

REVISTA JURÍDICA

n.º 53 • 2022

REGIÓN de MURCIA

Fundación Mariano Ruiz Funes



Revista Jurídica
Región de Murcia
N.º 53 2022

PATRONATO DE LA FUNDACIÓN MARIANO RUIZ FUNES

PRESIDENTE

Excmo. Sr. D. Fernando López Miras, Presidente de la CARM

VICEPRESIDENTES

Excmo. Sr. D. Marcos Ortuño Soto, Consejero de Presidencia, Turismo y Cultura y Deportes

Excmo. Sr. D. Francisco Martínez-Escribano, Decano del Colegio de Abogados de Murcia

Ilmo. Sr. D. David Morillas, Decano de la Facultad de Derecho de la UMU

VOCALES

Jua Antonio Lorca Sánchez, Secretario General de la Consejería de Presidencia, Turismo, Cultura y Deportes

Ilmo. Sr. D. Joaquín Rocamora Manteca, Director de los Servicios Jurídicos CARM

Ilma. Sra. D.^a Helena Rivera Tortosa, Secretaria del Colegio de Abogados de Murcia

Ilma. Sra. D.^a Daniela Rubio Riera, Bibliotecaria del Colegio de Abogados de Murcia

D.^a María Ángeles Sánchez Jiménez, Directora de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia

Doña María del Carmen López Anierte, Directora de la Escuela de Relaciones Laborales de la Universidad de Murcia.

DIRECTOR DE LA FUNDACIÓN

D. Pedro Luis Salazar Quereda, Abogado.

SECRETARIA

D.^a Ana Calvo López, Técnica Consultora de la Consejería de Presidencia

Consejo de Redacción:

Don Andrés Arnaldos Cascales

Don Ángel Hernández Martín

Don Aurelio Llanes Castaño

Don Francisco Carrillo Vinader

Don Francisco Coronado Fernández

Don Francisco Martínez-Escribano Gómez

Don Jaime Peris Riera

Don Joaquín Ataz López

Don Jorge López Fernández

Don Faustino Cavas Martínez

Don Manuel Campos Sánchez

Don Maximiliano Castillo González

Don Miguel Pardo Domínguez

Doña Esperanza Orihuela Calatayud

Doña Ángeles Sánchez Jiménez

Doña Ascensión Martín Sánchez

Doña Encarnación Serna Meroño

Doña Pilar Alonso Saura

Doña Teresa García Calvo

Don Joaquín Rocamora Manteca

Asistencia técnica de la Revista Jurídica de Murcia:

D. Jesús Bejar Caballero, Abogado

Edita: Consejería de Presidencia.

Palacio San Esteban

C/ Acisclo Díaz, s/n

968/375286

30005 Murcia

ISSN: 0213-4799

Depósito legal: MU-329-1985

Producción: O. A. Boletín Oficial de la Región de Murcia

Primer Semestre 2022

Sumario

EDITORIAL

D. Marcos Ortuño Soto

DOCTRINAL

EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS ILÍCITOS PENALES Y CIVILES: HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN –

D. Mario Bonacho Caballero

EL DELITO DE CONDUCCIÓN SIN PERMISO O LICENCIA. PROBLEMAS APLICATIVOS Y SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES EN SUS CASI QUINCE AÑOS DE EXISTENCIA

D. José Manuel Palma Herrera

JUBILACIÓN Y PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL

D. Jorge Vilaplana Pérez

LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LOS DAÑOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

D. Andrés Marín Salmerón

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA: EL ESQUIROLAJE

D. José Enrique Saura Ruiz

CRITERIOS DE CALIDAD. LATINDEX

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS (PRERREQUISITOS PARA EVALUAR LA REVISTA)

1. Mención del cuerpo editorial: se debe mencionar la existencia de un consejo editorial, de redacción o responsable científico.
2. Contenido científico para calificar positivamente al menos el 40% de los documentos publicados en los fascículos a evaluar, estará constituido por: a) artículos originales; b) artículos técnicos; c) comunicaciones en congresos; d) cartas al director o artículos breves) artículos de revisión, estados del arte, etc.) .
3. Antigüedad mínima de un año; para ser analizada una publicación deberá haber comenzado a editarse al menos 12 meses antes del momento de hacer el análisis.
4. Identificación de los autores. Los trabajos deben estar firmados por los autores con nombre y apellidos o declaración de autor institucional.
5. Lugar de edición: Deben hacerse constar en lugar visible el lugar de edición de la revista.
6. Entidad editora: Debe hacerse constar en lugar visible la entidad o institución editora de la publicación
7. Mención del Director: en la revista deberá constar el nombre del director de la publicación.
8. Mención de la dirección de la revista: Deberá aportarse en lugar visible la dirección postal o de correo electrónico de la administración de la revista a efectos de solicitud de suscripciones, canje, etc.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN DE LAS REVISTAS

9. Páginas de presentación (Cubierta/portada) : Deberán incluir título completo, ISSN, volumen, número, fecha y membrete bibliográfico.
10. Mención de periodicidad: Es condición inexcusable que la revista exprese o mencione su periodicidad o, en su defecto, el número de fascículos que editar al año.

11. Tabla de contenido: Califica positivamente cuando existe en cada fascículo tabla de contenido, índice o sumario en los que consten los datos del título, autor y al menos página inicial.
12. Membrete bibliográfico al inicio del artículo: Califica positivamente si el membrete bibliográfico aparece al inicio de cada artículo e identifica la fuente.
13. Membrete bibliográfico en cada página: Califica positivamente si el membrete que identifica la fuente aparece en cada página de los artículos publicados.
14. Miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si aparecen los nombres de los miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción de la Revista.
15. Afiliación institucional de los miembros del Comité editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si se proporcionan los nombres de las instituciones a las que están adscritos los miembros del Comité editorial (a no confundir con el Consejo Asesor o Comité Científico, cuyos miembros también deberán ir a acompañados de sus lugares de trabajo) . No basta que se indique solo el país.
16. Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información podrá encontrarse tanto al principio como al final de cada artículo, así como en las “listas de colaboradores” o “información sobre los autores” que aparecen entre las primeras o entre las últimas páginas de cada fascículo.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA GESTIÓN Y LA POLÍTICA EDITORIAL

17. Fecha de recepción y aceptación de originales: Califica positivamente solo si se indican ambas fechas.
18. ISSN: Califica positivamente la existencia de código ISSN.
19. Definición de la revista: Califica positivamente si en la revista se menciona el objetivo, cobertura temática y/o público al que va dirigida.
20. Sistemas de arbitraje: en la revista deberá constar el procedimiento empleado para la selección de los artículos a publicar.
21. Evaluadores externos: Califica positivamente si el sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos a la entidad o institución editora de la revista.
22. Autores externos: Califica positivamente si al menos el 50% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la entidad editora de la revista. En el caso de revistas editadas por asociaciones se considerarán autores pertenecientes a la entidad editora los que formen parte de la directiva de la asociación o figuren en el equipo de la revista.
23. Apertura editorial: Califica positivamente si al menos una tercera parte del Comité editorial o Consejo de Redacción es ajena a la entidad editora de la revista.

24. Servicios de información: Califica positivamente si la revista está incluida en algún servicio de indización, resúmenes, directorios o bases de datos. Este campo califica positivamente tanto si la base de datos es mencionada por la propia revista, como si lo agrega el calificador (a partir de la búsqueda hecha para tal fin) .
25. Cumplimiento de la periodicidad: Califica positivamente si la revista edita al año el número de fascículos correspondientes con la periodicidad expresada.

PARÁMETROS RELATIVOS A LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTENIDOS

26. Contenido original: Califica positivamente si al menos el 40% de los artículos son trabajos de investigación, comunicación científica o creación originales.
27. Instrucciones a los autores: Califica positivamente si aparecen las instrucciones a los autores sobre el envío de originales y resúmenes en cada fascículo.
28. Elaboración de las referencias bibliográficas: En las instrucciones a los autores deberán indicarse las normas de elaboración de las referencias bibliográficas para calificar positivamente.
29. Exigencia de originalidad: Califica positivamente si en la presentación de la revista o en las instrucciones a los autores se menciona esta exigencia para los trabajos sometidos a publicación.
30. Resumen: Califica positivamente si todos los artículos van acompañados de un resumen en el idioma original del trabajo.
31. Resumen en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen resúmenes en el idioma original del trabajo y en un segundo idioma.
32. Palabras clave: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del trabajo.
33. Palabras clave en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del artículo y en otro idioma.

RESH. Evaluación de Revistas de Ciencias Sociales y Humanidades Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas: Valoración integrada e índice de citas CSIC Ministerio de Ciencia e Innovación.

Editorial



FUNDACIÓN MARIANO RUIZ-FUNES

Ni siquiera una pandemia sin precedentes podía acabar con una publicación del prestigio de la Revista Jurídica de la Región de Murcia. Tras un paréntesis, la Fundación Mariano Ruiz-Funes toma impulso y refuerza su vocación de ser de máxima utilidad a todos los profesionales jurídicos y a la misma sociedad. En esa misión es pieza central la revista, que se ha consolidado a lo largo de los años como un instrumento más que relevante de cara al análisis y la interpretación de resoluciones judiciales, artículos doctrinales y colecciones legislativas.

Por ello, cuando tantas y tantas iniciativas de todo tipo se han detenido a nuestro alrededor a causa de la pandemia, resulta una extraordinaria noticia que la revista prosiga su marcha, y que alcance ya su edición número 53, publicando un ejemplar más extenso de lo que ha sido habitual en las anteriores. Se trata, por tanto, de una de las ediciones más completa y más rica en contenidos, y pasa así a ocupar un lugar muy especial en la exitosa trayectoria de la publicación iniciada en 1985.

Ya en esos comienzos, la Consejería titular de Presidencia de la Comunidad supo identificar la importancia de colaborar con el Colegio de Abogados de Murcia para convertir en una realidad la revista. Hoy, mantenemos ese compromiso. Figuras como la de Ricardo Martínez-Moya, entonces decano del Colegio, o Felipe Ortega, responsable de la publicación desde sus comienzos y hasta su fallecimiento en 2016, fueron clave para que la revista cumpliera dos objetivos primordiales: por un lado, combatir la inseguridad jurídica, dado que entonces la unificación de la información y las bases de datos no eran las que disfrutamos actualmente, y por el otro, que se escuchase con una mejor resonancia la voz de los abogados de la Región. La revista fue entonces el medio ideal para trasladar y amplificar esa voz, y lo sigue siendo.

Esa labor se ha mantenido desde el reconocimiento permanente a Mariano Ruiz-Funes, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia, decano de la Facultad de Derecho, abogado, político y, por encima de todo, humanista. De la misma manera que Felipe Ortega rindió siempre homenaje a la altura jurídica y al legado de Ruiz-Funes, hoy extendemos ese homenaje a la propia figura de Ortega, que supo canalizar esa admiración y la hizo tangible como impulsor de la Fundación y la Revista.

La Fundación Mariano Ruiz-Funes tiene como una de sus razones de ser la de acercar el mundo del Derecho a la sociedad, porque esos dos ámbitos no son en ningún caso departamentos separados, sino que están íntimamente comunicados. Por ejemplo, hoy es más necesario que nunca corregir algunas de las deficiencias que la Justicia de la Región arrastra, y que nos perjudican a todos, desde a los profesionales jurídicos hasta al ciudadano de a pie.

Precisamente con ese objetivo hemos definido desde el Gobierno regional el Pacto por la Justicia, que se ha enriquecido con las aportaciones de los grupos políticos en la Asamblea

Regional, y en la que trasladamos al Ministerio de Justicia una radiografía de las urgencias que precisa corregir el sistema judicial de la Región para ser más ágil y más eficaz. Hemos elaborado ese documento de manera consensuada con medio centenar de colectivos y agentes sociales, porque lograr una Justicia verdaderamente moderna nos concierne a todos, y porque es urgente contar con más recursos profesionales y materiales, hasta al menos equiparlos con los de la media nacional.

Nuevas unidades judiciales que permitan eliminar el desequilibrio de jueces por habitantes que padece la Región, o la necesidad de incorporar más fiscales para dejar de ser la comunidad con la ratio más baja son sólo algunas de las deficiencias que deben atajarse, junto con la creación de la Ciudad de la Justicia en Cartagena o la ampliación de instalaciones judiciales en Molina de Segura o Lorca. Seguiremos peleando por ello.

Finalmente, me gustaría trasladar el agradecimiento del Gobierno regional al actual director de la Fundación Mariano Ruiz-Funes, Pedro Salazar, y al Consejo de Redacción de la Revista Jurídica, por lograr que el paréntesis que impuso la pandemia fuera sólo un alto en el camino, y por reanudar desde la máxima exigencia la actividad de una de las publicaciones más brillantes y rigurosas de la historia reciente de la Región de Murcia.

Marcos Ortuño Soto

Consejero de Presidencia, Turismo, Cultura y Deportes

Vicepresidente de la Fundación Mariano Ruiz Funes

Doctrinal



“EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS ILÍCITOS PENALES Y CIVILES: HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN”

Autor: M.B.C.

RESUMEN

Con el presente trabajo se realiza una investigación detallada de la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho al honor, intimidad y propia imagen, y como no, de la gran importancia que suscitó la aprobación de la LO 1/82, de 5 de mayo, en este ámbito. Para ello, resulta imprescindible estudiar los conceptos constitucionales del derecho al honor, intimidad y propia imagen, el conflicto acaecido con la libertad de expresión e información, así como la adaptación de los mismos al mundo de las TIC's. Además, se analizan los diversos criterios que adoptan los tribunales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de España) sobre la responsabilidad de los ISPs por declaraciones injuriosas vertidas en páginas webs o periódicos online, la responsabilidad de particulares por declaraciones o publicaciones fotográficas en foros o redes sociales, así como las diferencias existentes entre los ilícitos virtuales tradicionales e ilícitos virtuales modernos y los diversos ciberdelitos que hoy día presenciamos.

Finalmente, se realizan una serie de conclusiones críticas y valorativas sobre los diversos puntos tratados en el transcurso de la investigación.

PALABRAS CLAVE

Derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen, libertad de expresión, libertad de información, internet, red social, página web.

ABSTRACT

In this project, a detailed research on the impact of the new technologies on right to honour, privacy and personal image is carried out. In this regard, the great importance of the approval of the organic Law 1/1982 of 5 May is analyzed. Hereof it is important to study the constitutional concept of the right to honour, right to privacy and right to the personal image, the conflict with the freedom of expression and freedom of information and their adaptation to ICTs. Moreover, the different criteria adopted by courts (European Court of Human Rights and Constitutional Court and Supreme Court of Spain) about the responsibility of ISPs for offensive statements made on websites or online newspapers, particular responsibility for statements or photographs in forum or social network, as well as the differences between traditional and modern virtual infringements and several cybercrimes that we are seeing today, are analyzed.

