Serrano-Piedecasas Fernández, J. (2018). Problemática jurídica de la prueba digital. RECPC, 24(23), 1-44, pp. 32-35.

182 STC 258/2010, de 11 de outubro, ECLI:ES:TC: 2010:258.

183 STS 1432/2020, de 15 de xullo, ECLI:ES:TS: 2020:3005.

184 STS 320/2011, de 22 de abril, ECLI:ES:TS: 2011:320.

185 STC 66/2009, de 9 de marzo, ECLI:ES:TC:2009:66.

birá a valoración da proba derivada cando a súa admisión supuxese unha perpetuación da vulneración de dereitos fundamentais[186].

4.D. Identificación do autor en ámbitos dixitais e cooperación internacional

Co obxectivo de lograr identificar quen foi o creador dunha ultrafalsificación, as autoridades e peritos forenses posúen técnicas baseadas na normativa actual, como son a ISO/IEC 27037:2012 a UNE 71506:2013, e en guías do Instituto Nacional de Toxicoloxía e Ciencias Forenses (en adiante INTCF) e do Instituto Nacional de Ciberseguridade (en adiante INCIBE)[187]. En primeiro lugar, as unidades de ciberdelincuenica e os peritos forenses comezan a examinar as pegadas informáticas que deixan as *deepfakes*. Esta fase consiste en examinar os metadatos EXIF (Formato de Arquivo de Imaxe Intercambiable), revisando información interna que non se ve a simple vista pero que queda gardada nas imaxes ou vídeos, como datos relativos á data de creación do arquivo ou con que programa se fixo. Tamén se analizan elementos técnicos do propio arquivo, como son as partes que conforman a súa estrutura ou marcas que poden quedar ao comprimir ou gardar o contido, coa finalidade de identificar as ferramentas xeradoras (como GANs ou *apps* específicas) e o dispositivo de orixe. Por medio desta análise, preténdese descubrir se o contido foi creado con ferramentas específicas empregadas para a creación de deepfakes, polo que se comparan certas sinais do arquivo con rexistros xa existentes, permitindo recoñecer programas como poden ser como *Faceswap* ou *DeepFaceLab*[188]. Co obxectivo de manter a veracidade da información e a cadea de custodia de forma correcta, empréganse métodos informáticos como as firmas *hash*, que aseguran que os datos non foron modificados nin variados de algunha forma.

As unidades de ciberdelincuencia e os peritos expertos continúan co proceso analizando a trazabilidade das *deepfakes* en redes e dispositivos. Rastréxanse as publicacións orixinais en redes sociais, os enderezos IP e os rexistros de servidores (*logs)* mediante requirimentos xudiciais aos provedores (seguindo a RGPD e LOPD). Ademais, a análise de tecnoloxías como as *blockchains* ou as marcas de auga en algúns modelos IA axuda a atribuír a creación a xeradores específicos se a *deepfake* emprega servizos comerciais. A Garda Civil e a Policía Nacional poden comparar estes datos con rexistros telefónicos para recadar máis información. Con todo este material, pódese elaborar un informe pericial baseado en probas reproducibles e con resultados sustentados en certeza probabilística[189].

Hai casos onde a xurisdición deixa de ser nacional e pasa a internacional, especialmente cando o servidor ou o propio autor se atopan fóra do territorio español[190]. Nestes casos as autoridades españolas (xudiciais, Policía Nacional, Garda Civil, etc.) acoden á

186 González Reyes, J. M., cit., pp. 43-79.

187 Marqués-Arpa, T., & Serra-Ruiz, J. (2014). *Cadena de custodia en el análisis forense: Implementación de un marco de gestión de la evidencia digital*. Universitat Oberta de Catalunya.

188 Amerini, I., et al., (2024), *Deepfake media forensics: State of the art and challenges ahead*, arXiv:2408.00388v2, pp. 1-15.

189 Qureshi, S. M., Saeed, A., Almotiri, S. H., Ahmad, F., & Al Ghamdi, M. A. (2024). "Deepfake forensics: A survey of digital forensic methods for multimodal deepfake identification on social media". *PeerJ Computer Science*, 10, e2037, pp. 1-28.

190 Vid. Art. 65 LECrim e Regulamento (UE) 2022/884.

Orde Europea de Investigación (en adiante OEI)[191] para obter datos de tráfico, identificación de titulares, rexistros de acceso, preservación de contidos, e demais. A autoridade competente do outro Estado é a encargada de executar as dilixencias seguindo o seu dereito interno. Cando a proba electrónica está nun pais fóra da UE, aplícanse os novos instrumentos da UE sobre "*electronic evidence*", que prevén ordes de produción e conservación de datos directamente dirixidos directamente a determinados provedores (ordes de produción e conservación) con obriga de resposta rápida e canais estandarizados[192].

Esta regulación é directamente aplicable a casos de deepfakes sexuais debido a que moitas plataformas operan dende xurisdicións estranxeiras. Un exemplo, é o sitio *web MrDeepFakes*, un dos maiores repositorios de contido deepfake sexual, que se atopa aloxado en servidores de Países Baixos e Estados Unidos[193]. De igual maneira ocorreu coa investigación do grupo Hispasexy, onte a Garda Civil atopou dificultades na súa investigación, xa que os contidos e os perfís dos usuarios estaban almacenados en servidores rusos e holandeses, polo que foi preciso a colaboración coa Europol. O mesmo problema ocorre con ferramentas como *Clothoff* ou *Nudity* cuxas empresas están domiciliadas nos Estados Unidos pero os seus servizos son accesibles dende outros países como España, polo que é necesarios recorrer a mecanismos de cooperación internacional[194].

Cando se producen situacións de maior urxencia, como pode ser por risco da perda de datos ou por unha situación de difusión masiva, as autoridades españolas non teñen por que esperar a que se formalice todo o proceso xudicial, senón que no seu lugar, a Garda Civil ou a Policía Nacional ponse en contacto directamente cun "Punto de Contacto 24/7" que é designado polo país no que se atopa o servidor. Trátase dun persoal funcionariado que se encarga de atender solicitudes urxentes, todas as horas do día. Por medio desta canle, as Autoridades españolas solicitan a preservación de datos de forma inmediata, para poder evitar que esta se perda. Esta preservación é de carácter temporal, que se produce mentres e formalizan os trámites xudiciais[195].

Posteriormente, unha vez que Fiscalía ou os Xulgados deciden actuar formalmente, envían unha Comisión Rogatoria, que se trata dunha comunicación de asistencia xurídica que se envía ás autoridades competentes do outro Estado. Nesa Comisión debese detallar cal é o delito que se está investigando, que datos se necesitan e cal é a relevancia destes datos para poder demostrar os elementos do tipo penal. Pola súa parte, o Estado

191 Regulada pola Directiva 2014/41/UE e pola Lei 4/2015.

192 Sachoulidou, A. (2024). "Cross-border access to electronic evidence in criminal matters: The new EU legislation and the consolidation of a paradigm shift in the area of 'judicial' cooperation". *New Journal of European Criminal Law*, 15(3), 256-274.

193 Han, C., Li, A., & Durumeric, Z. (2025). "Characterizing the MrDeepFakes Sexual Deepfake Marketplace", USENIX Security Symposium (2410.11100).

194 Europol (2025). IOCTA 2025: Internet Organised Crime Threat Assessment – Deepfake Networks and Jurisdictional Challenges. Europol Innovation Lab, pp. 45-52.

195 Rojas Parra, J.H. (2016). *Análisis de la penalización del cibercrimen en países de habla hispana. Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 8(1), 220-231.

receptor está xuridicamente obrigado a cumprir soamente si se tata dun país membro da UE ou se ambos teñen subscrito algún tratado de asistencia mutua[196].

Paralelamente ao trámite forma la Comisión Rogatoria, as unidades de ciberdelincuencia españolas traballan en cooperación con organismos policiais internacionais, como poden ser a Interpol ou a Europol, ou o homólogo do país que proceda, para garantir e acelerar a preservación dos datos, solicitar que os datos se eliminen da rede e tamén para poder coñecer se o presunto autor se atopa nas bases de datos internacionais. Ademais, as autoridades poden dirixirse directamente ás plataformas dixitais para solicitar a retirada de contidos ou o peche de contas que xeran ou publican *deepfakes*, cuestión que se analizará con detalle máis adiante. Así pois, estes mecanismos operativos complementan os procedementos xudiciais de carácter formal, e en moitos casos conseguen reducir o dano reputacional da vítima moita antes de que se resolva a investigación penal[197].

V. PROTECCIÓN DAS VÍTIMAS E REPARACIÓN DO DANO

As *deepfakes* sexuais ocasionan grandes perxuízos nas vítimas, que experimentan trastornos de estrés, depresión ou ansiedade entre outros, sendo especialmente grave en menores de idade[198]. O dano xerado supón unha rotura social que altera a identidade das vítimas e a permanencia dos contidos na rede xera un estado de ameaza existencial que dificulta a recuperación do trauma[199]. Ademais o illamento social intensifícase debido ao estigma e a revictimización que se sofre, levando a un gran deterioro das relacións interpersoais. En definitiva, os efectos das *deepfakes* son devastadores e penetran en todos os ámbitos da vida das vítimas, transformando de xeito radical a súa realidade persoal, social, psicolóxica e profesional[200].

A protección a vítimas e a reparación do dano causado supón un reto xurídico, xa que a rápida difusión de contidos na rede agrava a victimización e perpetúa o trauma. Ao longo deste apartado, analizarase tres eixos fundamentais como son: as medidas fronte a desprotección procesual da vítima, a reparación do dano e o dereito ao esquecemento da vítima e a retirada dos contidos na rede.

5.A. Medidas de protección ás vítimas

Ante casos de *deepfakes* sexuais non consentidas, as vítimas atópanse ante unha situación de desprotección derivada fundamentalmente da lentitude dos procedementos penais, situación que se contrapón coa velocidade coa que os contidos audiovisuais se

196 Sachoulidou, A., cit., pp. 256-274.

197 Tas, S. (2023). "The dangerous increasing support of Europol in national criminal investigations: An additional layer of complexity". *New Journal of European Criminal Law*, 14(4), 534-551.

198 Bates, S. (2017). The long-term impact of non-consensual pornography and harassment: A qualitative study of victim-survivors' experiences. Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking, 20(5), 313-319.

199 Henry, N., Flynn, A., & Powell, A. (2020). Image-based sexual abuse: Victim-survivors' experiences and perspectives. New Media & Society, 23(11), pp. 3314-3331.

200 McGlynn, C., Johnson, K., Rackley, E., Henry, N., Gavey, N., Flynn, A., & Powell, A. (2020). 'It's torture for the soul': The harms of image-based sexual abuse. Social & Legal Studies, 30(4), 922-945.

propagan e difunden na rede. Porén, unha vez que o delito está denunciado, o Xulgado, o Ministerio Fiscal ou a propia vítima poden solicitar a adopción de medidas cautelares, para que sexan executadas á maior brevidade posible e que perduren durante todo o proceso da investigación, ata que se resolva o procedemento[201].

As medidas cautelares que se poden solicitar son diversas, e en cada caso concederanse as que sexan máis oportunas de cara a vítima. Unha das máis relevantes é a prohibición de contacto e acceso dixital, regulada no artigo 544 bis da LECrim e reforzada pola Proposta de Lei de Protección a Menores en Entornos Dixitais, que incorporaría ao artigo 39 CP a posibilidade de ditar unha "orde de afastamento en medios dixitais" como unha sanción penal[202]. Por medio desta medida a persoa investigada ten prohibido manter calquera tipo de contacto coa vítima por calquera medio telemático ou electrónico, incluíndo redes socias ou plataformas dixitais. Un sinxelo "me gusta" nunha publicación da vítima pode interpretarse como un acto de comunicación, supoñendo unha vulneración da orde. Esta medida reviste gran importancia cando a publicación de *deepfakes* se vincula con situacións de acoso cibernético, para evitar que o agresor continúe co hostigamento por calquera vía[203].

A aplicación práctica desta medida presenta desafíos significativos, xa que, por unha banda, o control técnico é complexo e require de recursos das autoridades, e por outra banda, existe un debate xudicial sobre o equilibrio entre a protección da vítima e os dereitos fundamentais do investigado. Neste sentido, a STC 110/2000, de 5 de maio[204], establece que as ordes de aloxamento son una limitación lexítima dos dereitos fundamentais, sempre que estén xustificadas na necesidade de protexer á vítima.

Outra medida consiste no bloqueo e eliminación de perfís, onde o Xulgado pode ordenar ás plataformas dixitais que bloqueen ou eliminen os perfís das persoas investigadas, limitando a súa capacidade de acceso á rede[205]. Esta medida está regulada no artigo 13.2 da LECrim, e no artigo 16 da Lei de Servizos da Sociedade e da Información. A orde de bloqueo é unha obriga legal que debe ser executada en prazos moi reducidos, de conformidade coa Lei de Servizos Dixitais (Directiva 2022/2065 UE)[206].

Non obstante, a efectividade desta medida conta con límites significativos, derivados das características propias das *deepfakes*. En primeiro lugar, porque a velocidade de propagación dos contidos é superior á velocidade da retirada dos mesmos, chegando a difundirse mesmo en redes descentralizadas que se atopan fóra do control xudicial

201 Magro Servet, V. (2024). "La retirada de contenidos ilícitos en Internet como medida cautelar". *Diario La Ley*, 10485, pp. 1-8.

202 Vid. Ley Orgánica de Protección de Menores en Entornos Digitales (2024). Reforma art. 39 Código Penal.

203 Henry, N., Flynn, A., & Powell, A. (2020). Image-based sexual abuse: Victim-survivors' experiences and perspectives. New Media & Society, 23(11), 3314-3331.

204 STC 110/2000, de 5 de maio, ECLI:ES:TC:2000:110.

205 Martínez López-Sáez, M. (2021). *Propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital por razón de género: Ciberviolencia contra la mujer a la luz del marco europeo: propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital. Revista de Estudios Europeos*, 4, pp. 211-233.

206 Reglamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeo e do Consello, de 19 de outubro de 2022, relativo a un mercado único de servizos dixitais (Lei de Servizos Dixitais - DSA). Diario Oficial da Unión Europea L 277, 27.10.2022.

español. En segundo lugar, non existe unha harmonización na lexislación europea en canto a que tipo de contidos deben ser retirados da rede, polo que ás veces o contido pode trasladarse a xurisdicións máis permisivas. En terceiro lugar, a difusión masiva fai que, mesmo tras a retirada oficial, sigan permanecendo copias do contido en algúns servidores, arquivos de internet ou mesmo como descargas de algúns usuarios[207].

Outra medida cautelar pode ser a protección de identidade e de datos persoais da vítima. Así pois, en moitos procedementos, sobre todo aqueles con maior relevancia pública, a LECrim no seu artigo 681 e o Estatuto da Vítima do Delito (Lei 4/2015, de 27 de abril) no seu artigo 22, recoñecen o dereito da vítima a que a súa identidade non sexa divulgada publicamente durante todo o procedemento. Esta protección busca que a identidade da vítima sexa anónima na maior medida posible, para mitigar o dano moral e reputacional da vítima, e preservar a súa integridade o mellor posible[208]. A implementación desta medida maniféstase en xulgados a porta pechada, na anonimización nos escritos procesuais e nas obrigas específicas que se lle impoñen aos medios de comunicación de respectar o anonimato das vítimas, aínda que a este respecto, xorde un conflito entre a protección da intimidade e da vítima e a liberdade de prensa e dereito a informar. De igual maneira ocorre algo similar coa publicación da sentenza, xa que, mentres que é necesaria para a transparencia xudicial, pode facilitar de xeito indirecto a identificación da vítima[209].

Ademais das mencionadas, outra medida cautelar fundamental durante todo o procedemento é o apoio integral á vítima, para evitar que se teña que enfrontar soa a todo o procedemento xudicial. O artigo 3 da Lei 4/2015 recoñece o dereito de toda vítima á protección, información apoio e asistencia ao longo de todo o procedemento. O artigo 22 da mesma lei establece de forma máis específica o "*dereito á asistencia e reparación*". Así pois, o Xulgado pode dar orde de que a vítima esté acompañada en todas as fases do procedemento por un equipo profesional, que adoita estar conformado por psicólogos, traballadores sociais ou criminólogos facultados para poder intervir en prol do benestar emocional da vítima[210].

Como apoio a esta medida existen as Oficinas de Asistencia a Vítimas do Delito, reguladas polo Real Decreto 1109/2015[211], e son as encargadas de elaborar un plan de apoio individualizado ás vítimas, co obxectivo de garantir que a vítima poida afrontar o procedemento sen angustias, reforzando a súa autoestima e a súa capacidade de toma de decisións, especialmente no ámbito xudicial. Non obstante, na realidade a aplicación desta medida é máis limitada que o que establece o marco normativo, xa que en moitas

207 Giambrone & Partners (Estudio Jurídico Internacional). (2025). Protección frente a la difusión no consentida de imágenes y deepfakes. Madrid: Giambrone Law España, pp. 1-8.

208 Fiscalía General del Estado. (2021). Memoria 2020: Medidas para hacer inaccesibles en la red contenidos que atentan contra bienes jurídicos. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/indice.html

209 Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. (2018). Derecho a la intimidad de las víctimas de delitos de violencia de género. Derecho al anonimato de las víctimas. Vitoria-Gasteiz: Emakunde. (Informe núm. 41), pp. 1-84.

210 Magro Servet, V., cit., pp. 1-8.

211 Real Decreto 1109/2015, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

comunidades autónomas estas Oficinas sofren de insuficiencia de recursos, supoñendo a saturación do servizo con tempos de espera excesivamente longos comprometendo así a súa efectividade. A falta de especialización en delitos dixitais agrava o problema, xa que algúns profesionais non teñen a formación suficiente de cara a este tipo de delitos, o que pode derivar en tratamentos pouco efectivos. Ademais, a falta de continuidade entre o procedemento penal e o tratamento post- sentenza provoca que moitas vítimas queden sen apoio nunha fase crítica de recuperación[212].

Así pois, pese ao conxunto de medidas e ferramentas dispoñibles, a aplicación na práctica é insuficiente contra a velocidade de propagación e magnitude das *deepfakes* sexuais non consentidas. Por todo isto, é necesaria unha urxente mellora integral do marco normativo e dos recursos dispoñibles para poder proporcionar unha verdadeira protección ás vítimas no contexto dixital contemporáneo.

5.B. Reparación e cuantificación do dano moral

Máis alá da imposición penal ao condenado, o Xulgado pode ditar o pago dunha indemnización por dano moral, en virtude do disposto nos artigos 109 e 110 do CP, obrigando ao autor do delito ao pago dunha cantidade económica en concepto de resarcimento de danos psicolóxicos, emocionais e reputacionais A reparación do dano causado ás vítimas fundamentase na presunción do prexuízo moral xerado, unha vez que está acreditada a intromisión ilícita na intimidade. Neste sentido, o TS, na súa sentenza 130/2020, de 27 de febreiro, establece que, cando se producen intromisións ilícitas no dereito á intimidade e propia imaxe, o dano moral tense como unha presunción *iuris et de iure*, liberando así a vítima de ter que probar o sufrimento pasado. Así pois, o TS considera que a cuantificación da indemnización por dano moral débese realizar tomando en consideración tanto a "gravidade da lesión", referíndose á intensidade da difusión, como ao "beneficio económico obtido polo causante", en consonancia co artigo 9.3 da LO 1/1982[213]. En liña con esta doutrina, a LO 10/2022 reforza esta reparación integral ás vítimas no seu Título VII, incluíndo o dano moral como eixo central da garantía de non repetición da violencia sexual dixital[214].

Existen retos significativos á hora de cuantificar o dano moral nas deepfakes debido á dificultade de medir o impacto emocional e reputacional que se deriva da súa difusión masiva e persistente en internet. Neste sentido, a AP de Valencia, na súa sentenza 277/2022, de 28 de xuño[215], aplica estes criterios a un caso de difusión sen consentimento de contidos de imaxes íntimas en web, cuantificando en 15.000 euros o dano moral sufrido pola vítima, ponderando a "audiencia alcanzada" e o "impacto duradeiro" tanto en ámbitos familiares como laborais. Así pois, observamos unha analoxía coas *deepfakes*, xa que ten en conta a persistencia dos contidos na rede como un factor que agrava o prexuízo xerado ás vítimas de xeito continuado. De igual maneira a AP de Madrid, na

212 Códigos Penales España (2024). Qué medidas de apoyo puede solicitar una víctima vulnerable. Análisis de insuficiencias de recursos.

213 STS 130/2020, de 27 de febrero, ECLI:ES:TS:2020:655.

214 Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, núm. 215.

215 SAP de Valencia 277/2022, de 23 de junio, ECLI:ES: APV:2022:3030.

súa Sentenza 23/2023, de 19 de xaneiro[216], impón 30.000 euros por vulneración do dereito á intimidade derivada da difusión non consentida de vídeos persoais. O tribunal destacou a necesidade de ponderar a gravidade la lesión e o alcance dos datos difundidos.

Pola súa parte, o TS non consolidou aínda un criterio fixo para a cuantificación, reflectindo unha tensión entre a presunción *iuris et de iure* do dano (STS130/2020) e a necesidade da motivación detallada das cuantías (STS 636/2018, de 12 de decembro[217], ou STS 166/2011, de 14 de marzo[218]). Por outra parte, a STS 734/2025, de 15 de outubro[219], considera que o dano moral nos delitos sexuais é "evidente e de tremendo impacto psicolóxico", mentres que a STS 636/2018 esixe "bases precisas" para a fixación de indemnizacións.

Esta discrepancia xurisprudencial entre diversos enfoques, complícase máis no caso das *deepfakes*, onde a manipulación hiperrealista dos medios audiovisuais multiplica o impacto reputacional, ademais de que o algoritmo viral dificulta unha concreción da audiencia real do contido, polo que é preciso unha actualización dos criterios[220].

En definitiva, a reparación do dano moral derivado das intromisións ilícitas na intimidade constitúe un elemento esencial na tutela das vítimas, operando como un prexuízo que non necesita de probas adicionais para que sexa demostrado. Este enfoque resulta trasladable a supostos de deepfakes sexuais non consentidas, cuxas características de permanencia na rede e irreproducibilidade ilimitada intensifican o dano moral.

5.C. Dereito ao esquecemento e retirada de contidos

O dereito ao esquecemento configúrase, ademais de como un mecanismo de supresión de datos na rede, como unha ferramenta xurídica esencial para a recuperación das vítimas. No contexto das *deepfakes* sexuais, onde a difusión en masa dos contidos pode ser instantánea, a estratexia xurídica articulase en dúas vías paralelas e complementarias para a retirada de contidos: por unha banda, a vía administrativa permite a eliminación urxente mediante instrumentos de protección dos datos persoais; por outra banda, a vía procesual pretende unha recontextualización dixital orientada a minimizar o impacto da exposición pública na vítima.

En primeiro lugar, como mecanismo más rápido e eficiente para a retirada de contido, está o Canal Prioritario da Axencia Estatal de Protección de Datos (en adiante AEPD), que en base ao artigo 17 RGPD e dos artigos 84 e 85 da LOPDGDD, permite a eliminación de contidos sensibles en menos de 72 horas. Esta vía permite atacar o tratamento de forma ilícita de datos biométricos que se atopan nas *deepfakes*, con independencia de se se tratan de medios audiovisuais manipulados por medio de IA ou non[221].

216 SAP de Madrid 23/2023, de 19 de xaneiro, ECLI:ES: APM:2023:23.

217 STS 636/2018, de 12 de decembro, ECLI:ES:TS:2018:4123.

218 STS 166/2011, de 14 de marzo, ECLI:ES:TS:2011:1661.

219 STS 734/2025, de 15 de outubro, ECLI:ES:TS:2025:3978.

220 De Verda y Rico, J. R. (2020). El resarcimiento del daño moral en España por las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge. Revista IUS, (11), 123-145.

221 Martínez López-Sáez, M. (2021). *Propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital por razón de género: Ciberviolencia contra la mujer a la luz del marco europeo: propuestas de regulación frente a una nueva brecha digital. Revista de Estudios Europeos*, 4, pp. 211-233.

A este marco nacional súmanse instrumentos europeos para a loita contra a difusión de deepfakes sexuais non consentidos. O Regulamento de Servizos Dixitais (DSA, Regulamento (UE) 2022/2065[222] impón ás plataformas dixitais a obriga de retirar os contidos dixitais ilícitos, nun prazo razoable, unha vez recibida a notificación formal ao respecto[223], facendo que a tarefa de mediación de contidos nunha responsabilidade legal. Pola súa banda, o Regulamento de Intelixencia Artificial (AI Act, Regulamento (UE) 2024/1689)[224] clasifica os sistema xeradores de *deepfakes* de "*alto risco*", esixindo un etiquetado obrigatorio e medidas de transparencia que permitan identificar a natureza sintética dos contidos. Así pois, estas normas consolidan o dereito ao esquecemento, xa non só como un mecanismo de supresión, se non como unha prevención estrutural da violencia dixital de xénero.

En segundo lugar, é moi importante tratar o dereito á recontextualización dixital de xénero, como unha evolución do dereito ao esquecemento cara unha perspectiva máis útil para as vítimas. Para poder entender este concepto, é preciso partir da realidade de que unha vez que unha imaxe ou calquera tipo de contido, sexa deepfake ou non, se filtra na rede, a posibilidade de eliminar e retirar todas as copias e descargas existentes en dispositivos privados é case imposible. Por conseguinte, a estratexia xurídica non pode, e non debe, centrarse unicamente na retirada do contido da rede, senón que tamén debe buscar rachar co vínculo que se crea entre a vítima e o contido difundido. Así pois, o seu principal obxectivo é conseguir que cando o nome da vítima sexa buscado en Google ou en redes sociais, contidos como os das *deepfakes* sexuais non consentidos ou semellantes, non aparezan nos resultados. Non se trata tanto de limpar este contido de internet, senón de conseguir que apareza o menos posible[225].

A dimensión transnacional das deepfakes dificulta a súa persecución, e máis aínda cando os contidos se aloxan en servidores fora da UE. Para estes casos o Regulamento (UE) 2023/1543[226] permite aos Estados membros emitir ordes directas a provedores que se atopan en outros países da UE, evitando as comisións rogatorias. En relación con Estados non membros, aplícanse os mecanismos recollidos no Convenio sobre a Ciberdelincuencia (Convenio de Budapest), ademais dos mecanismos previstos no Regulamento DSA, para a preservación e retirada de contidos ilícitos.

Por último dende unha perspectiva procesual, Magro Servet defende que a retirada do contido debe solicitarse como medida cautelar pola vía xudicial, distinta a da vía administrativa da AEPD, por medio do artigo 13 da LECrim, presentando un escrito perante o Xulgado de Garda competente, solicitando a interrupción do servizo e a retirada inmediata do contido, para intentar frear a súa difusión e poder evitar que o dano da vítima poida verse agravado[227].

222 Parlamento Europeo e Consello. (2022). Regulamento (UE) 2022/2065 (DSA). DOUE L 277.

223 Vid. Art. 16 do Regulamento.

224 Parlamento Europeo e Consello. (2024). Regulamento (UE) 2024/1689 (AI Act). DOUE L 2024/1689.

225 Martínez López-Sáez, M. (2020). *La garantía del derecho al olvido: Protección de datos, retos futuros y propuestas de regulación de situaciones de vulnerabilidad en la Unión Europea* [Tesis doctoral inédita]. Universidad de Valencia, España.

226 Parlamento Europeo e Consello. (2023). Regulamento (UE) 2023/1543 (e-Evidence). DOUE L 176.

227 Magro Servet, V., cit., pp. 1-8.

Pola súa banda a LO 10/2022 reforza esta postura no seu Título VII, onde eleva a retirada destes contidos a unha categoría denominada "garantía de non repetición". Así pois, o Estado está na obriga de asegurar que a violencia que transcorre por medio da tecnoloxía cese, para evitar a revictimización continua que conleva a permanencia das *deepfakes* na rede, ademais de devolver á vítima o control sobre a súa información persoal[228]. Polo tanto, ao igual que unha vítima de un delito violento precisa de terapia para poder superar o trauma e poder continuar coa súa vida da mellor maneira posible, as vítimas de violencia dixital precisan limpar a súa pegada dixital como parte do seu tratamento. Sen esa limpeza, a vítima revive continuamente o ocorrido cada vez o contido é difundido de novo. Se o contido se elimina da rede, ou polo menos se oculta o máximo posible, malia que non se borra o dano sufrido, dalgunha maneira remítese o sufrimento vivido polas vítimas, e evítase que volva acontecer.

VI. CONCLUSIÓNS

Unha vez exposto todo o concepto das *deepfakes* e analizadas as principais cuestións que suscita dende a óptica do Dereito Penal e do Dereito Procesual, procedo a avanzar algunhas conclusións finais.

A análise do marco conceptual e tecnolóxico das *deepfakes* deixa patente que se trata dun fenómeno que evolucionou dende unha anécdota en *Reddit* en 2017 a unha potencial vulneración de dereitos, accesible a calquera persoa. As súas diversas modalidades revelan unha diversidade lesiva que vai máis alá da técnica, configurando así unha modalidade de abuso sexual baseado en imaxes (*image-based sexual abuse)* que busca xerar un dano ou perxuízo na vítima. A difusión non consentida de *deepfakes* sexuais constitúe ademais unha forma de ciberviolencia de xénero, xa que afecta principalmente a mulleres e permite evidenciar unha discriminación de xénero estrutural. Ademais o anonimato e a dificultade probatoria agravan o sometemento, convertendo as IA en instrumentos de dominación patriarcal.

Dende este marco conceptual, a análise normativa mostra tanto avances como lagoas. Pola súa parte, a EU liderou recentemente importantes avances normativos. En particular, a Directiva 2024/1385 obriga aos Estados Membros á tipificación expresa das *deepfakes*. En España, a falta dun tipo específico, a doutrina e a xurisprudencia están plantexando a aplicación de tipos penais como o delito de descubrimento e revelación de secretos, o delito contra a integridade moral, o delito de inxurias e o delito de pornografía infantil. Non obstante, a súa aplicación ás deepfakes suscita problemas interpretativos e deixa ver insuficiencias que apuntan á necesidade dunha reforma penal.

As propostas lexislativas recentes, fundamentalmente o Proxecto de Lei Orgánica para a Protección das persoas menores de idade en entornos dixitais, marcan un camiño cara a sanción da difusión non consentida de ultrafalsificacións, superando o baleiro normativo existente. Esta iniciativa propón reformar o Código Penal para crear un tipo autónomo que condene expresamente as *deepfakes* de contido sexual, incorporando

228 Fiscalía General del Estado. (2020). Medidas para hacer inaccesibles en la red contenidos que atentan contra bienes jurídicos necesitados de protección penal (Cap. V, sección 3.2).

penas privativas de liberdade, agravantes por *grooming* e medidas de prohibición de acceso a entornos dixitais. De igual maneira, a súa efectividade depende dos avances probatorios e da especialización xudicial, evitando que queden desprovistas de eficacia práctica fronte ás cada vez máis sofisticadas tecnoloxías de intelixencia artificial.

Ademais das dificultades dende o punto de vista do Dereito substantivo, a resposta penal fronte ás deepfake sexuais non consentidas presenta tamén retos importantes dende o punto de vista procesual. No plano probatorio, poden existir dificultades relacionadas coa acreditación da falsidade mediante técnicas de análise forense dixital e a determinación da autoría dos contidos. Malia dispoñer de protocolos técnicos, a cadea de custodia revela unha fraxilidade estrutural, xa que a velocidade da difusión da proba e a súa fácil manipulación dificultan a súa preservación, beneficiando ao autor. Isto evidencia que os estándares actuais comezan a ser insuficientes, resaltando a necesidade dunha actualización que incorpore estándares forenses máis específicos de cara ás ultrafalsificacións. O principal punto crítico atópase na dependencia absoluta do perito informático cuxa ausencia ou ditame deficiente pode inviabilizar a condena, ademais de que a súa tradución ao xuízo require dunha gran especialización que hoxe en día o persoal xurídico non ten.

Por outra parte, a identificación da autoría é tamén un reto de importancia, xa que a ocultación da identidade dixital dos autores, xunto coa localización dos servidores en xurisdicións pouco transparentes e as limitacións dos mecanismos de cooperación xudicial internacional, dificultan de maneira significativa esta tarefa, favorecendo a impunidade. Ademais a cooperación internacional ten fallas na práctica, deixando a vítimas desprotexidas ante redes globais de ciberviolencia. Sen unha *Eurojust* reforzada e uns puntos de contacto 24/7 con capacidades executivas reais, a persecución penal das deepfakes acabará quedando nunha simple declaración de boas intencións.

Por último é preciso mencionar o tratamento ás vítimas, xa que se ven obrigadas a enfrontarse non só á humillación inicial, se non tamén a un trauma posterior e persistente intensificado pola viralidade dos contidos e á revictimización que supón ter que enfrontarse a todo o proceso xudicial. Para intentar neutralizar ou minimizar estes datos e ofrecer unha reparación ás vítimas, o noso ordenamento xurídico dispón xa de diversas medidas como: a prohibición de contacto e acceso dixital; o bloqueo e eliminación de perfís nas plataformas; a protección da identidade e anonimato das vítimas; o apoio integral mediante Oficinas de Asistencia a Vítimas e medidas cautelares de retirada de contidos e recontextualización dixital. Non obstante, a efectividade de todas as medidas existentes vese seriamente comprometida debido aos recursos escasos das Oficinas de Asistencia e á falta de coordinación coa lexislación europea.

A maiores cómpre ter en conta que moitas das medidas de apoio e protección existentes presentan limitacións de continuidade debido á falta de recursos nas Oficinas de Asistencia a Vítimas e á ausencia de protocolos despois sentenza. Esta circunstancia resulta particularmente crítica xa que a conclusión do procedemento non implica a superación automática do dano sufrido, e pola contra, segue a necesitar un acompañamento psicolóxico. A dis continuidade destes mecanismo de apoio pode dificultar a

recuperación plena da vítima, polo que se fai necesario modificar os modelos actuais de atención as vítimas.

En conclusión, este traballo estuda as *deepfakes* sexuais non consentidas e amosa como constitúen unha forma de ciberviolencia de xénero desbordando os límites actuais do dereito penal español, tanto no seu plano substantivo como no seu plano procesual. A análise realizada mostra un marco normativo insuficiente, no que aplicación forzada dos tipos penais xa existentes convive con dificultades probatorias, problemas na identificación das autorías e cunha protección as vítimas mellorable fronte á dimensión global das *deepfakes*. A pesar dos avances da Unión Europea coa súa Directiva 2024/1385, a ausencia dunha tipificación autónoma mantén unha resposta penal pouco eficaz. Por todo iso, é preciso unha reforma integral que incorpore un tipo penal propio , unha especialización por parte do persoal do ámbito xudicial e unha cooperación internacional efectiva, co fin de evitar a normalización desta novidosa forma de violencia de xénero na era da intelixencia artificial.

COLUSIÓN ALGORÍTMICA. TEORÍA, CASOS Y DESAFÍOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Alberto Tajes Moreno
Máster Universitario en Abogacía y Procura. Universidade da Coruña.

Resumen: El uso empresarial de algoritmos de monitorización y de fijación de precios, cada vez más sofisticados, ha alterado las condiciones en que se produce la colusión. Este estudio delimita el concepto y las clases de colusión en los artículos 1 LDC y 101 TFUE y examina los tres escenarios de colusión algorítmica: el algoritmo facilitador, los esquemas hub & spoke y la colusión tácita autónoma. A partir de los casos Topkins, Trod y GB Eye, E-Turas, PropTech y Gibson v. Cendyn Group, concluye que la expresa encaja en el marco vigente y la tácita queda extramuros de la prohibición. Por último, examina los desafíos de imputación, prueba y enforcement, apunta posibles líneas de actuación y formula recomendaciones para las empresas.

Abstract: The business use of increasingly sophisticated monitoring and pricing algorithms has altered the conditions under which collusion arises. This study delimits the concept and categories of collusion under Article 1 of the Spanish Competition Act and Article 101 TFEU and examines the three scenarios of algorithmic collusion: the facilitating algorithm, hub-and-spoke schemes and autonomous tacit collusion. Drawing on the Topkins, Trod and GB Eye, E-Turas, PropTech and Gibson v. Cendyn Group cases, it concludes that express collusion fits the existing framework whereas tacit collusion falls outside it. Finally, it examines the challenges of attribution, evidence and enforcement,

suggests possible courses of action and puts forward recommendations for businesses.

Palabras clave: colusión algorítmica; derecho de la competencia; inteligencia artificial; algoritmos de precios; colusión tácita; práctica concertada; hub & spoke; prueba.

Keywords: algorithmic collusion; competition law; artificial intelligence; pricing algorithms; tacit collusion; concerted practice; hub-and-spoke; evidence.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. COLUSIÓN. 1. CONCEPTO. 2. CLASES DE COLUSIÓN. 3. MANIFESTACIONES DE LA COLUSIÓN EXPLÍCITA: A. Acuerdos; B. Decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas; C. Prácticas concertadas; D. Conductas conscientemente paralelas. 4. LA COLUSIÓN TÁCITA. II. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ALGORITMOS. 1. CONCEPTO DE ALGORITMO. 2. TIPOS DE ALGORITMOS SEGÚN SU FUNCIONAMIENTO: A. Algoritmos sin aprendizaje (de reglas y optimización); B. Algoritmos de inteligencia artificial. 3. TIPOS DE ALGORITMOS SEGÚN SU UTILIZACIÓN. 4. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. III. COLUSIÓN ALGORÍTMICA EXPRESA. 1. EL ALGORITMO FACILITADOR: A. U.S. v. David Topkins; B. CMA: Trod Limited y GB Eye Limited. 2. LOS ESQUEMAS HUB & SPOKE: A. TJUE: E-Turas; B. CNMC: PropTech. IV. COLUSIÓN ALGORÍTMICA TÁCITA. 1. CONCEPTO Y CATEGORIZACIÓN. 2. PLAUSIBILIDAD. 3. GIBSON V. CENDYN GROUP, LLC. V. RETOS. 1. LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. 2. INVESTIGAR Y PROBAR LA COLUSIÓN ALGORÍTMICA. 3. SUFICIENCIA DE MEDIOS DE DISUASIÓN Y ENFORCEMENT. VI. SOLUCIONES. 1. NUEVAS DEFINICIONES. 2. PRESUNCIONES E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. 3. CAPACITACIÓN Y COOPERACIÓN. 4. AUDITORÍAS Y DISEÑO RESPONSABLE DE ALGORITMOS. 5. REVISIÓN DEL RÉGIMEN DE MULTAS. 6. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DESARROLLADORAS. VII. RECOMENDACIONES PARA LAS EMPRESAS. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El siglo XXI está siendo una época marcada por la expansión y democratización del uso de la tecnología. Ha cambiado la forma con que las personas conciben el mundo, transformando toda clase de ámbitos: desde la comunicación y el consumo hasta el trabajo y el aprendizaje. La cuestión es que se ha normalizado hasta tal punto que resulta sumamente complicado imaginar su desaparición de la vida diaria.

En los últimos años, el tema que más interés ha estado generando al respecto es el auge de los programas de Inteligencia Artificial generativa y de los *Large Language Models*. Su uso recurrente, como herramienta de investigación y producción de textos y archivos multimedia, ha levantado diversos interrogantes acerca de su sostenibilidad y su uso ético. Sobre todo, se ha cuestionado sus implicaciones

en el derecho de la propiedad intelectual y las posibles consecuencias penales que puede tener su uso perjudicial.

No obstante, si bien el concepto de IA se suele asociar a este tipo específico de software, realmente tiene unas implicaciones bastante más profundas. A mayores, si bien la conversación se suele centrar en el resultado propio de la producción y consumo de bienes y servicios, se suele pasar por alto la forma con la que se acceden a los mismos, es decir: como los consumidores acceden al mercado y que se pueden encontrar en él.

A estos efectos, las empresas llevan años utilizando algoritmos informáticos en sus procesos operativos, incluyendo, sobre todo, el ámbito comercial. Y es que, ante el incremento masivo de las distintas variables y datos de mercado, propios de la globalización y expansión tecnológica, se hace obligatorio adaptarse a dicha realidad.

Sin embargo, ello no está exento de polémica. Esta capacidad aumentada de procesamiento de datos hace más factible que las compañías puedan pactar entre sí con el fin de repartirse el mercado o fijar precios a su antojo, perjudicando, así, a sus competidores y a la sociedad en su conjunto. Dicho de otro modo: si bien este fenómeno, denominado colusión, no es una cuestión nueva, se facilita su proliferación.

Y es que la problemática no termina ahí, puesto que, ante la creciente sofisticación de los programas informáticos, puede darse la posibilidad de que los algoritmos prescindan de intervención humana para llegar a resultados restrictivos de la competencia. Este fenómeno, que hasta hace muy poco era, únicamente, un supuesto teórico, no puede perseguirse legalmente al no estar el marco normativo adaptado para ello.

Precisamente, este trabajo viene a abordar todas estas preocupaciones. En primer lugar, se abordará el concepto de colusión, sus clases y su correspondiente cobertura legal. Posteriormente, se hará una aproximación acerca de los algoritmos y, en particular, sobre en qué consiste, realmente, la Inteligencia Artificial y para qué es utilizada en el mercado. Luego, se hará hincapié en las distintas manifestaciones que pueden tener estos programas informáticos a la hora de facilitar o crear escenarios colusorios, mediante su aproximación teórica y el comentario de casos reales. Finalmente, se tratarán los distintos desafíos que supone esta realidad, posibles líneas de actuación frente a los mismos y se darán una serie de recomendaciones para las empresas.

I. COLUSIÓN

1. CONCEPTO

De forma genérica, se puede definir a la colusión como la actuación organizada entre empresas competidoras, mediante la cual estas compañías o bien se coordinan o bien llegan a acuerdos entre sí, con el objetivo de maximizar sus beneficios al tiempo que alteran la competencia del mercado en el que operan[1].

1 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes en materia de algoritmos y Derecho de la competencia», en AA.VV., *Anuario de Derecho de la Competencia 2024*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Aranzadi La Ley, Las Rozas (Madrid), p. 365.

Más concretamente, y entrando dentro del caso español, este concepto es objeto de regulación por parte de los artículos 1.1 de la LDC[2] y 101.1 del TFUE[3] siendo, por ende, una práctica prohibida por dos preceptos de dos textos legales que, si bien son diferentes, han de ser interpretados en conjunto[4]. Impera, pues, una suerte de «doble barrera» ante aquellas conductas colusorias que restrinjan «la competencia en el estado español y, además, afectan o pueden afectar a los intercambios comerciales intracomunitarios»[5].

Las conductas y prácticas concretas enumeradas en dichos artículos constituyen un *numerus apertus*. Es decir: se pueden apreciar otras que, si bien no son objeto de citación en estas normas, pueden subsumirse dentro del ámbito de aplicación de la cláusula general de cada una de ellas[6].

Así las cosas, cabe traer a colación, precisamente, ambas cláusulas generales. En primer lugar, dispone el art. 1.1 LDC que:

> «Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional».

Por su parte, establece el art. 101.1 TFUE lo siguiente:

> «Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior».

Tanto estos dos preceptos, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), permiten extraer cuales son los elementos constitutivos de la colusión:

1. Se requiere la acción común de dos o más empresas[7]. Las restricciones en la competencia causadas individualmente por un único operador económico no entran en lo establecido por los arts. 1.1 LDC y 101.1 TFUE, sino que deben ser analizadas o bien dentro del prisma del abuso de posición dominante de los artículos 2 LDC y 102 TFUE, o bien subsumirse dentro de las conductas de competencia desleal del art. 3 LDC[8]. En cuanto a grupos de empresa, una filial se considera parte de la misma unidad económica que su

2 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4 En aras de los principios europeos de equivalencia y efectividad, ante una misma conducta no se puede hacer una interpretación del precepto nacional de tal manera que se llegue a una conclusión que haga incompatible la aplicación de la norma y jurisprudencia europea. Vid. Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito de defensa da competencia*, Universidade de Vigo, Servizo de Publicacións, Vigo.

5 Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., p. 27.

6 Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., p. 48.

7 Ha de tenerse en cuenta que ambos textos legales no distinguen entre empresas públicas o privadas. Así pues, el elemento determinante de dicho concepto es la realización de una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y de la configuración de su financiación.

8 Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., p. 49.

matriz si no tiene capacidad autónoma de decisión sobre su conducta en el mercado, sino que lleva a cabo la misma con arreglo a las directrices, precisamente, de su matriz[9]. Por ende, no puede apreciarse colusión cuando intervienen, únicamente, una sociedad y su participada en esta clase de supuestos, ya que jurídicamente se considerarían como un único ente económico[10].

2. Se necesita un mecanismo de coordinación determinado. En particular, el TFUE menciona tres conceptos en este ámbito: acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones entre empresas y prácticas concertadas. A propósito de los mismos, es menester indicar que, desde el punto de vista subjetivo, «recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan», tal y como indica la Sentencia del TJUE (en adelante, STJUE) de 8 de julio de 1999[11]. A mayores, la LDC, aparte de replicar los conceptos contenidos en la norma comunitaria, incorpora el de las conductas conscientemente paralelas, aunque con escasa o nula relevancia en la práctica. Todas estas modalidades serán objeto de un análisis más profundo en las siguientes secciones del presente trabajo[12].

3. Se restrinja la competencia, ya sea por objeto o por efecto. Tal y como establece, entre otras, la STJUE de 4 de junio de 2009[13], se tratan de condiciones no acumulativas y de carácter alternativo, de tal manera que ha de analizarse, en primer lugar, el objeto de la práctica presuntamente ilícita, y, si de este examen no resulta probado «un grado suficiente de nocividad con respecto de la competencia», han de valorarse, entonces, sus efectos. Precisamente, y tal y como se desarrolla, entre tantas otras, en la STJUE de 30 de enero de 2020[14], el concepto de «restricción por objeto» ha de interpretarse de manera restrictiva: solo cabe apreciarlo cuando el grado de nocividad aducido sea suficiente para que se pueda considerar innecesario el análisis de sus efectos «puesto que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia».

2. CLASES DE COLUSIÓN

Una vez hecha una aproximación al concepto de colusión, cabe hacer distinción entre sus dos tipos: colusión explícita y colusión tácita[15], en función del mecanismo de coordinación empleado por los operadores de mercado implicados[16].

9 Lo que, en términos de las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, se denomina «influencia decisiva».

10 Jones, A.: *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, SSRN Scholarly Paper, 2012, p. 10, https://papers.ssrn.com/abstract=2131740 (consultado el 30 de enero de 2026).

11 Asunto C-49/92 P, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Anic Partecipazioni SpA* (ECLI:EU:C:1999:356).

12 Vid. los apartados 3 y 4 de este mismo capítulo, dedicados a las manifestaciones de la colusión explícita y a la colusión tácita.

13 Asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV y otros contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (ECLI:EU:C:2009:343).

14 Asunto C-307/18, *Generics (UK) Ltd y otros contra Competition and Markets Authority* (ECLI:EU:C:2020:52).

15 Motta, M.: *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

16 Gutiérrez Carrizo, I.: *¿Otro «tipo» de conductas colusorias?*, 2009, p. 118, https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-06_Otro_tipo_conductas_colusorias-Gutierrez.pdf (consultado el 8 de diciembre de 2025).

La colusión explícita requiere contacto directo entre las empresas implicadas, acerca del funcionamiento y formalización del mecanismo de cooperación que mantienen entre sí[17]. Este es el caso de todos los conceptos contenidos tanto en el art. 101 TFUE como en el art. 1 LDC: los acuerdos, las decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas, las prácticas concertadas y las conductas conscientemente paralelas, cuyo examen se aborda en el apartado siguiente. La colusión tácita, por su parte, prescinde de ese contacto y se estudia en el apartado 4 de este mismo capítulo.

3. MANIFESTACIONES DE LA COLUSIÓN EXPLÍCITA

A. Acuerdos

Para que exista un acuerdo, a los efectos aquí reseñados, basta con que una pluralidad de empresas exprese una voluntad común a la hora de actuar en el mercado, de manera que esta sea contraria al principio de libre competencia. No es necesaria, pues, la ejecución del acuerdo en cuestión[18].

Sobre esta noción de acuerdo, han de hacerse dos precisiones. La primera es que tiene naturaleza objetiva, es decir: la motivación y la intencionalidad son irrelevantes a la hora de calificarla como conducta ilícita[19]. La segunda es que es un término amplio: no se limita a negocios jurídicos o contratos, sino que es un concepto más cercano al de «pacto». Bajo esta premisa, el acuerdo puede ser jurídicamente vinculante o no, comprender la totalidad del contenido contractual o, únicamente, una mera cláusula del mismo. Incluso, a los efectos de los arts. 101 TFUE y 1 LDC, resulta ajena a su calificación jurídica, ya que la clave únicamente es que sirva para provocar la restricción de la competencia[20].

B. Decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas

La diferencia entre estos dos conceptos y el recién explicado radica en el hecho de que en el acuerdo es necesaria la aquiescencia de todas las partes involucradas, mientras que la decisión o recomendación colectiva se adopta en virtud de la decisión de una mayoría de los asociados o por un órgano interno. Así las cosas, pese a que esta decisión no ha sido aprobada por todos los presentes, produce efectos vinculantes para todos ellos, presuponiendo la existencia de un interés común respecto del objeto o efecto restrictivo de la competencia[21].

Para el derecho nacional, una «decisión» se trata de una manifestación de voluntad colusoria con efectos jurídicamente vinculantes para las empresas asociadas, mientras

17 Gutiérrez Carrizo, I.: *¿Otro «tipo» de conductas colusorias?…*, cit., p. 118.

18 La prohibición de colusión es de carácter preventivo. Vid. Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., p. 54.

19 No obstante, sí que han de tenerse en cuenta a los efectos de determinar la procedencia de la imposición de multa, acorde al principio de culpabilidad plasmado en el art. 63 LDC.

20 Lo que también provoca que los convenios colectivos queden afectados por esta prohibición. Véase a estos efectos la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) de 23 de febrero de 2021, expediente S/DC/0605/17, *Amarres Puerto de Algeciras*, que conlleva, precisamente, la resolución de terminación convencional. Vid. asimismo Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., pp. 54 y ss.

21 Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., p. 55.

que una «recomendación», pese a tener, igualmente, el objeto o efecto de coordinar el comportamiento en el mercado de la asociación empresarial de que se trate, no es vinculante jurídicamente. Por su parte, la norma comunitaria hace referencia únicamente a las «decisiones». Ello no implica que tenga un rango menor de protección que su homónima española, sino que el concepto ha de interpretarse más extensivamente, reuniendo ambos escenarios bajo la misma denominación[22].

Por lo demás, también se trata de una prohibición de naturaleza objetiva[23]: es indiferente conocer cuántos asociados están a favor o han optado por acatar la conducta[24]. Para considerar su ilicitud, únicamente es valorable su aptitud objetiva para restringir la competencia, lo que, a su vez, se relaciona con tres factores: la naturaleza de la conducta, quien la lleva a cabo y su difusión en el mercado[25].

C. Prácticas concertadas

Esta categoría surge como respuesta al hecho de que no siempre les es posible, para las autoridades de competencia, recabar pruebas físicas que revelen la existencia de acuerdos entre las empresas contrarios al art. 101 TFUE. Es decir, el concepto de práctica concertada existe para que, en ausencia de medios probatorios tangibles, se pueda deducir la existencia del acuerdo colusorio con base al comportamiento que adoptan las empresas en el mercado[26], sustituyendo, en consecuencia y en palabras de la STJUE de 14 de julio de 1972[27], «los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas». Esta categoría supone la concurrencia de tres requisitos:

1. En primer lugar, si bien no se exige un plan físico entre empresas, sí que es preciso poder apreciar, tal y como indica la STJUE de 16 de diciembre de 1975[28], «cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado».

2. En segundo lugar, se requiere una conducta paralela en el mercado, como, por ejemplo, un paralelismo en la subida de precios.

3. Por último, tal y como se recoge en la STJUE de 4 de junio de 2009[29], aparte de «la concertación entre las empresas» y «un comportamiento en el mercado que siga a la concertación», se exige «una relación de causa a efecto entre ambos elementos». Es

22 Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., pp. 55 y ss.

23 Y, también, de carácter preventivo.

24 Lo que sí se tendría en cuenta para la imposición de una hipotética pena de multa.

25 Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito…*, cit., p. 56.

26 AA.VV.: *Derecho Digital 2024-2025: impacto de la tecnología en los ámbitos civil, penal, administrativo y social*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Lefebvre-El Derecho e Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, Madrid.

27 Asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comisión de las Comunidades Europeas* (ECLI:EU:C:1972:70).

28 Asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas* (ECLI:EU:C:1975:174).

29 Asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV y otros*, cit.

decir: que la explicación plausible de la conducta paralela sea la concertación, el contacto entre empresas, no pudiendo apreciarse, pues, cuando el paralelismo obedezca a condiciones de mercado normales, tal y como indica la STJUE de 31 de marzo de 1993[30].

Finalmente, cabe indicar que, ante la ya comentada dificultad de encontrar medios físicos de prueba, las autoridades de competencia pueden valerse de presunciones para acreditar la concurrencia de la práctica concertada. Por ejemplo, en el caso de la citada STJUE de 4 de junio de 2009[31] bastó la constancia de una única reunión entre dos empresas, en la cual se había producido un intercambio de información sensible, para deducir que su contenido había sido tenido en consideración de cara a su actuación en el mercado, ya que, en palabras del tribunal:

> «En tales circunstancias, procede considerar que el punto decisivo no es tanto el número de reuniones celebradas entre las empresas interesadas como el hecho de saber si el contacto o los contactos que se han producido han dado a éstas la posibilidad de tener en cuenta la información intercambiada con sus competidores para determinar su comportamiento en el mercado de que se trate y sustituir conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (…) Siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas».

D. Conductas conscientemente paralelas

El art. 1.1 LDC introduce este concepto de forma adicional a lo dispuesto en el art. 101.1 TFUE, pudiendo tener el potencial para abarcar aquellas que no serían subsumibles dentro de los conceptos de acuerdo o práctica concertada[32].

No obstante, la realidad práctica es diferente: no hay ni un solo caso en España desde el año 1989 en el que se haya condenado a ninguna compañía en aplicación de dicho término[33]. Aparte, frente a la antigua concepción de que este concepto podía incluir comportamientos adoptados de manera unilateral por las empresas, mediante los cuales alinean sus estrategias con respecto a otras, la mayor parte de la doctrina lo considera como un sinónimo de la ya explicada «práctica concertada», solo pudiendo sancionarse en caso de existir una concertación previa[34].

30 Asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *Ahlström Osakeyhtiö y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, coloquialmente conocida como *Woodpulp* (ECLI:EU:C:1993:120).

31 Asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV y otros*, cit.

32 Armengol i Gasull, O., Blas Aguilera, J. de y Vigón Uzquiano, I.: «Algoritmos y derecho de la competencia», en AA.VV., *Anuario de derecho de la competencia 2018*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 55 y ss.

33 Díez Estella, F.: *Unidad Didáctica 04. Acuerdos colusorios*, 2025, p. 7, https://fernandodiezestella.com/derecho_competencia/tema_04.pdf (consultado el 8 de enero de 2026).

34 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust: perspectivas sobre la concertación algorítmica en el marco del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE», en AA.VV., *Anuario de derecho de la*

4. LA COLUSIÓN TÁCITA

A pesar de todo lo explicado hasta ahora, y la aparente falta de previsión legal de lo que se comentará a continuación, en función de las características del mercado de que se trate, puede darse la circunstancia de que las empresas muestren comportamientos coordinados en el mismo, sin que estas conductas puedan catalogarse dentro de los supuestos recién descritos. Es decir, que la actuación coordinada en el mercado no venga condicionada por un acto de concertación previo, lo que hace que esta quede fuera del alcance legal. A esta situación se la conoce como «colusión tácita»[35].

Concretamente, en estos supuestos el perjuicio anticompetitivo se derivaría de una actuación independiente de una empresa, que vendría condicionada del reconocimiento de su interdependencia en el mercado con respecto de las demás[36]. Por ello, el hecho de que puedan surgir prácticas de este tipo se asocia con los riesgos derivados de la dependencia recíproca entre competidores de un mercado oligopolista[37]. A estos efectos, cabe indicar que una parte minoritaria de la doctrina aboga por la aplicación del concepto «práctica conscientemente paralela» del art. 1 LDC a esta clase de supuestos, no subsumibles dentro de la noción de prácticas concertadas[38].

Particularmente, los economistas establecen una serie de condiciones necesarias para que la colusión tácita tenga lugar: ha de ser un mercado lo suficientemente transparente para que los competidores puedan observar la conducta del resto en el mercado con precisión y determinar con certeza si los cambios inesperados del comportamiento de uno de ellos se deben a desviaciones de la coordinación imperante. Aparte, han de existir incentivos disuasorios suficientes para evitar estas desviaciones, así como represalias en caso de llevarlas a cabo[39].

Si bien estas parecen y han venido siendo condiciones de muy difícil apreciación, no por ello no se sospecha de su concurrencia, pese a la ausencia de herramientas jurídicas para combatirla. Por ejemplo, doña Cani Fernández Vicién, presidenta de la CNMC, afirmaba que, en relación con la falta de remuneración de los depósitos por parte de los grandes bancos españoles, le «cuesta imaginar que ninguno quiere ganar cuota de

competencia 2025, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Aranzadi La Ley, Las Rozas (Madrid), p. 31.

35 Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool to Tackle Algorithmic Tacit Collusion: An Approach for the (Near) Future*, College of Europe, Brujas, p. 3, https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/ResearchPaper_3_2021_Colm_Hawkes.pdf (consultado el 13 de diciembre de 2025).

36 OECD: *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, 2017, p. 19, https://www.oecd.org/en/publications/algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age_258dcb14-en.html (consultado el 13 de diciembre de 2025).

37 Un mercado oligopolista es el justo término medio entre los extremos delimitados por el mercado monopolista, por un lado, y el mercado de competencia perfecta, por otro. Las empresas participantes en dicho mercado pueden tomar consciencia de que, al estar sus acciones condicionadas por el comportamiento de sus competidores, la solución óptima sería que todas las compañías coordinasen sus estrategias, imponiendo precios más altos a los consumidores. Por tanto, esta interdependencia de estrategias comerciales, derivada del reconocimiento mutuo de la presencia de las empresas y su situación de mercado, resulta en una competencia real baja o inexistente, perjudicando a los consumidores. La cuestión es que estas condiciones de mercado pueden ser propicias para la colusión tácita que, tal y como se ha expuesto, carece de soporte legal para su persecución. Vid. Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool…*, cit., p. 3.

38 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 31.

39 Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool…*, cit., p. 3.

mercado, salvo que se vea que el resto tampoco. Es colusión tácita y es un agujero en nuestro sistema jurídico», instando a la clase política la reforma del sistema vigente[40].

A mayores, hoy en día, la colusión tácita podría volverse una realidad sostenible ya no solo en mercados oligopolistas, sino en aquellos que, a priori, no lo son. Ello se debe a la razón de ser del presente trabajo: los algoritmos[41].

II. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y ALGORITMOS

1. CONCEPTO DE ALGORITMO

El concepto de algoritmo ha sido objeto de discusión a lo largo de los años, gozando de una definición amplia, indeterminada y mutable con el paso del tiempo. La vigencia y validez de su significado depende, a cada momento, de los avances tecnológicos.

En esencia, se podría catalogar a los algoritmos como un conjunto de reglas que definen con precisión una secuencia de operaciones, con el fin de transformar una entrada (*input*) en un resultado (*output*)[42].

No obstante, esta se trata de una definición un tanto generalista, vasta, y con la que se podría abarcar gran parte de la tecnología informática[43]. Por tanto, con el fin de obtener una concepción precisa de su significado a los efectos de competencia, es menester distinguir las distintas clases de algoritmos. Doctrinalmente, se han diferenciado acorde a su mecanismo de funcionamiento y a su utilización concreta por parte de las empresas[44].

2. TIPOS DE ALGORITMOS SEGÚN SU FUNCIONAMIENTO

A. Algoritmos sin aprendizaje (de reglas y optimización)

Estos algoritmos, también conocidos como de primera generación, son aquellos que se valen de una secuencia finita y determinada de instrucciones concretas, diseñadas con el fin de ejecutar tareas específicas y obtener un resultado específico. Estas reglas son, directamente, establecidas por sus programadores, es decir: con intervención humana. Al tratarse de instrucciones cerradas y predefinidas, el algoritmo carece, por tanto, de capacidad de aprendizaje autónomo. Su función es, precisamente, ejecutar lo ordenado, procesar una serie de datos específicos con una eficiencia mayor que su interpretación manual por parte de humanos. Por ende, no puede desviarse ni adaptarse a nuevas situaciones o fuentes de datos salvo que se le programe para ello[45].

40 Zuloaga, Ó. G.: «CNMC, sobre depósitos: "Me cuesta pensar que no hay bancos que quieran ganar cuota"», *elconfidencial.com*, 2023, https://www.elconfidencial.com/empresas/2023-06-23/cnmc-depositos-banca-colusion-tacita-competencia_3671354/ (consultado el 16 de diciembre de 2025).

41 OECD: *Algorithms and Collusion…*, cit.

42 OECD: *Algorithmic Competition*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, 2023, p. 8, https://www.oecd.org/en/publications/algorithmic-competition_cb3b2075-en.html (consultado el 13 de diciembre de 2025); Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 29.

43 OECD: *Algorithmic Competition*, cit., p. 8.

44 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., pp. 362 y ss.

45 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 29.

Es decir, puede darse la situación de que surjan problemas ante los que no es posible programar un algoritmo de este tipo. Esto puede darse ante la falta de conocimientos técnicos necesarios para resolverlos o, incluso, aun mediando la sapiencia suficiente para ello, esta no pueda ser desglosada en una explicación completa y concreta. A mayores, hay diversos problemas que no son estáticos en el tiempo o que son ciertamente sensibles ante los cambios del entorno en el que se producen[46].

B. Algoritmos de inteligencia artificial

Por otro lado, están los llamados algoritmos de segunda generación, basados en Inteligencia Artificial (en adelante, IA), una rama de la ingeniería informática dedicada a crear máquinas capaces de ejecutar tareas tradicionalmente abordadas por seres humanos mediante la imitación de sus funciones cognitivas[47].

Por tanto, los algoritmos basados en IA sí que cuentan con autonomía de aprendizaje, así como la capacidad de flexibilizar el alcance del mismo. Ello produce que no se vean constreñidos por las limitaciones recién señaladas en el epígrafe anterior. Son el fruto de una revolución tecnológica, tan relativamente reciente como espectacular, motivada, principalmente, por la aparición del *Big Data*[48].

El concepto en cuestión, también conocido en español como «macrodatos», hace referencia a un masivo conjunto de datos digitales procedentes de fuentes heterogéneas, caracterizados por tres propiedades, conocidas por su letra de inicio: las tres «uves». Así las cosas, se tratan de datos de gran volumen y variedad que, además, son generados, almacenados y analizados a gran velocidad[49].

Este cambio de paradigma en términos de información disponible ha provocado que, partiendo de una cantidad suficiente de datos y recursos informáticos, un ordenador pueda resolver una tarea. Dicho de otro modo: no se trata ya de que un informático dote a un programa de instrucciones determinadas para solucionar un problema, sino de que los algoritmos puedan solventarlo por su cuenta con base a lo que han podido «aprender» de los datos relativos al mismo[50].

Ello es lo que se conoce como *Machine Learning* (en adelante, ML). Los algoritmos de esta índole, a su vez, pueden clasificarse en tres categorías principales, en función del patrón de aprendizaje empleado[51]:

46 Framiñán Santas, J.: «La colusión tácita mediante algoritmos de precios», en AA.VV., *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, García Vidal, Á. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 256 y ss.

47 Pol Cabezas, A.: «Derecho de la competencia e inteligencia artificial», en AA.VV., *Anuario de derecho de la competencia 2025*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Aranzadi La Ley, Las Rozas (Madrid), p. 140.

48 Framiñán Santas, J.: «La colusión tácita mediante algoritmos…», cit., p. 257.

49 García Vidal, A.: «Big data e internet de las cosas: su impacto en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual», en AA.VV., *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, García Vidal, Á. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 23 y ss.

50 Gal, A.: *It's a Feature, not a Bug: On Learning Algorithms and what they teach us*, 2017, p. 3, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)50/en/pdf (consultado el 16 de diciembre de 2025); Framiñán Santas, J.: «La colusión tácita mediante algoritmos…», cit., p. 257.

51 OECD: *Algorithms and Collusion…*, cit., p. 9; Schwalbe, U.: *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*, SSRN Scholarly Paper, 2018, https://papers.ssrn.com/abstract=3232631 (consultado el 16 de diciembre de 2025).

- Aprendizaje supervisado: el algoritmo usa una muestra de datos de entrenamiento que llevan asociados unos datos objetivo, con la finalidad de que, a posteriori, sea capaz de predecir valores correctos cuando se enfrente a nuevos datos.
- Aprendizaje no supervisado: el algoritmo deduce estructuras y patrones presentes en los datos de entrada, los cuales no incluyen respuestas asociadas, con el fin de obtener reglas generales. Por ejemplo, pasa a reestructurar los datos en función de su similaridad.
- Aprendizaje por refuerzo (en adelante, RL[52]): el algoritmo aprende a desarrollar una tarea en un entorno dinámico pero controlado (como puede ser, por ejemplo, conducir un vehículo o jugar a un videojuego) mediante prueba y error. El programa recibe recompensas ocasionales por cada acción exitosa, lo que le enseña a desarrollar una noción de recompensa acumulada, pasando a seleccionar aquellas acciones que le ayuden a maximizar las recompensas futuras.

No obstante, los sistemas de ML convencionales tienen ciertas limitaciones a la hora de procesar información en bruto debido, precisamente, al gran volumen que pueden alcanzar las bases de datos. Por ello, es necesaria la ingeniería de características (*feature engineering* en inglés), con el fin de extraer aquella información relevante para el problema concreto que justifica la existencia del algoritmo. Este procedimiento, costoso en términos temporales y monetarios, ha de ser desarrollado íntegramente por personas[53]. Es decir, que pese a que el algoritmo aprenda a ejecutar una tarea determinada, sigue habiendo una persona física responsable de su comportamiento[54].

Sin embargo, existe un subcampo del ML que no requiere dicha tarea de cribado adicional, conocido como *Deep Learning*[55] (en adelante, DL). Este sistema, al contrario que el ML convencional, no se estructura de forma lineal, sino que, en un intento de emular la red neuronal de un cerebro humano, se organiza en una jerarquía de creciente complejidad y abstracción. Ello no solo confiere al algoritmo un grado de autonomía mucho mayor, haciéndolo capaz, por su cuenta, de seleccionar los datos relevantes para sí mismo, sino que, también, provoca que el aprendizaje efectuado sea más veloz y preciso[56].

Ahora bien, esta variante tiene aparejada un inconveniente: estos algoritmos funcionan como si de una «caja negra» se tratase. Es decir, si bien son capaces de procesar información por su cuenta, cribarla, usarla para llevar a cabo un razonamiento similar al de un cerebro humano y, con base al mismo, producir un resultado determinado, no es posible conocer las vicisitudes concretas del proceso ejecutado. Los programadores, por tanto, no tienen acceso a la información relativa al *iter* de la decisión que ha conducido a un *output* concreto[57].

52 Del inglés *Reinforcement Learning*.

53 OECD: *Algorithms and Collusion…*, cit., p. 9.

54 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., p. 362.

55 Esta es la arquitectura propia de los *Large Language Models* y de los programas de IA generativa. El presente trabajo no los abordará de forma separada al DL en general.

56 OECD: *Algorithms and Collusion…*, cit., p. 11.

57 OECD: *Algorithms and Collusion…*, cit.

3. TIPOS DE ALGORITMOS SEGÚN SU UTILIZACIÓN

Las clases de algoritmos hasta ahora descritas pueden emplearse por parte de las empresas a la hora de aumentar la eficiencia de diversas tareas o automatizar su realización. Concretamente, la Autoridad de Competencia de los Países Bajos había detectado cuales son los usos más frecuentes de esta clase de herramientas informáticas por parte de los distintos participantes del mercado y, posteriormente, su estudio fue ampliado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE)[58]. A los efectos que aquí interesan, los más relevantes son:

- Observación (vigilancia): monitorización del comportamiento de los distintos intervinientes del mercado y patrones para detectar sus desviaciones. Entre otros usos, destacan por su utilidad para realizar el seguimiento del comportamiento y toma de decisiones de competidores incluyendo, en particular, sus políticas de precios (mediante programas como Wiser Solutions o Intelligence Node).
- Precios: abarcan la mayor parte de la literatura a efectos de derecho de la competencia. Se tratan de algoritmos utilizados para fijar y/o recomendar precios a partir de datos sobre características observables del cliente o condiciones del mercado. Véase, por ejemplo, los empleados por Cendyn Group[59] o A2i Pricecast Fuel.