Finally, analytical and judgmental conclusions on the above mentioned matters are presented.

KEY WORDS

Right to honour, right to privacy, right to the personal image, freedom of expression, freedom of information, internet, social network, web site.

INDICE DE ABREVIATURAS...

1. INTRODUCCIÓN...

CAPITULO I

EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN Vs LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

Sección 1ª

Conceptos constitucionales del derecho al honor, intimidad y propia imagen: Art.

18.3 C.E.

1. El derecho al honor

1.1. Antecedentes históricos, Derecho comparado y dimensión jurídica del honor

1.2. El honor como uno de los derechos de la personalidad

1.3. El honor como derecho fundamental

2. El derecho a la intimidad

3. El derecho a la propia imagen

3.1. Concepto dogmático

3.2. Regulación jurídico-normativa *ad intra* y *ad extra*

Sección 2ª

Conceptos constitucionales de la libertad de información y expresión: Art.

21.1 C.E.

1. Libertad de información

2. Libertad de expresión

Sección 3ª

Conflicto entre el derecho al honor, intimidad y propia imagen y la libertad de información y expresión

1. Interés público...

2. Criterio de veracidad

3. Carácter injurioso, denigrante o desproporcionado...

Sección 4ª

Adaptación de los derechos tradicionales al mundo tecnológico

CAPITULO II

INFLUENCIA DE LAS TIC's SOBRE EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA

IMAGEN: Ilícito civil e ilícito penal

1. Consideraciones Generales

Sección 1ª El ilícito civil

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LOS PERIODICOS DIGITALES

1. A propósito de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio y de la Ley 34/2002, de 11 de julio.
 - a) “El conocimiento efectivo”
 - b) “La diligencia debida”
2. El “cambio de dirección” en la responsabilidad de los ISPs; a la luz de la jurisprudencia existente
3. Toma de postura

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS FISICAS

1. La responsabilidad jurídica personal de quien realiza comentarios injuriosos en la red
2. Tipos de ilícitos virtuales:
 - 2.1. Ilícitos virtuales tradicionales en el campo de las TIC's**
 - a. Declaraciones en Twitter, Facebook, etc. (Victor Barrio e Isabel Carrasco)...
 - b. Publicación de “memes”...
 - c. Publicaciones en WhatsApp: En concreto, el “estado”
 - d. Publicaciones fotográficas en Twitter, Facebook, WhatsApp
 - d.1. Con consentimiento
 - d.2. Sin consentimiento
 - e. Sistemas de Videovigilancia en el ámbito laboral...
 - 2.2. Ilícitos virtuales modernos en el campo de las TIC's**
 - a. El “*Sexting*”: Bluedating, Toothing, Widating
 - a.1. Efectos Nacionales: Asunto Olvido Hormigos
 - a.2. Efectos Internacionales: Asunto Tiziana Cantone...
 - b. El “*Sexselfie*”, “*Aftersex*” y “*Pornovenganza*” (Reveng porn)
 - c. El “*Gossiping*”: Gossip e Informer
3. Toma de postura

LAS PERSONAS JURIDICAS COMO SUJETO DAMNIFICADO

1. Influencia de las TIC's en el círculo empresarial
2. Derecho al honor de las empresas...
3. Toma de postura...

Sección 2ª El ilícito penal

COMISIÓN DE DELITOS A TRAVÉS DE LAS TIC's

1. **Delitos contra la Intimidad:** Descubrimiento y revelación de secretos (WhatsApp, correo electrónico, etc.)
 - a) Delito de revelación de secretos a través de WhatsApp ex art. 197.2 C.P.
 - b) Espiar o controlar mensajes o correos electrónicos de la pareja sin consentimiento
 - c) Acceso a sistemas informáticos sin autorización (figura del *Hacker*)...
 - d) Delitos de publicación de falsos montajes pornográficos en redes sociales
 - e) Sexting...
 - e) Sextorsión
2. **Delitos contra la propia imagen:** Fotos en las redes y *Pokemon Go*
3. **Delitos contra el Honor:** Injurias y calumnias a través de aplicaciones, foros y redes.
 - 2.1. **Insultos a través de servicios de mensajería (WhatsApp):** Sentencia núm. 50/16 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Granada, de 20 de junio de 2016: Delito leve de injurias del art. 173.4 del C.P
 - 2.2. Insultos a través de foros de Internet y redes sociales.
 - a) Sentencia Juzgado de lo Penal, nº 1, de 15 de octubre de 2013: Delito de injurias con publicidad (*Asunto Monago*)
 - b) Sentencia Juzgado de lo Penal, de 6 de mayo de 2014: Delito de injurias con publicidad (*Asunto Cristina Cifuentes*)

Sección 3ª

VICISITUDES ENTRE EL ILICITO CIVIL Y PENAL EN EL MUNDO DE LAS TIC's

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

JURISPRUDENCIA

LISTA DE PÁGINAS WEBS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADC	Anuario de Derecho Constitucional
Ap.	Apartado
Art., arts.	Artículo o artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.E.	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
Cfr.	Confrontar
Coord.	Coordinador
Dir.	Director
EDJ	El Derecho-Base de Datos de Jurisprudencia y legislación
FJ.	Fundamento Jurídico
LO	Ley Orgánica
Núm.	Número
Op. cit.	Obra citada
Pte.	Ponente
P., PP.	Página o páginas
RD	Real Decreto
Ref.	Referencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tol	Base de Datos <i>Tirant online</i>
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del impacto que las nuevas tecnologías están teniendo en el derecho al honor, intimidad y propia imagen; tanto en su vertiente civil como penal. En este ámbito, se dedica gran importancia a los conceptos constitucionales del derecho al honor, intimidad y propia imagen y a las diversas situaciones que acaecen en el mundo de las nuevas tecnologías. Esta investigación se llevará a cabo en el contexto de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen junto con la Constitución Española de 1978, sin perjuicio del análisis de otras disposiciones legales. Serán de gran ayuda, para un pronunciamiento crítico y valorativo posterior, las opiniones reflejadas por la doctrina especializada en la materia, así como la escasa jurisprudencia existente. Se estudiará, fundamentalmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo de España.

El análisis de tal tema ostenta un gran interés en la actualidad, debido a diversos motivos, y fundamentalmente a la siguiente pregunta: ¿Cómo el sistema democrático español, el cual garantiza diversos derechos y libertades públicas, conciliará una serie de derechos fundamentales como son el derecho al honor, intimidad y propia imagen con el derecho a la libertad de información y expresión, cuando éstos cada vez con más frecuencia colisionan debido al uso masivo de las TIC's?

1º) En primer lugar, la importancia social y jurídica que supuso la aprobación de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen ya que al sucederse un progresivo crecimiento de los ataques a éstos derechos fundamentales de ésta forma se intentarían paliar las diferentes lagunas legales existentes al respecto. No obstante, aun con la implantación de tal Ley, la regulación normativa sobre el conflicto entre el derecho al honor, intimidad y propia imagen y las libertades de expresión e información es escasa, incompleta y no soluciona los problemas que se le plantean. Por ello, ha sido necesario acudir a otra serie de instrumentos para la resolución de tal problema; ejerciendo en éste sentido la jurisprudencia un papel fundamental, como medio aclaratorio y resolutorio de aquellas dudas que aparecen en la confrontación de estos derechos. 2º) En segundo lugar, por la escasa jurisprudencia que existe al respecto y que hace que existan una variedad de posturas que generan un intenso debate. 3º) Finalmente, y en virtud de lo anterior, es indiscutible que actualmente son numerosos los ataques que suceden contra el derecho al honor, intimidad y propia imagen en páginas webs, periódicos *online*, redes sociales, blogs, foros, etc. de cualquier persona; ataques que requieren de una investigación a fondo de las acciones judiciales que se pueden emprender al respecto. Es aquí donde se produce la colisión entre el derecho al honor, intimidad y propia imagen y la libertad de información y expresión, consistiendo el problema en delimitar la línea transfronteriza entre el ejercicio de uno y otro derecho.

A propósito de todo lo anterior, he dedicado el Capítulo I al análisis dogmático de los conceptos constitucionales del derecho al honor, intimidad y propia imagen así como los de libertad de expresión e información, el conflicto entre los derechos objeto de estudio y el

derecho a la libertad de expresión y de información y los efectos que producen la aplicación de las nuevas tecnologías sobre los mismos.

Por otro lado, han sido muchos los debates acaecidos acerca de si los prestadores de servicios (en adelante, ISPs) deben ostentar responsabilidad por los comentarios ajenos publicados y si los particulares deben responder de sus propios comentarios, los cuales son reflejados en la Sección 1ª del Capítulo II del trabajo. Asimismo, haremos distinción entre los diversos tipos de ilícitos cometidos a través de dispositivos tecnológicos según sean de reciente comisión o consolidados en el tiempo. En este sentido, he creído conveniente realizar un estudio de la evolución seguida, para posteriormente poder sentar una conclusión jurídico-valorativa al respecto. Por su parte, la Sección 2ª del Capítulo II recogerá el estudio de los diversos delitos actuales que atentan contra el honor, la intimidad y la propia imagen, analizando la trascendencia social de la reforma del Código Penal acaecida.

Por último, en la Sección 3ª del Capítulo II he analizado las vicisitudes existentes entre los ilícitos civiles y penales que provienen de la conculcación del honor, intimidad y/o propia imagen a través del uso de las nuevas tecnologías; pretendiendo aportar de tal forma mi propia visión de los problemas de interpretación planteados; todo ello en virtud de la jurisprudencia del TEDH, del TS y del TC.

CAPITULO I

EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN VS LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN

Sección 1ª

CONCEPTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN: ART. 18.3 C.E.

1. EL DERECHO AL HONOR.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DERECHO COMPARADO Y DIMENSIÓN JURÍDICA DEL HONOR.

Es de gran relevancia encuadrar jurídica e históricamente, de forma sucinta, el concepto de honor como derecho. Pues bien, nos encontramos ante un derecho fundamental, reconocido en la Constitución Española de 1978. Los derechos fundamentales actuales, son herederos de aquéllos que surgieron en los siglos XVII, XVIII y XIX; época en la que proliferan las declaraciones de derechos (Carta de Derechos inglesa, 1689, Declaración de Derechos de Virginia, 1776, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia,

1798 etc.) fruto del emergente individualismo que empieza a enraizar en las sociedades del momento.

En este contexto histórico es cuando se comienza a reconocer que los individuos, como tales, ostentan un elenco de derechos los cuales son inherentes por su condición de seres humanos y que no pueden ser desconocidos por los poderes.¹

A este respecto cabe preguntarse cuál es el motivo por el que surgen estos derechos; a lo que respondemos que surgen como un freno al poder, esto es, como un tipo de mecanismo que se crea alrededor del sujeto el cual no puede ver vulnerada su esfera por el poder gubernativo. Por ello, en este momento, adquiere gran relevancia la llamada eficacia vertical de estos derechos, esto es, derechos de los particulares frente al Estado.²

En el momento que los Estados liberales se transforman en los denominados Estados sociales y democráticos de Derecho, ésta eficacia vertical decae, creciendo en gran medida la denominada eficacia horizontal, es decir, la que concierne a particulares frente a intromisiones de otros particulares. En éste punto, ya no hay tanta preocupación de que el poder estatal invada nuestros derechos puesto que el Estado tiene interiorizados sus límites y tiene menos interés o intención de desbordarlos que en épocas anteriores.³

Actualmente, existe una mayor preocupación por los posibles ataques que hagan a nuestros derechos el resto de individuos que forman la colectividad social. Debido a ello, el honor y la reputación se vienen considerando como bienes de gran importancia para la persona, y por ende, un bien de tal entidad debe ser considerado como un derecho, un bien exigible y objeto de tutela judicial.⁴

Atendiendo a las diferentes fuentes normativas que en los diversos campos del Derecho han amparado y regulado tal valor, podemos destacar normas de carácter supranacional, como las Declaraciones de Derechos, normas constitucionales, normas de naturaleza penal, que han tipificado como delitos las intromisiones en el honor ilegítimas, normas de naturaleza civil, sentencias de tribunales, etc.

Tanto el Derecho romano como el Derecho germánico, han considerado el honor como un bien jurídico, tanto por las diversas fuentes medievales como por las modernas Constituciones, tanto por el Derecho anglosajón, como por el continental. Es decir, los ordenamientos lo regulan por tratarse de un bien intrínsecamente valioso, y tal como sostiene MILLÁN PUELLES “el último fundamento de su protección es metajurídico y radica en que se trata de una pertenencia de la persona en cuanto tal, como individuo, inherente a su naturaleza y, por lo tanto, que se impone al Derecho”.⁵

1 En este sentido, véase la siguiente página web: <http://www.corteidh.or.cr>

2 BASTIDA FREIJEDO (2004): 179.

3 Ídem: 180.

4 MARTÍNEZ VARELA (2010): 5.

5 MILLAN PUELLES (1986): 16.

Esa obligación de fundamentar las relaciones jurídicas en la dignidad humana y la estimación de que el Derecho encuentra como fin a la persona misma, conducen al reconocimiento y protección de tales cualidades y derechos con los que el hombre nace a la vida y que le son inherentes a su personalidad. De tal forma el derecho a la vida, a la libertad de expresión y movimiento, a la dignidad moral, etc., se erigen como bienes asumidos por los diversos ordenamientos en la base de las construcciones jurídicas.⁶

1.2. EL HONOR COMO UNO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Los denominados derechos de la personalidad proceden del Derecho civil y, por ende, se hallan inmersos dentro del campo del Derecho privado. Sirven para designar un conjunto heterogéneo de derechos subjetivos (como puedan ser el derecho a la vida e integridad; honor, intimidad e imagen; nombre, pseudónimo y títulos nobiliarios) caracterizados de forma negativa por su naturaleza no patrimonial, y de forma positiva por proteger determinados atributos de la personalidad.⁷

Pues bien, el derecho al honor personal ha sido tradicionalmente situado entre los derechos de la personalidad concretándose su contenido en garantizar al individuo el dominio y reconocimiento de su dignidad moral. Es decir, tal y como garantiza STORCH DE GRACIA, “pretende la protección de las diversas manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona”.⁸

Encuadrada en tal concepción, la doctrina ha estimado que se trata de un derecho absoluto o ejercitable *erga omnes*, que se dirige al resto de miembros de la sociedad para que su titular vea reconocida su dignidad e integridad moral por vía de indemnización. Por lo demás, los derechos de la personalidad son de ejercicio personalísimo tal y como reseña el art. 162 del Código Civil, y se erigen como límite a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).⁹

Como ya puso de relieve CASTAN, aunque en el Código Civil no existe una categoría reconocida de forma expresa de derechos de la personalidad, no ha faltado nunca una tutela civil dirigida al restablecimiento de éstos, a la cesación del daño producido y al resarcimiento por los perjuicios irrogados como consecuencia de esos ataques contra la personalidad.¹⁰ La protección de que dispone el honor presenta en el Derecho español algunos caracteres:

1º. Obtención insuficiente, en vía ordinaria, del resarcimiento por los daños que se causen al honor. Tal vía consistía tradicionalmente en la mera aplicación del artículo 1902 del Código Civil.