4. IMPLICACIONES PARA EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El imparable ascenso y democratización de la tecnología y, en particular, la automatización de los mercados, ha cambiado por completo las tendencias de consumo, así como la forma en que las empresas operan y compiten. La implementación de algoritmos avanzados y, particularmente, sistemas de IA, han proporcionado beneficios a todas las partes implicadas. Son muy populares y valorados por los consumidores, a quienes mejora su experiencia y les permite obtener productos y servicios personalizados conforme a sus necesidades; fomentan la innovación y están permitiendo la creación de nuevos mercados y la disrupción en los ya existentes; y, también, han mejorado la eficiencia y reducido los costes de transacción asumidos por las compañías. Es innegable que todo ello repercute positivamente en la competencia[60].

No obstante, la adopción de estos sistemas plantea múltiples retos en el marco del derecho de la competencia y, en particular, en lo tocante al objeto de este trabajo: el uso de algoritmos para la realización de prácticas colusorias, en detrimento de empresas y usuarios[61].

---

58 Curiosamente, el estudio realizado por la Autoridad de Competencia de los Países Bajos no incluye los algoritmos de precio como categoría separada, enumerando diez tipos de algoritmos según su utilización. La OCDE, si bien toma como base ese informe, sí que la incluye, dando lugar a once categorías en total. A saber: búsqueda, agregación, observación (vigilancia), predicción, filtros, sistemas de recomendación, puntuación y clasificación, producción de información, comunicación, asignación y precios. Vid. Autoriteit Consument & Markt: *Position Paper: Oversight of Algorithms*, 2020, p. 5, https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf (consultado el 13 de diciembre de 2025); OECD: *Algorithmic Competition*, cit., pp. 8 y ss.

59 Vid. el caso *Gibson v. Cendyn Group, LLC*, objeto de análisis en el apartado IV.3 de este trabajo.

60 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., p. 364; OECD: *Algorithmic Competition*, cit., pp. 10 y ss.

61 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit.; OECD: *Algorithmic Competition*, cit.

Y es que, a estos efectos, recuérdese que el marco legal vigente, de los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE, únicamente contempla situaciones de colusión explícita, precisándose un elemento fundamental de concertación probable o presumible. No obstante, la colusión algorítmica puede surgir espontáneamente, de manera autónoma, sin que medie coordinación humana directa[62].

Tal y como, sucintamente, se ha indicado en la sección anterior, los algoritmos que más preocupación causan al respecto son los relacionados con el precio de los bienes y servicios, tanto con respecto a su fijación como a su monitorización. Por sus características, permiten a las empresas reaccionar, en tiempo real, a cambios en la oferta y la demanda, lo que hace que sean vastamente utilizados en mercados dinámicos. A esto se le suman dos factores ya mencionados: la democratización y la constante mejoría de esta clase de tecnologías, siendo cada vez más sofisticadas y accesibles para negocios que, otrora, no contaban con los recursos internos suficientes para disfrutar de sus ventajas[63].

Si bien los algoritmos se han utilizado para prácticas anticompetitivas que sí que entran dentro del ámbito de los artículos ya analizados, el nuevo desafío reside en la creciente dependencia en modelos de aprendizaje automático. Este paradigma puede conducir a la alineación de estrategias sin que sea posible probar la concertación de forma directa o, incluso, sin que las propias empresas sean conscientes de lo que está sucediendo, al haber delegado la facultad de decisión a la propia máquina[64].

En definitiva, y tal y como se abordará en los siguientes capítulos, hay tres posibles escenarios de colusión algorítmica. Por un lado, hay dos que representan a la colusión explícita: el algoritmo facilitador y los esquemas *hub & spoke*. Por el otro, se encuentra la colusión algorítmica tácita, en la que se ven vencidas las dificultades de mercado explicadas anteriormente mediante el uso de esta clase de software[65].

III. COLUSIÓN ALGORÍTMICA EXPRESA

1. EL ALGORITMO FACILITADOR

En esta primera modalidad, también conocida como Mensajero Digital (*Digital Messenger* en inglés), el algoritmo ejerce, únicamente, como medio para llevar a cabo un acuerdo colusorio ya pactado por los propios operadores económicos involucrados[66]. El algoritmo, pues, se usa para automatizar y estabilizar las prácticas anticompetitivas, así como monitorizar y sancionar cualquier desviación de las mismas, sirviendo como canal de comunicación entre las empresas involucradas[67].

62 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 28.

63 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 28.

64 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 28.

65 Pozo Vintimilla, P. y Carrasco Torrontegui, P.: «Colusión algorítmica: la nueva era de los acuerdos y prácticas restrictivas», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 42, 2022, pp. 197 y ss.; Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, SSRN Scholarly Paper, 2015, https://papers.ssrn.com/abstract=2591874 (consultado el 15 de diciembre de 2025).

66 Pozo Vintimilla, P. y Carrasco Torrontegui, P.: «Colusión algorítmica: la nueva era…», cit., p. 207.

67 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 33; OECD: *Algorithms*

En tanto en cuanto se parte ya de un acuerdo previo y tangible, este tipo de colusión algorítmica no plantea retos significativos para el Derecho de la competencia. La tipificación tradicional de acuerdo colusorio es perfectamente aplicable a estas situaciones[68]. La diferencia únicamente reside en que el uso de algoritmos permite que la coordinación funcione de forma automática, prescindiendo de reuniones periódicas secretas entre directivos[69].

A. U.S. v. David Topkins

Este caso es todo un pionero en la materia, al tratarse ya no solo de la primera investigación de prácticas colusorias en un entorno de comercio digital, sino de la concreción práctica del uso de algoritmos para llevarla a cabo[70]. Lo que, hasta ese momento, solo era una preocupación abstracta, un supuesto teórico, pasó a convertirse en realidad jurídica[71].

Los hechos giran en torno a David Topkins, quien fue, entre marzo de 2012 y enero de 2014, directivo de una compañía estadounidense[72] (en adelante, «Compañía A») dedicada a la venta de pósteres y carteles a través de diversas plataformas online, entre ellas Amazon Marketplace.

Desde septiembre de 2013 hasta enero de 2014, tanto la Compañía A, por medio del señor Topkins, como algunas de sus competidoras participaron en diversas conversaciones y comunicaciones, llegando a un acuerdo colusorio para fijar, incrementar, mantener y estabilizar los precios de determinados pósteres vendidos en dicho portal web.

En Amazon Marketplace, los vendedores controlan todas aquellas decisiones relativas al precio y envío respecto de los productos que ofrecen. Como ya se ha tratado en este trabajo, el uso de algoritmos era, y es, una práctica bastante común para tal fin, siendo un servicio como cualquier otro, disponible legalmente en el mercado.

No obstante, los conspiradores acordaron emplear una serie de algoritmos específicos, con el objetivo de coordinar los cambios de precio de los pósteres acordados. En particular, el señor Topkins fue el autor del código informático correspondiente a la Compañía A. En cuanto al funcionamiento concreto de estos programas informáticos, véase lo indicado por Díez Estella[73]:

and Collusion…, cit., p. 25.

68 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 33.

69 Pozo Vintimilla, P. y Carrasco Torrontegui, P.: «Colusión algorítmica: la nueva era…», cit., p. 208.

70 Expediente y acuerdo de culpabilidad nº CR 15-00201 WHO del Tribunal del Distrito Norte de California, Estados Unidos, de 30 de noviembre de 2015, https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins (consultado el 8 de enero de 2026).

71 DOJ: *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*, 2015, https://www.justice.gov/archives/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace (consultado el 8 de enero de 2026); Mehra, S. K.: «US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms?», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, nº 7, 2016, pp. 470 y ss.

72 Concretamente, director de la división de tendencias de la empresa en cuestión.

73 Díez Estella, F.: *La IA ante el Derecho de la Competencia: de algoritmos, cárteles y robots*, 2024, p. 416, https://cdn.prod.website-files.com/672a4f29389c0c617ad83459/684f5a07d21e077681931116_Diez%20Estella-%20La%20IA%20derecho%20competencia-%202024.pdf (consultado el 8 de enero de 2026).

> «Conforme al diseño expreso de sus desarrolladores, y naturalmente por indicación de los empresarios que lo contrataron, el algoritmo estaba programado para detectar todos los precios en el mercado (tanto de los integrantes del cártel como los del resto de empresas), y cuando detectaba un precio menor —de las empresas no cartelistas— ejecutaba una orden de rebajar ligeramente el precio de las cartelistas, con lo que eliminaba por completo la competencia en dicho mercado».

Posteriormente, las partes involucradas recopilaron, intercambiaron, monitorizaron y discutieron información sobre los precios de los productos y las ventas realizadas, con el fin de supervisar la eficacia de dichos algoritmos y asegurar el cumplimiento del acuerdo alcanzado.

De este modo, los pósteres se vendieron, durante el periodo mencionado, por precios colusivos y anticompetitivos, concluyendo el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, DOJ[74]) que esta conducta afectó sustancialmente al flujo de comercio interestatal. Por su parte, el señor Topkins se declaró culpable de los hechos relatados, llegando a un acuerdo con las autoridades mediante el que se le imponía una multa de 20.000 dólares.

B. CMA: Trod Limited y GB Eye Limited

En paralelo, en Reino Unido tuvo lugar un caso prácticamente idéntico al anterior, nuevamente vinculado a la venta de pósteres vía Amazon Marketplace[75].

Esta vez, las partes involucradas eran dos empresas británicas: Trod, con sede en Birmingham, y GB Eye, con sede en Sheffield. Ambas empresas confluían en el mercado de productos de *merchandising* o relacionados con el mundo del deporte y el entretenimiento, tales como pósteres, carteles, pegatinas, etc.

No obstante, el presente caso guarda dos particularidades con respecto a su homónimo estadounidense:

- En primer lugar, la investigación no comenzó de oficio, sino con la solicitud de acogimiento al programa de clemencia[76] de GB Eye, con fecha de 16 de julio de 2015. Como consecuencia de la misma, la Autoridad de Competencia del Reino Unido (en adelante, CMA[77]) determinó que entre marzo de 2011 y julio de 2015 ambas entidades acordaron que, salvo en el supuesto de que existiera un tercer vendedor más barato, ninguna de las dos empresas recortaría sus precios con respecto a la otra[78].

74 Del inglés *Department of Justice*.

75 Esta vez, en su dominio de Reino Unido (www.amazon.co.uk).

76 Instrumento que tiene por objeto facilitar la detección de cárteles o avanzar en la investigación de aquellos que ya han sido detectados previamente, al incentivar la revelación de estos esquemas por medio de la exención o reducción de multas y sanciones de los participantes que aporten elementos de prueba. Más concretamente, en la LDC se recoge esta posibilidad en virtud de sus arts. 65 y 66.

77 Del inglés *Competition and Markets Authority*.

78 Resolución de la CMA de 12 de agosto de 2016, caso 50223, *Online sales of posters and frames*, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf (consultado el 30 de enero de 2026).

- En segundo lugar, es un hecho probado que desde GB Eye trataron de hacer funcionar el acuerdo de forma tradicional, de manera analógica. No obstante, ante la ingente cantidad de información que debía ser constantemente revisada, y la celeridad que requería su tratamiento, se optó, tras un mes, por establecer, al igual que en el caso Topkins, un algoritmo de control de precios automático, que fue el mecanismo utilizado igualmente por Trod[79]. Así las cosas, se puede concluir con que «la intervención logarítmica era imprescindible para implementar el acuerdo»[80].

Las consecuencias del caso fueron dispares. GB Eye logró acogerse al programa de clemencia, llegando a un acuerdo de inmunidad con la CMA en tanto en cuanto denunció la existencia del cártel y colaboró estrechamente con esta autoridad de competencia. Por su parte, Trod alcanzó un acuerdo de culpabilidad, acordándose la imposición de una pena de multa de 163.371 libras esterlinas, así como la posterior inhabilitación por cinco años de su director corporativo, Daniel Aston[81].

2. LOS ESQUEMAS HUB & SPOKE

En el Derecho de la competencia, un acuerdo *hub & spoke* consiste en una estructura que combina acuerdos a nivel horizontal (por ejemplo, entre competidores) y vertical (por ejemplo, entre compañías que operan a niveles diferentes de la cadena de suministro)[82].

Más concretamente, se trata de un sistema mediante el que «los competidores actúan coordinadamente a través de un tercero, normalmente un proveedor o un distribuidor (el *hub*). Este facilita el intercambio de información comercial sensible, así como la coordinación entre sus clientes o proveedores (los *spokes*)»[83].

Esto, gráficamente, podría representarse por medio de una rueda, siendo el *hub* el elemento central que coordina la acción de las empresas participantes (*spokes*) quienes, a su vez, componen sus radios, siendo cerrada por el *rim* o el acuerdo horizontal entre ellas[84].

Esta teoría resulta aplicable a diferentes supuestos de colusión algorítmica. En clave del presente trabajo, este escenario es el que se produce cuando los competidores acuerdan el uso de un mismo (o un único) algoritmo, como medio para facilitar o ejecutar un acuerdo colusorio, mediante, por ejemplo, la fijación de precios o la reacción a

79 Aunque no se trataba del mismo software y funcionaban de manera diferente. El programa de GB Eye copiaba los precios de Trod, empresa que, a su vez, programó a su algoritmo para mantenerse con un precio inferior a toda la competencia, a excepción de, precisamente, GB Eye. Lo importante es que, en esencia, cumplían la misma función.

80 Díez Estella, F.: *La IA ante el Derecho de la Competencia…*, cit., p. 417.

81 CMA: *CMA secures director disqualification for competition law breach*, 2016, https://www.gov.uk/government/news/cma-secures-director-disqualification-for-competition-law-breach (consultado el 30 de enero de 2026).

82 Vidal Martínez, P. y Fernández Pérez, I. M.: «Hub & Spoke Practices in the Era of Digital Platforms: The CNMC Uber, Cabify, Bolt case», *Kluwer Competition Law Blog*, 2025, https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/hub-spoke-practices-in-the-era-of-digital-platforms-the-cnmc-uber-cabify-bolt-case/ (consultado el 26 de enero de 2026).

83 Liñán Hernández, P.: «Límites del derecho de la competencia al uso de la inteligencia artificial en el comercio online: primeros casos y perspectivas de futuro», en AA.VV., *Anuario de derecho de la competencia 2019*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 193 y ss.

84 Véase a estos efectos la Sentencia del Tribunal del Distrito de Nevada de Estados Unidos de 8 de mayo de 2024, perteneciente al caso *Gibson v. Cendyn Group, LLC*, comentada en el apartado IV.3 de este trabajo.

cambios del mercado[85].

La diferencia fundamental con respecto al acuerdo tradicional es la ausencia de interacción directa entre los competidores acordantes, originándose el resultado colusorio como resultado del uso común, o bien de una plataforma informática, o bien de un algoritmo, desarrollado por un tercero intermediario[86].

Más concretamente, la alineación puede producirse de dos maneras que, además, pueden darse simultáneamente. La primera de ellas es a nivel de código, que se produce cuando un grupo de competidores comparten un mismo proveedor de un software, que les suministra algoritmos que no solo es que tengan el mismo objetivo (como, por ejemplo, el cálculo de precios) sino que cuenten con una metodología similar (o, al menos, relacionada) para tal fin. La segunda es a nivel de datos de entrada, y aparece cuando los competidores comparten un mismo software informático, bien para poder realizar intercambio directo de información sensible, o bien para acceder a bases de datos comunes cuyo empleo puede conducir a un comportamiento coordinado en el mercado[87].

A. TJUE: E-Turas

Se trata del primer caso en jurisprudencia en el cual se ha demostrado un acuerdo colusorio de esta índole[88].

El caso recibe su nombre de la compañía lituana Eturas, titular y administradora de un portal de reservas de viajes en línea utilizado bajo licencia por diversas agencias. Dentro de este dominio, cada agencia poseía una cuenta electrónica personal que, a su vez, contaba con un sistema propio de mensajería electrónica. En consecuencia, en caso de recibir una comunicación por esta vía, para poder conocer su contenido la agencia debía abrir el mensaje previamente.

El 25 de agosto de 2009, el director de Eturas remitió un correo electrónico a las agencias usuarias del portal para que votasen acerca de la posibilidad de reducir los descuentos ofertados del 4 % a una horquilla que oscilase del 1 % al 3 %. Dos días después, se envió una nueva comunicación, esta vez por el servicio interno de la plataforma, anunciando la limitación de los descuentos al 3 %, conforme a la retroalimentación recibida desde las agencias. Con posterioridad, se implantó una restricción técnica, limitando los descuentos al porcentaje indicado. No obstante, aunque esta modificación no impedía que las agencias pudieran ofertar un descuento superior, se requería, para ello, formalidades técnicas adicionales.

Pese a que solo se tuviera constancia de que dos agencias de viaje hubieran leído la comunicación por la que se anunciaba la restricción anteriormente comentada, el Consejo

85 Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Artificial Intelligence & Collusion…*, cit., p. 1787; Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., pp. 366 y ss.

86 Díez Estella, F.: «La colusión algorítmica: dificultades y retos de su regulación "antitrust"», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 100, 2023, p. 290.

87 Autorité de la concurrence y Bundeskartellamt: *Algorithms and Competition*, 2019, pp. 33 y ss., https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf (consultado el 26 de enero de 2026).

88 Díez Estella, F.: «La colusión algorítmica: dificultades y retos…», cit., p. 291.

de la Competencia lituano consideró, con fecha 7 de junio de 2012, que treinta agencias en total, así como Eturas, habían cometido una infracción del art. 101.1 TFUE.

Las agencias perjudicadas recurrieron la resolución. Alegaban, en esencia, que la actuación de Eturas fue unilateral, que algunas no habían leído el mensaje en el que se establecía la restricción y que, en todo caso, podían establecerse descuentos superiores. Así las cosas, el caso llegó, en primer lugar, ante el tribunal regional contencioso-administrativo, que estimó parcialmente las pretensiones de las agencias y redujo algunas de las multas impuestas; y, posteriormente, ante el Tribunal Supremo lituano, que elevó cuestión prejudicial ante el TJUE. La consulta, en esencia, versaba sobre si debía presumirse que las agencias debían de tener conocimiento del mensaje tras la implantación de la restricción técnica y si, al no haberse opuesto a su contenido, habían incurrido en una práctica concertada.

El TJUE dictó sentencia el 21 de enero de 2016[89], mediante la cual descartaba la existencia de acuerdo. No obstante, admitió la posibilidad de que se tratase de una práctica concertada si concurrían sus tres requisitos necesarios: la comunicación, un comportamiento alineado en el mercado y un nexo causal entre ambos elementos. El tribunal europeo determinó que el conocimiento de la existencia de la comunicación puede determinar la aprobación tácita de la conducta anticompetitiva, siempre que concurran, asimismo, los otros dos elementos constitutivos de la práctica concertada. No obstante, no se podría apreciar esta circunstancia con respecto de las compañías de las que no se pudiera probar su conocimiento del mensaje, no pudiendo ser consideradas partícipes de la conducta colusoria sin que se demuestre «sobre la base de otros indicios objetivos y concordantes que aprobó tácitamente una acción contraria a la competencia».

Así las cosas, esta presunción es de carácter *iuris tantum*, pudiendo destruirse por aquellas agencias que:

- Se hubieran distanciado públicamente de dicha práctica mediante objeción clara y expresa dirigida al administrador de programa[90].
- Hubieran informado a las autoridades de lo acontecido.
- Hubieran aplicado, sistemáticamente, descuentos superiores al obrante en la restricción.

Finalmente, el Tribunal Supremo Administrativo de Lituania dictó sentencia el 2 de mayo de 2016. A tenor de lo indicado por el fallo europeo, anuló las multas para aquellas agencias que, o bien no se había podido acreditar que conocieran la restricción, o bien se hubieran opuesto a la misma, manteniendo la sanción para las demás. Eturas también fue declarada culpable en tanto en cuanto fue quien organizó e introdujo la restricción

89 Asunto C-74/14, *Eturas y otros contra Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* (ECLI:EU:C:2016:42).

90 No así con respecto al resto de competidores, ya que, tal y como dice la sentencia objeto de análisis, «en circunstancias específicas como las del litigio principal, no puede exigirse que la declaración de la agencia de viajes que tenga intención de distanciarse se haga respecto a todos los competidores que fueron destinatarios del mensaje de que se trata en el litigio principal, dado que tal agencia no está materialmente en condiciones de conocer a estos destinatarios».

técnica, siéndole impuesta, también, pena de multa[91].

B. CNMC: PropTech

Este caso supone un antecedente relevante de esta modalidad de colusión algorítmica en España[92]. Las partes implicadas fueron siete empresas: Anaconda, Idealista, Inmovilla, Look & Find, MLS, Remax y Witei.

Estas compañías utilizaban un sistema de colaboración conocido como *Multiple Listing System* (en adelante, MLS), que funcionaba por medio de una base de datos común que habilitaba a las inmobiliarias usuarias compartir inmuebles captados en régimen de exclusiva compartida, permitiendo, así, que otra usuaria del sistema lo comercializara. Tras ello, ambas entidades, la «oficina captadora» y la «oficina vendedora», se acababan repartiendo la comisión por el servicio de intermediación ofrecido.

Este sistema MLS contaba con un reglamento interno que exigía aplicar una comisión mínima del 4 % para las ventas e imponía un reparto de la comisión obtenida al 50 % entre la oficina captadora y la vendedora. A mayores, era obligatorio consignar los honorarios percibidos dentro del sistema, siendo plenamente visibles para el resto de integrantes del mismo. El incumplimiento de estas disposiciones tenía consecuencias, tales como sanciones disciplinarias o hasta la suspensión de la empresa incumplidora de su condición de asociada, lo que conllevaría su exclusión de la bolsa de inmuebles.

En opinión de la CNMC, ello se trataba de una restricción de la competencia por objeto ya que, en la práctica, suponía «la coordinación de precios entre empresas competidoras por los mismos servicios, para alcanzar las posibles ventajas o eficiencias de compartir inmuebles entre distintos agentes inmobiliarios».

Uno de los puntos relevantes de este caso reside en la determinación de la responsabilidad de las empresas desarrolladoras del software. Estas compañías alegaban la improcedencia de una eventual sanción en tanto en cuanto no eran participantes directas en el mercado inmobiliario. Por su parte, la CNMC se valió de la jurisprudencia europea, más concretamente la STGUE de 8 de julio de 2008[93], para justificar la responsabilidad de estas empresas, puesto que contribuyeron activa y deliberadamente en la conducta colusoria, facilitando su realización[94]. Más concretamente, quedó sobradamente acreditado que estas entidades de software estuvieron presentes en reuniones de diseño del sistema, además de que elaboraron filtros y otros medios de control con el objetivo de que todo inmueble añadido al sistema cumpliera con el reglamento interno.

91 Supreme Administrative Court of Lithuania: *SACL has rendered a decision in the travel agencies' case*, 2016, https://www.lvat.lt/en/news/sacl-has-rendered-a-decision-in-the-travel-agencies-case/390 (consultado el 30 de enero de 2026).

92 Resolución de la CNMC de 25 de noviembre de 2021, expediente S/0003/20, *Proptech*, https://www.cnmc.es/expedientes/s000320 (consultado el 30 de enero de 2026). Pese a que la CNMC en su resolución en ningún momento haga referencia al término *hub & spoke*, la doctrina lo asume como tal. Véase, por ejemplo, Gal, M. y Rubinfeld, D. L.: *Algorithms, AI and Mergers*, SSRN Scholarly Paper, 2023, https://papers.ssrn.com/abstract=4469586 (consultado el 24 de enero de 2026).

93 Asunto T-99/04, *AC-Treuhand AG contra Comisión de las Comunidades Europeas* (ECLI:EU:T:2008:256).

94 En la línea de lo también expuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) nº 1087/2020, de 21 de mayo de 2020 (ES:TS:2020:1087).

En consecuencia, se interpusieron multas para todas las empresas involucradas por una suma total de 1,25 millones de euros. En particular, sancionó a Idealista con 730.000 euros, a Remax con 375.720 euros, a Inmovilla con 83.149 euros, a Look & Find con 31.486 euros, a Witei con 34.409 euros (que, tras una reducción del 45 % en el marco del programa de clemencia, quedó en 18.925 euros), a MLS con 9.942 euros y a Anaconda con 1.749 euros.

IV. COLUSIÓN ALGORÍTMICA TÁCITA

1. CONCEPTO Y CATEGORIZACIÓN

Tal y como se ha expuesto en reiteradas ocasiones a lo largo de la presente disertación, el uso de algoritmos de monitorización o fijación de precios online es una práctica vastamente extendida. Y es que, precisamente, su uso hace que las dificultades de materialización de un supuesto de colusión tácita puedan ser vencibles[95].

El uso de esta clase de tecnología por parte de una empresa requiere la recopilación, en tiempo real, de datos acerca de las estrategias seguidas por sus competidores. Ello produce, a su vez, que sus competidoras tengan mayores incentivos para recopilar información ajena, resultando en un mercado en el que todos sus operadores tienen monitorizados a los demás, siendo, pues, un entorno altamente transparente[96].

Y, justamente, esa capacidad para monitorizar cambios de mercado en tiempo real se traduce en el hecho de que estos softwares pueden detectar de manera muy rápida o instantánea cualquier cambio de precio realizado por un rival. Por tanto, se hace posible poder detectar y castigar, al instante, desviaciones de una hipotética conducta colusoria[97].

Por último, y más importante, el uso de los algoritmos hace posible que las empresas puedan coordinar su comportamiento sin valerse de comunicación previa. Es decir: llegar a un entendimiento ajeno a las categorías de «acuerdo» o «práctica concertada» previstas legalmente[98]. No obstante, este se trata de un problema complejo, para el que existen diversas hipótesis y taxonomías, no habiendo un consenso claro.

En particular, resulta de especial interés abordar las dos posibilidades establecidas por Ezrachi y Stucke a estos efectos[99]:

- El Agente Predecible: mediante el cual las compañías programan intencionadamente sus algoritmos de precios para que reaccionen de una manera predecible a los cambios del mercado. Esto se hace con el fin de que puedan ser captados y monitorizados fácilmente por los softwares homónimos empleados por la compe-

95 Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool…*, cit., p. 6.

96 Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool…*, cit., p. 6.

97 Del mismo modo que los precios se calculan al momento y en virtud de un gran volumen de datos disponible, el cálculo de las sanciones por desviarse de escenarios colusorios sigue la misma lógica. Vid. Framiñán Santas, J.: «La colusión tácita mediante algoritmos…», cit., p. 268, así como pp. 267 y ss.; Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool…*, cit., p. 6.

98 Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool…*, cit., p. 3; Framiñán Santas, J.: «La colusión tácita mediante algoritmos…», cit., p. 266.

99 Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Artificial Intelligence & Collusion…*, cit.

tencia, a los que se le envía «una invitación para coludir» partiendo únicamente del comportamiento del algoritmo y no de un acto de comunicación formal[100].

- El Ojo Digital: se produce cuando los algoritmos de RL o DL, destinados por las empresas a la maximización de los beneficios, deciden, en virtud de su propio proceso de aprendizaje, que la estrategia óptima para ello es, precisamente, establecer un escenario colusorio. El perjuicio a la competencia no solo se produce, por tanto, en ausencia de un acto de comunicación previo, sino que se materializa sin mediar intención humana dirigida a dicho resultado.

Sin embargo, esta no es la única categorización existente en la literatura jurídica. Hay quien, para hablar de colusión algorítmica tácita, únicamente se refiere al segundo escenario, el de la actuación autónoma por parte de los algoritmos, como, por ejemplo, la CMA o Díez Estella[101]. También hay quien opta por un enfoque más amplio, mediante el cual no solo se incluyen las dos categorías anteriormente reseñadas, sino a la que se añade, según el caso, el escenario *hub & spoke*. Los defensores de esta última tesis apuntan a que esta no se trata de una categoría únicamente dedicada a la colusión explícita, sino de un área gris que, en función de los algoritmos implicados, podría encuadrarse como una variante de colusión tácita[102].

Sea como fuere, el común denominador entre todas estas variantes es la imposibilidad de acreditar un contacto previo entre empresas. Ante esta situación, las conductas que pueda establecer el algoritmo, tales como la subida de precios conforme a la competencia o la imitación consciente de estrategias comerciales, no están prohibidas por el marco legal imperante en la actualidad[103]. De hecho, conocer que la ley no limita estos supuestos puede conducir a que los desarrolladores diseñen y las empresas implementen algoritmos más sofisticados y diversificados, lo que puede conducir a resultados colusorios incluso más estables[104].

100 CNMC y ACCO: *Inteligencia artificial y competencia*, 2020, p. 4, https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CONTRIBUCI%C3%93N%20IA%20Y%20COMPETENCIA%20CNMC%20ACCO.pdf (consultado el 25 de enero de 2026).

101 CMA: *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, 2021, p. 32, https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers (consultado el 25 de enero de 2026); Díez Estella, F.: «La colusión algorítmica: dificultades y retos…», cit., p. 293.

102 Henderson, J. y Nazzini, R.: «Overcoming the Current Knowledge Gap of Algorithmic "Collusion" and the Role of Computational Antitrust», *Concurrences*, 2025, p. 10, https://awards.concurrences.com/en/awards/2025/academic-articles/overcoming-the-current-knowledge-gap-of-algorithmic-collusion-and-the-role-of (consultado el 13 de enero de 2026). Más concretamente, en palabras de estos autores, como «conducta puramente automatizada» frente a una «conducta atribuible a humanos». De hecho, un reciente trabajo de Ezrachi, A. y Stucke, M. E. apunta en esta dirección. Vid. Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *The Role of Secondary Algorithmic Tacit Collusion in Achieving Market Alignment*, SSRN Scholarly Paper, 2023, https://papers.ssrn.com/abstract=4546889 (consultado el 13 de enero de 2026).

103 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 47.

104 Uytsel, S. van: «The algorithmic collusion debate: a focus on (autonomous) tacit collusion», en AA.VV., *Algorithms, Collusion and Competition Law: A Comparative Approach*, Van Uytsel, S., Mehra, S. K. y Uemura, Y. (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, p. 6.

2. PLAUSIBILIDAD

Del mismo modo que se tenían múltiples dudas de la plausibilidad de la ocurrencia de la colusión tácita *per se*, el hecho de que esta se pudiera llevar a cabo por medio de algoritmos no fue una cuestión exenta de polémica. Pese a la base hipotética, comentada en el epígrafe anterior, de que los algoritmos puedan propiciar el escenario idóneo para la proliferación de estas prácticas, no existe un consenso claro al respecto.

Inicialmente, los economistas consideraron que este tipo de colusión sería sumamente improbable, al desaparecer la comunicación entre empresas. Se incidía también en que, incluso en el supuesto caso de que se produjera de manera aislada, no podría trasladarse a un entorno dinámico, no siendo plausible, pues, dentro de condiciones reales de mercado[105].

No obstante, cada vez son más los estudios que señalan que la colusión algorítmica tácita es posible y, además, argumentan la existencia de indicios que sugieren que ya es una realidad[106]. Calvano y otros han demostrado que los algoritmos Q-Learning[107] pueden establecer dinámicas colusorias pese a haber sido desplegados de forma independiente y sin instrucciones para ello[108]. También se ha argumentado que determinadas herramientas comerciales de reajuste de precios tienden a generar ciclos con promedios cercanos a valores monopolistas[109]. Por último, son varios los estudios que advierten acerca de la facilidad con la que los algoritmos Bandit[110] pueden llegar a resultados colusivos[111].

A mayores, es especialmente relevante a estos efectos indicar la existencia de un informe empírico al respecto, mediante el que se observan las consecuencias de la adopción de algoritmos de fijación de precios por parte de una serie de gasolineras en Alemania. Así las cosas, se argumenta que, tras la implantación de este tipo de software, el valor del combustible en dichos establecimientos ha subido colectivamente y de forma artificial[112].

Dicho esto, estas investigaciones no constituyen doctrina pacífica, y han sido objeto de múltiples críticas y matices. Por ejemplo, tal y como recopilan Marty y Warin[113]:

105 OECD: *Algorithmic Competition*, cit., p. 14.

106 OECD: *Algorithmic Competition*, cit., p. 14.

107 Una variedad de los algoritmos de aprendizaje por refuerzo o *reinforcement learning* (RL).

108 Calvano, E., Calzolari, G., Denicolò, V. y Pastorello, S.: «Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing, and Collusion», *American Economic Review*, vol. 110, nº 10, 2020, pp. 3267 y ss.

109 Musolff, L.: «Algorithmic pricing facilitates tacit collusion: evidence from e-commerce», *Proceedings of the 23rd ACM Conference on Economics and Computation*, 2022, pp. 32 y ss. (consultado el 24 de enero de 2026).

110 Otra variedad de algoritmos RL, pero más sofisticada y sensible a cambios que los Q-Learning.

111 Marty, F. y Warin, T.: «Deciphering algorithmic collusion: insights from bandit algorithms and implications for antitrust enforcement», *Journal of Economy and Technology*, vol. 3, 2025, pp. 34 y ss.; Douglas, C., Provost, F. y Sundararajan, A.: *Naive Algorithmic Collusion: When Do Bandit Learners Cooperate and When Do They Compete?*, arXiv:2411.16574, 2024, http://arxiv.org/abs/2411.16574 (consultado el 24 de enero de 2026).

112 Assad, S., Clark, R., Ershov, D. y Xu, L.: «Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market», *Journal of Political Economy*, vol. 132, nº 3, 2024, pp. 723 y ss.

113 Marty, F. y Warin, T.: «Deciphering algorithmic collusion…», cit., p. 35.

1. La convergencia hacia precios supracompetitivos no necesariamente obedece a una conducta colusoria, sino que puede ser una consecuencia de los ajustes propios del proceso de ML[114].
2. Los algoritmos no regulan sus parámetros al mismo tiempo, sino que lo hacen de forma asíncrona, lo que hace compleja la materialización del escenario colusorio[115].
3. Introducir un componente colusivo en el algoritmo es más sencillo a través de los datos de entrenamiento que a través de las interacciones del algoritmo en su propio proceso de aprendizaje[116].
4. En el caso de los algoritmos Q-Learning la convergencia tiende a ser lenta y, a menudo, infructuosa[117].

En resumen y en general, ante la ausencia de casos prácticos, existen dos posturas generales: la primera indica que los riesgos que se le ha atribuido a la colusión algorítmica tácita han sido sobredimensionados en comparación con el impacto que supondría en realidad, y que destinar demasiados recursos a su investigación y prevención podría resultar en vano. Por su parte, la segunda considera que la ausencia de casos es engañosa y que la regulación de estos supuestos ante su eventual aparición debería mantenerse como una prioridad clave[118].

No obstante todo lo anteriormente expuesto, y del mismo modo que la colusión explícita facilitada por algoritmos pasó de ser una discusión doctrinal a un hecho real tras el caso Topkins, la historia parece volver a repetirse y, a mayores, con el mismo origen: Estados Unidos.

3. GIBSON V. CENDYN GROUP, LLC

El caso *Gibson v. Cendyn Group, LLC* constituye el primer pronunciamiento judicial en segunda instancia ante un hipotético supuesto de colusión tácita, caracterizado por la fijación algorítmica de precios en ausencia de prueba directa de coordinación humana.

El punto de partida es una demanda colectiva presentada con fecha 27 de noviembre de 2023, formulada por Don Richard Gibson y Roberto Manzo[119]. Los demandados son los proveedores tecnológicos Cendyn Group y The Rainmaker Group (subsidiaria de

114 Abada, I., Lambin, X. y Tchakarov, N.: «Collusion by mistake: does algorithmic sophistication drive supra-competitive profits?», *European Journal of Operational Research*, vol. 318, nº 3, 2024, pp. 927 y ss.

115 Asker, J., Fershtman, C. y Pakes, A.: «The impact of artificial intelligence design on pricing», *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 33, nº 2, 2024, pp. 276 y ss.

116 Eschenbaum, N., Mellgren, F. y Zahn, P.: *Robust Algorithmic Collusion*, arXiv:2201.00345, 2022, http://arxiv.org/abs/2201.00345 (consultado el 24 de enero de 2026).

117 Den Boer, A. V., Meylahn, J. M. y Schinkel, M. P.: *Artificial Collusion: Examining Supracompetitive Pricing by Q-Learning Algorithms*, SSRN Scholarly Paper, 2024, https://papers.ssrn.com/abstract=4213600 (consultado el 24 de enero de 2026); Cho, I. y Williams, N.: *Collusive Outcomes Without Collusion*, arXiv:2403.07177, 2024, http://arxiv.org/abs/2403.07177 (consultado el 24 de enero de 2026).

118 OECD: *Algorithmic Competition*, cit., p. 14.

119 Realmente, esta se trata de la versión enmendada, *First Amended Class Action Complaint*, de otra demanda colectiva presentada el 23 de enero de 2023. El primer escrito procesal fue desestimado por el Tribunal del Distrito de Nevada, que otorgó un plazo de 30 días para que los demandantes presentaran una nueva demanda, cosa que hicieron.

Cendyn y desarrolladora original de los programas informáticos controvertidos antes de su adquisición) y varios operadores hoteleros del Strip de Las Vegas[120] (Caesar's Entertainment, Treasure Island, Wynn Resorts y Blackstone).

Según los demandantes, las empresas hoteleras habían elevado los precios de sus habitaciones hasta niveles supracompetitivos tras la adopción colectiva de un software de gestión de ingresos, sustituyendo la toma de decisiones individual de cada sociedad por una actuación coordinada y perjudicial a la competencia.

Más concretamente, este sistema estaba formado por tres algoritmos: GuestRev, que recomendaba precios para habitaciones individuales; GroupRev, su homónimo para reservas grupales; y RevCaster, una herramienta para monitorizar y comparar las tarifas de hoteles, recopilando datos específicos del mercado.

Para probar la ilicitud de estos hechos bajo la Sección 1 de la *Sherman Act*[121], los demandantes formularon dos hipótesis:

- La primera se basaba en la existencia de un esquema *hub & spoke*, consistente en una serie de acuerdos verticales entre Cendyn (*hub*) y los hoteles (*spokes*), existiendo un *rim* consistente en un acuerdo tácito entre los hoteles para adoptar y seguir las recomendaciones del algoritmo a sabiendas de que cada uno de ellos haría lo mismo.
- La segunda se asentaba en la existencia de una pluralidad de acuerdos verticales entre cada hotel y Cendyn que acabó produciendo, por acumulación, un resultado restrictivo de la competencia.

En primera instancia, el Tribunal del Distrito de Nevada rechazó estas pretensiones[122]. Concluye, por un lado, que no se han alegado hechos suficientes para inferir de forma plausible un acuerdo tácito entre los hoteles, faltando ese elemento horizontal que cierre el *rim* del esquema *hub & spoke*. Por otro lado, indica que la mera existencia de licencias de software entre Cendyn y cada hotel no constituía, tal y como se había alegado, una restricción de la competencia[123], puesto que los acuerdos de licencia del software no imponían a los hoteles el deber de adherirse a las recomendaciones algorítmicas y tampoco impedían que fijasen los precios por su cuenta.

Posteriormente, los demandantes recurrieron en apelación ante el Tribunal de Apelaciones para el Noveno Circuito, centrando su análisis en la segunda hipótesis, abandonando, pues, la tesis fundada en la existencia de un hipotético esquema *hub & spoke*.

En este momento procesal, el DOJ decide intervenir en virtud de un *amicus curiae*[124],

120 El tramo de mayor notoriedad de Las Vegas Boulevard, una de las calles más importantes de dicha ciudad.

121 Equivalente a los arts. 101 TFUE y 1 LDC.

122 Sentencia del Tribunal del Distrito de Nevada de Estados Unidos de 8 de mayo de 2024, caso nº 2:23-cv-00140-MMD-DJA, https://www.foster.com/assets/htmldocuments/duff-on-hospitality-blog/GIBSON_v_CENDYNGROUP.pdf (consultado el 30 de enero de 2026).

123 En términos concretos de la Sección 1 de la Sherman Act, una *restraint of trade*.

124 Figura procesal propia del derecho anglosajón que permite que terceros, ajenos a una causa jurídica determinada, puedan solicitar su personación en el procedimiento mediante la aportación de elementos que consideran útiles para resolver el conflicto litispendente. Vid. Bronstrup, F. B.: «El amicus curiae en la jurisdicción constitucional

aludiendo a la importancia del caso, al tratarse, como ya se ha comentado, de un supuesto pionero, el primero, *first of its kind*, en llegar a un tribunal de segunda instancia. En su escrito, centra su posición en dos ejes principales: por un lado, indica que un acuerdo no deja de ser restrictivo de la competencia por el hecho de no ser formalmente vinculante; por el otro, expone que la ilicitud de la conducta no exige necesariamente un pacto sobre el precio final, sino que puede operar sobre precios «de partida» o «por defecto», tal y como se produce en el presente caso. A mayores, aduce que el tribunal de primera instancia había errado al reducir el análisis a la obligatoriedad o no de las recomendaciones, puesto que era un hecho probado que los algoritmos podían automatizarse y que, además, contaban con una tasa de aceptación del 90 % entre los operadores hoteleros.

Finalmente, el Tribunal de Apelaciones para el Noveno Circuito dicta sentencia el 15 de agosto de 2025[125]. El punto central de su razonamiento reside en que los demandantes únicamente habían argumentado que varios operadores hoteleros habían adoptado el mismo software y que, posteriormente, los precios habían aumentado. No obstante, omitieron un requisito esencial, como es establecer la relación de causalidad entre la concertación y el efecto restrictivo de la competencia. Por ende, la sentencia confirma el pronunciamiento del tribunal de primera instancia, desestimando la demanda.

V. RETOS

Gran parte de la presente disertación yace sobre un subtexto claro: las autoridades de competencia no siempre gozan del margen legal necesario para perseguir determinadas conductas. Del análisis de las distintas teorías del daño comentadas, así como de los casos y estudios abordados, caben reiterar dos conclusiones principales.

La primera es que la generación de colusión explícita mediante el uso de algoritmos no plantea mayores problemas de adecuación normativa. El uso de algoritmos de monitoreo de acuerdos colusorios, o perfección de los mismos mediante esquemas *hub & spoke*, son escenarios que bien se pueden contener dentro de las definiciones tradicionales de acuerdo y práctica concertada. Son actos en los que, por mucho que el algoritmo sea esencial, no deja de ser un medio para la consecución de una concurrencia de voluntades humanas preestablecidas.

La segunda es que, sin embargo, esto no es así para los eventuales supuestos de colusión algorítmica tácita, caracterizados por la ausencia de actos de comunicación previa entre los operadores de mercado. Al no existir un acuerdo tangible, ni poder considerarse una práctica concertada al solo constar una conducta paralela en el mercado (y faltar sus otros dos componentes clave), la normativa no cubre estos escenarios.

No obstante, las dificultades no solo empiezan y acaban con la limitación del marco legal vigente en los términos recién expuestos, sino que las propias características de los algoritmos y otras carencias legales provocan que se deban vencer tres dificultades

española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 108, 2016, pp. 181 y ss.

125 Sentencia nº 24-3576 del Tribunal de Apelaciones para el Noveno Circuito de Estados Unidos, de 15 de agosto de 2025, caso nº 2:23-cv-00140-MMD-DJA, https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2025/08/15/24-3576.pdf (consultado el 30 de enero de 2026).

adicionales: a quien ha de imputársele la responsabilidad, cómo se puede investigar y probar la colusión algorítmica tácita y, por último, la capacidad del sistema punitivo para disuadir y castigar a las empresas.

1. LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Dado que la colusión algorítmica tácita supone, como mínimo, la ausencia de la comunicación entre empresas, y se puede apreciar, incluso, la falta de intervención humana en sí, surge un interrogante clave: quién debe ser considerado responsable. Puesto que la cuestión principal es la separación de la acción del algoritmo con respecto de la de sus desarrolladores o usuarios humanos, es menester abordar ambos componentes por separado[126].

En primer lugar, cabría preguntarse si podría imputarse a un algoritmo y la respuesta es que, en el estado actual del Derecho de la competencia, ello no es posible. No obstante, dentro del Derecho de daños se ha planteado una ficción jurídica, consistente en dotar de personalidad jurídica al programa informático que, en caso de acreditarse como culpable único de una conducta, ha de resarcirla patrimonialmente por medio de un seguro obligatorio[127].

En segundo lugar, cabe la cuestión de las empresas. A estos efectos, no hay duda de su responsabilidad, ya sea como desarrolladora o como implantadora cuando concurre en dolo, culpa o negligencia. No obstante, cuando no median ninguno de estos elementos, en el estado actual de la norma no se puede considerar su culpabilidad[128].

Por último, cabe indicar que a lo expuesto se le suma otra cuestión fundamental: la capacidad de probar la conducta ilícita en sí. El estándar, para ello, ha sido, tradicionalmente, la prueba de contacto entre las entidades infractoras. No obstante, en estos supuestos no opera tal interlocución, que es suplida con la monitorización del comportamiento ajeno o por la propia evolución del algoritmo, lo que pone en jaque este enfoque[129].

2. INVESTIGAR Y PROBAR LA COLUSIÓN ALGORÍTMICA

La primera dificultad a la que se enfrentan las autoridades de competencia es la complejidad técnica propia de los algoritmos. Esta problemática se hace especialmente patente en los algoritmos de aprendizaje profundo o *deep learning*, que, tal y como se ha señalado reiteradamente sobre estas líneas, sus procesos internos son opacos, una «caja negra», hasta para sus propios creadores. Ello, sumado a la velocidad de adaptación de esta clase de algoritmos a los cambios de mercado y la creciente sofisticación de su diseño, dificulta enormemente el análisis de su funcionamiento por parte de las autoridades de competencia[130].

126 Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Artificial Intelligence & Collusion…*, cit.; Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 48.

127 Díez Estella, F.: «La colusión algorítmica: dificultades y retos…», cit., p. 298.

128 Díez Estella, F.: «La colusión algorítmica: dificultades y retos…», cit., p. 298.

129 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 48.

130 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., pp. 375 y ss.

Por otro lado, está la ausencia de evidencia manifiesta de acuerdos explícitos entre empresas. Las autoridades de competencia han de saber diferenciar correctamente cuando se está ante una conducta individual, cuyo único objetivo es la maximización de beneficios, y cuando se está, realmente, ante una intención anticompetitiva[131].

Este problema se ve magnificado por el hecho de que, paradójicamente, el mercado se vuelve más transparente con el uso de algoritmos. Su utilización facilita la monitorización de estrategias entre empresas y, por ende, su seguimiento, lo que hace sumamente complicado distinguir las diversas causas, anticompetitivas o no, de, por ejemplo, un paralelismo de precios[132].

Ante la dificultad de recopilación de medios de prueba, las inspecciones juegan un papel fundamental en su obtención. No obstante, al ser la conducta centrada en el uso de un algoritmo, su viabilidad puede verse comprometida por diferentes circunstancias. Por ejemplo, puede estar almacenado en una ubicación externa a la empresa inspeccionada o no tener acceso directo desde sus instalaciones. Por otra parte, pueden surgir conflictos de jurisdicción o dificultades procesales adicionales en caso de que ese software informático se ubique en el extranjero. Por último, incluso habiéndose podido acceder, finalmente, al algoritmo, este puede tener tal complejidad que devenga imposible su análisis, ya sea por ausencia de tiempo material para descifrarlo, o bien por falta de recursos públicos para ello[133].

3. SUFICIENCIA DE MEDIOS DE DISUASIÓN Y ENFORCEMENT

Otro de los interrogantes que ha de ser abordado es si, aun siendo una conducta tipificada, y aun pudiendo establecerse a un responsable, existen suficientes mecanismos para disuadir a las empresas de la violación de las normas y, en su caso, poder castigar su conducta acordemente. Téngase en cuenta que, pese a la existencia de multas, programas de clemencia e, incluso, en algunas jurisdicciones, penas de cárcel, persisten las prácticas colusorias, con o sin intervención algorítmica[134].

VI. SOLUCIONES

Ante las dificultades descritas, se hacen precisas una serie de actuaciones para subsanar las carencias del marco legal vigente. Estas propuestas no solo podrían implicar un cambio en la tendencia operacional o interpretativa de las autoridades de competencia, sino que podrían requerir, también, de una modificación legislativa.

Con todo, las soluciones que se propongan han de guardar cierto grado de proporcionalidad. No solo ha de tenerse en consideración el problema que se quiere solventar, sino que, a su vez, se han de reconocer los potenciales costes que desentrañaría aplicar una «intervención excesiva»[135].

131 Marty, F. y Warin, T.: «Deciphering algorithmic collusion…», cit., pp. 40 y ss.

132 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 45.

133 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., pp. 45 y ss.

134 Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion*, SSRN Scholarly Paper, 2018, p. 259, https://papers.ssrn.com/abstract=3282235 (consultado el 15 de enero de 2026).

135 Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Sustainable and Unchallenged Algorithmic…*, cit., p. 256.

A estos efectos, es menester tener en cuenta el estado de la industria tecnológica en Europa. La Unión Europea reconoce públicamente haberse quedado atrás en la carrera de la innovación con respecto a China y Estados Unidos y ha anunciado su intención de potenciar el fomento de las tecnologías avanzadas como uno de sus puntos estratégicos claves de cara al futuro[136]. Por ello, las propuestas regulatorias y la actuación de las autoridades de competencia no pueden ser demasiado intrusivas, lo que podría desincentivar el desarrollo de las empresas tecnológicas[137].

En este sentido, si bien resulta clave la exigencia de transparencia a las empresas para solventar los desafíos expuestos, esta no puede tratarse de una obligación absoluta: conlleva una serie de riesgos inherentes y ha de tener en consideración dos factores principales para su correcta implantación[138]:

1. En primer lugar, la proyección de esa transparencia al mercado. Un exceso de divulgación de las técnicas o procesos adoptados por una empresa para la implementación de un algoritmo concreto podría hacerlo más vulnerable a ser copiado por sus competidores y, paradójicamente, extender el riesgo de colusión[139].
2. En segundo lugar, y directamente relacionado con lo anterior, es menester tener en cuenta que unas exigencias desproporcionadas podrían inferir en la protección del secreto industrial y los derechos de propiedad industrial de las empresas, máxime cuando esta clase de programas informáticos se considera un activo estratégico importante[140].

Teniendo en consideración este delicado equilibrio existente entre la necesidad de contención de estas conductas y la innovación tecnológica, a continuación se exponen algunas de las soluciones más reiteradas en la doctrina para afrontar los retos expuestos anteriormente.

1. NUEVAS DEFINICIONES

La opción principal pasa por la modificación de la definición de los conceptos contenidos en los arts. 1 LDC y 101 TFUE, con el fin de que dejen de estar definidos por ser la manifestación de, necesariamente, un acto comunicativo previo[141]. A estos efectos, la adaptación y redefinición del término «paralelismo consciente», introducido ya en la normativa española, puede ser de utilidad[142].

136 European Commission: *Competitiveness Compass*, 2025, https://commission.europa.eu/topics/competitiveness/competitiveness-compass_en (consultado el 15 de enero de 2026).

137 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 52.

138 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., pp. 50 y ss.

139 Beneke, F. y Mackenrodt, M.-O.: «Remedies for algorithmic tacit collusion», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 9, nº 1, 2021, p. 171, https://academic.oup.com/antitrust/article/9/1/152/5880803 (consultado el 14 de enero de 2026).

140 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 51.

141 OECD: *Algorithmic Competition*, cit., p. 15.

142 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 32.

2. PRESUNCIONES E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Ante la posibilidad de que el marco normativo permanezca estático, las autoridades de competencia han de desarrollar criterios probatorios adicionales para tratar de que la colusión tácita no quede, en la medida de lo posible, impune. Para ello, se ha discutido acerca de la implantación de presunciones y la inversión de la carga de la prueba[143].

La solución predominante sería tratar a algunos tipos de algoritmos como factores adicionales o *plus factors*[144]. Este mecanismo supondría considerar al software como una evidencia adicional que, en combinación con otros factores, habilitaría una hipotética sanción para esta clase de supuestos, marcados por la ausencia de pruebas directas de un acuerdo entre empresas[145].

Así las cosas, se presumiría la culpabilidad de la empresa en casos de que el algoritmo confluya con variables tales como «transparencia excesiva de mercado, repetición frecuente de interacciones comerciales, homogeneidad de producto y estabilidad de la estructura de costes y demanda»[146].

Por ende, una vez demostrada la concurrencia de estas circunstancias, la carga de la prueba, que en un inicio correspondería a las autoridades de competencia[147], se desplazaría sobre las empresas, quienes deberán demostrar que la conducta que han llevado a cabo en el mercado no obedece a un acto colusivo[148].

No obstante, no es infrecuente que, a la hora de analizar este supuesto, así como la aplicación de otras presunciones, surjan interrogantes acerca de la presunción de inocencia y la proporcionalidad de la carga, probatoria y administrativa, que han de asumir las compañías. A estos efectos cabe recordar la ya tratada sentencia del caso E-Turas, que establece, en su punto nº 41, que la destrucción de las presunciones *iuris tantum* no puede exigir a las empresas «gestiones excesivas o irrealistas»[149].

Por su parte, este mecanismo ya se está implementando, fundamentalmente, en Latinoamérica, pudiendo verse ejemplos al respecto en Colombia, México, Brasil y Perú[150].

Finalmente, y en la línea de la inversión de la carga de la prueba y control *ex post* de irregularidades, podrían adoptarse también los ya mencionados mecanismos de «cumplir o explicar», forzando a las empresas que estén bajo sospecha de incurrir en conductas colusorias a explicar sus estrategias y el uso de sus correspondientes algoritmos[151].

---

143 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., pp. 52 y ss.

144 Capobianco, A. y Gonzaga, P.: *Algorithms and Competition: Friends or Foes?*, 2017, p. 4, https://www.semanticscholar.org/paper/ALGORITHMS-AND-COMPETITION-%3A-FRIENDS-OR-FOES-Capobianco-Gonzaga/35085c06c052be2e8652bb6612dfe69df22da66d (consultado el 17 de enero de 2026).

145 Viecens, M. F.: *Algoritmos y colusión: ¿qué hemos aprendido? Un análisis para América Latina*, 2024, p. 17, https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/237718 (consultado el 17 de enero de 2026).

146 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 53.

147 Ex art. 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101 y 102 TFUE).

148 Viecens, M. F.: *Algoritmos y colusión…*, cit., p. 17.

149 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 53.

150 Viecens, M. F.: *Algoritmos y colusión…*, cit., p. 16.

151 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 53; Marty, F. y Warin,

3. CAPACITACIÓN Y COOPERACIÓN

Para investigar y probar las conductas colusorias, las autoridades de competencia han de contar con los medios técnicos y humanos para poder desempeñar esta clase de actuaciones con la menor dificultad posible[152]. En especial, ante la gran cantidad de variables y de mercados a investigar, se hace preciso automatizar las labores de detección y monitorización en tiempo real, para lo cual resulta esencial la implementación de herramientas de Inteligencia Artificial a favor de las propias autoridades de competencia[153]. Para ello, por ejemplo, la CNMC ya ha implementado una herramienta de ML, llamada BRAVA, para la persecución de conductas anticompetitivas en el campo de la contratación pública[154].

Además, como consecuencia de la magnitud de las prácticas colusorias y su probable carácter supranacional, se hace necesaria la colaboración entre entidades de competencia a nivel internacional, con el fin de armonizar procesos, reducir trabas administrativas y perseguir eficazmente estas conductas[155].

Finalmente, también resulta especialmente relevante la colaboración por parte de las empresas, quienes pueden ser reacias a compartir la información de la que disponen invocando, como ya se ha expuesto, derechos legítimos de propiedad intelectual e industrial[156]. Para fomentar esta cooperación, puede resultar interesante la introducción de *sandboxes* normativos, es decir: bancos de prueba en los que las empresas puedan probar sus algoritmos, dentro de un entorno dinámico y sin ser sujetas a consecuencias regulatorias en caso de que no cumplan con los estándares normativos[157].

4. AUDITORÍAS Y DISEÑO RESPONSABLE DE ALGORITMOS

Otra de las sugerencias más frecuentes es la implantación formal de auditorías algorítmicas y de sistemas de certificación de esta clase de software. De este modo, se podría supervisar y medir el grado de impacto de estas herramientas y el compromiso de las empresas con su uso ético desde los prismas sociales y de mercado, siendo los códigos de conducta empresariales uno de los aspectos a valorar[158].

Sin embargo, el despliegue de esta metodología tiene que obedecer a dos ideas fundamentales: no ha de suponer una injerencia excesiva en el marco de las empresas y, en particular, de la protección de sus secretos de propiedad industrial e intelectual; y ha de ser plausible, teniendo en cuenta la opacidad inherente a estos programas y, más en particular, a los algoritmos de *deep learning*[159].

T.: «Deciphering algorithmic collusion…», cit., p. 42.

152 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., pp. 375 y ss.

153 Marty, F. y Warin, T.: «Deciphering algorithmic collusion…», cit., pp. 40 y ss.

154 CNMC: *Contra el fraude, BRAVA: nuevo premio a la herramienta de IA de la CNMC*, CNMC Blog, 2025, https://blog.cnmc.es/2025/12/26/premio-brava-proyecto-cnmc-ia-fraude-contracion-publica/ (consultado el 22 de enero de 2026).

155 Marty, F. y Warin, T.: «Deciphering algorithmic collusion…», cit., p. 42.

156 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., p. 376.

157 CMA: *Algorithms: How they can reduce competition…*, cit., p. 49.

158 Seele, P., Dierksmeier, C., Hofstetter, R. y Schultz, M. D.: «Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing», *Journal of Business Ethics*, vol. 170, nº 4, 2021, p. 714.

159 Beneke, F. y Mackenrodt, M.-O.: «Remedies for algorithmic tacit collusion…», cit.

En estos términos, el sometimiento a una revisión de esta índole no implicaría hacer el código público, sino simplemente facilitar a las autoridades de competencia la verificación del cumplimiento de estándares normativos en el software. Ello puede incluir aportar trazabilidad de los datos acerca de la implementación del algoritmo y los cambios operativos que ha ocasionado, el *input*, los datos de entrenamiento, las calibraciones realizadas, el *output* y su similitud con otros algoritmos del mercado[160].

Si bien esta medida puede contribuir a mitigar el impacto de la llamada «caja negra», es necesario implementar medidas adicionales para combatirlo de forma eficiente. La transparencia no solo ha de ser una cuestión de colaboración y cesión de información por parte de las empresas, sino que ha de estar codificada, directamente, en el propio algoritmo.

Para ello, destaca la aplicación del principio de «cumplimiento por diseño» o *compliance by design*, a través del cual se propone implementar una serie de restricciones dentro de los algoritmos, logrando, mediante las mismas, impedir los comportamientos colusorios[161]. Esta labor puede lograrse mediante, por ejemplo, la inserción de reglas contrarias a la fijación de precios, el reparto de mercados o el intercambio de información sensible; la introducción de «ruido» en los datos usados como *input*; o la programación de retrasos a la hora de ajustarse a los cambios de las distintas variables del mercado[162].

Adicionalmente, también existen propuestas de cara a implantar IA explicable, que aboga, o bien por el cambio de los modelos de «caja negra», inherentemente opacos, por otros cuyo razonamiento sí pueda ser deducido de forma transparente (denominados algoritmos de «caja blanca» o «interpretables por diseño»), o bien por emplear el uso de otros algoritmos creados *ad hoc* para ayudar a descifrarlos mediante «ingeniería inversa»[163].

5. REVISIÓN DEL RÉGIMEN DE MULTAS

En cuanto a las dificultades anteriormente comentadas con respecto al *enforcement* y la disuasión de la conducta colusiva, se hace necesario hacer hincapié en la importancia del establecimiento de un régimen de multas sólido y un sistema de atribución de responsabilidades certero.

Por una parte, las sanciones pecuniarias resultan especialmente interesantes para contener, en particular, a los algoritmos de RL, ya que impactan directamente en su lógica operativa. Esta clase de software, que funciona por medio de un sistema de maximización de recompensas, al incorporar la expectativa de una hipotética sanción a su razonamiento en forma de incentivo negativo, puede abandonar la opción de coludir

160 Beneke, F. y Mackenrodt, M.-O.: «Remedies for algorithmic tacit collusion…», cit., p. 170.

161 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 49.

162 Vezzoso, S.: *Competition by Design*, SSRN Scholarly Paper, 2017, https://papers.ssrn.com/abstract=2986440 (consultado el 23 de enero de 2026); Zhang, N.: *Too Noisy to Collude? Algorithmic Collusion Under Laplacian Noise*, SSRN Scholarly Paper, 2025, https://papers.ssrn.com/abstract=5433482 (consultado el 23 de enero de 2026); OECD: *Algorithmic Competition*, cit., p. 15.

163 OECD: *Algorithmic Competition*, cit., p. 26.

al dejar de ser la más óptima para operar en el mercado. A mayores, resultan medidas relativamente sencillas de aplicar, ya que no requieren intervención legal directa sobre el diseño de los productos algorítmicos[164].

Para maximizar su efecto, las multas han de ser calculadas con el mayor rigor posible, para lo que debería autorizarse el uso de herramientas de IA para hacer predicciones de mercado más fiables y reducir los riesgos de falsos positivos. A mayores, se ha de tener en cuenta la probabilidad de detección de la conducta y realizar ajustes al alza en la cuantía para compensar los posibles efectos perjudiciales que podría suponer la imposición de medidas de transparencia[165].

6. RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DESARROLLADORAS

Finalmente, la reforma del régimen de imputación de responsabilidad también puede servir para desincentivar conductas ilícitas. En particular, se propone la posibilidad de establecer, legalmente, la responsabilidad solidaria de la empresa desarrolladora del algoritmo y aquella que lo implanta. Esto haría que las empresas de software sean más cuidadosas con el diseño de sus productos en aras de evitar incurrir en esta responsabilidad compartida[166].

VII. RECOMENDACIONES PARA LAS EMPRESAS

Con todo lo expuesto en mente, las empresas deben asegurarse de que su uso de los algoritmos no pueda ser contrario a la ley. En clave de derecho de la competencia y en lo que respecta a este trabajo, han de cerciorarse de que sus políticas de precios y sus estrategias comerciales no puedan ser calificadas como colusorias. Con tal fin, las entidades deben afrontar o bien la posibilidad de reforma del paradigma regulatorio, o bien un cambio de criterios por parte de las autoridades de competencia.

Para ello, el escenario ideal es que las empresas implementen, de forma proactiva, mecanismos para facilitar la identificación de estas conductas y evitar su proliferación. Así pues, algunas de las medidas recomendadas a tal efecto son las siguientes[167]:

- Seguir de cerca los posibles avances normativos, manteniéndose al día con todos los cambios que se realicen. Para ello, sería recomendable establecer equipos de cumplimiento que colaborarían estrechamente con los desarrolladores de software informático.
- Implementar auditorías internas para garantizar la correcta transparencia en el diseño y funcionamiento de sus algoritmos, para poder asegurarse de que su funcionamiento resulta debidamente ético y competitivo, evitando así que las autoridades tomen partido.
- Cumplir con los estándares de *compliance by design*, diseñando los algoritmos de forma ética con el mercado, impidiendo, por ejemplo, que deban tomar otros facto-

164 Beneke, F. y Mackenrodt, M.-O.: «Remedies for algorithmic tacit collusion…», cit., pp. 165 y ss.

165 Beneke, F. y Mackenrodt, M.-O.: «Remedies for algorithmic tacit collusion…», cit., pp. 165 y ss.

166 Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust…», cit., p. 48.

167 Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes…», cit., pp. 378 y ss.

res de referencia aparte de los comportamientos de los competidores. El fin último, en clave de derecho de la competencia, es que los algoritmos estén hechos no para coludir, sino para evitarlo.

- Establecer programas de formación, capacitación y concienciación al personal de la empresa, especialmente el informático, acerca de los riesgos e implicaciones legales y éticas que supondría incurrir en un uso irresponsable de la IA y en conductas colusorias.
- Mantener un diálogo constante con el legislador y las autoridades de competencia, ya sea para contribuir a la formación del marco legal o de los criterios aplicables, o para consultar, previamente a la entrada en el mercado de un algoritmo en concreto, que cumple con todos sus estándares y especificaciones.
- Del mismo modo que el poder legislativo ha de ser cuidadoso y mantener cierto equilibrio entre la innovación y la carga normativa, las empresas han de tener en cuenta la responsabilidad social corporativa. Es decir, adoptar estrategias innovadoras responsables, de tal manera que el desarrollo de los algoritmos no pueda suponer un impacto en la sociedad. Para ello sería aconsejable la inclusión de estándares de diseño en códigos éticos y de conducta para, a posteriori, que un comité ético supervise su cumplimiento.
- Utilizar herramientas de IA para poder identificar de forma autónoma posibles patrones anticompetitivos o prácticas colusorias habilitadas por algoritmos ya implantados.
- Por último, evitar que los distintos algoritmos de la empresa puedan coordinarse entre sí, introduciendo variables que los haga responder de forma competitiva entre ellos, lo que, también, contribuirá a que no puedan actuar de ese modo con respecto a los de las empresas de la competencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La colusión se regula en España en virtud de los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Requiere la acción común de dos o más empresas, un mecanismo de coordinación determinado y que se produzca la restricción de la competencia por objeto o efecto. En función del mecanismo de coordinación empleado se puede distinguir entre colusión explícita y colusión tácita.

SEGUNDA.- La colusión explícita abarca los supuestos integrados en la normativa citada: los acuerdos, las prácticas concertadas y las recomendaciones colectivas. A estos efectos, se requiere un acuerdo expreso y, en ausencia de evidencia directa del mismo, la concurrencia de tres elementos: un acto comunicativo previo (concertación), al que siga una conducta paralela, y que exista una relación causa-efecto entre ambos elementos (al no ser el paralelismo justificable por el curso normal del mercado).

TERCERA.- La colusión tácita es la que se produce cuando la coordinación no es consecuencia de un acto de concertación previo. Está fuera del amparo legal y, tradicio-

nalmente, se ha considerado un supuesto teórico únicamente producible en mercados oligopolistas.

CUARTA.- Un algoritmo, a efectos de este trabajo, es un programa informático conformado por un conjunto de reglas que definen con precisión una secuencia de operaciones, con el fin de transformar una entrada (*input*) en un resultado (*output*).

QUINTA.- Hay dos clases principales de algoritmos según su funcionamiento: de primera generación, que se limitan a ejecutar lo ordenado; y de segunda generación o inteligencia artificial, que cuentan con cierto grado de flexibilidad y autonomía de aprendizaje, conocidos como algoritmos de *Machine Learning*. Dentro de estos últimos se distinguen, además, otras clases, como los algoritmos de aprendizaje profundo o por refuerzo.

SEXTA.- Hay once clases identificadas de algoritmos según su utilización por las empresas, pero, a efectos de este trabajo, la cuestión en general gira en torno a los algoritmos de monitorización y los algoritmos de precios.

SÉPTIMA.- El uso de algoritmos puede facilitar o generar colusión, tanto explícita (conformada por los algoritmos facilitadores y los esquemas *hub & spoke*) como tácita.

OCTAVA.- Los algoritmos facilitadores se utilizan para automatizar y estabilizar acuerdos anticompetitivos preexistentes. Muestra de ello son dos casos relacionados con la venta de pósteres en Amazon Marketplace: *U.S. v. David Topkins* y el expediente de la CMA contra Trod Limited y GB Eye Limited.

NOVENA.- Los esquemas *hub & spoke*, mediante los cuales desaparece la comunicación directa entre competidores acordantes (*spokes*), que son conscientes de la producción de un resultado colusorio en virtud del uso común, o bien de una plataforma informática, o bien de un algoritmo, desarrollado por un tercero intermediario (*hub*). Muestra de ello son el caso del portal lituano Eturas y el expediente PropTech de la CNMC.

DÉCIMA.- La colusión algorítmica expresa, si bien da lugar a casos que, de por sí, son novedosos, no plantea mayores inconvenientes al poder ser asimilados bajo la normativa vigente.

UNDÉCIMA.- Por su parte, la colusión algorítmica tácita representa la inexistencia de comunicación previa entre empresas. Por ende, se tratan de supuestos fuera del alcance legal, sin ser una cuestión pacífica para la doctrina, en la que se pueden distinguir diversas categorizaciones. Estas discrepancias se alimentaban en la medida de que se trataba, únicamente, de un supuesto teórico, cuestión que ha cambiado con la aparición del caso *Gibson v. Cendyn Group, LLC*, resuelto en agosto de 2025.

DUODÉCIMA.- Los retos derivados de la colusión algorítmica tácita no se reducen a la limitación del marco legal vigente en los términos expuestos, sino que las propias características de los algoritmos y otras carencias legales comportan tres desafíos adicionales: la imputación de la responsabilidad, la investigación y la prueba de esta clase de conductas y, por último, la capacidad del sistema punitivo para disuadir y castigar a las empresas.

DECIMOTERCERA.- Las posibles soluciones que se propongan han de poder ser compatibles con la innovación empresarial. Entre las más destacadas por la doctrina figura redefinir los términos ya incluidos en los artículos preexistentes; valerse de presunciones como, por ejemplo, *plus factors*, a la hora de calificar como ilícita una conducta cuando lleva aparejada una ausencia de contacto previo entre los implicados; capacitar a las autoridades de competencia y establecer regímenes de colaboración entre todas las partes implicadas a nivel internacional; la implantación de sistemas de auditoría algorítmica y estándares de diseño responsable o *compliance by design*; así como revisar los regímenes de multas y la imputación de responsabilidad.