Por tanto, tal falta de protección jurídica en que se hallaba el derecho al honor trató de paliarse a través del reconocimiento de la naturaleza del honor como uno de los derechos fun-

6 CASTAN TOBEÑAS (1952): 10 y ss.

7 DíEZ-PICAZO (2012): 41.

8 STORCH DE GRACIA (1987): 1 y ss.

9 DíEZ-PICAZO (2012): 42.

10 CASTAN TOBEÑAS (1992):30.

damentales regulado en el artículo 18.1 de la Carta Magna. Asimismo, se patentó la absoluta necesidad de arbitrar una regulación civilista mucho más concreta y exhaustiva a la naturaleza de este delito, quedando así elaborada y promulgada la L.O. 1/1982 de 5 de Mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La implantación de esta Ley ha sido ventajosa en muchos aspectos; no obstante, la mayor parte de la doctrina sostiene que se trata de una Ley un tanto insuficiente.

2º. La falta de una regulación concreta del honor como derecho de la personalidad en el ámbito del Derecho privado ha desembocado en que la jurisprudencia juegue un papel imprescindible en el amparo de tal derecho, tratando así de establecer una serie de límites, concretándolos y delimitándolos, etc.

1.3. EL HONOR COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Junto al derecho a la intimidad y a la propia imagen, el derecho al honor se encuentra regulado en el art. 18 CE. En la mayoría de las declaraciones de derechos el honor, en cuanto derecho fundamental, suele estar ausente. No obstante, podemos vislumbrar una excepción en el art. 17 PIDCP, el cual ampara “los ataques ilegales a su honra y reputación” como garantía de la vida privada de la persona.

Atendiendo al Convenio Europeo de Derechos Humanos, al estudiar el contenido del art. 8 apreciamos como ostenta un contenido bastante similar al del art. 18 de la CE; pues aquél regula el derecho a la vida privada y familiar así como la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, hemos de dejar constancia de que el artículo 8 del CEDH no reconoce el derecho al honor, apareciendo simplemente como un límite a la libertad de expresión en el artículo 10, bajo la consideración de “derecho a la reputación ajena”.¹¹

De una forma concreta, podemos afirmar que el derecho a la intimidad, incluidas aquí su dimensión familiar, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones reciben un tratamiento común hasta el punto de que se ha sostenido que el concepto “vida privada” que reseña el CEDH sea equivalente al de “intimidad personal” que utiliza la CE. Afirmamos por tanto, junto con el profesor SANTOLAYA, “la identificación, en su núcleo esencial, entre intimidad y *right of privacy*, en la expresión del célebre trabajo de Warren y Brandeis en la Harvard Law Review, que consiste en poder establecer determinadas zonas o ámbitos protegidos frente a cualquier injerencia exterior”.¹²

Me posiciono en favor de la línea argumentativa que adopta el Profesor SANTOLAYA de que “nos encontramos ante manifestaciones de un mismo bien jurídico: la necesidad de garantizar la intimidad o vida privada, que la Res. 428 de 1970 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa definió como el derecho de vivir la vida de cada uno con un mínimo de interferencia. Comprende la vida privada, la familia, la vida en el domicilio, la integridad física y moral, el honor y la reputación, el evitar ser colocado bajo una falsa luz, la no

11 SANTOLAYA (2009): 546.

12 En este sentido, véase la STC 73/1982, de 2 de diciembre, en virtud de la cual se expresa que “un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren” o la STC 231/1988 de un “ámbito propio reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”.

revelación de hechos irrelevantes o embarazosos, la publicación no autorizada de fotografías privadas así como la protección de la divulgación de información dada y recibida por el individuo de manera confidencial...”¹³

Como ya hemos reseñado con anterioridad, el derecho al honor no se refleja expresamente en el CEDH; sin embargo, es el artículo 10 del Convenio el que en su apartado 2º hace un remisión al mismo bajo la consideración de “*reputación ajena*”; quedando así configurado el derecho al honor como un límite a la libertad de expresión¹⁴. Por su parte, el TEDH ha establecido una serie de criterios muy estrictos para aceptar las limitaciones de la libertad de expresión cuando ésta se ejercita en el marco del “debate público” (que engloba tanto el debate político en sentido estricto, como el debate sobre asuntos de interés general) que cuando se ejerce en otros contextos en los cuales la contribución al desarrollo de los principios democráticos es mucho menor.¹⁵ El Tribunal ha confiado una protección singular a la libertad de expresión realizada por representantes populares en el marco del debate político. En ese sentido, sostiene BUSTOS GISBERT, la *political speech* es un bien digno de especial protección por su estrecha relación con la garantía de una verdadera sociedad democrática. Esto es, se ha interpretado de forma restrictiva cualquier tipo de injerencia en el ejercicio de este derecho cuando es ejercido tanto por representantes políticos¹⁶, como sindicales¹⁷, etc. De la misma forma, se ha entendido que las críticas al gobierno tienen un enorme margen de maniobra ya que el mismo dispone de instrumentos suficientes para defenderse, como veremos posteriormente en el asunto Castells contra España de 23 de abril de 1992.

2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

En infinidad de ocasiones el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de reseñar que el derecho a la intimidad se funda en la necesidad de garantizar “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables y a que dicha información sera veraz”.¹⁸

En el mismo sentido, nuestra doctrina constitucional insiste en que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y

13 SANTOLAYA (2009): 546 y 545.

14 Véase en este sentido la STEDH de 14 de octubre de 2008 (Caso Petrina contra Rumania).

15 RAFAEL BUSTOS GISBERT (2009): 595.

16 Véanse en este sentido, entre otros, las STEDH de 23 de abril de 1992 (Caso Castells contra España), la de 27 de abril de 1995 (Caso Piermont contra Francia), la de 27 de febrero de 2001 (Caso Jerusalem contra Austria) y la de 27 de julio de 2007 (Caso Sanocki contra Polonia).

17 Véase la STEDH de 25 de noviembre de 1999 (Caso Nilsen & Johnsen contra Noruega).

18 STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2.

su familia de una publicidad no querida,¹⁹ y consecuentemente, el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.²⁰

Pero ¿hasta que punto alcanza este derecho a la intimidad? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del CEDH a un «círculo íntimo» en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo.

Pues en otros ámbitos como el trabajo o la profesión, también se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada. Es decir, la protección de la vida privada en el ámbito del CEDH se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social.²¹

3. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN.

3.1. CONCEPTO DOGMÁTICO.

Siendo la delimitación conceptual de la propia imagen una cuestión de gran controversia, fue la STC de 26 de marzo de 2001, la que definió el derecho a la propia imagen como ese derecho que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica cultura, etc. – perseguida por quien la capta o difunde.”²²

Es de suma relevancia hacer hincapié, tal y como ha hecho el Tribunal Constitucional, en que el derecho a la propia imagen ha de considerarse como un derecho de configuración autónomo habida cuenta de que, sin perjuicio de la expresa regulación en el mismo apartado primero del art. 18 del C.E. junto al honor y a la intimidad, “lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a

19 STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8.

20 STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2

21 Véanse en este sentido las STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džiautas c. Lituania, § 44 SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69).

22 Véase en este sentido, la SSTC 18 junio 2001 (RTC 2001, 139); 2 julio 2001 (RTC 2001, 156); 22 abril 2002 (RTC 2002, 83); 28 enero 2003 (RTC 2003, 14); 16 abril 2007 (RTC 2007, 72); 23 marzo 2009 (RTC 2009, 77); 29 junio 2009 (RTC 2009, 158); y 27 abril 2010 (RTC 2010, 23).

la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, pero no íntimo”, tal y como reza la STC de 26 de marzo de 2011.

En consecuencia, para hacer valer ante cualquier órgano jurisdiccional ese derecho a la propia imagen debemos realizar una perfecta escisión con respecto a la intimidad y al honor, ya que aunque se trate de derechos que a la postre se entienden como unos derechos fundamentales intrínsecamente unidos hemos de concebirlo como un derecho de configuración autónoma.

3.2. REGULACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA *AD INTRA* Y *AD EXTRA*.

Tal y como sostiene MARC CARRILLO, diversos autores entienden que la imagen es parte del derecho al honor de las personas. Por su parte, franceses y doctrina anglosajona lo configuran como un elemento del derecho a la intimidad; de forma tal que un uso ilícito de la imagen ajena conlleva la invasión de la intimidad. Tal planteamiento es, a todas luces, erróneo puesto que cuando hablamos de imagen hablamos de exteriorización, manifestación y reconocibilidad; concepto totalmente opuestos al ámbito de la intimidad.²³

A más a más, no apreciamos un reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen en las constituciones ni en el constitucionalismo europeo, inclusive el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Más bien, queda protegido por el principio general de respeto a la persona humana o de respeto a la vida y bien cercano a la intimidad personal.

A este respecto, es importante señalar que la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, no define los derechos de la personalidad que protege. Pero sí que refleja el carácter irrenunciable, inalienable e imprescriptible de los mismos.

Sección 2ª

Conceptos constitucionales de la libertad de información y expresión: Art. 21.1 C.E.

1. LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

Como ya hemos señalado, el art. 18.1 CE ampara el derecho al honor, junto al derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; mientras que el art. 20.1 CE reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, es decir, lo que constituye la esencia de la libertad de expresión, así como la libertad de información. Los límites de estos derechos se encuentran en el art. 20.4 CE, el cual reseña que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen

23 CARRILLO, M., “El derecho a la propia imagen del art. 18-1 de la C.E.”..., cit., pág. 72.

y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”, esto es, el constituyente tiene constancia de que es posible que exista un conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información.

La libertad de información otorga a cualquier persona el derecho de comunicar y recibir de forma libre información veraz, por cualquier medio de difusión. Ese ámbito lo constituyen los hechos noticiosos, susceptibles de contraste con datos objetivos, aunque habitualmente se entremezclen en un mismo acto de comunicación elementos informativos y valorativos no fácilmente separables. La libertad de información contempla información gráfica o la realizada mediante imágenes, así como el tratamiento humorístico de los acontecimientos noticiosos. Cuando es ejercida por profesionales del periodismo a través de medios de comunicación es cuando ostenta mayor protección constitucional.²⁴

La STS 93/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) reseña que: “La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizadas por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, y a la inversa²⁵. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante.²⁶ Tal sentencia continúa poniendo de relieve que “La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción.”

2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

En cuanto a la libertad de expresión, cabe decir que ésta reconoce el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones a través de la palabra,

el escrito o cualquier medio de reproducción. Su ámbito no comprende la comunicación de hechos noticiosos sino la emisión de juicios de valor, pensamientos, opiniones, tanto de carácter personal como subjetivo. De ahí que su campo de actuación sea mayor, comprendiendo la crítica de la conducta de otro, inclusive la que puede molestar, y quedando excluido solamente el uso de expresiones indudablemente injuriosas, sin relación e innecesarias con las ideas u opiniones que se expresan. En el momento que informaciones y opiniones suelen

24 LOPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2013):5.

25 Véanse en este sentido la STC 29/2009, de 26 de enero y la STC 77/2009, de 23 de marzo.

26 En este sentido véase la STC 107/1988, de 8 de junio.

presentarse juntas, siempre que sea posible deben deslindarse los aspectos informativos y valorativos. En el caso de que no sea posible hacerlo, se ha de estar al elemento preponderante.²⁷

La libertad de expresión, que garantiza el artículo 20 de la C.E., tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información²⁸, ya que no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

Sección 3ª

Conflicto entre el derecho al honor, intimidad y propia imagen y la libertad de información y expresión

Pues bien, una vez expuesto de forma sucinta ambos conceptos, hemos de dejar sentado que para la resolución del conflicto entre tales derechos fundamentales deben aplicarse técnicas de ponderación constitucional, atendiendo a las circunstancias del caso, esto es, se debe proceder a examinar la intensidad y trascendencia de cada derecho, en aras de elaborar una regla que priorice un derecho sobre otro y permita resolver el caso mediante su subsunción en dicha regla. Como regla general, se establece la prevalencia del derecho a la libertad de expresión e información, sobre el derecho al honor. No obstante, tal ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático.²⁹

Por tanto, la técnica de ponderación exige analizar los presupuestos, jurisprudencialmente exigibles, que deben concurrir para que la preeminencia en abstracto de las libertades de expresión e información no ceda, en el caso concreto, a favor del derecho al honor.³⁰

Con carácter general, podemos afirmar que, en el contexto de la libertad de información, esos requisitos son tres: interés público, veracidad y carácter no injurioso de la información. En cuanto al ámbito de la libertad de expresión deben de concurrir todos ellos menos el de la veracidad, sin embargo, con carácter general para que la información prevalezca sobre el

27 LOPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2013): 7.

28 En este sentido véanse la STC 104/1986, de 17 de julio y la STC 139/2007, de 4 de junio.

29 En este sentido véanse la STS 1457/2009, de 11 de marzo de 2009 (Sala 1ª, de lo Civil) y la STS 62/2013, de 5 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil).

30 ECHARRI CASI, F.J. (2013): 4.

derecho al honor debe reunir los presupuestos de “interés público³¹, veracidad³² y exposición no injuriosa o insultante”³³.

Sección 4^a

Adaptación de los derechos tradicionales al mundo tecnológico

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que regula nuestra Carta Magna son derechos fundamentales que siempre y en todo caso deben verse amparados. De ahí que, desde antaño se hayan visto protegidos en las diversas situaciones que han podido ser conculcados, que por cierto, no han sido pocas. No obstante, con el transcurso del tiempo la protección de estos derechos ha cobrado vital importancia en tanto que el avance de las nuevas tecnologías y su uso masivo ha conllevado que se intensifiquen las vulneraciones de aquéllos. Tanto es así que, muchas veces sin darnos cuenta, tras el desarrollo de una actuación cotidiana (p.ej. colgar imagen en nuestro perfil de facebook) aparece la vulneración de un derecho fundamental pudiendo conllevar consecuencias jurídicas relevantes. Éste hecho se produce de forma inconsciente y sin ánimo de causar ningún daño habida cuenta de que se trata de una actuación que se ha puesto de “moda” lo cual no implica que no rebase la esfera legal; como por ejemplo cuando “colgamos” en la red una fotografía en la que aparece un menor.