DECIMOCUARTA.- Por su parte, las empresas han de prevenir el cambio en los criterios normativos, debiendo implementar mecanismos, preferentemente de forma proactiva, para facilitar la identificación de estas conductas y evitar su proliferación.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Derecho Digital 2024-2025: impacto de la tecnología en los ámbitos civil, penal, administrativo y social*, Memento Práctico Francis Lefebvre, Lefebvre-El Derecho e Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, Madrid.

Abada, I., Lambin, X. y Tchakarov, N.: «Collusion by mistake: does algorithmic sophistication drive supra-competitive profits?», *European Journal of Operational Research*, vol. 318, nº 3, 2024.

Armengol i Gasull, O., Blas Aguilera, J. de y Vigón Uzquiano, I.: «Algoritmos y derecho de la competencia», en AA.VV., *Anuario de derecho de la competencia 2018*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Asker, J., Fershtman, C. y Pakes, A.: «The impact of artificial intelligence design on pricing», *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 33, nº 2, 2024.

Assad, S., Clark, R., Ershov, D. y Xu, L.: «Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market», *Journal of Political Economy*, vol. 132, nº 3, 2024.

Autorité de la concurrence y Bundeskartellamt: *Algorithms and Competition*, 2019, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf (consultado el 26 de enero de 2026).

Autoriteit Consument & Markt: *Position Paper: Oversight of Algorithms*, 2020, https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf (consultado el 13 de diciembre de 2025).

Beneke, F. y Mackenrodt, M.-O.: «Remedies for algorithmic tacit collusion», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 9, nº 1, 2021, https://academic.oup.com/antitrust/article/9/1/152/5880803 (consultado el 14 de enero de 2026).

Bronstrup, F. B.: «El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 108, 2016.

Calvano, E., Calzolari, G., Denicolò, V. y Pastorello, S.: «Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing, and Collusion», *American Economic Review*, vol. 110, nº 10, 2020.

Capobianco, A. y Gonzaga, P.: *Algorithms and Competition: Friends or Foes?*, 2017, https://www.semanticscholar.org/paper/ALGORITHMS-AND-COMPETITION-%3A-FRIENDS-OR-FOES-Capobianco-Gonzaga/35085c06c052be2e8652bb6612dfe69df22da66d (consultado el 17 de enero de 2026).

Cho, I. y Williams, N.: *Collusive Outcomes Without Collusion*, arXiv:2403.07177, 2024, http://arxiv.

org/abs/2403.07177 (consultado el 24 de enero de 2026).

CMA: *CMA secures director disqualification for competition law breach*, 2016, https://www.gov.uk/government/news/cma-secures-director-disqualification-for-competition-law-breach (consultado el 30 de enero de 2026).

CMA: *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, 2021, https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers (consultado el 25 de enero de 2026).

CNMC: *Contra el fraude, BRAVA: nuevo premio a la herramienta de IA de la CNMC*, CNMC Blog, 2025, https://blog.cnmc.es/2025/12/26/premio-brava-proyecto-cnmc-ia-fraude-contracion-publica/ (consultado el 22 de enero de 2026).

CNMC y ACCO: *Inteligencia artificial y competencia*, 2020, https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2020/CONTRIBUCI%C3%93N%20IA%20Y%20COMPETENCIA%20CNMC%20ACCO.pdf (consultado el 25 de enero de 2026).

Costas Comesaña, J.: *Fundamentos de dereito de defensa da competencia*, Universidade de Vigo, Servizo de Publicacións, Vigo.

Den Boer, A. V., Meylahn, J. M. y Schinkel, M. P.: *Artificial Collusion: Examining Supracompetitive Pricing by Q-Learning Algorithms*, SSRN Scholarly Paper, 2024, https://papers.ssrn.com/abstract=4213600 (consultado el 24 de enero de 2026).

Díez Estella, F.: «La colusión algorítmica: dificultades y retos de su regulación "antitrust"», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 100, 2023.

Díez Estella, F.: *La IA ante el Derecho de la Competencia: de algoritmos, cárteles y robots*, 2024, https://cdn.prod.website-files.com/672a4f29389c0c617ad83459/684f5a07d21e077681931116_Diez%20Estella-%20La%20IA%20derecho%20competencia-%202024.pdf (consultado el 8 de enero de 2026).

Díez Estella, F.: *Unidad Didáctica 04. Acuerdos colusorios*, 2025, https://fernandodiezestella.com/derecho_competencia/tema_04.pdf (consultado el 8 de enero de 2026).

DOJ: *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*, 2015, https://www.justice.gov/archives/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace (consultado el 8 de enero de 2026).

Douglas, C., Provost, F. y Sundararajan, A.: *Naive Algorithmic Collusion: When Do Bandit Learners Cooperate and When Do They Compete?*, arXiv:2411.16574, 2024, http://arxiv.org/abs/2411.16574 (consultado el 24 de enero de 2026).

Eschenbaum, N., Mellgren, F. y Zahn, P.: *Robust Algorithmic Collusion*, arXiv:2201.00345, 2022, http://arxiv.org/abs/2201.00345 (consultado el 24 de enero de 2026).

European Commission: *Competitiveness Compass*, 2025, https://commission.europa.eu/topics/competitiveness/competitiveness-compass_en (consultado el 15 de enero de 2026).

Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, SSRN Scholarly Paper, 2015, https://papers.ssrn.com/abstract=2591874 (consultado el 15 de diciembre de 2025).

Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion*, SSRN Scholarly Paper, 2018, https://papers.ssrn.com/abstract=3282235 (consultado el 15 de enero de 2026).

Ezrachi, A. y Stucke, M. E.: *The Role of Secondary Algorithmic Tacit Collusion in Achieving Market*

Alignment, SSRN Scholarly Paper, 2023, https://papers.ssrn.com/abstract=4546889 (consultado el 13 de enero de 2026).

Framiñán Santas, J.: «La colusión tácita mediante algoritmos de precios», en AA.VV., *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, García Vidal, Á. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

Gal, A.: *It's a Feature, not a Bug: On Learning Algorithms and what they teach us*, 2017, https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)50/en/pdf (consultado el 16 de diciembre de 2025).

Gal, M. y Rubinfeld, D. L.: *Algorithms, AI and Mergers*, SSRN Scholarly Paper, 2023, https://papers.ssrn.com/abstract=4469586 (consultado el 24 de enero de 2026).

García Vidal, A.: «Big data e internet de las cosas: su impacto en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual», en AA.VV., *Big data e internet de las cosas: nuevos retos para el derecho de la competencia y de los bienes inmateriales*, García Vidal, Á. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia.

Guerra Fernández, A. y Montanari Corcho, B.: «Inteligencia artificial y Derecho antitrust: perspectivas sobre la concertación algorítmica en el marco del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE», en AA.VV., *Anuario de derecho de la competencia 2025*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Aranzadi La Ley, Las Rozas (Madrid).

Gutiérrez Carrizo, I.: *¿Otro «tipo» de conductas colusorias?*, 2009, https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-06_Otro_tipo_conductas_colusorias-Gutierrez.pdf (consultado el 8 de diciembre de 2025).

Hawkes, C.: *A Market Investigation Tool to Tackle Algorithmic Tacit Collusion: An Approach for the (Near) Future*, College of Europe, Brujas, https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/ResearchPaper_3_2021_Colm_Hawkes.pdf (consultado el 13 de diciembre de 2025).

Henderson, J. y Nazzini, R.: «Overcoming the Current Knowledge Gap of Algorithmic "Collusion" and the Role of Computational Antitrust», *Concurrences*, 2025, https://awards.concurrences.com/en/awards/2025/academic-articles/overcoming-the-current-knowledge-gap-of-algorithmic-collusion-and-the-role-of (consultado el 13 de enero de 2026).

Jones, A.: *The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law*, SSRN Scholarly Paper, 2012, https://papers.ssrn.com/abstract=2131740 (consultado el 30 de enero de 2026).

Liñán Hernández, P.: «Límites del derecho de la competencia al uso de la inteligencia artificial en el comercio online: primeros casos y perspectivas de futuro», en AA.VV., *Anuario de derecho de la competencia 2019*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra).

Marty, F. y Warin, T.: «Deciphering algorithmic collusion: insights from bandit algorithms and implications for antitrust enforcement», *Journal of Economy and Technology*, vol. 3, 2025.

Mehra, S. K.: «US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms?», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, nº 7, 2016.

Motta, M.: *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.

Musolff, L.: «Algorithmic pricing facilitates tacit collusion: evidence from e-commerce», *Proceedings of the 23rd ACM Conference on Economics and Computation*, 2022 (consultado el 24 de enero de 2026).

OECD: *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, 2017, https://www.oecd.org/en/publications/algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age_258dcb14-en.html (consultado el 13 de diciembre de

2025).

OECD: *Algorithmic Competition*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, 2023, https://www.oecd.org/en/publications/algorithmic-competition_cb3b2075-en.html (consultado el 13 de diciembre de 2025).

Pol Cabezas, A.: «Derecho de la competencia e inteligencia artificial», en AA.VV., *Anuario de derecho de la competencia 2025*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Aranzadi La Ley, Las Rozas (Madrid).

Pozo Vintimilla, P. y Carrasco Torrontegui, P.: «Colusión algorítmica: la nueva era de los acuerdos y prácticas restrictivas», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, nº 42, 2022.

Schwalbe, U.: *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*, SSRN Scholarly Paper, 2018, https://papers.ssrn.com/abstract=3232631 (consultado el 16 de diciembre de 2025).

Seele, P., Dierksmeier, C., Hofstetter, R. y Schultz, M. D.: «Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing», *Journal of Business Ethics*, vol. 170, nº 4, 2021.

Supreme Administrative Court of Lithuania: *SACL has rendered a decision in the travel agencies' case*, 2016, https://www.lvat.lt/en/news/sacl-has-rendered-a-decision-in-the-travel-agencies-case/390 (consultado el 30 de enero de 2026).

Uytsel, S. van: «The algorithmic collusion debate: a focus on (autonomous) tacit collusion», en AA. VV., *Algorithms, Collusion and Competition Law: A Comparative Approach*, Van Uytsel, S., Mehra, S. K. y Uemura, Y. (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham.

Vérgez Muñoz, C. y Crespo Cimas, E.: «Cuestiones relevantes en materia de algoritmos y Derecho de la competencia», en AA.VV., *Anuario de Derecho de la Competencia 2024*, Recuerda Girela, M. Á. (dir.), Aranzadi La Ley, Las Rozas (Madrid).

Vezzoso, S.: *Competition by Design*, SSRN Scholarly Paper, 2017, https://papers.ssrn.com/abstract=2986440 (consultado el 23 de enero de 2026).

Vidal Martínez, P. y Fernández Pérez, I. M.: «Hub & Spoke Practices in the Era of Digital Platforms: The CNMC Uber, Cabify, Bolt case», *Kluwer Competition Law Blog*, 2025, https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/hub-spoke-practices-in-the-era-of-digital-platforms-the-cnmc-uber-cabify-bolt-case/ (consultado el 26 de enero de 2026).

Viecens, M. F.: *Algoritmos y colusión: ¿qué hemos aprendido? Un análisis para América Latina*, 2024, https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/237718 (consultado el 17 de enero de 2026).

Zhang, N.: *Too Noisy to Collude? Algorithmic Collusion Under Laplacian Noise*, SSRN Scholarly Paper, 2025, https://papers.ssrn.com/abstract=5433482 (consultado el 23 de enero de 2026).

Zuloaga, Ó. G.: «CNMC, sobre depósitos: "Me cuesta pensar que no hay bancos que quieran ganar cuota"», *elconfidencial.com*, 2023, https://www.elconfidencial.com/empresas/2023-06-23/cnmc-depositos-banca-colusion-tacita-competencia_3671354/ (consultado el 16 de diciembre de 2025).

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

España

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia nº 1087/2020, de 21 de mayo de 2020 (ES:TS:2020:1087).

Estados Unidos

Expediente y acuerdo de culpabilidad del Tribunal del Distrito Norte de California de 30 de noviembre de 2015 (https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins).

Sentencia del Tribunal del Distrito de Nevada de 8 de mayo de 2024 (https://www.foster.com/assets/htmldocuments/duff-on-hospitality-blog/GIBSON_v_CENDYNGROUP.pdf).
Sentencia del Tribunal de Apelaciones para el Noveno Circuito de 15 de agosto de 2025 (https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2025/08/15/24-3576.pdf).

Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 1972 (ECLI:EU:C:1972:70).
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 1975 (ECLI:EU-:C:1975:174).
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de marzo de 1993 (ECLI:EU-:C:1993:120).
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de julio de 1999 (ECLI:EU:C:1999:356).
Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 8 de julio de 2008 (ECLI:EU:T:2008:256).
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (ECLI:EU:C:2009:343).
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2016 (ECLI:EU:C:2016:42).
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2020 (ECLI:EU:C:2020:52).

RESOLUCIONES DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

España

Resolución de la CNMC de 23 de febrero de 2021, expediente S/DC/0605/17, *Amarres Puerto de Algeciras* (https://www.cnmc.es/expedientes/sdc060517).
Resolución de la CNMC de 25 de noviembre de 2021, expediente S/0003/20, *Proptech* (https://www.cnmc.es/expedientes/s000320).

Reino Unido

Resolución de la CMA de 12 de agosto de 2016, caso 50223, *Online sales of posters and frames* (https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf).

APÉNDICE LEGISLATIVO

España

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de julio de 2007, nº 159 (https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con).

Unión Europea

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 7 de junio de 2016, nº 202, p. 47 (http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2016/2025-03-15).

DISEÑO INDUSTRIAL NO REGISTRADO: IMPACTO Y RELEVANCIA EN LA INDUSTRIA DE LA MODA

UNREGISTERED INDUSTRIAL DESIGN: IMPACT AND RELEVANCE IN THE FASHION INDUSTRY

DESEÑO INDUSTRIAL NON REXISTRADO: IMPACTO E RELEVANCIA NA INDUSTRIA DA MODA

Iván Campos Frasquet
Máster de Acceso a la Abogacía y la Procura de la Universidad de A Coruña

Resumen: El trabajo analiza la figura del diseño industrial no registrado como mecanismo de protección jurídica dentro de la industria de la moda y otros sectores con ciclos de innovación rápidos. Se destaca su utilidad por permitir proteger las creaciones desde el momento de su divulgación, sin necesidad de registro formal, según el Reglamento (CE) 6/2002. El estudio examina su marco normativo, sus ventajas y limitaciones, así como su relación con otras figuras jurídicas como el derecho de autor y los modelos de utilidad. Asimismo, se analizan los requisitos de novedad y carácter singular, esenciales para la protección del diseño en la Unión Europea. El trabajo también aborda el papel de la jurisprudencia europea en la interpretación de estos criterios y en la delimitación de los derechos de los creadores. Se pone de relieve la importancia de gestionar adecuadamente la divulgación de los diseños y de demostrar la existencia de copia en los casos de infracción. Finalmente, se concluye que el diseño industrial no registrado constituye una herramienta eficaz para proteger la creatividad, aunque su alcance es limitado y exige una estrategia jurídica adecuada. La evolución normativa y jurisprudencial será clave para adaptar esta protección a los nuevos desafíos del mercado y de la innovación.

Abstract: The paper analyzes the figure of the unregistered industrial design as a legal protection mechanism within the fashion industry and other sectors characterized by rapid innovation cycles. Its usefulness lies in allowing creations to be protected from the moment they are disclosed, without the need for formal registration, in accordance with Regulation (EC) No. 6/2002.

The study examines its regulatory framework, its advantages and limitations, as well as its relationship with other legal protections such as copyright and utility models. It also analyzes the requirements of novelty and individual character, which are essential for design protection in the European Union. Furthermore, the paper addresses the role of European case law in interpreting these criteria and in defining the scope of creators' rights. It highlights the importance of properly managing the disclosure of designs and of demonstrating the existence of copying in cases of infringement. Finally, it concludes that the unregistered industrial design constitutes an effective tool for protecting creativity, although its scope is limited and requires an appropriate legal strategy. The evolution of legislation and case law will be key to adapting this protection to the new challenges of the market and innovatio.

Palabras clave: Moda, arte, diseño industrial, ropa, producto, copia.

Keywords: Fashion, art, industrial design, clothes, producto, copy.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. EL CONCEPTO DE DISEÑO INDUSTRIAL NO REGISTRADO.1.1. Definición del diseño según el Reglamento 6/2002. 1.2. Elementos de la definición de diseño industrial. *1.2.1. La Apariencia de la totalidad o parte del Producto. 1.2.2. El producto. 1.2.3. Características protegibles: línea, configuración, color, forma, textura o material. 1.2.4. Ornamentación del producto.* 2. DELIMITACIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL FRENTE AL DISEÑO ARTÍSTICO Y FRENTE AL MODELO DE UTILIDAD. 2.1. El diseño industrial y la obra de arte aplicada a la industria. 2.2. La relación entre el diseño y el modelo de utilidad. 3. LA PROTECCIÓN DEL DISEÑO: NOVEDAD Y CARÁCTER SINGULAR. 3.1. El requisito de la novedad. *3.1.1. El principio de "No Identidad". 3.1.2. La Novedad Objetiva y Subjetiva. 3.1.3. La situación actual: la novedad "relativa".* 3.2. La Divulgación como elemento determinante en Diseños de la UE. *3.2.1 La divulgación como inicio de la protección: ejemplos de divulgación. 3.2.2. Excepciones a la divulgación. 3.2.3. Asuntos PUMA SE c. EUIPO y CROCS, INC. c. EUIPO como ejemplos de divulgación anticipada.* 3.2. El carácter singular en el diseño. *3.2.1. La impresión general diferente. 3.2.2. El usuario informado. 3.2.3. La libertad creativa del autor como parámetro de análisis.* 4. LA PROTECCIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL NO REGISTRADO. 4.1. Objeto de protección. 4.2. Ámbito territorial de protección. 4.3. Ámbito temporal de la protección (duración) e Inicio del periodo de protección (divulgación). 5. LA TITULARIDAD DEL DISEÑO NO REGISTRADO. 5.1. Titularidad del autor o causahabiente. 5.2. Titularidad conjunta en diseños creados colectivamente. 5.3. Titularidad en el marco de una relación laboral. 6. EL IUS PROHIBENDI DEL CREADOR DEL DISEÑO Y LA PROTECCIÓN CONTRA LA COPIA. 6.1. Grado de diferenciación entre diseños. 6.2. La presunción de copia y la carga de la prueba. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. JURISPRUDENCIA.

ABREVIATURAS:

AP: Audiencia Provincial
CC: Código Civil
EUIPO: Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea
JPI: Juzgado de Primera Instancia
LP: Ley de Patentes
LPI: Ley de Propiedad Intelectual
Op. cit.: obra citada
RDC: Reglamento de Dibujos y Modelos Comunitarios
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM: Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STGUE: Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea
STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TGUE: Tribunal General de la Unión Europea
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS: Tribunal Supremo
UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El diseño industrial constituye una de las herramientas clave dentro del sector de la moda, donde la creatividad y la innovación desempeñan un papel fundamental en la diferenciación y competitividad de las marcas. Sin embargo, en un mercado caracterizado por su dinamismo y rapidez, el registro formal de diseños puede suponer un obstáculo en términos de tiempo y costes. Ante esta realidad, la figura del diseño industrial no registrado se presenta como una alternativa ágil y eficaz para dotar de protección legal a las creaciones en este ámbito.

El Reglamento (CE) 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, introduce el concepto de diseño industrial no registrado en la Unión Europea, proporcionando una protección específica y diferenciada de la modalidad registrada. A diferencia de esta última, el diseño no registrado no requiere una solicitud formal ni el pago de tasas para su protección, lo que permite a los diseñadores salvaguardar sus creaciones desde el momento de su divulgación en el mercado. Esta forma de protección resulta especialmente relevante en la industria de la moda, donde los ciclos de vida de los productos son efímeros y la innovación constante.

El presente trabajo analiza en profundidad el impacto y la relevancia del diseño industrial no registrado en la moda, explorando su marco normativo, sus ventajas y limitaciones, así como su relación con otras formas de protección legal como la propiedad intelectual y los modelos de utilidad. Se examinarán también casos jurisprudenciales clave que han definido la aplicabilidad de esta figura, con especial atención a la protección frente a la copia y la delimitación de los derechos de exclusividad del creador.

A través de este estudio, se busca ofrecer una visión integral del papel que desempeña el diseño industrial no registrado dentro de la industria de la moda, poniendo de relieve su importancia como mecanismo de protección legal y su impacto en el equilibrio entre la creatividad, la competencia y la innovación en el mercado global.

1. EL CONCEPTO DE DISEÑO INDUSTRIAL NO REGISTRADO

1.1. Definición del diseño según el Reglamento 6/2002

El diseño industrial no registrado encuentra su base legal en el Reglamento (CE) 6/2002 del Consejo, del 12 de diciembre de 2001[1] (en adelante, RDC), que regula los dibujos y modelos comunitarios. Este reglamento marca un hito al introducir por primera vez una protección específica para el diseño no registrado a nivel europeo, estableciendo efectos uniformes en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Este reglamento define un diseño como "industrial" cuando se aplica a productos fabricados mediante procesos de producción industrial. No obstante, el RDC ha ampliado esta definición para incluir también los objetos artesanales, que destacan por ser elaborados con técnicas manuales. Asimismo, se considera "no registrado" porque no exige una solicitud formal ni el pago de tasas ante una oficina de propiedad industrial, a diferencia de otros derechos exclusivos. Esta protección es particularmente ventajosa para industrias que generan una gran cantidad de diseños en un corto período de tiempo, a menudo con una vida útil efímera. Esta modalidad facilita la protección de aquellos diseños que finalmente son introducidos en el mercado, sin la necesidad de someter cada propuesta a un proceso previo de registro[2].

El RDC no es un instrumento completo y cerrado, ya que contiene numerosas referencias a la legislación nacional en aspectos clave, como la titularidad del derecho de diseño[3]. En este sentido, el artículo 88.2 del RDC establece: "En todas las cuestiones no previstas por el presente Reglamento, los tribunales de dibujos y modelos comunitarios aplicarán su legislación nacional". En este sentido, en el contexto español, aunque la ley 20/2003 de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante, ley 20/2003) no contempla explícitamente la figura del diseño no registrado, sus disposiciones relativas al diseño registrado se consideran aplicables de forma supletoria para cubrir las lagunas legales del RDC.

Una de las diferencias más notables entre el RDC y la legislación de algunos Estados miembros, como el Reino Unido, es la protección de aspectos funcionales y no visibles del diseño. Mientras que el RDC exige visibilidad durante el uso normal del producto, el "design right" británico extiende la protección aquellos diseños no visibles, lo que amplía considerablemente su ámbito de aplicación[4]. Esta divergencia pone de manifiesto la necesidad de un enfoque más armonizado en el ámbito europeo.

1 A finales del pasado año 2024, la Unión Europea aprobó la DIRECTIVA (UE) 2024/2823 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de octubre de 2024 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos y Reglamento (UE) 2024/2822 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024 por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 6/2002 del Consejo sobre los dibujos y modelos comunitarios y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 2246/2002 de la Comisión.
El nuevo Reglamento, que tendrá efecto el 1 de mayo de 2025 (salvo algunas disposiciones que no se aplicarán hasta el 1 de julio de 2026), introduce cambios significativos destinados a modernizar y simplificar el sistema de protección de dibujos y modelos en toda la UE.

2 Reglamento (CE) nº 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios. Considerando 25.

3 LOUREDO SARA, *El diseño industrial no registrado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pág. 43.

4 LOUREDO SARA, *El diseño industrial no registrado*, op.cit., pág. 35.

La definición de diseño industrial proporcionada por el RDC, contenida en su artículo 3.a), es aplicable tanto a las modalidades registradas como no registradas. Según este artículo, se entiende por diseño industrial:

"La apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, derivada de características específicas, en particular línea, configuración, color, forma, textura o material del producto en sí o de su ornamentación".

Esta definición abarca tanto los diseños registrados como los no registrados, destacando la relevancia de la apariencia o *corpus mysticum*. Tradicionalmente, la protección de un diseño requería la existencia de un soporte material, conocido como corpus mechanicum. Sin embargo, la digitalización y la posibilidad de reproducir diseños en entornos virtuales han llevado a una interpretación más amplia de este concepto. En la actualidad, no se exige que la apariencia del diseño se materialice en un cuerpo físico, sino que es suficiente con que dicha apariencia sea sensible y perceptible por la vista[5]. De esta manera, la protección de los diseños trasciende la necesidad de un soporte físico, permitiendo incluir diseños digitalizados o virtuales dentro de su ámbito de aplicación. En esencia, esta definición subraya que el objeto de protección no es el producto en su totalidad, sino su apariencia externa perceptible, independientemente de si el diseño se sustenta en un soporte material tridimensional o está plasmado en medios virtuales[6].

1.2. Elementos de la definición de diseño industrial

1.2.1. La Apariencia de la totalidad o parte del Producto

El concepto de "apariencia" se refiere a las características externas de un producto, perceptibles en su mayoría por el sentido de la vista, aunque elementos como la textura pueden percibirse a través del tacto. OTERO LASTRES resalta que el esta definición resulta ambigua y limitada, ya que no capta por completo la esencia del diseño. El autor sugiere que el término "forma aparente y perceptible del producto", propuesto originalmente por el Max-Planck-Institut, sería más adecuado, pues abarca tanto las características externas como las propiedades del material, como la flexibilidad, que trascienden la simple apariencia visual[7].

Un elemento esencial dentro de la protección del diseño es la visibilidad, es decir, debe ser apreciable para el público, ya sea en soportes materiales o virtuales, para ser considerado susceptible de protección. El concepto de "apariencia" incluye una serie de elementos visuales que contribuyen al aspecto externo de un producto. Esto puede abarcar desde líneas y formas hasta colores y texturas. Sin embargo, la definición también tiene sus límites, ya que excluye aspectos funcionales o técnicos que no tengan un valor estético. Así, la protección legal del diseño depende de que este sea perceptible por los sentidos, particularmente por la vista. En el caso de diseños digitales o representados en soportes virtuales, la visibilidad se convierte en el único criterio de protección, ya que

5 OTERO LASTRES J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*, Marcial Pons, 2003, pág. 30.

6 OTERO LASTRES J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*, op. cit., pág. 31.

7 OTERO LASTRES, J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio*, Marcial Pons, 2003, pág. 36 a 37.

carecen de soporte material. Por ello, el autor enfatiza que sin visibilidad no hay diseño protegible, lo que refuerza la importancia de este requisito en el marco normativo[8].

El derecho de diseño puede proteger un objeto en su conjunto o únicamente en algunas de sus partes específicas. Esto se debe a que ciertos elementos pueden quedar fuera de la protección legal debido a su relación con la funcionalidad técnica o a la necesidad de interconexión con otros productos. No obstante, en el mismo producto pueden coexistir elementos que cumplen una función ornamental. Estos elementos, siempre que reúnan las condiciones de novedad y carácter singular, podrán ser objeto de protección legal como diseños registrados[9]. Esto asegura un equilibrio entre la protección de los derechos de diseño y la libre competencia en el mercado.

1.2.2. El producto

El RDC, en su artículo 3.b), define "producto" como cualquier artículo industrial o artesanal, incluidos elementos gráficos, tipográficos y embalajes, pero excluye expresamente los programas informáticos y los semiconductores.

La inclusión de productos artesanales amplía el alcance del diseño industrial. Estos objetos, elaborados con técnicas manuales, suelen tener una carga cultural significativa. Además, estos objetos artesanales se distinguen por un sistema de producción que contrasta con el de los productos industriales, lo que hace que cada pieza sea única, incluso si las diferencias entre ellas son mínimas. No obstante, el legislador ha decidido incorporar estos productos manuales dentro del concepto de "producto", a pesar de que no se ajustan estrictamente al significado tradicional del término "industrial"[10]. Este reconocimiento legal busca salvaguardar la autenticidad y originalidad de los productos artesanales, asegurando que prácticas tradicionales y conocimientos transmitidos generacionalmente sean preservados y valorados en el mercado actual. Al incluir estos productos en la definición de "producto" dentro de la protección jurídica, se promueve la diversidad cultural y se fomenta la continuidad de técnicas artesanales que, de otro modo, podrían verse amenazadas por la industrialización y la producción en serie[11].

El RDC también protege elementos como logotipos y símbolos visuales. Por ejemplo, emoticonos utilizados en plataformas digitales, al carecer de función técnica, podrían ser protegidos como diseños industriales siempre que cumplan con los requisitos de novedad y carácter singular.

Por otro lado, los programas informáticos y los productos semiconductores están excluidos de esta definición, ya que dichos elementos responden a criterios técnicos o funcionales, y, por lo tanto, se sitúan fuera del ámbito de la apariencia estética. Así, los programas informáticos son considerados creaciones intelectuales protegidas por derechos de autor, mientras que los semiconductores, al tener una función técnica y

8 OTERO LASTRES, J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio*, Marcial Pons, 2003, pág. 35.

9 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2019, pág. 49.

10 LOUREDO CASADO S., *El diseño industrial no registrado,* op.cit., pág. 49.

11 SAI DEEPAK, J., *"Protection of Traditional Handicrafts under Indian Intellectual Property Laws" ", Journal of Intellectual Property Rights 13 2008,* pág. 197.

electrónica, se regulan mediante leyes específicas, como la Ley de Protección Jurídica de las Topografías de los Productos Semiconductores en España[12].

1.2.3. Características protegibles: línea, configuración, color, forma, textura o material

El RDC enumera una serie de características relevantes para definir la apariencia del diseño tales como líneas, configuración, color, forma, textura y materiales, que otorgan al producto una apariencia singular y novedosa. Sin embargo, no se trata de una lista *numerus clausus*, lo que permite incluir cualquier elemento que contribuya a la percepción visual del diseño, pero estas características deben contribuir de manera significativa a la apariencia y al valor del producto. Así, el uso del término "en particular" permite interpretar que otros elementos, como el brillo o ciertos efectos de luz, pueden ser protegidos si contribuyen a la singularidad y valor estético del diseño[13]. El RDC establece que las características de un producto pueden considerarse de forma individual, pero en la práctica, la apariencia de un producto suele ser el resultado de la interacción y combinación de varios de estos elementos. El RDC protege tanto los elementos individuales que cumplen con los criterios de novedad y carácter singular como la composición resultante de su integración, siempre que esta combinación contribuya a la apariencia distintiva del diseño.

Un aspecto controvertido es la protección del color. OTERO LASTRES señala que, aunque un color generalmente no es protegible por sí solo, puede obtener protección cuando se combina con otros elementos que refuercen la singularidad del diseño[14]. No obstante, un único color pueden ser objeto de protección si resulta de un esfuerzo creativo que enriquezca el patrimonio estético aplicado a la industria[15]. Si bien un color en sí podría protegerse si enriquece significativamente el patrimonio estético, suele ser la combinación de colores con otros elementos ornamentales la que se considera más relevante dentro del RDC. Aunque en teoría es posible, generalmente se protege en combinación con otros factores que refuercen su singularidad.

1.2.4. Ornamentación del producto

La ornamentación juega un papel fundamental en el diseño industrial, refiriéndose a patrones, dibujos o decoraciones aplicados a un producto o una de sus partes. Por lo tanto, el diseño industrial puede proteger únicamente la ornamentación específica de un producto, como un dibujo o patrón en una parte del mismo, sin que esto implique la protección del resto del objeto. Por ejemplo, una lámpara tiene una base con grabados de flores únicas. Solo el diseño ornamental de la base puede protegerse como diseño industrial, no el resto de la lámpara ni su funcionalidad. La empresa puede registrar únicamente la ornamentación de la base de la lámpara como diseño industrial. Esto

12 Ley 11/1988, de 3 de mayo, de 5 de mayo de 1988.

13 OTERO LASTRES, J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio*, op.cit., pág. 33.

14 OTERO LASTRES, J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio*, Marcial Pons, 2003, pág. 33; BLANCO JIMÉNEZ, A. y CASADO CERVIÑO, A., *El Diseño Comunitario. Una Aproximación al Régimen Legal de los Dibujos y Modelos en Europa,* Aranzadi, Cizur Menor, 2003 pág. 36.

15 OTERO LASTRES, J.M., *"La protección de un solo color como dibujo industrial"*, ADI 2, 1975, pág. 460.

significa que la protección no se aplica a la bombilla, la pantalla o el diseño funcional del objeto, sino exclusivamente a los detalles decorativos de la base. Por lo tanto, si otra empresa produce lámparas con bases similares en tamaño o funcionalidad, pero sin el diseño ornamental protegido, no estaría infringiendo los derechos. Sin embargo, si reproduce o imita los grabados, relieves o patrones de la base protegida, estaría violando el diseño industrial registrado. El valor ornamental no solo debe medirse en términos estéticos, sino también considerando su impacto en el atractivo comercial del producto[16].

2. DELIMITACIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL FRENTE AL DISEÑO ARTÍSTICO Y FRENTE AL MODELO DE UTILIDAD

El diseño representa uno de los derechos de propiedad industrial más complejos debido a su carácter híbrido, que lo ubica en una intersección entre la propiedad industrial y la propiedad intelectual. Esta peculiaridad implica que una misma creación de forma puede ser protegida simultáneamente por diferentes figuras legales, lo que genera retos significativos para identificar los elementos específicos que corresponden a cada tipo de protección. Además, el diseño combina aspectos ornamentales y funcionales, lo que refuerza su conexión con otros ámbitos legales, como la propiedad intelectual en relación con las obras de arte aplicadas, y las creaciones técnicas, especialmente en lo que respecta a los modelos de utilidad[17].

La complejidad del diseño no solo reside en su definición, sino también en la necesidad de delimitar sus distintas manifestaciones. Por un lado, es crucial distinguir entre el diseño ordinario y el diseño artístico, donde este último se vincula con obras que alcanzan un alto grado de originalidad y creatividad. Por otro lado, desde una perspectiva funcional, es necesario establecer los límites entre el diseño y los modelos de utilidad, especialmente cuando las formas creadas están profundamente condicionadas por una función técnica[18].

Por lo tanto, el análisis del diseño no puede limitarse únicamente a su definición técnica o legal. Es indispensable abordar sus relaciones y solapamientos con estas áreas conexas para lograr una comprensión completa de sus características y del sistema de protección que lo regula. Esta aproximación integral permite no solo identificar las particularidades de cada figura, sino también entender las zonas comunes que comparten y los retos legales que plantean.

2.1. El diseño industrial y la obra de arte aplicada a la industria

Aunque la Ley 20/2003 se centra en regular el "diseño ordinario", incluye una referencia explícita a un tipo de creación que, además de ser protegible como diseño, puede beneficiarse de la protección del derecho de autor. Esta categoría se identifica en la Disposición Adicional décima de la referida ley como "obra artística" o "obra de arte

16 OTERO LASTRES, J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio*, op.cit., pág. 39.

17 OTERO LASTRES, J.M., *Reflexiones sobre el diseño industrial*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 1888-3214, Nº. 1, 2008, págs. 219.