Por tanto, se trata de un hecho irrefutable la unión que subyace entre los derechos tradicionales ahora estudiados y las nuevas tecnologías. Por lo que, a más avance de los dispositivos electrónicos más son las precauciones que hemos de tomar para proteger nuestro derecho al honor, intimidad y propia imagen; y en consecuencia, más adaptada deberá estar la ley a los sucesos virtuales del momento en aras de que las actuaciones ilícitas concurrentes no

31 STC 143/1991, en concreto su Fj. 3º: “cuando la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen”, tal derecho a la información debe prevalecer. Es por ello que el fundamento de toda la argumentación ya consignada con anterioridad para hacer prevalecer el artículo 20.1 CE, cuando “se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como es el honor... es preciso, para que su proyección sea legítima que lo informado resulte de interés público”. Asimismo, el interés público o general de la noticia se considera implícito en cualquier información que afecte a hechos o sucesos de relevancia penal.

32 El requisito de la veracidad no concurre cuando se ejerce la libertad de expresión. Es de aplicación a todo tipo de información pública y, debemos llegar a entenderlo como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para poder contrastar la noticia en virtud de las pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. De ahí que no se excluya en caso de que la información presente errores o inexactitudes no esenciales, accesorias o meramente circunstanciales.

33 ECHARRI CASI, F.J. (2013): 5. “Atendiendo al carácter no injurioso, denigrante o desproporcionado, la información debe exteriorizarse de tal forma que no revista tales caracteres, en todo caso sea innecesario para cumplir el fin informativo si bien el requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje oral o escrito, excepto en supuestos en que se contengan expresiones que estén desconectadas con el resto de la narración y susceptibles de generar dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas.”

caigan en saco roto y gocen de un margen infinito de impunidad. Pues no olvidemos que la ley que regula éstos ilícitos data del año 1982.

CAPITULO II

INFLUENCIA DE LAS TIC'S SOBRE EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN: ILÍCITO CIVIL E ILÍCITO PENAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Hoy día es innegable la omnipresencia de las nuevas tecnologías en todo tipo de ámbitos; esto es, el ocio, el trabajo, etc. Desde que nos levantamos hasta que nos acostamos dependemos de herramientas tecnológicas y ello hace que éstas adquieran gran relevancia en nuestra vida diaria. Pero en lo que concierne al mundo del Derecho y, en concreto, al campo de la Abogacía podemos afirmar, sin ningún tipo de pudor, que estamos siendo absorbidos por las TICs. Fiel reflejo de tal afirmación es el implante de Lexnet; plataforma a través de la cual obligatoriamente se ha de proceder a la presentación telemática de escritos bajo “firma electrónica o digital”.³⁴

Por tanto, en aras a conseguir la principal meta referente a la absorción y eliminación del papel, es por lo que las TICs han cobrado una gran relevancia en el desempeño de nuestro ejercicio profesional.

Sin desviarnos del tema, ciñéndonos en sentido estricto a lo que depara el uso de las nuevas tecnologías en relación con el derecho al honor, intimidad y propia imagen, he de señalar que aquéllas generan grandes ventajas pero no olvidemos que nos encontramos ante herramientas de ocio y trabajo que generan nuevos y masivos ilícitos (tanto civiles como penales) que no pueden quedar impunes. A este respecto, siendo plenamente conscientes de la relevancia que ostentan las nuevas tecnologías en nuestra vida cotidiana, la solución principal pasa por adaptar la Ley que regula tales derechos a los sucesos virtuales. O dicho sea de otra forma más clara, concienciarnos de que lo que es un ilícito en la vida real, lo es también en la vida virtual.

Para que ello sea posible hemos de analizar las diversas situaciones que se pueden dar en éste tipo de asuntos, siendo requisito *sine qua non* estudiar los diversos campos en que se

³⁴ En este sentido, véase lo dispuesto en el Artículo 36.3 Iniciación del procedimiento por medios electrónicos, de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia: “3. Los profesionales de la justicia presentarán sus demandas y otros escritos por vía telemática a través de los sistemas previstos en esta Ley, empleando firma electrónica reconocida.”

produce la infracción habida cuenta de que no es lo mismo que se observen comentarios o imágenes susceptibles de vulnerar el honor, la intimidad o la propia imagen de una persona en un periódico físico que se produzcan en un periódico digital o página web. Como tampoco es lo mismo realizar unos comentarios en nuestra propia red social (Twitter, Facebook, etc.) en tanto y en cuanto el régimen de responsabilidades variará en función de que nos encontremos en uno u otro caso. Esta serie de cuestiones serán importantes a efectos de dilucidar quién ostentará la legitimación pasiva en el proceso.³⁵

Veremos los diversos tipos de ilícitos que, a través del uso de las TICs, pueden ocasionar las personas físicas; ya sean ilícitos civiles o penales. Para ello, es indispensable ponernos al día sobre los diversos medios existentes (aplicaciones, redes sociales, etc.) mediante los cuales puedo proceder a vulnerar el honor, la intimidad o la propia imagen de cualquier sujeto.³⁶

Y digo “sujeto” únicamente ya que, aunque *prima facie* pueda parecer un hecho insólito que las personas jurídicas puedan ver menoscabado éstos derechos personalísimos, una mercantil también puede ver afectada su esfera honorífica entendida, en mi opinión, como “*reputación corporativa*”. No sucede lo mismo con la intimidad y la propia imagen de la persona jurídica, ya que no han sido reconocidos por la jurisprudencia como derechos de aquéllas.

En último lugar, es imprescindible hacer distinción entre el ilícito civil e ilícito penal en el campo del honor, intimidad y propia imagen, a efectos de esclarecer las responsabilidades que conllevarán el desempeño de ciertas conductas.

Sección 1ª El ilícito civil

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LOS PERIODICOS DIGITALES

1. A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 8 DE JUNIO Y DE LA LEY 34/2002, DE 11 DE JULIO.

No cabe ninguna duda de que la publicación por un medio, ya sea digital o no, de una serie de comentarios, fotografías, etc. que vulneren el honor, la intimidad o la propia imagen de una persona llevará aparejada una responsabilidad civil o penal de aquél; en atención a

35 En este sentido, y ciñéndonos *strictu sensu* a la función a desempeñar por el abogado en este campo; en primer lugar, antes de analizar el tema de fondo deberemos tener suficientemente claro los aspectos jurídico-procesales que atañen a tal tema. Esto es, hacer un estudio detenido de quién estará legitimado pasivamente en el futuro pleito o, dicho de otro modo, a quién podremos demandar. Pues encontrándonos ante hechos de igual calado (que afecten al honor, intimidad o propia imagen de la persona) deberemos demandar a un sujeto u otro; dependiendo en la sede en que tengan lugar los hechos objeto de enjuiciamiento.

36 Una vez tengamos claros los presupuestos jurídico-procesales (en el sentido de la legitimación pasiva en el proceso), hemos de adentrarnos en el tema de fondo que versará sobre la distinción de los diferentes tipos de ilícitos civiles o penales en atención a la aplicación de las diversas herramientas tecnológicas. Por ello, es importante que el desarrollo de esta investigación siga un desarrollo lógico y ordenado en atención a la posible demanda o querrela a interponer en estos supuestos; esto es, en primer lugar un estudio jurídico-procesal y, con posterioridad, un estudio jurídico-material o de fondo.

las circunstancias concurrentes al caso. *Empero*, situación distinta es la que ofrece cualquier noticia publicada en cualquier periódico *online* o en cualquier otra plataforma de internet a la hora de que los lectores puedan dejar su opinión o comentario al respecto. En este último escenario, la *ratio decidendi* se presenta a la hora de identificar al responsable del mismo; pues esos comentarios pueden vulnerar el derecho al honor o intimidad de cualquier persona, ya sea física o jurídica, puesto que *lato sensu* se utiliza el precedente de una noticia para posteriormente desahogarnos con ella. Llegados a ese punto nos debemos formular los siguientes interrogantes; ¿cómo podremos identificar al usuario que profiere tales declaraciones si la mayoría de ellos intervienen bajo seudónimos? ¿puede incurrir en responsabilidad algún tercero en vez del verdadero autor? ¿deben quedar impunes éste tipo de situaciones?

Esta serie de interrogantes obtendrán su respuesta y justificación legal en los siguientes apartados; atendiendo como no a la jurisprudencia existente al respecto.

Sin necesidad de exponer datos numéricos, a internet acceden diariamente millones y millones de personas; ya sea para hacer del mismo un uso laboral, de ocio, etc. Siguiendo tal ecuación, es fácilmente comprensible que cada vez más son los derechos que se ven vulnerados en la red, pero en esta ocasión me centraré únicamente en el estudio de los perjuicios irrogados sobre los derechos personalísimos de una persona física o jurídica; en concreto, el derecho al honor, intimidad y propia imagen.

Pues bien, a la hora de acceder a una noticia *online* en casi todas las webs, debajo de la noticia nos encontramos con un apartado titulado “Comentarios”, a través del cual cualquier persona (ya sea bajo un identidad real o bajo seudónimo) puede proferir todo tipo de injurias, calumnias, etc. que dañen la honorabilidad o intimidad del sujeto objeto de noticia. Es en este punto cuando nos debemos preguntar, ¿quién ostenta la responsabilidad de esas declaraciones que vulneran el derecho al honor o intimidad de nuestro patrocinado y, consecuentemente, quién estará legitimado pasivamente?

Cuando queremos iniciar un proceso civil contra un medio de comunicación como consecuencia de una intromisión en éstos derechos de un sujeto, la responsabilidad civil recaerá sobre el autor, editor y director solidariamente; por lo que la demanda se interpondrá contra cualquiera de ellos.³⁷ Así lo estipula el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, de marzo de 1966.

Es decir, cuando se da el suceso típico en esta serie de procedimientos en que una persona (generalmente personaje público)³⁸ es objeto de una serie de declaraciones por parte de un

37 En particular, en materia de derechos fundamentales, el TS ha declarado (SSTS de 7 de marzo de 2013, rec. nº 645/2011, con cita de STS de 31 de mayo de 2011) «que la obligación de responder por los daños *causados por más de un agente, como consecuencia de la lesión al derecho fundamental ..., debe ser calificada como obligación solidaria*»

38 Digo que generalmente los demandantes suelen ser “*personajes públicos*” ya que son las únicas personas que se encuentran diariamente sometidas a la valoración pública. Pues al trabajar en medios televisivos, radios, etc. los insultos que se profieren en su contra son vistos por millones de personas y, en consecuencia, a fin de limpiar su imagen pública se ven obligados a formular demanda. (No tanto en aras a conseguir un beneficio económico, sino a conseguir una restitución moral). Ello no quiere decir que las personas anónimas no demanden, sino que lo hacen en menor medida habida cuenta de la escasa relevancia o trascendencia pública que tendrán tales declaraciones.

periódico que rebasan la esfera más personal, éste será el responsable; sin perjuicio de que la demanda se dirija contra el autor, editor o director del periódico.

Sin embargo, cuando tiene lugar una publicación en un periódico *online* existe la posibilidad de que tales noticias sean comentadas por los usuarios; a diferencia de los periódicos físicos en que tal posibilidad nunca ha existido.

Prima facie podríamos pensar que si cualquier usuario realiza alguna declaración injuriosa contra una persona a tenor de la noticia publicada, sería éste el que única y exclusivamente respondería por los perjuicios ocasionados. A continuación, adentrándonos en la materia veremos como esa línea hoy día no es la que aplican los órganos jurisdiccionales.

Así las cosas, deberemos de analizar con carácter general las fuentes legales que soportan tal controversia.

En el ámbito europeo, las normas que regulan ésta casuística es la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior y, en E.E.U.U., el artículo 230 de la Communications Decency Act.

En esta ocasión, nos centraremos en “el cambio de dirección” que implanta la Directiva 2000/31/CE al punto de otorgar a los prestadores de servicios de la información (en adelante, ISPs) responsabilidad civil por intromisiones en el derecho al honor, intimidad o propia imagen.

En este sentido, el artículo 14 dispone que:

*1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios **no pueda ser considerado responsable** de los datos*

almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

- a) el prestador de servicios **no tenga conocimiento efectivo** de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que*
- b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.*

Con efectos *ad intra*, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que transpuso la Directiva 2000/31/CE a nuestro ordenamiento jurídico, establece, en su artículo 16, la concurrencia de los dos mismos requisitos para atribuir responsabilidad civil al prestador de servicios.

En concreto, el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, dispone que:

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan **conocimiento efectivo**³⁹ de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, **actúen con diligencia para retirar los datos**⁴⁰ o hacer imposible el acceso a ellos.

2. EL “CAMBIO DE DIRECCIÓN” EN LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISPS; A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE.

Una vez expuestas las líneas teóricas sobre las que se basará éste epígrafe, pasaremos a ver los pronunciamientos de los tribunales sobre este tipo de asuntos, y la evolución jurisprudencial seguida.

Antes de continuar, he de señalar que no se trata la presente investigación de analizar las responsabilidades de los prestadores de servicios sino que es importante analizar esta cuestión al hilo de interponer la correspondiente demanda por vulneración del derecho al honor, intimidad y propia imagen, en Internet.

Con carácter previo a la interposición de la misma, hemos de estudiar si el prestador de servicios ostenta legitimación pasiva o se halla inmerso en el régimen de exenciones que confiere el legislador. Esto es, para que el tribunal competente declare esa vulneración del derecho al honor, primero efectuará una valoración sobre si es ése medio el que ostenta la responsabilidad o no. Es por ello por lo que, con carácter previo a adentrarnos en el núcleo de la investigación, hemos expuesto el contenido teórico que rige en este tipo de controversias.

Pues bien, el año 2009 fue el punto de inflexión en los pronunciamientos de los tribunales a este respecto. Con anterioridad a tal año, se venía observando una interpretación rígida del ya estudiado art. 16 de la Ley 32/2002, de 11 de julio.⁴¹

Hasta el año 2009 la tónica seguida por los tribunales era la de que para imputar responsabilidad al prestador de servicios, debía existir una resolución judicial previa que determinase la concurrencia del ilícito y que se pusiera en conocimiento del mismo prestador. Esto es, aunque hubiera un flagrante ataque al derecho al honor de un sujeto, las demandas eran

39 El periódico *online* tendrá conocimiento efectivo de la noticia cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos. Sin embargo, en el año 2009 con el dictamen de la Sentencia de 9 de diciembre (asunto *Putasgae*) se implanta una interpretación menos restrictiva del término “*conocimiento efectivo*” imponiéndose una interpretación más laxa y acorde a las circunstancias concurrentes. En este sentido el TS pone de relieve en el fundamento jurídico 4º de la mencionada sentencia que “el conocimiento efectivo puede obtenerse **a partir de hechos o circunstancias** aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.”

40 En este sentido, tal y como se puede apreciar en la Sentencia del TS del 2013 (en la cual se vulnera el honor por falta de diligencia del medio, al rehusar un fax a la parte actora) el concepto “*diligencia debida*” se aplicará **atendiendo a las circunstancias concurrentes al caso**, pues en este asunto vemos como el tribunal realiza una serie de valoraciones sobre las actuaciones concretas desempeñadas por la parte demandada.