18 OTERO LASTRES, J.M., Reflexiones sobre el diseño industrial, op.cit., pág. 220.

aplicada a la industria", en la cual se señala que la protección otorgada al diseño industrial puede coexistir y acumularse con la propiedad intelectual siempre que el diseño en cuestión alcance un nivel suficiente de creatividad y originalidad para ser considerado como obra artística, conforme a las normativas de propiedad intelectual.

En este sentido, una de las principales diferencias entre el diseño industrial y la obra de arte aplicada radica en los criterios de protección. Mientras que el diseño industrial se concibe como una innovación formal que debe ser resultado de la actividad humana y fruto de un acto de creación, sin que se exija un nivel mínimo de creatividad, la obra de arte aplicada es preciso que presente, al menos, el grado de creatividad y originalidad propio de las obras artísticas de la Propiedad Intelectual[19].

Según la legislación española, esta diferencia se basa en un criterio cuantitativo: las creaciones que alcanzan un mayor nivel de singularidad y expresión personal pueden calificarse como obras de arte aplicada, mientras que los diseños industriales se limitan a la innovación formal. El carácter distintivo de la obra de arte aplicada radica en su capacidad para expresar la personalidad del autor y destacar por su singularidad frente a otras creaciones similares. En contraposición, para alcanzar el nivel de creatividad propio del diseño protegible, la creación debe ser suficientemente diferente de las formas anteriores, valorando en cada caso el grado de libertad del autor[20]. Esta dualidad refleja la coexistencia de dos sistemas de protección: el de la propiedad industrial para los diseños y el del derecho de autor para las obras artísticas aplicadas.

Sin embargo, tanto en el ámbito jurídico español como en el europeo, es común el reconocimiento de la acumulación de las protecciones derivadas del diseño y del derecho de autor. En este sentido, la legislación española permite que algunas creaciones híbridas, que combinan funcionalidad y estética, sean protegidas tanto por el diseño industrial como por el derecho de autor. La compatibilidad entre ambos derechos queda recogida en el artículo 3.2 RDL 1/1996 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), que establece que los derechos de autor son "independientes, compatibles y acumulables" con otros derechos, como "los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra". Esto ocurre cuando un diseño presenta el grado de creatividad y originalidad necesario para ser considerado obra de arte aplicada.

En el plano jurisprudencial los Tribunales españoles reconocen la existencia de este régimen de compatibilidad entre propiedad industrial e intelectual. En este sentido, se ha pronunciado El Tribunal Supremo, en su sentencia del 27 de septiembre de 2012, donde identifica tres sistemas legales clave para proteger diseños susceptibles de reproducción masiva[21]:

1. Un sistema de acumulación total o absoluta, según el cual para la protección del diseño por la normativa de derecho de autor y por la de propiedad industrial es

19 OTERO LASTRES, J.M., El diseño industrial según la Ley de 7 de julio, op.cit., pág. 47.

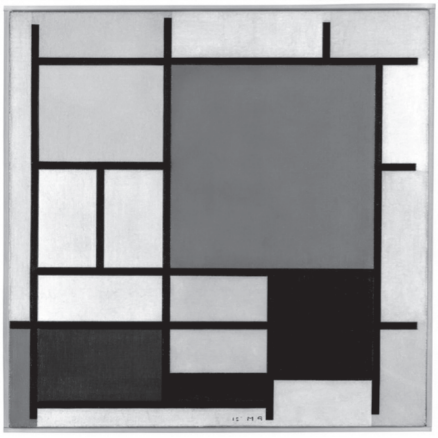
20 OTERO LASTRES, J.M., El diseño industrial según la Ley de 7 de julio, op.cit., pág. 48.

21 Sentencia del Tribunal Supremo nº 561/2012 de 27 de septiembre de 2012, Rec. 831/2010. LA LEY 149044/2012. ECLI:ES:TS:2012:6196. FJ 5º.

exigible idéntico grado de creatividad, sin perjuicio de que sea o no exigible el registro.

2. Un sistema de separación absoluta, en el que la propiedad intelectual de los autores plásticos no es susceptible de tutela por vía del diseño y viceversa, que era el sistema seguido por la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo 1902.
3. Un sistema intermedio o de acumulación parcial, más o menos restringida, que es el adoptado por el ordenamiento jurídico español. Según este sistema, los diseños susceptibles de tutela como propiedad industrial también son susceptibles de tutela acumulada por derecho de autor, pero para ello es preciso cierto grado de altura artística.

En consecuencia, la legislación española ha optado por esta tercera vía, permitiendo que las obras de arte aplicadas puedan beneficiarse simultáneamente de los derechos de autor y de la protección de la propiedad industrial, particularmente como diseño industrial. Por lo tanto, la protección es acumulable y compatible, fomentando la creación de productos que trascienden los límites de lo meramente utilitario para convertirse en expresiones artísticas.





El vestido Mondrian, diseñado por Yves Saint Laurent en 1965, es un ejemplo icónico de cómo el arte puede integrarse armoniosamente en el diseño industrial para crear una obra funcional y culturalmente significativa. Inspirado en las pinturas abstractas de Piet Mondrian, célebre por sus composiciones geométricas de líneas negras gruesas y bloques de colores primarios. Esta cualidad híbrida -por ser tanto un producto industrial como una obra artística- es lo que hace al vestido Mondrian un ejemplo notable de arte aplicado a la industria. Su diseño conserva un alto nivel de creatividad y originalidad, elementos esenciales que le otorgan protección bajo el derecho de autor, mientras que su forma distintiva y su estética reconocible lo califican como un objeto protegido por el derecho de diseño industrial.

Por lo tanto, el vestido Mondrian goza de una protección acumulada que refuerza su exclusividad y valor cultural[22]. Como obra derivada de las pinturas de Mondrian, el diseño del vestido está protegido por derechos de autor, garantizando que nadie pueda copiar o reproducir su composición artística sin autorización. Al mismo tiempo, su carácter distintivo como objeto físico y reproducible en serie lo hace elegible para la protección de diseño industrial, evitando imitaciones en el mercado. Esta acumulación de protecciones no solo resguarda la integridad del diseño, sino que también reconoce su doble naturaleza: un producto funcional que es, al mismo tiempo, un manifiesto artístico.

Tras haber analizado previamente la legislación nacional, resulta imprescindible ampliar la perspectiva hacia el ámbito europeo, donde la normativa armonizada desempeña un papel crucial en la protección de los derechos de autor y los diseños industriales. La regulación comunitaria no solo busca establecer un marco común que facilite la coexistencia de derechos entre los Estados miembros, sino que también permite una acumulación de protecciones que refuerzan la seguridad jurídica de los titulares.

El elemento clave en el que se ha centrado el reconocimiento de la acumulación de protecciones es la originalidad del diseño[23]. Así, el artículo 96.2 del RDC, junto con el Considerando 32 del mismo reglamento, subraya el enfoque europeo hacia la acumulación de derechos, dejando en manos de los Estados miembros la determinación del alcance y las condiciones de dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido. Esta disposición resulta crucial, ya que reconoce la coexistencia de normativas nacionales con los principios comunitarios, promoviendo un equilibrio entre la armonización y la autonomía jurídica de cada país.

En relación a la acumulación de los derechos de autor y de los diseños en la modalidad no registrada, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en su sentencia del 27 de enero de 2011, en el asunto (*Flos Spa vs Semeraro Casa e Famiglia SpA*). El Tribunal aclara que la falta de registro no excluye automáticamente la posibilidad de protección mediante derechos de autor. Es más, señala que otras normativas de la Unión Europea, como la Directiva 2001/29, pueden otorgar esta protección adicional si la obra en cuestión reúne los estándares de originalidad y creatividad establecidos en dichas disposiciones. La decisión de si el diseño no registrado cumple con estos criterios recae, en última instancia, en el tribunal nacional competente[24]. Esta interpretación del TJUE pone de manifiesto que, a pesar de las limitaciones que enfrenta el diseño no registrado en cuanto a duración y formalidades, sí es posible acumular las protecciones de los derechos de autor y el diseño no registrado, siempre que se satisfagan los requisitos legales aplicables.

22 J. TROY, NANCY; TARTSINIS, A.M. *Mondrian's Dress: Yves Saint Laurent, Piet Mondrian, and Pop Art.* The MIT Press. 2023, pág. 45 a 61.

23 CARBAJO CASCÓN, F. Objetos industriales, derecho de autor y libre competencia. Consideraciones a partir de las SSTJUE de 12 de septiembre de 2019 ("Cofemel") y 11 de junio de 2020 ("Brompton"). *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, No. 2, pág 924.

24 STJUE de 27 de enero de 2011. Asunto C-168/09 (Flos SpA y Semeraro Casa e Famiglia SpA y Assoluce). LA LEY 54/201. ECLI:EU:C:2011:29, apartado 34.

2.1.1. Aspectos actuales y controversias en torno a la acumulación de protecciones en el ámbito español y europeo

La originalidad del diseño es el eje central para evaluar la acumulación de protecciones, sin embargo, determinar este criterio en la práctica presenta una notable complejidad. En este sentido, CARBAJO CASCÓN afirma que "la tutela reforzada que ofrece el derecho de autor debe ser limitado a aquellas creaciones que presenten un plus de creatividad o altura creativa que trascienda el aspecto puramente industrial"[25].

En el contexto de la Unión Europea, dos sentencias recientes del TJUE han sido determinantes: la STJUE del 12 de septiembre de 2019 (asunto *Cofemel)* y la sentencia del 11 de junio de 2020 (asunto *Brompton*).

En el asunto *Cofemel*, el TJUE indica que para considerar un diseño original debe ser fruto de una creación propia del autor que refleje su personalidad y sea el resultado de decisiones creativas libres, no determinadas por aspectos técnicos, reglas u otras exigencias que limiten la libertad creativa[26]. Este criterio refuerza la necesidad de una originalidad subjetiva para que un diseño pueda acogerse a la protección del derecho de autor, pudiendo extenderse esta protección, siempre que se cumpla la premisa mencionada, a los diseños industriales. Aunque se afirma la posibilidad de la acumulación de protección, se aclara que el hecho de que un modelo genere un efecto estético no permite, por sí mismo, determinar si dicho modelo constituye una creación intelectual que refleje la libertad de elección y la personalidad de su autor y que cumpla, por tanto, el requisito de originalidad[27]. Por lo tanto, la sentencia subraya que un diseño que simplemente produce un efecto estético no constituye, por sí solo, una creación intelectual protegible.

Por su parte, el asunto *Brompton* se centra en la determinación de la protección por derecho de autor para obras (diseños) cuya forma es necesaria para alcanzar un resultado técnico. El tribunal destaca que los elementos definidos exclusivamente por su función técnica no cumplen con el requisito de originalidad. En este contexto, proteger ideas bajo el derecho de autor implicaría monopolizar conceptos, lo que podría frenar el progreso técnico y el desarrollo industrial[28]. Sin embargo, el tribunal también señala que para comprobar si el producto puede acogerse a la protección del derecho de autor, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, por medio de la elección de la forma del producto, su autor ha expresado su capacidad creativa de manera original tomando decisiones libres y creativas y ha configurado el producto de modo que este refleje su personalidad[29].

25 CARBAJO CASCÓN, F., CARBAJO CASCÓN, F., "Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria", Pe.i. 55. 2017, pág. 43.

26 STJUE, de 12 de septiembre de 2019, asunto C-683/17, Cofemel-Sociedade de Vestuário, S.A., y G-Star Raw CV. ECLI:EU:C:2019:721, apartados 30-31.

27 STJUE, de 12 de septiembre de 2019, asunto C 683/17, Cofemel-Sociedade de Vestuário, S.A., y G-Star Raw CV. ECLI:EU:C:2019:721, apartado 38.

28 STJUE, de 11 de junio de 2020, asunto C-833/18. Brompton Bicycle Ltd y Chedech/Get2Get. ECLI:EU:C:2020:461, apartado 34.

29 STJUE, de 11 de junio de 2020, asunto C-833/18. Brompton Bicycle Ltd y Chedech/Get2Get. ECLI:EU:C:2020:461,

Para CARBAJO CASCÓN, el TJUE establece como único concepto de originalidad válido en el derecho de autor en la Unión Europea es el criterio subjetivo mixto, según el cual es original la creación intelectual propia del autor que refleje su personalidad y sea fruto de decisiones libres creativas, en el sentido de que no venga condicionada por consideraciones técnicas propias del objeto creativo[30].

En el caso de los tribunales españoles, hasta el momento el reconocimiento judicial de la acumulación de protecciones ha sido más bien escaso, aplicándose criterios restrictivos. Por ejemplo, la Sentencia Audiencia Provincial de Castellón (SAP, en adelante), de 29 de abril de 2013, denegó la protección por derecho de autor alegando que el objeto del que se pretende la consideración como obra artística es un cochecito o carrito de bebé, esencialmente funcional y de uso corriente, lo que dejaba muy escaso margen a la creación artística.[31]. Una situación similar se observa en el caso de los zuecos Crocs, donde la SAP de Valencia, de 10 de enero de 2011, concluyó que no cumplían el requisito de originalidad por ser de un zapato no encuadrable o protegible en el ámbito de la ley de Propiedad Intelectual y partir de un modelo ya conocido como es el zueco[32].

No obstante, en años recientes, algunos casos han reconocido la acumulación de protecciones. La SAP de Madrid, de 15 de septiembre de 2017, otorgó esta doble protección al bolso *Le Pliage* de Longchamp, reconociendo en base a un informe pericial que las características objetivas del bolso le confieren una estética particular y lo hacen reconocible frente a otras creaciones preexistentes. Señala también factores buscados por el autor que, debidamente combinados, le atribuyen un carácter propio. Así, se destaca su ligereza, su simplicidad, sus proporciones estudiadas, su carácter clásico, atemporal y su practicidad. La perito resalta que este resultado objetivamente original es el reflejo de la personalidad del autor y demuestra su marcada intuición, anticipándose a las necesidades y tendencias[33]. A pesar de emplear un criterio objetivo inicial, el tribunal concluyó aplicando el criterio subjetivo mixto.

Esta disparidad de criterios, como señala MESA SÁNCHEZ, genera incertidumbre respecto a la posibilidad de la acumulación de protecciones en España, especialmente en el ámbito de la moda[34]. Sin embargo, los principios establecidos por las sentencias del TJUE en los asuntos *Cofemel* y *Brompton* podrían propiciar una mayor uniformidad en los criterios y una actitud menos conservadora, aunque el reconocimiento de protecciones seguirá dependiendo de la prueba de originalidad subjetiva mixta.

---

apartado 27.

30 CARBAJO CASCÓN, F. Objetos industriales, derecho de autor y libre competencia. Consideraciones a partir de las SSTJUE de 12 de septiembre de 2019 ("Cofemel") y 11 de junio de 2020 ("Brompton"). Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 12, No. 2, pág. 936.

31 SAP Castellón de la Plana nº 184/2013, de 29 de abril de 2013, LA LEY 139173/2013. ECLI:ES:APCS:2013:758. FJ 3º.

32 SAP de Valencia nº 11/2011 de 10 de enero de 2011, LA LEY 13523/2011, ECLI:ES:APV:2011:259. FJ 4º.

33 SAP de Madrid nº 401/2017 de 15 de septiembre de 2017, LA LEY 170777/2017. ECLI:ES:APM:2017:14041. FJ 4º.

34 MESA SÁNCHEZ, C., *El impacto de Cofemel y Brompton en la protección de los diseños funcionales: ¿qué ha cambiado en España?* Propiedad Intelectual/ Enrique Ortega Burgos, 2021. ISBN 978-84-1397-265-7, págs. 385-406.

2.2. La relación entre el diseño y el modelo de utilidad

La distinción entre diseño y modelo de utilidad no genera controversias cuando el diseño se refiere únicamente a la apariencia estética de un producto. En estos casos, no puede considerarse un modelo de utilidad, ya que, según el artículo 4.4.b) de la ley 24/2015, de 24 de julio, de patentes (en adelante, ley 24/2015), las creaciones estéticas no son invenciones. Mientras la Ley de Patentes excluye explícitamente las creaciones puramente estéticas del ámbito de los modelos de utilidad, la Ley 20/2003 establece en su artículo 11.1 que las características de apariencia dictadas exclusivamente por su función técnica no pueden protegerse como diseño. Esto implica que las formas que son técnicamente necesarias no pueden recibir protección bajo esta categoría. Por lo tanto, los elementos puramente estéticos sólo pueden ser protegidos como diseños, mientras que las formas técnicamente necesarias, al ser invenciones, deben protegerse como modelos de utilidad. Sin embargo, los desafíos surgen cuando el diseño tiene una apariencia funcional o combina lo estético con lo funcional. En estas situaciones, la creación no es meramente estética, y es necesario determinar si debe protegerse como diseño o como modelo de utilidad[35].

La legislación vigente a la que hemos hecho alusión anteriormente, así como el RDC, establecen criterios para abordar estas áreas grises. En el caso del diseño, se excluyen de su protección aquellas características dictadas exclusivamente por la función técnica, pues se consideran invenciones protegibles como modelos de utilidad. Sin embargo, cuando las formas funcionales no son estrictamente necesarias desde el punto de vista técnico y presentan un componente estético o de originalidad, pueden ser protegidas como diseños industriales.

La cuestión clave radica en determinar cuándo una forma es "técnicamente necesaria". La Ley española aborda esta cuestión a través del principio de separabilidad[36]. Según la Exposición de Motivos de la ley del Diseño, si la forma externa de un producto es separable de su función técnica y además tiene novedad y singularidad, puede protegerse como diseño. Existen dos criterios principales en la doctrina y la jurisprudencia para determinar la dependencia de la forma respecto a la función: para evaluar la separabilidad entre forma y función[37]:

El criterio de multiplicidad de formas: Si es posible que un objeto tenga diferentes configuraciones manteniendo su funcionalidad, se considera que la forma es independiente de su función y puede ser protegida como diseño industrial.

El criterio de incidencia de la forma en el resultado: Si cambiar la forma del objeto altera su resultado funcional, se concluye que la forma está completamente dictada por la función, quedando excluida de la protección como diseño.

35 OTERO LASTRES J.M., El diseño industrial según la Ley de 7 de julio, op.cit., pág. 48.

36 OTERO LASTRES, J.M., *Reflexiones sobre el diseño industrial*, op.cit., págs. 226.

37 OTERO LASTRES J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio*, op.cit., pág. 49.



Imaginemos la lámpara *Snoopy* de Flos es un ícono del diseño, reconocida por su forma única y su funcionalidad avanzada. Su forma distintiva, con una base de mármol blanco y una pantalla metálica esmaltada en forma de cúpula que recuerda a la cabeza del famoso personaje de dibujos animados, podría ser protegida como un diseño industrial si cumple con los requisitos de originalidad y novedad exigidos por el RDC.

Sin embargo, esta lámpara también incluye innovaciones técnicas que podrían registrarse como un modelo de utilidad, como su sistema de regulación de intensidad lumínica mediante un dimmer táctil, que permite ajustar la luz de manera personalizada y la forma de la pantalla dirige la iluminación de manera eficiente hacia la superficie deseada. Además, la base de mármol no solo aporta un toque de sofisticación, sino que garantiza estabilidad estructural, lo que añade una ventaja funcional al diseño. Al combinar ambas protecciones, el titular del diseño asegura tanto la apariencia única de la lámpara como sus funcionalidades técnicas innovadoras, maximizando el alcance de los derechos de propiedad intelectual. Es importante tener en cuenta que la protección de un diseño no registrado está limitada a tres años, mientras que la de un modelo de utilidad puede extenderse hasta diez años, sin posibilidad de renovación.

3. LA PROTECCIÓN DEL DISEÑO: NOVEDAD Y CARÁCTER SINGULAR

El RCE establece una serie de requisitos acumulativos para que un diseño pueda ser protegido legalmente como diseño de la UE. De acuerdo con el artículo 4 del RCE, los criterios esenciales para dicha protección son la novedad y el carácter singular del diseño. Estas condiciones buscan garantizar que el objeto de protección presente una aportación distintiva en el campo del diseño, diferenciándolo de lo previamente existente. Además, el RCE establece un tercer requisito para aquellos diseños que forman parte de productos complejos. En estos casos, se exige que el componente sea visible durante el uso normal del producto y que sus características visibles cumplan con los criterios de novedad y carácter singular.

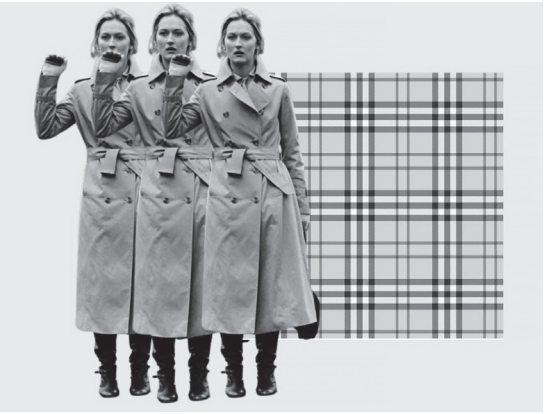
3.1. El requisito de la novedad

3.1.1. El principio de "No Identidad"

El artículo 5.1 del RDC define la novedad estableciendo que un diseño o modelo es nuevo *"cuando no se haya hecho público ningún diseño o modelo idéntico"*. Por lo tanto, la protección del diseño depende de que no exista identidad entre el diseño propuesto y los que ya se hayan hechos públicos hasta ese momento. A su vez, el apartado 2 del mismo artículo aclara que los diseños se consideran idénticos cuando sus características difieren únicamente en detalles insignificantes. Esta definición tiene importantes implicaciones prácticas, ya que exige una comparación meticulosa entre el diseño cuya novedad se evalúa y los diseños previamente divulgados. La falta de parámetros claros

para definir qué constituye un "detalle insignificante" ha llevado a que esta evaluación dependa en gran medida de la interpretación subjetiva de los tribunales encargados de comparar los diseños, dando lugar a resultados dispares. En este contexto, la evaluación se realiza teniendo en cuenta las características descritas en el artículo 3.a) RDC, como línea, configuración, color, forma, textura o material del producto, entre otras[38].

Además, el artículo 5 del RDC subraya que el momento de referencia para comprobar la existencia de la novedad es el día en que se hace público el diseño que aspira a ser objeto de protección. Por lo tanto, se toma como referencia la apariencia pública inicial del diseño, es decir, cómo fue presentado por primera vez al público. En consecuencia, todos los diseños divulgados antes de esa fecha constituyen el "acervo de dibujos y modelos existente"[39], es decir, el conjunto de apariencias con el que se realiza la comparación para determinar la novedad.



Ejemplo práctico: la gabardina clásica

En el mundo de la moda, la gabardina Burberry, introducida por primera vez en el siglo XIX por Thomas Burberry, constituye un ejemplo paradigmático de diseño innovador. Este modelo de prenda, con su distintivo tejido resistente al agua, doble botonadura y cinturón ajustable, revolucionó la industria al ofrecer una pieza funcional y elegante.

Si aplicamos el análisis en dos fases del RDC, una gabardina moderna que retome este diseño clásico con ligeras variaciones podría ser considerada novedosa siempre que no sea idéntica al modelo original. Por ejemplo, una versión actual que incluya una nueva combinación de materiales, colores vibrantes o patrones decorativos podría cumplir con el requisito de novedad. Sin embargo, en la segunda fase, se evaluaría si esas diferencias son lo suficientemente significativas para dotar al nuevo diseño de un carácter singular.

Supongamos que la nueva gabardina incorpora un sistema de cierre magnético oculto en lugar de botones. Estas innovaciones podrían otorgarle al diseño una identidad propia frente al observador informado, cumpliendo así con el requisito de carácter singular.

3.1.2. La Novedad Objetiva y Subjetiva

El RDC adopta un enfoque objetivo de la novedad, definiéndola como la ausencia de diseños idénticos o casi idénticos previamente divulgados. Esto puede ocurrir porque es

38 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado,* pág. 98-99.

39 A la expresión "acervo de dibujos y modelos existentes" hace referencia el Considerando 14 REGLAMENTO 6/2002 DEL CONSEJO sobre los dibujos y modelos comunitarios.

algo completamente inédito o porque, aunque conocido anteriormente, ha sido olvidado por los expertos del sector, como sucede con los llamados "diseños de resurrección"[40].

Por otro lado, también existe una perspectiva subjetiva de la novedad, más cercana al concepto de originalidad en los derechos de autor, según la cual un diseño es nuevo si refleja la personalidad de su autor.

Es importante destacar que el término "novedad" se superpone parcialmente con el de "originalidad" en el ámbito de la propiedad intelectual. La originalidad subjetiva, en el contexto de los derechos de autor, implica que una obra debe ser expresión de la personalidad del creador, diferenciándose así de una mera copia. Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, lo que define a una obra protegible no es tanto su singularidad, sino su capacidad para reflejar las características y personalidad del autor, funcionando como un vehículo de comunicación. No obstante, el autor señala que limitar el requisito de originalidad a una novedad subjetiva podría generar confusión y caos en el sistema de protección de la propiedad intelectual[41]. Este razonamiento es especialmente relevante en el ámbito del diseño, donde el artículo 5 del RDC opta por una concepción "relativamente objetiva" de la novedad[42]. En este contexto, en la STS, de 6 de octubre de 2016, establece que la novedad debe evaluarse con un criterio objetivo, basado en la ausencia de divulgación previa de diseños idénticos o con diferencias insignificantes. Este análisis requiere una comparación detallada entre el diseño a proteger y los diseños ya divulgados, evaluando si existen precedentes idénticos o variaciones meramente irrelevantes[43].

A pesar de que la novedad en el RDC se define de manera objetiva, no se puede ignorar el carácter personal del acto de creación por parte del diseñador. Este elemento subjetivo se hace particularmente evidente en el caso de los diseños no registrados. Así, si dos creadores llegan de manera independiente a una misma solución de diseño sin que exista copia entre ellos, ambos tendrán derechos sobre su creación, y, en principio, no podrían iniciar acciones de nulidad o infracción contra el otro. En situaciones de diseños simultáneos, estos deberán coexistir en el mercado, ya que esto representa un límite al *ius prohibendi* del titular del diseño no registrado. En tales casos, la novedad objetiva cede su lugar a una novedad de carácter subjetivo[44].

Por último, aunque la objetividad es la base del concepto, siempre estará influenciada por la percepción subjetiva de quien evalúa[45]. El análisis de la novedad debe considerar las opiniones de los expertos del sector en la Unión Europea. Sin embargo, no se des-

40 BLANCO JIMÉNEZ, A. y CASADO CERVIÑO, A., El Diseño Comunitario, *Una Aproximación al Régimen Legal de los Dibujos y Modelos en Europa*, op.cit., pág. 42.

41 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007, págs. 153-158.

42 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op.cit. pág. 102.

43 STS, 2174/2016 , de 6 octubre de 2016, LA LEY *134994/2016*, ECLI: *ES:TS:2016:4325*, FJ 5º.

44 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op.cit. pág.103.

45 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op.cit., pág.103.

carta la posibilidad de interpretaciones divergentes entre juzgadores en casos similares, lo que refleja la inevitable interacción entre lo objetivo y lo subjetivo.

3.1.3. La situación actual: la novedad "relativa"

El RDC actual adopta el enfoque de novedad relativa. Esto se refleja en el artículo 7 del mencionado texto, que establece que un diseño se considera divulgado si ha podido ser conocido en el tráfico comercial normal por los círculos especializados del sector, siempre que estos operen dentro de la Comunidad Europea.

Este enfoque introduce una dualidad interesante. Por un lado, los expertos que evalúan la novedad pueden acceder a información sobre diseños anteriores desde cualquier parte del mundo, dado que el conocimiento no está restringido espacialmente. Sin embargo, la evaluación se realiza desde una perspectiva territorialmente acotada, pues dichos expertos deben operar dentro del marco de la Unión Europea. De esta manera, si un diseño es desconocido para estos especialistas, será considerado nuevo, incluso si existen diseños idénticos o similares en otros territorios, o si el diseño ha caído en el olvido colectivo[46].

Anteriormente, hemos definido lo nuevo como aquello que no es idéntico a lo ya conocido, partiendo de la base de que este conocimiento depende de la divulgación pública de dibujos o modelos previos. Sin embargo, existen situaciones excepcionales en las que, aunque un diseño haya sido divulgado, esto ocurrió en un pasado remoto, de modo que los expertos del sector podrían haberlo olvidado o incluso nunca haber tenido conocimiento de él[47]. Cuando un diseño contemporáneo retoma modelos antiguos y los reintegra en el repertorio actual de formas, se habla de "diseños de resurrección".

La protección de estos diseños bajo el RDC se justifica porque, aunque hayan existido en el pasado, no son conocidos por los expertos actuales del sector. Este fenómeno puede observarse en sectores como la moda, la joyería o el mobiliario, donde los diseños están inevitablemente influenciados por estilos previos. Así lo destacan BLANCO JIMÉNEZ Y CASADO CERVIÑO, quienes subrayan la relevancia de estas tendencias en industrias que, de forma ocasional, recurren a elementos del pasado para sus nuevas creaciones[48]. Como apunta DOMÍNGUEZ PÉREZ, esta influencia limita la posibilidad de considerar una prenda como completamente innovadora respecto a lo que ya existe. Restringir el uso de fuentes históricas dificultaría el progreso creativo en estos sectores, obstaculizando la evolución de los modelos y dibujos[49].

46 Libro Verde, epígrafe 5.5.5.

47 CANDELARIO MACÍAS, M.I., *La creatividad e innovación empresarial: la tutela del diseño industrial en el mercado interior*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao, 2007, págs. 136-137.

48 BLANCO JIMÉNEZ, A., CASADO CERVIÑO, A., El diseño comunitario, *Una Aproximación al Régimen Legal de los Dibujos y Modelos en Europa*, op.cit., pág. 43.

49 DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., *"Nuevas perspectivas de la tutela jurídica del diseño en las creaciones de corta vida comercial (diseño y moda): desde el Derecho de autor hacia el Derecho de la competencia desleal y el diseño industrial no registrado"*, en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y TORRES PÉREZ, F. (Dirs.), Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial, Comares, Granada, 2017, pág. 321.



La chaqueta Chanel en la moda contemporánea

Un caso emblemático de "diseño de resurrección" en la industria textil es el renacimiento de la clásica chaqueta de tweed de Chanel, diseñada originalmente por Coco Chanel en la década de 1950. Este modelo, caracterizado por su corte recto, su confección en tweed y sus detalles de ribetes decorativos, ha sido reinterpretado innumerables veces tanto por la misma marca como por otras casas de moda y diseñadores independientes.

Aunque la chaqueta original marcó una revolución en la moda femenina al combinar elegancia y comodidad, sus versiones contemporáneas se adaptan a las tendencias actuales. Muchas de estas reinterpretaciones toman elementos clave del diseño original, como la textura del tweed o la estructura minimalista, y los integran en nuevas colecciones. Por ejemplo, combinan el tweed con cortes más modernos, colores neón o adornos metálicos, creando prendas que parecen "nuevas" pero que claramente evocan el modelo icónico de Chanel.

Desde la perspectiva de los "diseños de resurrección", estas versiones contemporáneas se benefician de un público que, en muchos casos, no está familiarizado con la chaqueta original o solo la conoce de manera superficial. Este fenómeno permite que los diseñadores obtengan protección legal bajo normativas como el RDC, ya que, aunque el diseño se basa en un modelo histórico, su reinterpretación se percibe como algo nuevo en el mercado actual. Sin esta posibilidad de inspiración en modelos pasados, el diseño textil perdería una importante fuente de creatividad, especialmente en sectores como la alta costura y el prêt-à-porter, donde los estilos vintage son una constante referencia[50].

El RDC reconoce esta realidad y permite que los diseños reformulados, aunque inspirados en el pasado, gocen de protección siempre que el conocimiento actual sobre los originales sea limitado o inexistente entre los expertos del sector cumpliendo así lo establecido en el artículo 7 del RDC[51]. Esto implica una flexibilización del criterio de novedad, en línea con la necesidad de coherencia normativa. En esencia, sólo los diseños accesibles al conocimiento de los expertos del sector pueden desvirtuar la novedad de una creación posterior. Por lo tanto, en casos de diseños no registrados que revivan modelos del pasado, el análisis judicial debe considerar no solo la fecha de divulgación del diseño original, sino también su permanencia en el tiempo y su relevancia en el sector específico. Este análisis deberá realizarse desde la perspectiva de los expertos que operan dentro del contexto de la Unión Europea.

50 CASADO CERVIÑO, A., "La protección del diseño en Europa. El Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios" *en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 224, 2003, pág. 101.

51 CANDELARIO MACÍAS, M. I., La creatividad e innovación empresarial…, op. cit., págs. 136-137.

3.2. La Divulgación como elemento determinante en Diseños de la UE

La divulgación del diseño se establece en el art. 7 RDC como condición previa para valorar la concurrencia de la novedad y del carácter singular.

Este precepto establece que un diseño se considera divulgado si se ha puesto a disposición del público mediante su publicación, exposición, comercialización u otros medios similares, salvo que estos actos no hayan podido ser razonablemente conocidos en el tráfico comercial normal por los círculos especializados del sector que operen en la UE.

A partir del análisis del artículo 7 del RDC, podría deducirse que la protección del diseño no registrado comienza con su simple puesta a disposición del público, siempre que el titular haya realizado acciones destinadas a darlo a conocer. Sin embargo, el RDC añade una condición adicional: que dicha divulgación alcance a los círculos especializados del sector de que se trate, que estos últimos tengan acceso al diseño en el curso normal de las actividades comerciales y que operen en la Unión Europea[52]. Así, se busca equilibrar la protección del diseño con la realidad comercial y técnica de cada sector, reconociendo las diferencias entre industrias, como la textil, donde la rápida rotación de los productos y las copias inmediatas son frecuentes.

Esta interpretación ha sido corroborada por la STGUE, de 27 febrero de 2018, que señala que, en el caso de un diseño modelo no registrado, para considerarlo divulgado no es suficiente con que haya sido publicado, exhibido, comercializado o dado a conocer de cualquier otra forma. Además, es necesario que dicha publicación, exposición, comercialización o divulgación sea de tal manera que permita asumir razonablemente que el diseño o modelo ha llegado a conocimiento de los especialistas del sector correspondiente dentro del tráfico normal en la Unión Europea[53]. El TGUE ha establecido que no basta con la publicación o comercialización de un diseño, sino que es necesario que su divulgación sea de tal naturaleza que los expertos del sector puedan conocerlo razonablemente.