41 Véase la SAP, núm. 835/2005 (Sección 14ª), de 20 de diciembre. (Asunto *Aprendizmason.org*).

desestimadas atendiendo a la garantía del derecho a la libertad de expresión y también en aras de evitar que el prestador soportara una carga de revisar y comprobar el contenido de los comentarios vertidos en la plataforma.⁴²

Posteriormente, el TS con el dictamen de la Sentencia de 9 de diciembre de 2009 (asunto “*Putasgae.com*”), marcó un cambio evidente en este tipo de asuntos. Dejando atrás la línea seguida por los tribunales españoles (interpretación restrictiva del término “conocimiento efectivo”) hasta el año 2009, se instaura una interpretación más amplia de tal concepto no circunscribiendo su concurrencia a la existencia de una resolución de un órgano competente en tanto en cuanto dicho conocimiento también se puede obtener cuando la intromisión en el derecho al honor o intimidad del sujeto en cuestión sea flagrante; en virtud de las circunstancias que rodean el asunto.

3. TOMA DE POSTURA.

Atendiendo al giro jurisprudencial acaecido, tal y como hemos visto en la exposición de las anteriores sentencias, mi opinión se sustenta en que a partir del año 2009, con la proliferación del uso de las TICs, éstos derechos fundamentales no pueden quedar desprotegidos como consecuencia del uso masivo de aquellas. Es por ello que, en aras a otorgar la debida protección que se merece el derecho al honor, intimidad y propia imagen en el campo internet, se implante un interpretación acorde al respaldo de tal derecho y no una interpretación que dificulte su debido amparo.

En mi opinión, ésta postura es de todo punto acertada ya que se adapta al cambio informático que impera en la sociedad actual; aplicando de forma magistral los conceptos de que dispone el legislador a la realidad jurídica del momento.

Pues el hecho de que proliferen, a partir de esos años, el uso de internet no es óbice para que operar en la red se convierta en una patente de corso para divulgar a diestro y siniestro todo tipo de acusaciones e informaciones sin consecuencia jurídica alguna.

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS FISICAS

1. LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA PERSONAL DE QUIEN REALIZA COMENTARIOS INJURIOSOS O CUELGA FOTOGRAFÍAS EN LA RED.

Una vez estudiada la posibilidad de vulneración del derecho al honor, intimidad y propia imagen a través de un medio de comunicación *online*, y la difícil identificación del sujeto

⁴² En la SAP núm. 835/2005 (asunto *Apredizmason.org*) se hace referencia a que no se puede otorgar la misma responsabilidad a un prestador de servicios que a un director de medio de comunicación o director (*culpa in vigilando*) ya que es imposible controlar el enorme volumen de información que se introduce en los ISPs, no pudiéndose equiparar la figura de los ISPs a la de un editor ya que es un mero distribuidor de la información.

responsable cuando hace comentarios, pasará a estudiar la segunda posibilidad existente; esto es, la vulneración del derecho al honor, intimidad o propia imagen a través de las redes sociales.

En este tipo de supuestos, es más fácil el reconocimiento del sujeto que profiere tales descalificaciones y cuelga fotos sin consentimiento habida cuenta del rastro dejado por el usuario en la red. De ninguna forma, los insultos o descalificaciones ocasionadas en la red pueden quedar impunes por el mero hecho de no realizarlas presencialmente. Más bien al contrario, pues hoy en día millones de personas tienen acceso a las redes sociales y tienen vía libre para el íntegro conocimiento de tales comentarios, fotografías, etc. Consecuentemente, es más gente la que se entera de tales descalificaciones y, por ende, la deshonra y el desprestigio sufrido por la víctima todavía es mayor. Al hilo de este suceso, el Código Penal recoge un nuevo agravante para los supuestos de estos delitos cometidos con publicidad; que en ésta ocasión no entraremos a analizar.

En la Sentencia, ya estudiada, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013 se expresa claramente que la responsabilidad del medio de comunicación y el máximo control que debe ejercer sobre los comentarios que se viertan no es aplicable a las redes sociales.

Por tanto, como a continuación expondré, la responsabilidad recaerá sobre el sujeto activo; que es el que escribe tales comentarios o cuelga una serie de imágenes.

Como ya sabemos, la restitución de los daños irrogados por intromisiones en el derecho al honor, intimidad y propia imagen pueden ser (atendiendo a las circunstancias concurrentes y al caso en concreto) objeto de reclamación tanto por la vía del derecho civil (demanda de juicio ordinario por intromisión ilegítima del derecho al honor en virtud de la Ley 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) como por la vía del derecho penal (querrela por delito de injurias y calumnias, ya sea con publicidad o no, regulados en el Título XI del Código Penal, en los artículos 205 y siguientes).

Habida cuenta de las posibles consecuencias tanto civiles como penales que pueden acarrear éste tipo de ilícitos, en éste apartado expondré los diversos tipos de ilícitos existentes hoy día los cuales provienen de actuaciones internautas a través de diversos dispositivos tecnológicos.

2. TIPOS DE ILÍCITOS VIRTUALES:

De la misma forma que el medio de comunicación puede incurrir en responsabilidad civil o penal por vulneración del honor, intimidad o propia imagen a través de cualquier medio tecnológico (periódico digital, web, blog, etc.) la persona física también puede cometer ilícitos civiles o penales que escindiremos en tradicionales y modernos.

2.1. ILÍCITOS VIRTUALES TRADICIONALES EN EL CAMPO DE LAS TIC'S.

El supuesto tradicional que tiene cabida en este tipo de ilícitos es el de la persona que profiere ya sea a través de su red social, página web o Smartphone una serie de descalificaciones que rebasan la esfera de la libertad de expresión (art. 20.1. d) C.E.) dañando el honor y/o intimidad de la persona afectada o publica unas fotos comprometidas de cualquier persona sin su consentimiento, quedando dañada de tal forma su imagen o intimidad. Hemos de reseñar que, como posteriormente veremos, se trata de una serie de derechos que serán ponderados atendiendo a una serie de parámetros o criterios que, en cierta medida, revisten un carácter sumamente abstracto y que son aplicados comúnmente de forma discrecional por el Juez. No obstante, sí que podemos hacer una clara distinción entre la protección que generalmente se les suele otorgar a los diversos sujetos. Pues no es lo mismo publicar una foto de una persona anónima que de un famoso (denominado por la jurisprudencia como “*personaje público*”), como tampoco es lo mismo publicar una foto de un menor de edad que de un mayor. Por tanto, ha de quedar meridianamente claro que se trata de unos derechos que han de ser analizados tal y como dicen la ley y la jurisprudencia “*atendiendo a las circunstancias concurrentes al caso*”.

A. DECLARACIONES EN TWITTER, FACEBOOK, ETC.

Hoy día, expresar cada uno de nuestros sentimientos y opiniones de forma pública sobre hechos de reciente comisión es un acto que realiza un porcentaje muy alto de la población. Cuando llegamos a nuestra casa después de un día de trabajo y nos encontramos en la televisión con la difusión de una noticia que atañe, por ejemplo, a un partido político; no se duda en comentar dicha decisión en cualquiera de nuestras redes sociales; lo cual conlleva que nuestra postura personal sea analizada por cualquier usuario de la red que tenga conexión con nuestra cuenta. Hasta aquí ningún problema, ya que la libertad de expresión es un derecho fundamental consagrado en nuestra Carta Magna que ampara el poder manifestarnos en uno u otro sentido con respecto a un hecho determinado. Sin embargo, llegamos al punto que mucha gente parece no comprender o “no querer comprender”. Ciertamente es que nos encontramos con la libertad de expresión que corresponde a todo ciudadano, pero ¿dónde está el límite de esta libertad de expresión?

Esta cuestión es nuevamente planteada en un reciente asunto que tuvo lugar hace escasos meses: la muerte de un torero. Víctor Barrio en plena faena sufrió una cogida que le propició la muerte lo cual se convirtió en el desencadenante para numerosas personas que socialmente se encuentran en contra de las corridas de toros y del maltrato de éstos para publicar masivos comentarios en las más relevantes redes sociales.

A saber:

“Ha muerto un torero. Un torturador menos, hoy el planeta está un poco más limpio de tanta mierda”.

“Me imagino que el toro salió por la puerta grande con las orejas y el rabo de Víctor Barrio”. *“Se ha muerto un torero. Un asesino menos.”*

No habiendo sentencia dictada al efecto, es fácil colegir que alegrarse de la muerte de una persona y calificarla de “*torturador*”, “*mierda*” y “*asesino*” sobrepasa los límites de la libertad de expresión habida cuenta de que nos encontramos ante una serie de declaraciones

que carecen de veracidad y que, por ende, sitúan al difunto en una situación de delincuencia, autor de tortura y asesinato. Obviamente tales descalificaciones se entienden como “discurso del odio”, pero en lo que a éste estudio concierne, se daña de forma flagrante el honor del fallecido.

Llegados a éste punto interesa cuestionarse lo siguiente: ¿Otorga la L.O. 1/1982, de protección civil del derecho al honor, intimidación y propia imagen, legitimación activa a algún sujeto para intervenir en defensa del honor del difunto afectado?

La memoria es un residuo inextinguible de la dignidad humana, que perdura mientras sea lesionada, vilipendiada o injuriada. Como principio constitucional (art. 10.1 CE), la dignidad sostiene todos los derechos fundamentales y libertades públicas, incluso más allá de la muerte. Tal y como dice el TC (STC, nº 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3), en el plano constitucional una vez fallecido el titular de los derechos fundamentales y extinguida su personalidad, **se mantienen acciones civiles para defender la memoria, como expresamente reconoce la Exposición de Motivos de la L.O. 1/1982.**

La memoria, finalmente, es también lazo de unión entre vivos y muertos, fragua la historia individual y colectiva, y es pieza necesaria del motor que hace andar a la sociedad generación tras generación. Por eso, acierta la L.O. 1/1982, en su art. 4.3 encomendando al Ministerio Fiscal la protección de la memoria del fallecido, en defecto de designados y familiares. Representa el interés público en mantener incólume el buen nombre de los que nos precedieron en el curso de la vida.

En consecuencia, de suyo tales declaraciones depararán responsabilidades civiles a sus autores puesto que nos hallamos ante declaraciones que generan un gran perjuicio a la memoria del fallecido.

Pero éste no ha sido el único tema mediático que rodea al mundo de la tauromaquia en lo que a los derechos fundamentales ahora estudiados y las nuevas tecnologías concierne. Me refiero a las manifestaciones que se han vertido en las redes sociales en el mes de octubre de 2016 contra un niño de 8 años llamado Adrián, enfermo de gravedad; el cual únicamente ha manifestado su afición por los toros. Algunas de las declaraciones publicadas son:

-“*Que se muera, que se muera ya. Un niño enfermo que quiere curarse para matar a herbívoros inocentes y sanos que también quieren vivir. Anda yaa!!! Adrián, vas a morir*”.

Otro decía: “*Que gasto más innecesario se está haciendo con la recuperación de Adrián, el niño este que tiene cáncer; quiere ser torero y cortar orejas*”. Continuando, “*No lo digo por su vida, que me importa 2 cojones. Lo digo por que probablemente esté siendo tratado en la sanidad pública. Con mi dinero*”.

Evidentemente, adoptando una postura totalmente objetiva y como meros interpretadores de lo que la ley y la jurisprudencia establecen, se trata de comentarios que sobrepasan los límites de la libertad de expresión dañando la dignidad y el honor del menor; susceptibles de amparo legal.⁴³

43 Jose Miguel Soriano, Art. Opinión, Expansión, 12 de octubre de 2016., “*Libertad de expresión si, delitos no*”.

Al mismo nivel, hemos de situar el mediático asunto de Isabel Carrasco, ya que tras su asesinato se publicaron un sinfín de comentarios en las redes sociales los cuales, sin perjuicio de que enaltecieran el terrorismo y fomentasen el discurso del odio, algunos también vulneraban el derecho al honor de la fallecida Isabel Carrasco.⁴⁴

Continuando en el plano de las redes sociales, ésta vez en un contexto político, Dña. Uxue Barcos interpuso demanda civil de protección del derecho al honor como consecuencia de unas declaraciones vertidas en la red social Twitter las cuales daban a entender que utilizaba su enfermedad con fines políticos o partidistas; todo ello tras haberse realizado las pesquisas oportunas para la averiguación de cuentas de Twitter y reconociendo los titulares la autoría de los comentarios.

Consecuentemente, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona, con fecha 15 de noviembre de 2012, dictó sentencia declarando la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la política.

B. PUBLICACIÓN DE “MEMES”.

Por todos es conocido el famoso meme de Julio Iglesias que salta de un celular a otro, a través de grupos de WhatsApp o de otras redes sociales, en el cual se observa una imagen suya con una frase que finaliza con “...y lo sabes”. Pues bien, ante este suceso del cual son objeto personajes públicos cabe plantearnos la opción de si vulneraría el derecho al honor, intimidad y propia imagen del mismo. Es cierto que se usa de forma indiscriminada la imagen de cualquiera de ellos para satisfacer el ocio y la diversión social, en los que “generalmente” no se observa ningún tipo de injuria, amenaza, etc. En consecuencia, cabe reseñar que como personajes públicos que son deben soportar una cierta debilidad en lo que a la protección de estos derechos se refiere; pues son ellos mismos los que normalmente ofrecen datos personales y alimentan a los medios del corazón a fin de obtener una serie de beneficios económicos. Ello no implica que, si se rebasan esos límites que ofrece la libertad de información y expresión, no podamos interponer la correspondiente demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad y propia imagen; en tanto que nuestra Carta Magna no garantiza un hipotético “*derecho al insulto*”.

C. PUBLICACIONES EN WHATSAPP: EN CONCRETO, EL “ESTADO”.

A través de la conocida aplicación WhatsApp se puede publicar cualquier estado, es decir, manifestar cualquier tipo de sentimiento, ideología, etc. Hemos de reseñar que, a diferencia de otras aplicaciones o redes sociales, en WhatsApp solamente podrán ver tu estado aquellos que estén registrados en el celular del que publica; por lo que la expansión será menor.

44 Tras el asesinato de la Diputada de la Provincia de León Isabel Carrasco, se publicaron en las redes diversos ataques contra la fallecida los cuales afectaban a su memoria. Estos comentarios han sido entendidos como ilícito civil en el sentido de la Ley Orgánica 1/19821 o, bien, como ilícito penal como delito de injurias por los que fueron detenidos tres personas identificadas por la Policía.

A este respecto, un médico interpuso demanda por vulneración de su derecho al honor contra su antiguo socio en tanto que éste último decidió publicar en su estado de WhatsApp el siguiente comentario: “*No te fíes de Javier Gutiérrez*”.

Turnándose la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Moncada (Valencia) se condenó a la persona que publicó el precitado comentario a la restitución del honor del antiguo socio mediante el abono de 2.000 € en concepto de indemnización por daños morales y la publicación en su estado de WhatsApp durante dos meses de que había sido condenado mediante Sentencia de 30/12/2015 por intromisión ilegítima en su derecho al honor.

A juicio del magistrado, prevaleció una intención de “*desprestigio personal*” al proceder a la publicación de que no era digno de confianza. Asimismo, reseña que “*el estado de una cuenta de WhatsApp no es el lugar apropiado para incorporar una frase de este tipo, ya que es un espacio previsto en la aplicación para incorporar información del titular de la cuenta*”.

D. PUBLICACIONES FOTOGRÁFICAS EN TWITTER, FACEBOOK, WHATSAPP, ETC.

Una actuación muy común en estos días es la de “subir” fotografías a nuestra cuenta personal, las cuales (de la misma forma que los comentarios anteriormente citados) serán vistas por un régimen abierto de personas.

Cuando acudimos a cualquier tipo de evento como por ejemplo, cumpleaños o ceremonias, es impensable no poder vislumbrar a nuestro alrededor una cámara fotográfica o, simplemente, el móvil personal que no para de realizar una fotografía tras otra. *Prima facie* este hecho no reviste ningún tipo de gravedad, no obstante, el problema se presenta cuando ese pseudofotógrafo decide *motu proprio* publicar esa serie de imágenes conseguidas.

Centrando el supuesto de hecho en el marco jurídico pertinente hemos de cuestionarnos si nos hallamos ante un ilícito penal susceptible de vulnerar la propia imagen y la intimidad del afectado, o simplemente, nos encontramos ante un ilícito civil.

d.1. Captaciones realizadas con consentimiento para la realización pero no para la difusión.

Como es lógico, si prestamos consentimiento expreso para que nos tomen una foto no se planteará ningún debate jurídico. Pero, ¿y si prestamos el consentimiento para el posado y no para su publicación?

En primer lugar, para analizar el bagaje que plantea la distinción entre ilícito civil y penal en este campo hemos de tener en cuenta la importante reforma que se realizó a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Es a raíz de la misma cuando la conducta referente a la difusión sin consentimiento⁴⁵ por un tercero de imágenes o vídeos que se han captado y se

⁴⁵ Cuando hablamos de “consentimiento” en el plano fotográfico hemos de discernir entre el “consentimiento para posar” y el “consentimiento para la exhibición fotográfica”. Pues el Tribunal Supremo ha venido matizando que: “*el consentimiento no debe ser general, sino que debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre*

transmitieron con la anuencia de la víctima ha quedado recogida como delito en el apartado 7 del art. 197 del C.P. O lo que es lo mismo, lo que antes de la precitada reforma era un mero ilícito civil, pasa a ser un ilícito penal debido a la proliferación del uso de las TIC's y a entender esta conducta no como un hecho aislado sino más bien como un hecho común que cada vez con más frecuencia es practicado por los jóvenes.⁴⁶ Por lo tanto, actualmente podemos decir que aunque la captación de la imagen haya podido ser consentida, si su difusión no lo es puede conllevar delito; siempre y cuando menoscabe gravemente su intimidad personal.

Con anterioridad a ésta reforma, eran diversos los errores cometidos a la hora de valorar tal conducta. En este sentido, podemos traer a colación la SAP de Almería 242/2005, la cual trata un asunto en que una compañera de trabajo había dado a otro compañero una serie de fotos para que las revelase y éste procedió a la difusión de las mismas por correo electrónico (se trataban de unas fotografías en ropa interior). Como podemos apreciar, en este supuesto existe pleno consentimiento a la hora de captar las imágenes personales lo que nos lleva a afirmar que el acceso a las imágenes por parte del tercero no ha sido delictivo en el sentido del art. 197.1 del Código Penal en tanto que su captación fue consentida por la persona afectada. El Tribunal castiga a la persona que reveló las fotos como autor de un delito contra la intimidad; sin embargo, éste es un claro ejemplo de error en que, con anterioridad a la reforma, se incurría en este tipo de sucesos; pues lógicamente el consentimiento estaba limitado a una serie de usos de las imágenes, lo cual determina la ilicitud de la difusión, pero solamente desde un punto de vista no penal, es decir, en el marco de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

d.2. Captaciones realizadas sin consentimiento del damnificado.

Por su parte, si presenciamos una publicación de fotografías en redes sociales realizadas sin consentimiento hemos de atender a una serie de circunstancias precisas. Esto es, deberemos analizar estrictamente el tipo de sujeto que aparece en la imagen publicada (menor, persona pública, político, persona anónima, etc) en tanto que en presencia de unos u otros los grados de responsabilidad serán distintos. A estos efectos, será importante dilucidar si la imagen es tomada en un sitio público o se trata de un sitio privado así como discernir si la persona afectada aparece en un primer o un segundo plano.⁴⁷

la concreta publicación de la misma en un determinado medio". De forma que el hecho de posar para una foto que te hace, por ejemplo, un amigo no implica que pueda divulgarla por cualquier sitio.

46 Véase en este sentido la siguiente web <http://www.expansion.com/2015/01/08/juridico/> referente a la noticia *¿Es legal la publicación en Internet de fotografías tomadas en discotecas?*. Al tomar una foto en el interior de una discoteca a un cliente o clientes podemos cuestionar el consentimiento en el posado habida cuenta de que al encontrarse el que posa en estado de embriaguez (si es que lo estuviese) podemos presenciar un vicio en el consentimiento. Sin embargo, la mayor parte de las discotecas en sus webs, en aras a conferir a su negocio una buena reputación externa, proceden a subir fotos de gente que posa para la foto; sin embargo, la gran mayoría de ella no presta su consentimiento para la publicidad de la misma conllevando tal acto una clara vulneración del derecho fundamental a la propia imagen.

47 No entramos a valorar esta serie de requisitos debido a la concisión de la presente investigación; pero es muy relevante analizar detenidamente esa serie de perfiles, lugares y planos (1er o 2do plano a efectos de que se una imagen *accessoria*).

E. SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL.

Otra de las cuestiones actuales ante la que me parece de gran relevancia reparar, es el análisis legal que surge de la posible instalación de cámaras en el seno de una empresa.⁴⁸ Pues en este momento presenciaremos una manifiesta colisión entre, por un lado, el derecho a la intimidad del trabajador y su protección de datos personales y, por otro, los derechos constitucionales recogidos en los arts. 33 y 38 de nuestra Carta Magna; entendidos como el poder de dirección empresarial imprescindible para la buena marcha de la organización productiva. El debate jurídico, según diversa jurisprudencia, va a discurrir por los derroteros del deber de información del trabajador. Éste deber de información se relaciona con ese aviso de que el trabajador va a ser filmado en el desempeño de sus relaciones laborales. No obstante, ¿cómo deberá ser esa información que debe recibir el trabajador? ¿se trata de un información general o una información específica?

En este sentido, el Pleno del Tribunal Constitucional ha dictado una sentencia de fecha de 3 de marzo de 2016, en la cual se manifiesta que la instalación por una empresa en la entrada de uno de sus establecimientos del distintivo informativo de “Zona videovigilada” regulado por la Instrucción 1/2006 de la AEPD, cumple con la obligación de informar al trabajador de la instalación de dichos sistemas.

A este respecto, señala el T.C. que, éste recurso de amparo tiene una especial trascendencia constitucional, habida cuenta de que permite al TC perfilar o aclarar su doctrina a tenor del uso de cámaras videovigiladas en la empresa, en aras de aclarar el alcance de la información a facilitar a los trabajadores sobre la finalidad del uso de la videovigilancia en la empresa: si sería lícita únicamente una información general o, en sentido opuesto, es necesaria una información específica.⁴⁹

La reciente sentencia del TC, de 3 de marzo de 2016, resuelve sobre la posible vulneración del honor y la intimidad del trabajador por la instalación de una cámara de videovigilancia en la tienda en que prestaba sus servicios, en concreto, en el escaparate del establecimiento. Pues el empresario tenía sospechas de que en la caja se producían múltiples irregularidades, por lo que procedió a instalar sin avisar a los trabajadores, una cámara a fin de controlar los movimientos de la caja.

Con posterioridad, se procedió al despido de una trabajadora por haberse apropiado de manera frecuente de dinero efectivo de la caja, en diferentes fechas y de manera habitual. Ante tales hechos, la actora interpuso demanda, interesando la declaración de nulidad del despido por atentar contra su honor, intimidad y dignidad y, de forma subsidiaria, declarar la improcedencia del despido. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda y declaró procedente el despido; siéndole recurrida tal decisión ante la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León pronunciándose éste en el mismo sentido que el anterior.

48 A todas luces se trata de un tipo de ilícito civil o penal (atendiendo a las circunstancias concurrentes) que tiene lugar como consecuencia del uso de un aparato tecnológico (cámara de videovigilancia) en el ámbito empresarial, de ahí la influencia de las nuevas tecnologías en el honor, intimidad y propia imagen del trabajador.

49 En este sentido, véase la STC 29/2013, de 11 de febrero.

Consecuentemente, la demandante recurrió en amparo alegando vulneración de los arts. 14, 15, 18.1, 18.4 y 24 C.E.

El T.C. desestima el recurso de amparo atendiendo a que *“el dato recogido fue utilizado para el control de la relación laboral. No hay que olvidar que las cámaras fueron instaladas por la empresa ante las sospechas de que algún trabajador de la tienda se estaba apropiando de dinero de la caja.”*

En consecuencia, teniendo la trabajadora información previa de la instalación de las cámaras de videovigilancia a través del correspondiente distintivo informativo, y habiendo sido tratadas las imágenes captadas para el control de la relación laboral, no puede entenderse vulnerado el art. 18.4 CE.

Continúa el FDJ. nº 5 De la Sentencia del T.C. reseñando que: *“Por ende, del razonamiento contenido en las Sentencias recurridas se desprende que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de cámaras de seguridad que controlaban la zona de caja donde la demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una **medida justificada** (ya que existían razonables sospechas de que alguno de los trabajadores que prestaban servicios en dicha caja se estaba apropiando de dinero); **idónea para la finalidad pretendida** por la empresa (verificar si algunos de los trabajadores cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); **necesaria** (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y **equilibrada** (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1.”*

2.2. ILÍCITOS VIRTUALES MODERNOS EN EL CAMPO DE LAS TIC'S.

A diferencia de los ilícitos tradicionales, los ilícitos modernos se van a caracterizar fundamentalmente por tratarse de una serie de actos novedosos desempeñados a través de un medio tecnológico. En la actualidad, tomar una foto con un teléfono móvil y colgarla en nuestra red podemos definirlo como un acto tradicional dado que han transcurrido diversos años desde que se iniciaron tales prácticas. Sin embargo, determinados actos ya sean de carácter erótico, pornográfico, burlesco, etc. que tienen lugar en diversos escenarios (whatsapp, Snapchat, Facebook) no son tan tradicionales y tienen poco recorrido. Hablamos del Sexting, Bluedating, Gossiping, Aftersex, Reveng porn, etc.

A. EL “SEXTING”: BLUEDATING, TOOTHING, WIDATING.

A.1.) Efectos Nacionales: *Asunto Olvido Hormigos.*

Podemos definir el sexting como el envío, generalmente a través de Internet o de un dispositivo móvil, de mensajes de contenido sexual producidos y protagonizados por el emisor. Los derechos que aquí se pondrán en juego serán la intimidad y la propia imagen del remitente en tanto en cuanto tales mensajes podrán ser reenviados indiscriminadamente por el receptor. El término “Sexting” es un anglicismo (contracción de Sex y Texting) el cual tiene como finalidad despertar en el receptor algún tipo de atracción sexual en el seno de algún

tipo de relación afectiva. El problema se plantea cuando, una vez finalizada esa relación por cualquier tipo de causa (diversión, despecho, etc.) se puede proceder a la divulgación de las imágenes o vídeos.⁵⁰

El *Sexting* tiene como variante inicial el *Bluedating*; consistente en el empleo de Bluetooth para encontrar pareja, ligar, etc. En sentido contrario, se encuentra el *Toothing* el cual se realiza con personas que previamente se han dado de alta en el servicio de contactos. Siendo éste sinónimo de *Widating*.

En éste contexto informático, rápidamente nos viene a la mente el mediático asunto de la Concejala de Los Yébenes; Olvido Hormigos, el cual trae causa de la divulgación de una serie de videos de contenido erótico sin consentimiento de la protagonista. No obstante, son abundantes los casos de menores que se ven inmersos en ésta práctica cotidiana. Según el estudio del INTECO, el 8,1 % de los menores españoles recibe fotos o vídeos de chicos/as de su entorno en posturas provocativas o inapropiadas. El 4% reconoce haberse hecho fotografías o vídeos ellos mismos en posturas provocativas o inapropiadas. Pero la incidencia mayor está entre los adolescentes de entre 15 y 16 años: 6,1 %.⁵¹

Con carácter general, los últimos datos de 2015 en España son asombrosos. Pues 8 de cada 10 encuestados, entre una muestra de 870, reconoce haber practicado “sexting”; según un estudio presentado en la convención anual de la Sociedad Americana de Psicología.⁵²

A este respecto cabe preguntarnos; ¿qué derechos fundamentales son vulnerados?

¿de qué tipo de protección gozará el protagonista del vídeo en esta situación? ¿nos encontramos ante un ilícito civil o un ilícito penal?

Tras el mediático asunto de Olvido Hormigos, el legislador ha introducido con la reforma operada por la L.O. 1/2015, a través de la cual se modifica el C.P., *ex novo* algún tipo penal; entre los que se encuentra el que ahora es objeto de análisis. Por vez primera, ante la casuística planteada la cual quedaba totalmente impune, con la legislación vigente en el momento de la comisión de los hechos, se daba cobertura a este tipo de sucesos en que las imágenes o grabaciones de otra persona habiéndose obtenido con consentimiento de la víctima, eran divulgadas *ex post* sin su anuencia y contra su voluntad y siempre que su difusión menoscabase gravemente su intimidad.

Pues bien, ésta práctica sin lugar a dudas pone en serio peligro la intimidad personal del afectado ya que la difusión de esas imágenes o de esos vídeos afectarán a su aspecto físico o corporal así como a su aspecto sentimental o psicológico. Además hay otros riesgos como por ejemplo la pérdida de credibilidad, estigmatización, etc.

Por su parte, ésta difusión también vulnera el derecho a la propia imagen desde el momento en que un tercero dispone de la imagen de una persona sin su consentimiento.