3.2.1 La divulgación como inicio de la protección: ejemplos de divulgación

El artículo 5 del RDC establece como fecha de referencia para comparar el nuevo diseño con los anteriores: *"el día en que el dibujo o modelo cuya protección se solicita haya sido hecho público por primera vez"*. Es precisamente en ese momento cuando se origina la protección del diseño no registrado, cuya protección no depende de una solicitud ante una oficina de propiedad industrial como en el caso de los diseños o modelos registrados, sino de la capacidad del titular para acreditar de manera fehaciente y con pruebas admisibles en Derecho la fecha de divulgación inicial. Esta prueba puede consistir en documentos fechados, fotografías, actas notariales o cualquier medio admitido en Derecho, dependiendo del contexto de la divulgación[54].

Entre los medios más comunes de divulgación se encuentra la exhibición en ferias comerciales, especialmente en sectores como la moda, el mobiliario o la tecnología,

52 OTERO LASTRES, J.M., El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003, pág. 73-74.

53 STGUE, de 27 de febrero de 2018, asunto T-166/2015, (Claus Gramberg contra EUIPO), ECLI: EU:T:2018:100, apartados 21-23.

54 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado, op.cit.,* págs. 117-118.

donde la naturaleza efímera de los productos propicia este tipo de eventos. El TJUE ha confirmado la relevancia de esta forma de divulgación, reconociendo que la exposición en ferias, incluso fuera de la UE, puede ser suficiente para acreditar el conocimiento del diseño por parte de los círculos especializados como veremos al analizar el *asunto Crocs, Inc. c. EUIPO*. Por otro lado, en un mundo cada vez más digitalizado, las redes telemáticas juegan un papel importante, aunque presentan retos relacionados con la prueba de la fecha y el contenido de las páginas web. En este contexto, tecnologías como el *blockchain*, que garantizan la integridad de los datos, se están convirtiendo en herramientas clave. Asimismo, capturas de pantalla con fechas o registros de plataformas como *"Wayback Machine"* han sido aceptados como pruebas fiables. Incluso cuando el acceso a estas plataformas está restringido, si los expertos del sector pueden acceder a la información, se considera que la divulgación ha ocurrido[55].

3.2.2. Excepciones a la divulgación

Los actos en los que no se entiende producida la divulgación a efectos del RDC pueden dividirse en dos grandes bloques: por un lado, los que quedan comprendidos en la cláusula de salvaguarda, porque no son susceptibles de conocimiento por los círculos especializados que operan en la UE, como recoge el artículo 7.1 del RDC: *"…no se considerará que el dibujo o modelo ha sido hecho público por el simple hecho de haber sido divulgado a un tercero en condiciones tácitas o expresas de confidencialidad"*. Este aspecto resulta especialmente relevante en contextos industriales y comerciales, donde los diseños suelen presentarse a socios, fabricantes o empleados antes de su lanzamiento público. CASADO CERVIÑO establece que, en la práctica, esta obligación de confidencialidad está ampliamente conectada con los asalariados. Así, las empresas que desarrollan dibujos o modelos industriales firman contratos de confidencialidad entre el empleador y el asalariado[56].

En segundo lugar, el RDC[57] prevé un período de gracia de 12 meses antes de la presentación de la solicitud de registro, durante el cual las divulgaciones realizadas por el autor, su causahabiente o terceros autorizados no afectarán la novedad del diseño. Esta disposición tiene un impacto significativo en la práctica comercial, ya que permite a los creadores probar la viabilidad de sus diseños en el mercado durante un determinado periodo de tiempo y así, evaluar si les conviene proteger sus diseños a través del diseño industrial registrado o bien, continuar la explotación como diseño industrial no registrado[58]. Durante el periodo de gracia, el autor del diseño contará con la misma protección que otorga el diseño industrial no registrado. Por tanto, esta divulgación, no podría serle opuesta, aunque él sí podría oponérsela a cualquier tercero que intentara registrarlo[59].

55 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op.cit., pág. 118-119.

56 BLANCO JIMÉNEZ, A. y CASADO CERVIÑO, A., *El Diseño Comunitario…*, Op. cit., pág. 46.

57 Artículo 7.2 RDC.

58 BLANCO ESGUEVILLAS, I.*, la protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado.* Editorial Reus, Madrid, 2017, pág. 98.

59 MACÍAS MARTÍN, J., "*La protección comunitaria del diseño industrial"* en AA.VV. Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea. Pamplona: Aranzadi, 2008, pág. 322.

3.2.3. Asuntos PUMA SE c. EUIPO y CROCS, INC. c. EUIPO como ejemplos de divulgación anticipada

En el ámbito de la moda y el diseño, la protección de los derechos de propiedad intelectual juega un papel crucial para preservar la creatividad e incentivar la innovación. Es común que las empresas de moda y cosmética utilicen las redes sociales para ofrecer adelantos (*sneak peek*) de sus próximos lanzamientos. Con frecuencia, recurren a figuras influyentes o creadores de contenido como estrategia para medir la respuesta del público hacia sus productos. Sin embargo, estas estrategias no están exentas de riesgos, ya que pueden comprometer la protección legal de los diseños involucrados[60].

Un caso destacado que ilustra la importancia de estos derechos en la industria del calzado es la controversia entre Puma SE y la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO). Además, se analizará otro caso relacionado que involucra a la compañía estadounidense Crocs y EUIPO, explorando los desafíos legales y comerciales que surgen cuando la exclusividad y la originalidad de un diseño se ven comprometidas.

ASUNTO PUMA SE c. EUIPO (asunto T-647/2022)



Fig. A



Fig. B

Comenzamos analizando la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, STGUE) en el caso T-647/22, dictada el 6 de marzo de 2024, que aborda la divulgación anticipada de un modelo de zapatillas de Puma asociado con la cantante Rihanna. La reconocida marca alemana de ropa y calzado deportivo, recientemente enfrentó dificultades legales para proteger el diseño comunitario registrado de su modelo de zapatillas "Creeper".

El conflicto comenzó cuando EUIPO anuló en 2016 el registro de un modelo de zapatillas denominado "Creeper", argumentando que antes de la solicitud de registro, Rihanna había presentado públicamente un diseño muy similar. Esta divulgación ocurrió mediante imágenes publicadas en la cuenta de Instagram de la artista (@badgalriri)[61] fechadas el 16 de diciembre de 2014 [Fig. A y B], quien era la directora creativa de PUMA en

60 https://www.cuatrecasas.com/es/spain/propiedad-intelectual/art/impacto-redes-sociales-proteccion-disenos

61 https://www.instagram.com/p/wrPORjhMzT/?igsh=MXZmeGhnaWMxMW5qbw==

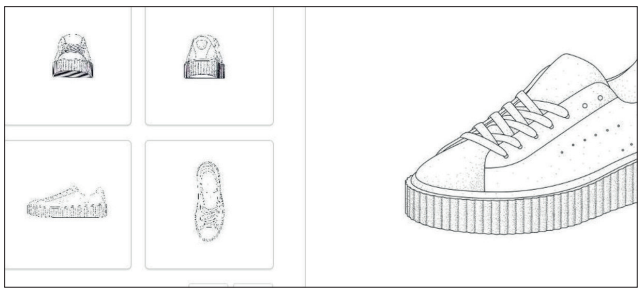
diciembre de 2014, donde se anunciaba su colaboración con Puma y se mostraban las zapatillas en cuestión[62].

La EUIPO determinó que estas imágenes demostraban que el diseño había sido divulgado antes del inicio del periodo de gracia, lo que invalidó el registro de PUMA.

Como bien hemos expuesto anteriormente, según el RDC, un diseño debe cumplir dos requisitos fundamentales para ser registrado: ser novedoso y tener carácter singular. Además, se considera relevante evaluar si el diseño ha sido accesible al público especializado antes de su registro. Esto incluye cualquier divulgación previa mediante exposición, comercialización o publicación. No obstante, el RDC contempla un periodo de gracia de 12 meses, durante el cual el autor puede divulgar el diseño sin perder su derecho a registrarlo.

Puma defendió que en 2014 el interés en los zapatos de Rihanna era limitado. Sin embargo, el Tribunal General sostuvo que el reconocimiento global de Rihanna como una figura influyente en la música y la moda generaba un interés considerable en su línea de calzado, especialmente por su colaboración con Puma. Además, rechazó los argumentos de PUMA relacionados con la calidad y nitidez de las fotografías, su falta de enfoque, los detalles insuficientes, y la imposibilidad de ampliar las imágenes publicadas en Instagram. Según la Sala de Recurso, las imágenes presentadas por la interviniente eran nítidas y suficientemente claras, por lo que permitían una identificación clara e inequívoca del diseño[63].

El Tribunal General confirmó la decisión de EUIPO, rechazando el recurso interpuesto por Puma. En su sentencia, el Tribunal destacó que las imágenes publicadas en las redes sociales de Rihanna eran suficientes para demostrar que el diseño ya había sido divulgado antes del periodo de gracia establecido, lo que significa que los profesionales del sector podrían haber tenido conocimiento del diseño. Según el apartado 53 de la sentencia, estas publicaciones tenían el potencial de llegar a sus fans y los círculos especializados en el sector de la moda, considerando la gran notoriedad de Rihanna como una estrella del pop mundialmente famosa y su asociación con Puma.



La divulgación previa afectaba el carácter individual del diseño y comprometía su originalidad y exclusividad. Como resultado, el TGUE declara la nulidad del diseño de PUMA, destacando la importancia de manejar cuidadosamente la presentación pública de diseños protegidos en la industria de la moda.

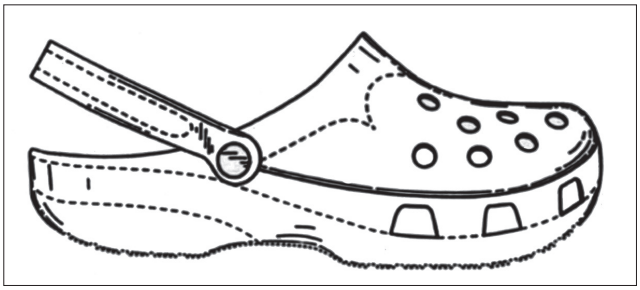
62 STGUE, de 6 marco de 2024, asunto (T-647/2022). LA LEY 1117 17/2024ECLI: EU:T:2024:147, apartado 4.

63 STGUE, de 6 marco de 2024, asunto (T-647/2022). LA LEY 1117 17/2024ECLI: EU:T:2024:147, apartados 46, 50, 5.

ASUNTO Crocs, Inc. c. EUIPO. asunto T-651/2016

El caso entre la compañía estadounidense Crocs y la EUIPO, guarda similitudes con el análisis previamente tratado. En este caso, Western Brands LLC, la empresa que en ese momento era propietaria de Crocs, presentó una solicitud de diseño ante la EUIPO en noviembre de 2004, amparándose en la prioridad de una patente estadounidense.

El diseño fue inscrito como dibujo comunitario el 8 de febrero de 2005 y posteriormente transferido a Crocs. Sin embargo, la empresa francesa Gifi Diffusion interpuso una solicitud de nulidad ante la EUIPO, argumentando que el diseño carecía de novedad, dado que ya había sido divulgado antes del 28 de mayo de 2003.



Gifi Diffusion señaló que Western Brands LLC había introducido los famosos "zuecos" en el mercado dos años antes. Según la reclamación, estos se habrían exhibido en el Fort Lauderdale Boat Show, una feria internacional del sector náutico en Florida (EE. UU.), además de haber sido promocionados en la página web oficial de Crocs y puestos a la venta desde 2002.

En 2016, la EUIPO decidió anular el diseño comunitario tras determinar que el modelo del zueco se había hecho público antes de su registro. Crocs interpuso un recurso alegando que las divulgaciones previas a través de canales de venta y promoción no podrían haber sido razonablemente conocidas por el sector del calzado en la Unión Europea (UE). Sin embargo, el Tribunal General respaldó la decisión de la EUIPO.Crocs no logró demostrar que las actividades comerciales mencionadas no eran accesibles para los fabricantes europeos. En particular, se destacó que la página web oficial de Crocs podía ser fácilmente localizada por los círculos especializados del sector, y que el evento Fort Lauderdale Boat Show gozaba de amplia proyección internacional. Además, el Tribunal subrayó que los zuecos ya habían sido comercializados en varios estados de EEUU, y que las tendencias de moda y su influencia entre Estados Unidos y Europa no habrían pasado desapercibidas para el sector del calzado europeo[64].

El caso PUMA, al igual que precedentes como el de Crocs, pone de manifiesto la importancia de proteger oportunamente los diseños y modelos creados por las empresas o surgidos de colaboraciones estratégicas. El legislador comunitario, consciente de esta necesidad, estableció un periodo de gracia de 12 meses para que las empresas pudieran evaluar la recepción de sus productos en el mercado antes de decidir sobre su registro. Sin embargo, este plazo debe gestionarse con cautela, pues casos como los que han sido objeto de análisis, destacan los riesgos de divulgar productos en redes sociales, ya sea a través de cuentas corporativas o de figuras públicas influyentes, sin un control adecuado por parte de los titulares de los derechos.

64 STGUE, de 14 de marzo de 2018, asunto T-651/16, Crocs, Inc. c. EUIPO. ECLI:EU:T:2018:137.

3.2. El carácter singular en el diseño

El artículo 6 del RDC establece que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produce en los usuarios informados difiere de la que produce cualquier otro diseño anterior que haya sido hecho público antes del día en que el diseño cuya protección se solicita haya sido hecho público por primera vez. De esta redacción se desprende que la comparación para determinar el carácter singular debe efectuarse tomando como referencia el momento en el que se hace público el diseño a proteger. Dicha fecha es crucial para identificar los diseños anteriores que puedan ser relevantes, al igual que sucede con el requisito de novedad. La evaluación del carácter singular está sujeta a conceptos jurídicos fundamentales tales como la impresión general diferente, el usuario informado y el grado de libertad del autor, que han sido objeto de interpretación y desarrollo jurisprudencial debido a la parquedad legislativa del RDC[65].

3.2.1. La impresión general diferente

Uno de los elementos fundamentales para determinar el carácter singular de un diseño es la impresión general que este produce en el usuario informado, en comparación con los diseños previamente divulgados. Aunque la normativa no define explícitamente el concepto de "impresión general diferente", se debe recurrir al Libro Verde y al Considerando 14 del RDC para delimitar su alcance. Según el Libro Verde, la evaluación debe adoptar un enfoque global, considerando el diseño en su totalidad y evitando un análisis detallado de cada elemento individual. Un análisis excesivamente fragmentado puede llevar a un catálogo de diferencias que no refleje si los diseños son realmente percibidos como distintos. Por otro lado, el Considerando 14 del RCE introduce el término "claramente" para referirse al grado de diferenciación requerido, destacando que la apariencia externa y visible del diseño en su conjunto es el elemento esencial[66].

La doctrina ha señalado que, del propio concepto de diseño se desprende que la impresión general diferente que debe producir el diseño en relación con los dibujos y modelos preexistentes ha de recaer sobre su apariencia externa y ser visible[67].

La impresión general es el elemento central en el análisis de la singularidad. El concepto de "impresión general" establece que la comparación entre diseños debe realizarse de manera global, considerando la combinación de todos los elementos que los componen y evitando un análisis individualizado de cada uno de ellos. Este enfoque global, que analiza el todo en lugar de sus partes separadas, permite evaluar el impacto visual general del diseño.[68] Un ejemplo relevante es la STS de 25 de junio de 2014, el juicio comparativo que debe realizarse es de naturaleza sintética, no analítica, y debe basarse en la impresión general que el diseño genera en un usuario informado. Esto se debe a que la evaluación no la realiza un consumidor medio, que suele estar razonablemente

65 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op. cit., pág. 134.

66 BLANCO ESGUEVILLAS, I.*, la protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado,* op. cit., pág. 101.

67 MARCO ARCALÁ, L.A., *"Últimas aportaciones en torno al carácter singular de los diseños comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea"* en ADI, 2012-2013, pág. 253 y ss.

68 OTERO LASTRES, J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*, op. cit., pág. 81.

informado, pero no presta atención a los detalles, sino un usuario informado, quien examina el producto con mayor cuidado y atención. Por ello, es fundamental considerar los elementos más relevantes del diseño, ya que son estos los que generan en el usuario informado una impresión general distinta.[69]

La mencionada sentencia establece un principio fundamental en la percepción del diseño por parte del usuario informado. En términos generales, este no evalúa cada elemento de forma aislada ni realiza una comparación minuciosa entre distintos diseños, sino que percibe la obra en su conjunto. No obstante, debido al funcionamiento cognitivo humano, ciertos elementos del diseño adquieren mayor relevancia en la impresión global que recibe el usuario. En este sentido, aquellos componentes que resultan más llamativos o singulares dentro del conjunto visual tendrán un impacto predominante en la percepción del diseño. Estos componentes que destacan por su impacto visual han sido denominados "elementos dominantes"[70], ya que ejercen una mayor influencia en la percepción del conjunto. La comparación con diseños anteriores no puede realizarse de forma fragmentada, analizando características aisladas de manera individual. En su lugar, debe evaluarse el diseño en su totalidad, considerando la interacción de sus diversos elementos y su efecto conjunto en la percepción del usuario informado. Este principio ha sido establecido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2014, en el (Asunto C-345/13).

Caso Karen Millen Fashion y Dunnes Stores:



La sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el 19 de junio de 2014, representa un hito en la protección jurídica de los diseños comunitarios no registrados, aclarando aspectos cruciales relacionados con su defensa. Este caso, surgido del conflicto entre Karen Millen Fashions (KMF) y Dunnes Stores, abordó como cuestión fundamental: la evaluación del carácter singular de un diseño.

El origen del caso radica en la demanda presentada por KMF contra Dunnes Stores, a quien acusó de copiar una de sus creaciones: una blusa a rayas protegida como diseño comunitario no registrado. Si bien Dunnes reconoció haber reproducido el diseño, intentó invalidarlo al argumentar que carecía de carácter singular, requisito esencial para garantizar su protección según el RDC. Este conflicto planteó preguntas complejas que requerían la interpretación del TJUE, a solicitud del Tribunal Supremo de Irlanda, sobre cómo definir y evaluar el carácter singular en este tipo de diseños.

69 STS, 343/2014 de 25 de junio de 2014. LA LEY 80821/2014. ECLI: ES:TS:2014:2804, FJ 13º.

70 FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 312 y ss.

El carácter singular, tal como lo define el artículo 6 del RDC, se refiere a la impresión general que un diseño produce en los usuarios informados, en comparación con cualquier diseño divulgado anteriormente. El TJUE, en su fallo, enfatizó que esta comparación debe realizarse de manera integral, evaluando los diseños anteriores en su conjunto y no descomponiendo el diseño impugnado en sus partes individuales para cotejar cada elemento por separado. Esta interpretación rechaza el enfoque defendido por Dunnes, que buscaba fragmentar el diseño de KMF y analizarlo componente por componente (cuellos, botones, mangas, etc.), lo que hubiera facilitado encontrar similitudes con características aisladas de otros diseños preexistentes[71].

Según el TJUE, permitir una comparación fragmentada haría prácticamente imposible que los diseñadores cumplieran con el requisito de carácter singular, ya que cualquier diseño, por innovador que fuese, podría ser desmantelado hasta encontrar similitudes en sus componentes individuales. Al optar por este enfoque integral, el TJUE reforzó la figura del diseño comunitario no registrado, otorgando mayor seguridad jurídica a los creadores y fomentando la protección de la innovación en sectores como la moda, donde las reinterpretaciones de tendencias son frecuentes.

La importancia de esta sentencia trasciende el caso específico entre KMF y Dunnes. El fallo fortalece la figura del diseño comunitario no registrado, que constituye una herramienta fundamental para proteger la creatividad sin necesidad de largos y costosos trámites de registro. Para la industria de la moda, donde las colecciones cambian constantemente y el tiempo es un factor crítico, esta forma de protección resulta especialmente valiosa. Además, al establecer un estándar claro para evaluar el carácter singular, el TJUE brinda mayor previsibilidad y confianza a los diseñadores, animándolos a defender sus derechos frente a la proliferación de copias o *"knockoffs"* en el mercado. Este enfoque no sólo benefició a empresas como Karen Millen, sino que creó un entorno más favorable para la innovación y la competencia leal en el ámbito creativo[72].

Otra de las cuestiones más debatidas en relación con el carácter singular es el grado de diferenciación requerido respecto a los diseños anteriores. En versiones preliminares del RDC, se exigía que la diferenciación fuera "notable", pero este término fue eliminado en la versión final del reglamento. En consecuencia, basta con que exista un grado suficiente de diferenciación que permita al usuario informado percibir el diseño como singular[73]. No obstante, según la STS, de 30 abril de 2014, "A mayor singularidad, mayor ámbito de protección ha de otorgarse al diseño prioritario, y, en consecuencia, mayores deben ser las diferencias para que el modelo posterior no produzca en un usuario informado la misma impresión general. Y, a la inversa, si el diseño protegido tiene una menor singularidad, bastarán algunas diferencias para que el producto cuestionado no produzca en el usuario informado la misma impresión general que el diseño protegido".[74]. Este enfoque equitativo busca proteger tanto la creatividad como la competencia en el mercado.

71 STJUE, de 19 de junio de 2014, asunto C-345/13. ECLI:EU:C:2014:2013, apartado 48.1.

72 https://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Newsletter-Moda-Derecho-julio-2014_0.pdf

73 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op. cit., pág. 139-140.

74 STS 160/2014, de 30 abril de 2014. LA LEY *53488/2014* ECLI: *ES:TS:2014:1766*. FJ 13º.

3.2.2. El usuario informado

El concepto de "usuario informado" es crucial en el análisis del carácter singular de los diseños industriales. Este elemento subjetivo se utiliza para evaluar la singularidad de un diseño desde la perspectiva de un consumidor hipotético que posee un nivel de información mayor que el de un consumidor medio, pero inferior al de un experto en el campo. Esta figura, aunque no está definida explícitamente en el RDC lo que ha llevado a la jurisprudencia a desarrollar su interpretación.

En este contexto, la jurisprudencia ha situado al usuario informado como una figura intermedia entre el experto y el consumidor medio. Así, la STJUE de 20 de octubre de 2011, establece que: "*De este modo, el adjetivo «informado» sugiere que, sin ser un diseñador ni un experto técnico, el usuario conoce los diferentes dibujos o modelos existentes en el sector de que se trata, dispone de un determinado grado de conocimiento sobre los elementos que normalmente contienen esos dibujos o modelos y, debido a su interés por los productos de que se trata, presta un grado de atención relativamente elevado al utilizarlos*[75]*".* Por lo tanto, este usuario posee un conocimiento superior al del consumidor medio sobre los productos y sus diseños. Este conocimiento incluye información sobre los modelos y dibujos existentes, así como un entendimiento de las tendencias actuales y pasadas en el mercado. A diferencia del experto, al usuario informado no se le exige un conocimiento técnico profundo, sino una familiaridad con los aspectos estéticos y funcionales de los diseños.

3.2.3. La libertad creativa del autor como parámetro de análisis

El grado de libertad que posee un autor al crear un diseño es un aspecto fundamental en el análisis de su singularidad, como lo establece el artículo 6.2 RDC. Esta libertad se refiere al margen de creatividad que tiene el diseñador, el cual puede estar condicionado por diversos factores que condicionan la libertad creativa del autor de un diseño, tales como la funcionalidad, las preferencias de los consumidores, la seguridad, y las tendencias o modas predominantes. En este contexto, el diseño industrial no registrado surge como respuesta a las demandas de sectores caracterizados por ciclos de vida de producto muy cortos, como la moda, el calzado o la joyería[76]. Si nos centramos específicamente en estos sectores, se puede observar que el mayor condicionante para la libertad del creador no radica en aspectos como la funcionalidad o la seguridad, sino en las modas y tendencias del momento.

En el plano jurisprudencial, el TS se ha pronunciado respecto al grado de libertad del autor, en su sentencia de 30 de abril de 2014, la cual establece que el grado de singularidad exigido para que un diseño reciba protección varía en función de la libertad creativa del autor. Cuanto mayor sea esta libertad, más alto será el umbral de diferenciación requerido. En cambio, en sectores donde la creatividad está condicionada por exigencias técnicas, el nivel de diferenciación necesario para que un diseño se distinga será menor[77].

75 STJUE de 20 de octubre de 2011. asunto C-281/10 P. PepsiCo Inc. v. Grupo Promer Mon Graphic, S.A. y OAMI. ECLI:EU:C:2011:679, apartado 59.

76 SUTHERSANEN, U., *Design Law: European Union and United States of America. Sweet and Maxwell*, 2010, pág. 120.

77 STS 160/2014, de 30 de abril de 2014. LA LEY *53488/2014*. ECLI: *ES:TS:2014:1766*. FJ 12º.

En relación a las modas, la STS, de 25 de junio de 2014, establece que: *"Siendo consciente la sala de que la cuestión no es pacífica, considera que las tendencias de la moda, entendidas en un sentido amplio, no son un elemento que limite la libertad del autor sino que operan en la determinación de la singularidad del diseño y, consecuentemente, en el ámbito de protección que otorgan a su titular y el grado de diferenciación que ha de existir en el diseño del competidor para que cause una impresión general distinta*[78]*.*

Así, en sectores donde el margen creativo es amplio, las semejanzas entre diseños son menos toleradas. Esto se debe a que cualquier similitud puede interpretarse como una falta de originalidad o incluso una copia intencionada. En el ámbito de la moda, por ejemplo, las casas de diseño han enfrentado disputas legales por presuntas copias de estilos o conceptos creativos. En estos casos, la amplia libertad creativa refuerza la necesidad de innovar y marcar diferencias significativas. Por lo tanto, el grado de libertad creativa constituye un factor clave para determinar el alcance de protección de un diseño. A medida que las condiciones del mercado y las limitaciones externas evolucionan, la capacidad del diseñador para innovar también se ve afectada, impactando directamente en la singularidad del diseño y su recepción por parte de los usuarios informados

4. LA PROTECCIÓN DEL DISEÑO INDUSTRIAL NO REGISTRADO

La protección de los diseños industriales no registrados en el marco del RDC se distingue por su naturaleza particular. A diferencia de los diseños registrados, que requieren una solicitud formal y un proceso de registro ante la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) o sus equivalentes nacionales, los diseños no registrados adquieren protección automáticamente desde el momento de su divulgación pública en el territorio de la Unión Europea, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el RDC. Esta modalidad permite a los titulares ahorrar tiempo y costes. No obstante, esta modalidad plantea desafíos, especialmente en cuanto a la prueba de la titularidad y la validez del diseño.

El desafío principal de esta modalidad de protección radica en la ausencia de un registro formal, lo que condiciona los mecanismos de prueba y dificulta, en algunos casos, la defensa de los derechos del titular. Además, el *ius prohibendi* que confiere esta protección solo se aplica contra copias directas o muy similares del diseño protegido, excluyendo aquellas creaciones independientes realizadas por otros autores[79].

4.1. Objeto de protección

En el caso de los diseños no registrados, el *ius prohibendi*, o derecho del titular a impedir actos de terceros, se encuentra limitado. De acuerdo con el artículo 19.2 del RDC, el titular solo puede prohibir actos de uso no autorizado si estos derivan de una copia directa del diseño protegido. En otras palabras, el diseño no registrado no protege contra creaciones independientes, aunque estas sean similares en apariencia. Así lo aclara el

78 STS 343/2014, de 25 de junio de 2014, LA LEY 80821/2014 ECLI: ES:TS:2014:2804 FJ 15º.

79 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op.cit., pág. 198.

Considerando 21 del RDC al establecer que la protección solo se aplica contra copias y no contra creaciones independientes. Para alegar que no ha habido copia, el presunto infractor debe demostrar que su diseño es el resultado de un trabajo de creación independiente y que no tenía conocimiento del diseño protegido. Por esa razón se suele afirmar que, cumplidos los requisitos de protección y dentro del ámbito establecido, el titular del modelo comunitario no registrado tiene un derecho a no ser copiado, pero no un derecho de exclusión absoluto.

Es necesario hacer una distinción entre el diseño registrado y el no registrado en lo que respecta al momento de determinación del diseño o parte del mismo que se encuentra efectivamente protegido. En los diseños industriales registrados, el objeto de protección se define claramente en la solicitud presentada ante la EUIPO, que incluye imágenes y una descripción detallada del diseño. Por el contrario, en los diseños no registrados, el alcance de la protección solo se establece en el contexto de una disputa legal, cuando se discute procesalmente la existencia o validez del diseño ante el tribunal competente. Así, se reconocerá su existencia y validez únicamente cuando un tercero realice algún acto de infracción de dicho diseño o alegue, en un proceso judicial, que el dibujo o modelo no cumple los requisitos de protección o en alguna de las causas de nulidad[80].

4.2. Ámbito territorial de protección

El artículo 1.3 del RDC establece que los diseños protegidos, sean registrados o no, tienen un carácter unitario en toda la Unión Europea. Esto significa que la protección se extiende automáticamente a todos los Estados miembros, evitando la fragmentación del mercado interior y facilitando la libre circulación de bienes. Este enfoque responde a la necesidad de crear un sistema armonizado que garantice la coherencia en la protección de los derechos de diseño en todo el territorio de la UE.

4.3. Ámbito temporal de la protección (duración) e Inicio del periodo de protección (divulgación)

El artículo 11.1 del RDC limita la protección de los diseños industriales no registrados a un plazo de tres años desde su divulgación pública dentro de la Unión Europea. Esto contrasta significativamente con la duración de los diseños registrados, que puede extenderse hasta veinticinco años mediante renovaciones periódicas, siendo su duración inicial de cinco años desde su inscripción. El RDC justifica este periodo argumentando que este plazo responde a las necesidades de sectores industriales que, con ciclos de vida muy breves, como la moda, el mobiliario o la tecnología, necesitan una protección rápida y efectiva sin las formalidades del registro. Así, con esa duración se protegen las creaciones durante su etapa de mayor relevancia comercial[81].

El inicio del periodo de protección está vinculado al momento en que el diseño se hace accesible al público dentro de la Unión Europea. El artículo 11.2 del RDC especifica que esta divulgación puede realizarse mediante publicación, exposición, comercialización

80 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado*, op.cit., pág. 203-204.

81 Considerandos 15 a 17 RDC.

o cualquier otra forma que permita que el diseño sea conocido razonablemente por los círculos especializados del sector. Es importante destacar que la mera divulgación a un tercero en condiciones de confidencialidad no activa la protección.

Además, el RDC exige que la divulgación se lleve a cabo de manera que los círculos especializados puedan acceder al diseño en el tráfico comercial normal, asegurando así que solo las creaciones verdaderamente públicas reciban la protección prevista.

5. LA TITULARIDAD DEL DISEÑO NO REGISTRADO

La titularidad de un diseño no registrado se regula principalmente en el artículo 14 del RDC. Esta regulación, aunque aparentemente simple, puede generar controversias debido a las diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que se derivan de los conceptos implicados, como el alcance del término "causahabiente" o la delimitación entre las creaciones realizadas en el marco de un contrato laboral y las efectuadas por encargo. Este precepto establece tres supuestos básicos de titularidad:

5.1. Titularidad del autor o causahabiente

Según el artículo 14.1 del RDC, el derecho al diseño pertenece originariamente a su autor, salvo que este lo transfiera a un causahabiente. A pesar de su brevedad, esta disposición permite distinguir dos situaciones principales: la titularidad originaria del autor y la adquirida por el causahabiente. En el primer caso, la titularidad recae en el creador del diseño, quien, al trabajar de manera independiente, se convierte automáticamente en el propietario de su obra.

Por otro lado, el mencionado artículo también contempla la figura del causahabiente, lo que introduce un matiz relevante en la titularidad. El concepto de causahabiente, sin embargo, puede variar según el marco jurídico. En España, suele asociarse al sucesor en bienes o derechos mediante herencia, pero en otras legislaciones abarca también a quienes adquieren derechos a través de contratos de cesión. Para evitar inconsistencias en los Estados miembros de la Unión Europea, la STGUE, de 2 de julio de 2009, enfatiza la necesidad de una interpretación uniforme. Según esta decisión, el término "causahabiente" incluye tanto a sucesores *mortis causa* como a quienes reciben derechos de explotación patrimonial sobre un diseño mediante cesión contractual, siempre que la transferencia del derecho sea válida conforme al derecho aplicable[82].

5.2. Titularidad conjunta en diseños creados colectivamente

El segundo apartado del artículo 14 del RDC establece que, en los casos donde un diseño sea producto de la colaboración de dos o más personas, el derecho sobre dicho diseño o modelo corresponderá colectivamente a todas ellas. En cuanto a la asignación de titularidad, el referido artículo establece que el diseño pertenece colectivamente a todos los autores. Esta disposición no detalla una división en cuotas ni prevé acuerdos entre los colaboradores para establecerlas.

82 STGUE, de 2 de julio de 2009, asunto C-32/08. Fundación Española para la Innovación de la Artesanía (FEIA) contra Cul de Sac Espacio Creativo SL y Acierta Product & Position SA. ECLI:EU:C:2009:418 Apartado 72, 79, 84.2).

El RDC tampoco proporciona directrices sobre cómo abordar las aportaciones individuales en caso de conflictos relacionados con su explotación, posiblemente para evitar la imposición de un régimen específico de comunidad de bienes, dado que en Europa coexisten los sistemas jurídico-romano y germánico[83]. Esto podría ser un problema si algunos coautores desean dividir el diseño mientras otros prefieren mantener la cotitularidad para su explotación conjunta. Ante este vacío, el RDC remite al derecho nacional para resolver estas cuestiones no previstas, como señala en su artículo 88.2.

En el caso español, podría aplicarse la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial (LPJDI), que en su artículo 14.2 establece que, cuando un diseño es creado por varias personas, el derecho de registro pertenecerá a todas ellas en proporción a lo acordado. Si no existe un acuerdo contractual, se aplican las normas del Código Civil (CC, en adelante) sobre comunidad de bienes. Según el artículo 392 del CC, la participación en los beneficios y cargas será proporcional a las cuotas, que se presumirán iguales salvo prueba en contrario. Por su parte, el artículo 400 del CC permite a cualquier copropietario solicitar en cualquier momento la división de la cosa común, salvo pacto que limite esta opción por un periodo no superior a diez años. La compatibilidad entre la acción de división del artículo 400 del CC y el derecho europeo en materia de diseños parece afirmativa, ya que el RDC no prohíbe expresamente la división de los diseños creados en colaboración. En consecuencia, se permite la aplicación de normas nacionales siempre que no contradigan lo estipulado en el RDC[84].

Otro de los aspectos que puede generar conflicto es la explotación separada de las aportaciones individuales a una obra conjunta en la modalidad no registrada. Por ejemplo, si dos diseñadores colaboraron en la creación de un par de zapatillas, donde uno diseñó la suela con sus características técnicas y funcionales, mientras que el otro trabajó en la parte superior, incluyendo el diseño del tejido y los detalles estéticos, surge la duda de si uno de ellos podría reutilizar su parte del diseño (como la suela) en nuevos modelos de calzado. SARA LOUREDO considera que podría aplicarse un criterio análogo al de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), cuyo artículo 7.3 permite la explotación separada siempre que no se perjudique la obra conjunta, algo que debería evaluarse caso por caso[85].

5.3. Titularidad en el marco de una relación laboral

El artículo 14.3 del RDC dispone que los diseños realizados en el ejercicio de las funciones laborales o siguiendo instrucciones del empleador pertenecen al empresario. No obstante, esta norma puede alterarse mediante pacto en contrario o por disposición de la legislación nacional aplicable.

En España, el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores define la relación laboral como aquella en la que el trabajador presta servicios retribuidos de manera voluntaria bajo la dirección y organización de un empleador. Por tanto, la aplicación del artículo 14.3 del

83 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Código Civil, págs. 443-446.

84 Sara louredo pag 213-214.

85 LOUREDO CASADO, S., *El diseño industrial no registrado,* op.cit., pág. 215.

RDC queda restringida a estas relaciones[86].

En cambio, en los contratos de prestación de servicios o de obra, donde no se cumplen las características de subordinación y ajenidad propias de una relación laboral, se aplican las reglas de los apartados 1 y 2 del artículo 14 del RDC. Esto fue confirmado en la sentencia del TJUE en el caso FEIA c. Cul de Sac (asunto C-32/08), donde se aborda la titularidad de un diseño creado en virtud de un contrato civil. En consecuencia, la titularidad del diseño no se asigna automáticamente al empresario que encargó el trabajo (en este caso, FEIA), sino que depende de lo estipulado en el contrato civil entre las partes. Si dicho contrato no contempla explícitamente la transferencia de derechos, el diseñador (Cul de Sac) retendría la titularidad del diseño. En ese caso, el tribunal determinó que la titularidad del diseño debía resolverse según el contrato aplicable, ya que no existía relación laboral[87]. Este precedente subraya la importancia de revisar los acuerdos contractuales y la legislación nacional para atribuir correctamente la titularidad. Por lo tanto, en contratos civiles o mercantiles, la titularidad del diseño corresponderá inicialmente al diseñador (autor), salvo que el contrato disponga lo contrario y exista una cesión formal de derechos.

6. EL *IUS PROHIBENDI* DEL CREADOR DEL DISEÑO Y LA PROTECCIÓN CONTRA LA COPIA

El diseño que es objeto del derecho de exclusiva es un bien inmaterial para cuya explotación económica se concede al titular la facultad de realizar una serie de actos y de prohibírselos a terceros no autorizados. El artículo 19 del RDC establece los diferentes actos que integran el *ius prohibendi*: *"Se entenderá por utilización, en particular, la fabricación, la oferta, la puesta en el mercado, la importación, la exportación o la utilización de un producto en el que se encuentre incorporado el dibujo o modelo o al que este se haya aplicado, así como el almacenamiento del producto con los fines antes citados*". El mencionado artículo describe estos derechos, diferenciando entre las modalidades de diseño registrado y no registrado: mientras el primero concede al titular un derecho exclusivo de uso y de prohibición de uso por terceros no autorizados, el segundo restringe esta facultad al supuesto de que se haya producido una copia del diseño protegido, siempre que esta copia no sea el resultado de un trabajo de creación independiente. Así lo recoge el artículo 19 del RDC *"La utilización impugnada no se considerará resultante de haber sido copiado el dibujo o modelo protegido en caso de que sea resultado de un trabajo de creación independiente realizado por un autor del que quepa pensar razonablemente que no conocida el dibujo o modelo divulgado por el titular".*

Por "copia" no debemos entender que sean idénticos, sino que dicho término se extiende a diseños que no producen en los usuarios informados una impresión general distinta[88].

86 LOIS BASTIDA, F., *La protección del inventor asalariado*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 105.

87 STJUE, de 2 de julio de 2009. Fundación Española para la Innovación de la Artesanía (FEIA) contra Cul de Sac Espacio Creativo SL y Acierta Product & Position SA. Asunto C-32/08. ECLI:EU:C:2009:418. apartado 50.

88 BLANCO ESGUEVILLAS, I.*, la protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado,* op.cit., pág.121.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2014[89] al establecer que una interpretación sistemática de las mencionadas normas lleva a entender que el titular sólo puede ejercitar con éxito su "ius prohibendi" contra quienes hayan copiado su diseño, aunque la copia no sea idéntica. Esto implica que, siempre que se cumplan los requisitos de protección y dentro de los límites legales establecidos, el titular de un modelo comunitario no registrado posee un derecho a no ser copiado, pero no un derecho absoluto de exclusión. Este principio se encuentra reflejado de forma clara en el Considerando 21 del Reglamento, el cual señala que el diseño o modelo comunitario no registrado confiere únicamente el derecho a impedir las copias del mismo. Por tanto, la protección no abarca a diseños que son resultado de una creación independiente por parte de otro autor. Por lo tanto, la delimitación del concepto de copia resulta crucial para determinar el alcance del ius prohibendi.

6.1. Grado de diferenciación entre diseños

De acuerdo con el Considerando 21 del RDC, el concepto de copia se opone a la creación independiente, entendida como aquella que no toma como referencia consciente ningún diseño previo. Así, un diseño que surge de la actividad inventiva del creador sin una referencia consciente o deliberada a creaciones previas no se considerará copia.

El Libro Verde[90] establece que la protección del diseño no registrado no debe limitarse a evitar las copias exactas, sino también a impedir imitaciones que, aunque presenten ciertas diferencias, generen una impresión general similar al diseño protegido, en los ojos de un público informado. Esta interpretación es, además, respaldada por la doctrina, por autores como V. SÁEZ LÓPEZ-BARRANTES, quien ha destacado que la defensa del diseño no registrado contra la reproducción no autorizada no se limita a la tutela frente a copias exactas, sino que se extiende también a imitaciones sustancialmente similares[91].

La jurisprudencia ha respaldado consistentemente una interpretación amplia del concepto de copia en relación con modelos infractores. En este sentido, la STS, de 26 de junio de 2014, en un caso de joyería entre S TOUS SL y TOUS FRANQUICIAS SA contra NEW AURIJOYA y COLEV STYLE, señala que el análisis visual de las piezas debe enfocarse en aspectos clave como la simetría, el relieve y el número de secciones. Según la sentencia, la impresión general de las líneas trazadas sobre la superficie de la pieza comercializada por COLEV STYLE SL difiere notablemente del diseño tradicional de un diamante en forma de pera o lágrima, característico del modelo de las demandantes. Esto se debe a su forma asimétrica, el relieve y el doble trazo de las líneas decorativas que adornan su superficie.

En consecuencia, la pieza de joyería comercializada por COLEV STYLE SL no puede calificarse como una copia del modelo comunitario no registrado de las demandantes, debido a las diferencias sustanciales en su diseño. El TS consideró que las joyas comer-

89 Sentencia 339/2014 del Tribunal Supremo, de 26 junio 2014. LA LEY 95235/2014 ECLI: ES:TS:2014:3156. FJ 3º.

90 Libro Verde, epígrafe 6.4.

91 V. SÁEZ LÓPEZ-BARRANTES, "The Unregistered Community Design", E.I.P.R., 2002, 24 (12), págs. 586-587.

cializadas por los supuestos infractores producían una impresión general distinta para el usuario informado. Por ello, no se ha producido una infracción del *ius prohibendi*, conforme al artículo 19.2.I del RDC y en línea con el considerando 21 del mismo reglamento[92].

Para determinar si un diseño industrial ha sido infringido por la existencia de otro diseño similar, es necesario realizar una evaluación basada en una comparación entre ambos dibujos o modelos. En este contexto, existen dos métodos principales de comparación: el directo y el indirecto.

La comparación directa se lleva a cabo cuando es posible cotejar físicamente ambos diseños en el mismo lugar, permitiendo al observador identificar similitudes y diferencias de manera inmediata. Por otro lado, la comparación indirecta se utiliza cuando el usuario informado basa su evaluación únicamente en el recuerdo del diseño protegido, sin acceso directo al mismo. Un punto de debate en el ámbito del diseño es si debe preferirse una comparación directa o indirecta. Dada la ausencia de un consenso uniforme entre los tribunales de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la metodología adecuada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el caso conocido como *PepsiCo Inc. vs. Grupo Promer Mon Graphic*[93], estableció que, siempre que sea factible, la comparación debe realizarse de forma directa. Esto se fundamenta en la naturaleza del concepto de "usuario informado", quien, al tener un conocimiento adecuado del sector, realizaría una comparación directa cuando las circunstancias lo permitan.

El TJUE también reconoció que no siempre es factible llevar a cabo una comparación directa. Existen sectores específicos o características intrínsecas de los productos representados que pueden dificultar o incluso impedir el cotejo in situ de los diseños. En estos casos, la comparación indirecta basada en el recuerdo del usuario informado es una alternativa válida. Este enfoque indirecto no contradice los principios establecidos en el Reglamento n.º 6/2002, ya que dicho reglamento no obliga a limitar exclusivamente la evaluación a comparaciones directas.

6.2. La presunción de copia y la carga de la prueba

El artículo 19.2 del RDC establece que la utilización cuestionada no será considerada como una copia del diseño o modelo protegido si puede demostrarse que es producto de un proceso creativo independiente por parte de un autor que, razonablemente, no conocía el diseño o modelo previamente divulgado por el titular.

La jurisprudencia no ha sido uniforme en este tema, buscando equilibrar las cargas probatorias según las circunstancias del caso. Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil[94] (en adelante, SJM) de Alicante, de 28 de febrero de 2007 considera que el titular del diseño debe probar que el demandado es un tercero no autorizado que ha

92 STS 339/2014, de 26 de junio de 2014, LA LEY 95235/2014, ECLI:ES:TS:2014:3156. FJ 4º.

93 STJUE, de 20 de octubre de 2011, PepsiCo, Inc. contra Grupo Promer Mon Graphic SA. Asunto C-281/10 P, ECLI:EU:C:2011:679. Apartados 55-58.

94 En el caso del diseño comunitario, en virtud de los principios establecidos en el Reglamento 6/2002, serán competentes los Juzgados de lo Mercantil de Alicante (en primera instancia) y la Audiencia Provincial de Alicante (en segunda instancia).

copiado de mala fe y no fruto de la actividad creativa independiente[95]. Por otro lado, la SJM de Alicante, de 11 de julio de 2007, basándose en la doctrina de la facilidad probatoria, sostiene que es el demandado quien debe acreditar que su diseño es fruto de una creación independiente y que desconocía razonablemente el diseño previo[96].

La cuestión fue resuelta de manera definitiva a nivel europeo a través de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) del 13 de febrero de 2014.

En la resolución del TJUE se establece que El artículo 19 del RDC, que regula los derechos conferidos por un diseño, no establece normas explícitas sobre la carga de la prueba. De acuerdo con el razonamiento del tribunal[97], cuando el titular de un diseño no registrado alega su derecho de exclusividad según el artículo 19.2, le corresponde probar que la utilización impugnada es el resultado de una copia de su diseño. En cambio, si se aplica el párrafo segundo del mismo artículo[98], la parte demandada debe demostrar que la utilización impugnada es fruto de una creación independiente. En otras palabras, si el titular de un diseño no registrado desea acogerse a la protección otorgada por el RDC y ejercer su derecho de prohibición, debe demostrar que ha existido una copia. Por otro lado, el demandado puede defenderse aportando pruebas de que su creación es independiente[99]. No obstante, el TJUE aclara que esta regla no debe interpretarse como una norma estricta sobre la carga de la prueba, ya que el RDC no la contempla expresamente. Más bien, se trata de una distribución general de los elementos que deben probarse, basada en el acceso que cada parte tiene a la información relevante[100].

Además, el TJUE introduce una importante matización: si el tribunal competente considera que exigir esta carga de la prueba al titular del diseño hace que su cumplimiento sea prácticamente imposible o excesivamente difícil, deberá utilizar todos los mecanismos procesales disponibles en el derecho nacional para aliviar dicha dificultad. Esto puede incluir normas internas que permitan flexibilizar o atenuar la carga de la prueba. En definitiva, aunque la norma general establece que el titular del diseño debe probar la copia, en la práctica pueden existir múltiples excepciones. Será el tribunal que conozca el caso el que, en función de las circunstancias concretas y del acceso a los medios de prueba de cada parte, determine si corresponde probar la copia o su inexistencia al titular del diseño o al demandado[101].

Tras el análisis del artículo 19 del RDC, se puede observar que la protección ofrecida por

95 Sentencia 47/2007, Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 28 febrero de 2007, Proc. 181/2006. LA LEY 359343/2007. ECLI: ES:JMA:2007:794. FJ 3º.

96 Sentencia 110/2007, Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 11 julio de 2007, Proc. 503/2006. LA LEY 359455/2007. ECLI: ES:JMA:2007:799. FJ 9º.

97 STJUE, de 13 de febrero de 2014, (asunto C-479/12), H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG v. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH. ECLI:EU:C:2014:75. apartado 41.

98 Párrafo segundo del artículo 19.2 del RDC.

99 LOUREDO CASADO, S., El diseño industrial no registrado, op.cit., pág. 244 KA.

100 STJUE, de 13 de febrero de 2014, (asunto C-479/12), H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG v. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH. ECLI:EU:C:2014:75. apartado 42.

101 STJUE, de 13 de febrero de 2014, (asunto C-479/12), H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG v. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH. ECLI:EU:C:2014:75. apartado 43.

los diseños no registrados resulta más limitada en comparación con los diseños registrados. Aunque los actos que constituyen infracción son similares en ambos casos, en el diseño no registrado solo se podrán impedir aquellos usos que deriven de una copia directa. Es importante señalar que, aunque el diseño no registrado no confiere un monopolio absoluto ya que no permite acciones legales contra diseñadores independientes, son escasas las ocasiones en las que dos autores logran crear diseños idénticos o prácticamente iguales sin conocimiento mutuo.

El principal desafío radica en probar la existencia de una copia, lo que hace indispensable adoptar medidas preventivas. Por ejemplo, es aconsejable proteger cualquier negociación previa a la divulgación del diseño mediante acuerdos de confidencialidad y conservar todas las pruebas posibles que acrediten la publicación del diseño no registrado en el mercado. Esto puede ser crucial para garantizar su protección efectiva.

CONCLUSIONES

I. El presente estudio ha analizado el diseño industrial no registrado como un mecanismo de protección ágil y flexible dentro del marco de la propiedad intelectual. Uno de los principales beneficios del diseño industrial no registrado es su adecuación a sectores que producen un alto volumen de diseños con ciclos de vida cortos, como el sector textil, ya que permite la protección de creaciones sin necesidad de un proceso formal de registro. La ausencia de un proceso formal de registro permite a los diseñadores garantizar la exclusividad de sus creaciones desde el momento de su divulgación, fomentando así la dinamización del mercado y la competencia leal. Así, esta modalidad, regulada por el Reglamento (CE) 6/2002, ha sido clave en la armonización de la protección del diseño a nivel europeo, estableciendo un equilibrio entre la innovación y la competencia en el mercado. La normativa europea establece que el objeto de protección no es el producto en sí mismo, sino su apariencia externa perceptible, ya sea en formato físico o digital. En este sentido, se reconocen como elementos clave la forma, el color, la textura y la ornamentación, los cuales otorgan al diseño un carácter singular y distintivo. Sin embargo, aspectos puramente técnicos quedan fuera del ámbito de protección. A pesar de los avances normativos, se ha identificado la necesidad de una mayor armonización entre la legislación comunitaria y las normativas nacionales de los Estados miembros, especialmente en un contexto donde la digitalización y los diseños virtuales plantean nuevos desafíos.

II. El estudio del diseño industrial en relación con el diseño artístico y los modelos de utilidad evidencia la complejidad jurídica de esta disciplina, situada en la intersección entre la propiedad industrial y la propiedad intelectual. La protección legal del diseño varía según su grado de creatividad, originalidad y funcionalidad, lo que permite que algunas creaciones puedan beneficiarse simultáneamente de derechos de autor y derechos de diseño industrial. En este sentido, la legislación española y europea han adoptado un modelo de acumulación parcial de protecciones, lo que significa que un diseño puede recibir tutela tanto por el derecho de autor como por la propiedad industrial, siempre

que presente un nivel suficiente de originalidad y creatividad. Este enfoque ha sido respaldado por sentencias clave del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (como los casos *Cofemel* y *Brompton*), que establecen que solo aquellas creaciones que reflejen la personalidad del autor y sean fruto de decisiones creativas libres pueden acogerse a la protección del derecho de autor.

Por otro lado, la distinción entre diseño industrial y modelo de utilidad radica en la funcionalidad del objeto. Si la forma de un producto está dictada exclusivamente por su función técnica, no puede ser protegida como diseño, sino como modelo de utilidad. No obstante, en ciertos casos, una misma creación puede beneficiarse de ambas figuras jurídicas si cumple los requisitos de originalidad y funcionalidad sin que la forma esté completamente determinada por la función técnica.

Por lo tanto, el marco normativo actual permite la coexistencia de distintos sistemas de protección, pero plantea retos en la delimitación de sus alcances. La interpretación judicial y doctrinal seguirá desempeñando un papel fundamental en la evolución de estos criterios, garantizando que el equilibrio entre creatividad, funcionalidad y derechos de los creadores se mantenga en armonía con la innovación y el desarrollo industrial.

III. El presente estudio ha analizado los criterios fundamentales para la protección del diseño en la Unión Europea, destacando la importancia de la novedad y el carácter singular como requisitos esenciales. Por otra parte, aunque no se entiende como requisito, novedad y singularidad exigen que exista previamente una divulgación en el mercado, de tal forma que alcance a los círculos especializados del sector del producto correspondiente que operen en el territorio de la UE. A lo largo del estudio, se ha evidenciado cómo el marco normativo del RDC busca equilibrar la necesidad de proteger la innovación con la realidad del mercado, donde la inspiración y la reinterpretación de modelos previos son prácticas habituales, especialmente en sectores como la moda. Asimismo, el concepto de "diseño de resurrección" pone de manifiesto la relevancia de las influencias históricas en sectores como la moda, permitiendo la protección de diseños que retoman modelos del pasado si estos han caído en el olvido dentro de la industria.

El concepto de novedad, evaluado tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, enfrenta desafíos interpretativos, dado que la distinción entre diferencias insignificantes y modificaciones sustanciales suele depender de criterios subjetivos de los tribunales.

Por otro lado, la singularidad de un diseño exige que el dibujo o modelo creado se aparte suficientemente de los diseños previamente divulgados. En él incide el grado de libertad que posee el autor para desarrollarlo y su evaluación se determina a partir de la impresión general que genera en el usuario informado. Este usuario, definido como figura intermedia entre el experto y el consumidor medio, posee un conocimiento especializado del sector, lo que le permite evaluar el diseño de manera integral y no fragmentada. Este criterio de apreciación global aplicado por los tribunales evita el análisis aislado de los elementos individuales, garantizando una evaluación más objetiva. En este contexto es necesario destacar el caso *Karen Millen Fashion vs. Dunnes Stores*, el cual ha

reforzado esta perspectiva, proporcionando mayor seguridad jurídica a los diseñadores y fomentando la protección de la creatividad en industrias de rápida evolución, como la moda.

IV. El estudio también ha abordado el impacto de la divulgación en la protección del diseño, analizando casos paradigmáticos como *PUMA SE c. EUIPO* y *Crocs, Inc. c. EUIPO*. Estos precedentes destacan la importancia de gestionar estratégicamente la divulgación de los diseños antes de su registro, ya que una divulgación prematura puede comprometer su protección legal y limitar las posibilidades de su resguardo exclusivo. Otro punto clave es la determinación de la titularidad, que puede recaer en el creador original, en un causahabiente o en el empleador si el diseño fue creado en el marco de una relación laboral. En los casos de creaciones colectivas, el RDC establece la titularidad conjunta, aunque la falta de regulación específica sobre su explotación y división deja abierta la interpretación según las leyes nacionales.

De todo esto podemos deducir que la protección del diseño en la Unión Europea continúa evolucionando en respuesta a los desafíos del mercado y de la creatividad industrial.

La jurisprudencia ha sido clave para definir los criterios de evaluación, aunque persisten áreas de interpretación que pueden generar incertidumbre. Dado el constante avance de la innovación, será fundamental que el marco normativo mantenga su capacidad de adaptación para garantizar una protección efectiva sin frenar el dinamismo del sector. Así, la vigilancia en la divulgación y la diferenciación estratégica de los diseños emergen como factores esenciales para asegurar su protección en el ámbito comunitario.

V. En cuanto a la protección del diseño industrial no registrado, se ha señalado que, si bien otorga derechos desde la divulgación pública en la Unión Europea, su alcance es más limitado en comparación con el diseño registrado. La protección se extiende por un período de tres años y solo impide copias directas o sustancialmente similares, sin posibilidad de excluir creaciones independientes. Así, el ejercicio del *ius prohibendi* está condicionado a la prueba de que el diseño infractor es una copia y no una creación independiente. La jurisprudencia ha abordado este punto desde diferentes perspectivas, generando debates sobre la carga de la prueba y la presunción de copia. Aunque los tribunales han enfatizado la necesidad de pruebas sólidas, se recomienda a los diseñadores tomar medidas preventivas, como acuerdos de confidencialidad y documentación detallada de la divulgación, para fortalecer su posición legal.

VI. Finalmente, la evolución de la normativa y la jurisprudencia serán determinantes para adaptar el marco legal a las nuevas realidades del mercado. En este sentido, el estudio ha resaltado la importancia de una vigilancia estratégica de la divulgación y de una diferenciación clara de los diseños como herramientas clave para garantizar una protección efectiva en el ámbito comunitario. La innovación y la creatividad seguirán siendo los motores principales del diseño industrial, y su protección legal deberá evolucionar en paralelo para fomentar un entorno competitivo justo y equitativo.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007.

BLANCO ESGUEVILLAS, I.*, la protección jurídica y eficacia del diseño industrial no registrado.* Editorial Reus, Madrid, 2017.

BLANCO JIMÉNEZ, A. y CASADO CERVIÑO, A., *El Diseño Comunitario. Una Aproximación al Régimen Legal de los Dibujos y Modelos en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

CANDELARIO MACÍAS, M.I., *La creatividad e innovación empresarial: la tutela del diseño industrial en el mercado interior*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Bilbao, 2007.

CARBAJO CASCÓN, F., "Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria", Pe.i. 55 (2017).

CARBAJO CASCÓN, F., Objetos industriales, derecho de autor y libre competencia. Consideraciones a partir de las SSTJUE de 12 de septiembre de 2019 ("Cofemel") y 11 de junio de 2020 ("Brompton"). *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº. 2.

CASADO CERVIÑO, A., "*La protección del diseño en Europa. El Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios"* en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº 224, 2003.

DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M., *"Nuevas perspectivas de la tutela jurídica del diseño en las creaciones de corta vida comercial (diseño y moda): desde el Derecho de autor hacia el Derecho de la competencia desleal y el diseño industrial no registrado"*, en TATO PLAZA, A., COSTAS COMESAÑA, J., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y TORRES PÉREZ, F. (Dirs.), Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial, Comares, Granada, 2017.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

J. TROY, NANCY; TARTSINIS, A.M. *Mondrian's Dress: Yves Saint Laurent, Piet Mondrian, and Pop Art*. The MIT Press. 2023.

LOIS BASTIDA, F., *La protección del inventor asalariado*, Civitas, Madrid, 2000.

LOUREDO SARA, *El diseño industrial no registrado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

MACÍAS MARTÍN, J., *"La protección comunitaria del diseño industrial"* en AA.VV., Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2008.

MARCO ARCALÁ, L.A., *"Últimas aportaciones en torno al carácter singular de los diseños comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea"* en ADI, 2012-2013.

MESA SÁNCHEZ, C. El impacto de Cofemel y Brompton en la protección de los diseños funcionales: ¿qué ha cambiado en España?. En Ortega Burgos, *E. Propiedad Intelectual 2021. Anuario Tirant-lo-Blanch*. Valencia, España: Tirant-lo-Blanch.

O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2003.

OTERO LASTRES, J.M., *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

OTERO LASTRES, J.M., *El modelo industrial*, Montecorvo, Madrid, 1977.

OTERO LASTRES, J.M., *"La protección de un solo color como dibujo industrial"*, ADI 2, 1975.

OTERO LASTRES, J.M., *"Reflexiones sobre el diseño industrial*". Anuario de la Facultad de Derecho, Nº. 1, 2008.

SAEZ, V., *"The unregistered Community design"*, EIPR 24 (12) (2002).

SAI DEEPAK, J., *"Protection of Traditional Handicrafts under Indian Intellectual Property Laws"*, Journal of Intellectual Property Rights 13 (2008).

SUTHERSANEN, U., *Design Law: European Union and United States of America*, Sweet & Maxwell, Londres, 2010.

JURISPRUDENCIA

A) UNIÓN EUROPEA

1. Tribunal General

STGUE, de 2 de julio de 2009, asunto C-32/08, Fundación Española para la Innovación de la Artesanía (FEIA) c. Cul de Sac Espacio Creativo SL y Acierta Product & Position SA. ECLI:EU:C:2009:418.

STGUE, de 27 de febrero de 2018, asunto T-166/2015, Claus Gramberg c. EUIPO, ECLI: EU:T:2018:100.

STGUE, de 14 de marzo de 2018, asunto T-651/16, Crocs, Inc. c. EUIPO. ECLI:EU:T:2018:137.

STGUE, de 6 marco de 2024, asunto T-647/2022, PUMA SE c. EUIPO ECLI: EU:T:2024:147.

2. Tribunal de Justicia

STJUE, de 2 de julio de 2009, asunto C-32/08 (FEIA contra Cul de Sac Espacio Creativo SL y Acierta Product & Position SA). ECLI:EU:C:2009:418.

STJUE de 27 de enero de 2011, asunto C-168/09 (Flos SpA y Semeraro Casa e Famiglia SpA y Assoluce). LA LEY 54/201. ECLI:EU:C:2011:29.

STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto C-281/10 P (PepsiCo Inc. v. Grupo Promer Mon Graphic, S.A. y OAMI). ECLI:EU:C:2011:679.

STJUE, de 13 de febrero de 2014, asunto C-479/12 (H. Gautzsch Großhandel GmbH & Co. KG v. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH). ECLI:EU:C:2014:75.

STJUE, de 19 de junio de 2014, asunto C-345/13 (Karen Millen Fashions Ltd y Dunnes Stores, Dunnes Stores (Limerick) Ltd). ECLI:EU:C:2014:2013.

STJUE, de 12 de septiembre de 2019, asunto C 683/17 (Cofemel-Sociedade de Vestuário, S.A., y G-Star Raw CV). ECLI:EU:C:2019:721.

STJUE, de 11 de junio de 2020, asunto C-833/18 (Brompton Bicycle Ltd y Chedech/Get2Get). ECLI:EU:C:2020:461.

3. Tribunal de Marca y Diseño Comunitario (Juzgado de lo Mercantil y Audiencia Provincial de Alicante)

Sentencia 47/2007, Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 28 febrero de 2007. LA LEY 359343/2007. ECLI: ES:JMA:2007:794.

Sentencia 110/2007, Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 11 julio de 2007. LA LEY 359455/2007. ECLI: ES:JMA:2007:799.

B) ESPAÑA

1. Tribunal Supremo

STS 561/2012 de 27 de septiembre de 2012. LA LEY 149044/2012. ECLI:ES:TS:2012:6196.

STS 160/2014, de 30 abril de 2014. LA LEY 53488/2014. ECLI:ES:TS:2014:1766.

STS 343/2014, de 25 de junio de 2014, LA LEY 80821/2014. ECLI: ES:TS:2014:2804.

STS 339/2014, de 26 junio 2014. LA LEY 95235/2014 ECLI: ES:TS:2014:3156.

STS, 2174/2016, de 6 octubre de 2016, LA LEY 134994/2016, ECLI: ES:TS:2016:4325.

2. Audiencias Provinciales

SAP Castellón de la Plana nº 184/2013, de 29 de abril de 2013, LA LEY 139173/2013. ECLI:ES:APCS:2013:758.

SAP de Valencia nº 11/2011, de 10 de enero de 2011, LA LEY 13523/2011. ECLI:ES:APV:2011:259.

NORMAS DE EDICIÓN

NORMAS DE EDICIÓN

1. Los **trabajos serán originales**, redactados en lengua castellana o en gallego (de acuerdo con la legislación autonómica vigente en materia de normalización lingüística). El autor o autores (en caso de que el trabajo fuese colectivo) se responsabilizarán, con carácter exclusivo, de lo vertido en los mismos.

2. Los trabajos **se presentarán** en hojas DIN-A4, mecanografiados a espacio 1,5, por una sola cara y con páginas numeradas. El formato de letra será Times New Roman y el tamaño 12 puntos para el texto y 10 para las notas a pie de página. Incluirán, en su caso y como máximo, 15 gráficos o tablas.

3. La **extensión** máxima de los trabajos, incluyendo bibliografía, será la siguiente: para los estudios doctrinales un máximo de 50 páginas; para los comentarios de jurisprudencia un máximo de 10 páginas; para las crónicas de jornadas jurídicas un máximo de 20 páginas; y para las recensiones un máximo de 10 páginas.

4. El **título del trabajo** será breve (como máximo ocho palabras) y podrá añadírsele un subtítulo. No contendrá ni abreviaturas ni notas. El título de la colaboración se escribirá en letra mayúscula y negrita, y el tamaño de letra será de 14 puntos.

5. Debajo del título, en el lado derecho, figurará en letra versal y en tamaño de 12 puntos el **nombre y apellidos del autor**. Y debajo del mismo, en letra cursiva y tamaño de letra de 11 puntos, la profesión o cargo principal con el que desean ser presentados.

6. En el caso de los estudios doctrinales se deberá añadir después del título un **breve resumen del contenido del trabajo** (extensión máxima de 10 líneas), sin notas a pie y en la lengua escogida para su desarrollo así como en inglés. Igualmente, se incluirá una relación de palabras clave (entre 5 y 10) indicativas del contenido del estudio, en los dos idiomas utilizados para el resumen.

7. Al comienzo del texto, de dividirse el mismo en diversos epígrafes, figurará un **"sumario"**, en el que se reflejarán los distintos epígrafes, hasta un máximo de tres niveles por epígrafe, presentado conforme las instrucciones que se especifican a continuación:

   a) Los primeros epígrafes se presentarán en letra mayúscula, con numeración romana y en negrita, indicando a continuación de un punto y seguido su correspondiente título en letra también mayúscula y negrita. No se utilizará punto al final de los epígrafes.

   b) Las divisiones siguientes de los epígrafes se indicarán con numeración arábiga, también en negrita, seguida de un punto. Dentro de éstas, las nuevas divisiones se harán, sucesivamente y sin negrita, con letras mayúsculas seguidas de un punto (A., B., etc.), letras minúsculas seguidas de paréntesis [a), b), etc.] y letras minúsculas seguidas de un punto y número arábigo seguido de paréntesis [a.1), a.2), etc.].

8. Las **notas** se harán siempre a pie de página.

9. Al final del trabajo puede incluirse un apartado de **"bibliografía"**, que llevará este mismo título, en el que se solo se incluirán alfabéticamente las citas referidas en las notas a pie de página.

10. Las **citas** se realizarán conforme a los siguientes criterios:

    a) Cuando se cite una monografía, deberán figurar en primer lugar los apellidos y, en su caso, la inicial del nombre del autor (todo ello en letra versal). Seguidamente, y tras dos puntos, se hará constar, separados por comas, el título de la obra (en letra en cursiva); la editorial; el número de edición, en su caso; el lugar de edición; y la página (con la indicación "p.", a la que seguirá el número correspondiente) o páginas (con la indicación "pp." y el número inicial de la página, indicando a continuación "y ss.").

    b) Cuando se trate de un artículo recogido en una revista, figurará en primer lugar el autor, con las indicaciones señaladas en el apartado anterior. A continuación y tras dos puntos, se hará constar, separados por comas, el título del artículo, entrecomillado; la revista (o siglas habitualmente utilizadas para referirse a ella), en letra cursiva; la indicación del número de la revista; el año de edición; y, en su caso, la página o páginas citadas de acuerdo con lo dispuesto para los libros.

c) Cuando se trate de una obra colectiva o de un artículo recogido en una obra colectiva, se indicará, al principio y en referencia a la misma, las abreviaturas de autores varios ("AA.VV." o "VV.AA., indistintamente). En caso de tratarse de un artículo dentro de una obra colectiva, este deberá ir entrecomillado. Después del título de la obra colectiva (que deberá ir en cursiva), se indicarán los apellidos y, en su caso, la inicial del nombre (ambos en versal) del editor, coordinador o director de la obra, y a continuación, entre paréntesis, su indicación concreta abreviada ("ed.", "coord." o "dir."; o bien en plural si fueran varios: "eds.", "coords." o "dirs."). El resto de datos se ajustará a lo señalado en los dos párrafos anteriores.

d) Cuando se citen sucesivas veces una obra o artículo, se indicarán los apellidos y, en su caso, la inicial del nombre del autor (todo ello en letra versal), y, tras dos puntos, las primeras palabras del título seguidas de puntos suspensivos (en cursiva, en caso de que se trata de un libro; y entrecomillado, para el caso de un artículo recogido en una revista u obra colectiva); a continuación se añadiría la abreviatura "cit.", y la página o páginas correspondientes; todo ello, separado por comas.

e) En el caso de citas de publicaciones o artículos recogidos en soporte electrónico, se seguirán los mismos criterios establecidos para las editadas en soporte papel, haciendo constar a mayores la correspondiente página web o dirección URL en que se contuviesen, con indicación de la fecha en que ha sido consultada.

11. A efectos de **envío de los trabajos**, habrán de remitirse en formato electrónico a la dirección de email de los coordinadores de la revista, José Ricardo Pardo Gato: jrpardogato@gmail.com; y José Luis Delgado Domínguez: secretariotecnico@icacor.es, así como en papel en la dirección C/ Federico Tapia, 11-bajo, 15004-A Coruña.

foro galego



Les recordamos a todos los colegiados que pueden a acceder a los números editados de foro galego, en formato digital, a través de nuestra página web **www.icacor.es** o, si los prefieren en soporte papel, solicitarlos en las oficinas del Colegio c/ Federico Tapia, 11 - Bajo. 15005 A Coruña

ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA
1760 - 2010

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

UNIVERSIDADE DA CORUÑA




Ilustre colegio provincial de
abogados de a coruña

1760 - 2010



REAL ACADEMIA GALLEGA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



UNIVERSIDADE DA CORUÑA