50 Véase “*La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*”, por Juan María Martínez Otero, 2013.

51 <http://www.gitsinformatica.com/sexting.html>

52 <http://www.gitsinformatica.com/sexting.html>

Aspecto más difícil es el de valorar si el derecho al honor también puede verse afectado. En este sentido deberemos valorar expresamente el contenido de las imágenes y su repercusión en la autoestima o reputación del sujeto que las protagoniza. Es obvio que el tema sexual no es un tema mal visto en nuestra sociedad, sin embargo, cosa distinta se presenta a la hora de ver que una persona se muestre en un vídeo o imagen de forma provocativa, masturbándose, etc. Por lo tanto, lo más lógico y común será que este tipo de material también vulnere el derecho al honor del protagonista.

Tras el suceso de la Concejala de los Yébenes, el cual no ha podido ser objeto de condena penal dado que existió pleno consentimiento en la transmisión del vídeo al difusor, tal conducta se ha tipificado como delito en el apartado 7 del art. 197 del C.P.; por lo que a modo de conclusión en lo que atañe al “*Sexting*” podemos decir que con anterioridad a la reforma del Código Penal nos encontramos ante un mero ilícito civil que quedaba amparado por lo dispuesto en la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Sin embargo, actualmente tal marco legal ha evolucionado puesto que los hechos que con anterioridad a la reforma conllevaban responsabilidad civil ahora conllevan responsabilidades penales con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses.

Gran trascendencia mediática también ha tenido el vídeo erótico difundido masivamente en que aparecían dos jugadores del Eibar con una tercera persona manteniendo relaciones sexuales. Ante la difusión de tal vídeo, la persona anónima que aparecía en el vídeo ha interpuesto denuncia contra los jugadores. A este respecto, he de señalar que no se trata del mismo asunto que el de Olvido Hormigos ya que el requisito del consentimiento a la hora de proceder a grabar no concurre.; pues en el vídeo se puede apreciar como la interviniente dice expresamente: “Para, eso no”; de lo cual es lógico inferir que ésta no quería proceder a la filmación del acto sexual. Sentado lo anterior, nos encontramos ante el supuesto que tipifica el art. 197.3 del

C.P. el cual lleva aparejadas penas de prisión de 2 a 5 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. Es decir, se filman actos íntimos sin consentimiento y se difunde sin consentimiento; por lo que nos encontramos ante el tipo agravado del art. 197 C.P.

Las cuestiones que algún que otro autor plantean sobre la reforma acaecida, no sin razón, son; ¿lo que persigue la presente reforma es proteger la incoscienza o irresponsabilidad de la persona que, bajo su propio consentimiento transfirió un vídeo a otra de contenido íntimo? ¿no resultaría igualmente responsable directo el propio afectado desde el momento en que reveló a un tercero aspectos muy sensibles de intimidad? ¿no se vulneraría de ésta manera el principio de intervención mínima y de fragmentariedad del ordenamiento penal?

Éste tipo delictivo también puede darse entre menores de edad, pues así lo muestra una encuesta en que los profesores británicos revelan que el sexting ha llegado a alcanzar proporciones totalmente epidémicas incluso en escuelas primarias, con niños de hasta 7 años llegando a intercambiar imágenes sexualmente explícitas a través del teléfono móvil.

Los diversos casos de niños haciéndose selfies sexuales son muy frecuentes, de la misma forma que a través de redes sociales publican sus primeras experiencias sexuales. En concreto, un 13 % de los episodios de sexting son ya entre niños de siete y diez años.⁵³

A.2.) Efectos internacionales: *Asunto Tiziana Cantone*.

A nivel internacional, es de destacar el reciente asunto en que una joven italiana se suicida debido a la masiva difusión a través de Internet de un vídeo de contenido erótico que su exnovio “colgó” en las redes; siendo éste objeto de abundantes mofas y burlas por todo tipo de personas anónimas y públicas. La difusión del vídeo fue tan amplia que causó un grave trastorno a la víctima, queriendo ésta incluso cambiar de identidad para no ver registrado su nombre de por vida en la red. Éste es un claro ejemplo de las importantes consecuencias que puede deparar un uso ilícito de las TIC’s; y la relevancia de tipificar como delitos tales conductas que actualmente son tan comunes.

B. EL “SEXSELFIE”, “AFTERSEX” Y “PORNOVENGANZA” (REVENG PORN).

En el mismo plano que el *Sexting*; se sitúan el *Sexselfie* y el *Aftersex*, o mejor dicho, son derivaciones o modalidades del primero. Aunque estas bifurcaciones son menos conocidas, podemos definir las como aquellos actos consistentes en subir fotos a una red social (generalmente Instagram) junto a tu pareja después de haber mantenido relaciones sexuales. El *Sexselfie* y el *Aftersex* se sitúan jurídicamente en el mismo marco legal que el *Sexting* en tanto que son actuaciones en las que en un primer momento se obtiene el consentimiento de la otra persona que aparece en la imagen; sin embargo, puede no contarse con el consentimiento a la hora de colgarla en la red (difusión). De ahí que, con anterioridad a la reforma operada en 2015 del C.P., se considerase el *Sexselfie* o el *Aftersex* como un acto que podría deparar consecuencias civiles; encontrándonos hoy día con que los mismos actos podrían conllevar consecuencias penales. (ex art. 197.7º C.P.)

Todo ello desemboca en el *Revenge porn* (Pornovenganza) consistente en subir fotos, vídeos o cualquier elemento que ponga en evidencia las intimidades sexuales de la expareja, mediante la cual las parejas despechadas buscan vengarse emocionalmente con esas fotos de sus ex de lo más comprometedoras.

Aunque parezca ficción o irreal, este suceso lo han padecido personalmente numerosos internautas y algunos ya han procedido a denunciar públicamente.⁵⁴

C. EL “GOSSIPING”: GOSSIP E INFORMER.

El Gossiping es otra práctica que conlleva peligro para los adolescentes, consistente en la creación de foros y chats en los cuales se comentan todo tipo de rumores. En Cataluña estos

53 Véase la noticia publicada en <http://www.elmundo.es/ciencia/2016/03/26>.

54 A título de ejemplo, Kayla Laws demandó al editor de una página web que alojaba instantáneas suyas en las que aparecía desnuda. Ante el vacío legal existente, éste se negó a retirarlas. Se trataba de HunterMoore, un sujeto que se autocalificaba como “arruinador de vidas personales” y en describir a las víctimas que ocupaban su página como “putas” que se merecían lo que estaba sucediendo.

foros han sido todo un fenómeno debido a Informer, aplicación que permite crear páginas en Facebook ya sea para comunidad, colegios o universidades.

Estos foros han llegado a alcanzar tipos de conversaciones de muy alto calado, no siendo extraño que a raíz de aquéllas se produjeran agresiones o disputas en la calle teniendo que intervenir la Policía. Tanto es así que la Generalitat ha procedido a la activación de un plan de formación en colegios y universidades a fin de concienciar a los alumnos de la importancia que ostentan unos derechos fundamentales como el honor, la intimidad y la propia imagen frente a la libertad de expresión en el mundo tecnológico.⁵⁵⁵

Ésta práctica deparará responsabilidades civiles bajo la L.O. 1/1982, pudiéndose ver conculcado tanto el derecho al honor como la intimidad personal y familiar. Por su parte, la propia imagen no podría verse dañada habida cuenta que Informer y Gossip son aplicaciones utilizadas para comentar determinados rumores y no para “colgar” fotografías como si de un perfil se tratase.

3. TOMA DE POSTURA

Una vez establecido un elenco *numerus apertus* de los diversos ilícitos cometidos a través de diversos dispositivos tecnológicos ante los que nos podemos encontrar actualmente, es fácil reseñar que la masiva utilización de éstas tiene una gran repercusión en la continua actualización o adaptación de la Ley. Pues a medida que los dispositivos tecnológicos avanzan y varían, mayores son los recobecos legales que hay que tratar de cubrir y subsanar so pena de disponer de una serie de disposiciones legales obsoletas y que no puedan dar respuesta a las verdaderas actuaciones que tienen lugar. La no adaptación del marco legislativo puede suponer un gran perjuicio para todos aquellos que vean conculcados sus derechos fundamentales ahora estudiados, ya que se verían indefensos ante situaciones que día tras día van teniendo cada vez mas trascendencia. A la postre, he de decir que poco a poco se van obteniendo respuestas legales a los diversos sucesos descritos y, aunque parezca que no, los damnificados están viendo protegidos sus derechos; sin perjuicio de que podemos afirmar sin ningún tipo de pudor que a día de hoy la L.O. 1/1982 debe ser reformada teniendo en cuenta los diversos medios y escenarios de que el infractor dispone para cometer el ilícito.

LA PERSONA JURIDICA COMO SUJETO DAMNIFICADO

1. INFLUENCIA DE LAS TIC'S EN EL CÍRCULO EMPRESARIAL.

Una vez comentado el bagaje que plantea el sujeto activo en este tipo de situaciones, pasaré ahora a exponer una breve reflexión sobre la incidencia de las personas jurídicas como sujeto pasivo. Es decir, analizar la posible titularidad que pueda tener una persona jurídica sobre los

55 Véase en este sentido la página web: <http://www.gitsinformatica.com/sexting.html>

derechos al honor, intimidad y propia imagen en la sede internauta. Al hilo de tal planteamiento, es de rigor formularse una pregunta que solucionará numerosos problemas que tienen lugar hoy día: ¿dispone cualquier empresa de algún tipo de acción legal que frene los numerosos ataques que sufre a través de redes sociales, portales de noticias, páginas webs, etc.? o lo que es lo mismo; ¿ostenta una empresa derecho al honor, intimidad y propia imagen?

Hasta lo ahora expuesto en los epígrafes anteriores, el sujeto pasivo o sujeto damnificado ha sido la persona física. Hemos analizado desde las vulneraciones a través de periódicos digitales y su régimen de responsabilidad hasta las vulneraciones sucedidas en las redes sociales; pero siempre tratándose del derecho al honor, intimidad o propia imagen de una persona física.

Actualmente, son numerosas las noticias que salen a la luz sobre el círculo más íntimo de una empresa; ya sea sobre su funcionamiento, perspectivas de futuro, etc. Sin embargo, tales noticias pueden ser verdad o no; pero lo que es plenamente seguro es que la publicación de la noticia afectará para bien o para mal en el seno de la empresa.⁵⁶

En este caso, traemos a colación aquellas noticias falsas y desorbitadas que publica cualquier medio a fin de generar audiencia o vender ejemplares. Pues es obvio que una noticia llamativa que recaiga sobre el perfil de una gran empresa va a tener una relevancia enorme en tanto y en cuanto son numerosos los clientes de tal firma los que quieren enterarse del devenir de la empresa y, en consecuencia, de la inversión de su capital en ella.

Si nos encontramos ante una noticia que es falsa, o como suele ocurrir en muchas ocasiones, que no se ha comprobado debidamente conforme a los canones del periodismo⁵⁷ y perjudica gravemente la posición de la empresa en el mercado, es lógico y totalmente coherente que la empresa afectada pueda emprender una adecuada acción legal contra el difusor de la noticia. *A priori*, la opción más sensata es ésta ya que si privásemos a la mercantil de la defensa de su reputación entraríamos en un entramado en el que la libertad de información sería una falsa luz que quedaría utilizada únicamente como instrumento enriquecedor de los medios de comunicación, quedando tal libertad totalmente tergiversada y fuera de la órbita de los principios generales que deben regir en un estado de derecho.

Hago referencia en primer lugar a los medios de comunicación puesto que como consecuencia de la publicación de una noticia que vaya a tener éxito al 100 % aquéllos generarán numerosos beneficios económicos a costa de transgredir la reputación de la empresa. *Empero*, ello no es óbice para que una persona física pueda proceder desde su red social a publicar cualquier tipo de noticia o comentario que afecte a una mercantil.

Como todos sabemos, son pocas las horas o incluso los minutos que transcurren desde que una noticia se publica hasta que se pone en conocimiento de millones de personas. En pleno auge de las redes sociales las noticias que permanecen en la nube son incontables, no siendo alguna de ellas totalmente cierta.

56 En este sentido véase la noticia publicada en <http://www.expansion.com/juridico/sentencias/2016>: “Las empresas también defienden su derecho al honor”

57 URÍAS, JOAQUÍN (): 8 y 9. “Los límites de la libertad de prensa”.

Mientras ésta noticia salta de un celular a otro, la empresa afectada puede comenzar a sufrir grandes pérdidas económicas traducidas en daños patrimoniales para la misma; por lo que podemos concluir que nos encontramos ante un tema que no es baladí y hemos de quedar totalmente concienciados de que lo que está en juego es mucho.

2. DERECHO AL HONOR DE LAS EMPRESAS.

La Constitución Española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas; pero es cierto que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las entidades puedan ser sujetos de algunos derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional viene diciendo expresamente que *“aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas”*. (SSTC 139/1995, de 26 de Septiembre).

La L.O. 1/1982 no se pronuncia al respecto sobre la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas. Ni a favor ni en contra. Por tanto, es la jurisprudencia el instrumento del que nos valdremos para afirmar que las personas jurídicas si son titulares del derecho al honor. No obstante, si atendemos a las normas de legitimación de la L.O. 1/1982, la interpretación resultante permite sostener un criterio más flexible sobre la titularidad del derecho al honor.

Han sido numerosos los debates que han tenido lugar a raíz de la cuestión de si las personas jurídicas serían o no titulares del derecho al honor, pudiendo apreciarse posiciones favorables y desfavorables.

Los que sostienen la posición desfavorable se basan en que el derecho al honor únicamente atañe a la persona humana y debe entenderse como derecho personalísimo. Frente a ella, ya se ha dejado sentado con diversas sentencias tanto del TS como del TC que **las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor** en tanto que pueden ver perjudicado su crédito social.⁵⁸

58 En este sentido la STS de 9 de octubre de 1997 ponía de relieve que *“el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (universitas personarum), sea de tipo patrimonialista (universitas bonorum)”*. A su vez, la Sentencia nº 139/1995, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional contiene una doctrina que puede resumirse de la siguiente manera: *ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas; el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.*

Por tanto, cuando hablemos del honor de una persona jurídica nos referiremos estrictamente a la fama y/o reputación de las personas jurídicas. Por su parte, la intimidad y la propia imagen de una mercantil no han sido garantizadas por la jurisprudencia.

En conclusión, la mayoría de las personas jurídicas que sufren frecuentemente ataques hacia su prestigio profesional, produciéndose en consecuencia daños patrimoniales; deben emprender acciones legales al respecto en aras de interrumpir o frenar esas intromisiones contra su derecho al honor, solicitando la indemnización del daño moral la cual cumplirá una función de reparación.

A este respecto, conviene preguntarse ¿el Tribunal Supremo avala que si una sociedad ha sufrido pérdidas patrimoniales como consecuencia de una publicación de una noticia restituya su derecho al honor solicitando una indemnización por daño moral? Es decir, ¿se asimila en estos caso el daño moral al daño patrimonial?

Últimamente, el Tribunal Supremo tiende a indemnizar dentro del ropaje de los daños morales, las posibles pérdidas patrimoniales que se hayan podido producir en las empresas o sociedades mercantiles. De esta manera se establece la inclinación del Alto Tribunal de reconducir por la vía de la indemnización al daño moral, el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales que se hubieran podido ocasionar, cuando éstos resultan difíciles de probar, en particular, cuando se trata de empresas. Lo que no es lógico es que en presencia de unos mismos hechos las cuantías indemnizatorias sean unas u otras en tanto que de forma reiterada se está vulnerando el principio de seguridad jurídica. Es por ello que hemos de encontrar una solución a un problema tan cotidiano.

A este respecto, me parece de suma importancia la aplicabilidad que puede tener la doctrina “*ex re ipsa loquitur*” en este campo. Entendemos que tal doctrina se aplica tanto en propiedad industrial como en competencia desleal cuando se trata de la presunción de la causación en supuestos singulares evidentes, y aunque en algunas resoluciones se tiende a generalizar el criterio ..., en modo alguno la doctrina jurisprudencial admite la aplicación en todo caso de la regla “*ex re ipsa*”. En resumen, una cosa es que la situación del caso revela la existencia del daño sin necesidad de tener que fundamentarla en un medio de prueba, y otra distinta que haya una presunción legal que excluya en todo caso la necesidad de la prueba.

Por lo tanto, cuando nos encontremos ante el típico asunto en que una empresa ve afectada su propia reputación sería de aplicación la regla “*ex re ipsa*”, conforme a la que, al hablar la cosa misma, no es preciso que lo haga el hombre, cuyo efecto en materia de prueba del daño es la de presumir su existencia (realidad).⁵⁹

59 Véase en este sentido la STS nº 1762/2014, de 8 de abril de 2014. Los hechos que traen causa de la misma se pueden resumir en: EL DERECHO EDITORES, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra WOLTERS KLUWER, S.A. por actos de competencia desleal solicitando una indemnización de 500.000 € por el perjuicio que supusieron tales actos para su imagen. El TS estima que aplicando la doctrina “*ex re ipsa*” como consecuencia de que quedó afectada de manera negativa la imagen de EL DERECHO se considera proporcionada a la gravedad de los hechos la suma solicitada de 500.000 €.

3. TOMA DE POSTURA.

Teniendo en cuenta que la L.O. 1/1982, expresa en su artículo 9.3 que “*la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral...*”; en el campo del honor de las empresas se torna fundamental cuestionarse ¿y si nos encontramos ante un daño material sufrido en el seno de una empresa? Ciertamente es que la Exposición de Motivos de la L.O. 1/1982, expresa que “*En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales*”; sin embargo, no se aprecia en la meritada Ley ningún precepto que recoja la restitución de estos daños materiales. A diferencia de las personas físicas, cuando la intromisión ilegítima se produce en el honor de una persona jurídica nos encontramos ante pérdidas o perjuicios tangibles que la empresa afectada debe recuperar (ya sea bajo el amparo de los daños morales, daños materiales o daños patrimoniales indirectos). Es por ello que conviene que se regulen una serie de baremos que traten de dar cierta seguridad al devenir de la empresa cuando se haya probado esa intromisión. Esta baremación de daños y sanciones económicas serán indispensables en el futuro ya que de forma tal quedarán extinguidos los criterios discrecionales y subjetivos aplicados por el *iudex* cuando la reputación de una empresa se vea afectada.⁶⁰

Sección 2ª El ilícito penal

COMISIÓN DE DELITOS A TRAVÉS DE LAS TIC'S

1. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD: *DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS (WHATSAPP, CORREO ELECTRÓNICO, ETC.).*

A través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el Código Penal ha sido reformado regulándose la tipificación de nuevos delitos que años atrás no podían tener lugar. Digo que no podía tener lugar puesto que los dispositivos tecnológicos usados hoy día no existían hace unos años, por lo que mal podían cometerse esos ilícitos ante los que nos encontramos actualmente.

Atendiendo a tal reforma y a los diversos tipos delictivos ante los que nos podemos encontrar, es de rigor establecer la siguiente clasificación:

⁶⁰ En mi opinión, tomando de forma análoga la doctrina denominada “*ex re ipsa loquitur*” que se aplica en competencia desleal cuando presenciamos actos denigratorios (art.9 LCD), es decir, cuando se ve afectada la reputación de una mercantil, podemos entender que una vez probada esa vulneración “*el daño habla por sí solo*”. Teniendo en cuenta que, sin perjuicio de que se produzca un ataque al honor de la persona jurídica y así quede probado, puede que no se produzcan pérdidas económicas por lo que bajo el paraguas de tal doctrina se pueden establecer una serie de baremos que den cobertura a la reputación de la empresa.

A) DELITO DE REVELACIÓN DE SECRETOS A TRAVÉS DE WHATSAPP EX ART. 197.2 C.P.

A diario la aplicación WhatsApp es utilizada por todos nosotros⁶¹. Ciertamente es que la misma genera diversos tipos de ventajas y numerosos ahorros en llamadas telefónicas; sin embargo, también sirve como nueva plataforma para el infractor. Pues a través de la misma, en nuestro perfil se pueden publicar imágenes que el resto de usuarios puede ver y manejar a su libre antojo. Fiel reflejo de ésta situación es la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 13 de mayo de 2016, a través de la cual se condena por un delito de revelación de secretos a dos personas por haber procedido una de ellas a publicar como foto de perfil una imagen de su expareja sin la parte superior del bañador junto con la expresión “WOW”, enviándosela a otra acusada, que la colocó en su perfil con el siguiente texto: “*Quien juega con fuego.....arde!!! (y todavía hay 100 más)*”. Los dos sujetos han sido condenados a una pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y multa de 12 meses con una cuota diaria de 6 euros, más el pago de una indemnización de 3.000 € por daños morales como autores de un delito de revelación de secretos.

Tal y como pone de manifiesto tal Sentencia y siguiendo la doctrina, en realidad **se trata de poner freno a los abusos informáticos contra la intimidad**, es decir, contra aquellas manifestaciones de la personalidad individual o familiar cuyo conocimiento queda reservado a su titular.

B) ESPIAR O CONTROLAR MENSAJES O CORREOS ELECTRÓNICOS DE LA PAREJA SIN CONSENTIMIENTO.

Muy típica es la acción consistente en que un/a miembro de la pareja (ya sea en la relación de noviazgo o matrimonial), sin permiso se dedica a espiar todos y cada uno de los mensajes que éste envía o recibe. Este hecho puede tener cabida en diversos escenarios; a saber: a través de un ordenador se accede al correo electrónico para ver el buzón de entrada o de salida; o más común, a través del teléfono móvil se accede a la aplicación Whatsapp para ver los chats mantenidos con terceras personas. Pues bien, esta acción cotidiana (aunque parezca asombroso) conlleva responsabilidades penales para el sujeto activo (persona que espía, controla o cotillea) habida cuenta de que el art. 197 C.P. sanciona con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses “*al que, para descubrir los secretos o vulnerar*

61 Cuando digo “todos nosotros” me refiero también al colectivo de Abogados; reparando en este sentido en el dictamen que la Agencia Catalana de Protección de Datos ha emitido considerando que “no resulta recomendable” el empleo de esta aplicación debido al carácter especialmente sensible de la información que se maneja en este tipo de asuntos y los riesgos de seguridad que comporta esta plataforma. Éste dictamen, de 2 de julio de 2013, responde a una consulta que planteó el Colegio de Abogados de Sabadell al respecto, recordando que el abogado tiene un grado de responsabilidad específico respecto al tratamiento de los datos de sus clientes, que incluye la elección de los canales de comunicación más adecuados con sus clientes. La autoridad catalana pone de relieve que el uso de aplicaciones como Whatsapp en el marco de la relación abogado-cliente “puede generar un tratamiento de datos personales del propio abogado, de sus clientes, en el caso de que éstos se encuentre en la lista de los contactos del teléfono que utiliza el abogado, e incluso de terceras personas, que deben quedar protegidas por la normativa de protección de datos.” Además, por la propia naturaleza de la relación entre abogados y clientes, es posible que algunas de las informaciones personales que se transmiten a través de las aplicaciones –los contenidos de algunos mensajes– lleven aparejados datos especialmente íntimos que la normativa protege de forma reforzada (art. 7 LOPD).

la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodera de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales”.

A tal efecto, el magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca reseña que el derecho a la intimidad “*es uno de los más importantes que se reconocen en la Constitución*” y que, por ende, “*su adecuada protección justifica una combinación con una pena privativa de libertad*”. Puntualizando que “*no se puede decir con carácter general que coger el teléfono de una persona y mirar el whatsApp conlleve un delito. Debe existir una finalidad. Hay conductas admitidas socialmente de personas que comparten el contenido de sus correos electrónicos que no ingresarían en la conducta típica del delito. Pero eso cambia cuando la finalidad busca descubrir los secretos de otro y sí como consecuencia de ello, la intimidad queda afectada*”.

C) ACCESO A SISTEMAS INFORMÁTICOS SIN AUTORIZACIÓN (FIGURA DEL HACKER).

Común es también la acción desempeñada por un profesional que puede acceder a equipos y sistemas informáticos vulnerando de tal forma las medidas de acceso restringido o de seguridad. En este sentido, los artículos 197 Bis, 197 Ter, 197 Quater y 197 Quinquies tipifican los denominados “delitos contra los sistemas de información”.

Con estos cuatro nuevos artículos el legislador regula de forma minuciosa y detallada cada uno de los delitos que pueden tener lugar contra los sistemas de información⁶² y que a su vez pueden desembocar en la afectación de otra serie de derechos. A través de ellos se regula el acceso no autorizado a sistemas de información conocido como *black hacking* o *cracking*.

Tal y como reseña en sus considerandos la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, la garantía de un adecuado nivel de protección de los sistemas de información debe formar parte de un marco general efectivo de medidas de prevención que acompañen a las respuestas del Derecho penal a la ciberdelincuencia.

Fiel reflejo de tal propósito del Ius puniendi del estado es la detención en Córdoba de la persona que hackeo la cuenta de correo electrónico de Paula Prendes a través de la trampa que el *hacker* le tendió, haciéndose pasar por su amiga Hiba Abouk remitiéndole un e-mail en el que comentaba su proyecto de moda que iba a emprender; para el cual pedía la colaboración de Paula. La actriz aceptó la invitación al instante y procedió a descargarse un programa desde su ordenador para poder recibir el correo de su amiga (según instrucciones de ésta). En consecuencia, el *hacker* fue detenido por un presunto delito de descubrimiento y revelación de secretos, así como por los daños informáticos irrogados y usurpación de estado civil.

⁶² Entiéndase por “Sistema de información” según el artículo 2 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo; “*todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento*”.

D) DELITOS DE PUBLICACIÓN DE FALSOS MONTAJES PORNOGRAFICOS EN REDES SOCIALES.

Actualmente, permanecen numerosas fotografías tanto de mujeres como de hombres en los diversos perfiles de redes sociales; lo que conlleva que el tercero que acceda a visualizar ese perfil (teniendo en cuenta que tendrán que darse una serie de requisitos para acceder a verlo o no, como que sean perfiles abiertos, obtener autorizaciones, etc.) pueda descargar la imagen y guardarla en su archivo; y en consecuencia, realizar con ella cualquier tipo de movimiento que le plazca.

Es aquí cuando recientemente se ha dado un nuevo supuesto virtual, convirtiéndose en noticia la detención de un varón de 34 años como presunto autor de un delito contra la integridad moral y descubrimiento y revelación de secretos.

En este sentido, la Subdelegación del Gobierno en Huelva explicó en un comunicado que el detenido, presuntamente, procedía a obtener amistad de mujeres en las redes sociales, sobre todo Facebook, con el objetivo de acceder a sus fotos personales. Una vez que tenía a su disposición las fotos, las retocaba y realizaba montajes en los que estas mujeres se erigían en protagonistas “*de imágenes falsas de actos sexuales inexistentes*”, y posteriormente, los publicaba en Twitter y diversas páginas pornográficas.

Efectivamente, tal hecho encaja en el tipo recogido en el apartado segundo del artículo 197 y siguientes del Código Penal, castigando al que, “*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, con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*”

No obstante, a estos efectos sería muy importante estudiar el tema de la “autorización” en tanto que podríamos entender que si un tercero accede a nuestra cuenta de Twitter o Facebook es porque permitimos que acceda a nuestro perfil; por lo que el requisito que exige el tipo que atañe a la autorización podría decaer.

E) SEXTING

Como ya se ha puesto de relieve en el apartado concerniente a los “ilícitos virtuales modernos”, con la reforma del Código Penal de 2015 se tipifica un nuevo delito en el apartado 7º del art. 197. Es el referente al asunto Olvido Hormigos el cual hace referencia a la difusión de un video de contenido erótico sin el consentimiento de la protagonista. Con anterioridad a la reforma, éste ilícito solamente deparaba consecuencias civiles; sin embargo, tras analizar que un hecho tan corriente en el mundo de las TIC’s podía tener lugar de forma repetida, ha sido importante darle a tal suceso una mayor relevancia y, por ende, dotar a tal tipo de una sanción mas severa y congruente.

E) SEXTORSIÓN

A raíz de nuevos tipos como es el Sexting, surgen otros como pueda ser la Sextorsion. Pues una vez se produce esa grabación de carácter sexual, se procede a realizar una especie de chantaje o extorsión contra el protagonista del video.

Se puede dar en el seno de una relación formal o esporádica, esto es indiferente. Lo que importa es que se exiga, generalmente dinero, para no proceder a la publicación del vídeo.

Puede ocurrir que se trate también de alguna organización criminal que trate de ganarse la confianza de la víctima para poder grabarle y, posteriormente, amenazar con difundir el vídeo o imágenes en Youtube o las propia redes sociales. A cambio de no hacerlo, le ofreceran que abone una determinada cantidad de dinero.

Como hemos dicho anteriormente, esta serie de actuaciones cada vez tienen lugar a más temprana edad; encontrándonos ante la inimputabilidad del sujeto. En este sentido, la primera sentencia dictada en la Región de Murcia contra un menor como reponsable de un delito de descubrimiento y revelación de secretos tuvo lugar en el año 2010. Pues bien, éste menor se hizo pasar por una agencia de modelos, por una pareja y hasta por la hermana de una de las chicas todo ello a fin de conseguir imágenes sexuales. El sujeto activo creaba numerosas cuentas de correos electrónicos con diversos operadores y perfiles en redes sociales a efectos de conseguir esas imágenes sexuales “bajo la promesa de un trabajo para la supuesta agencia, solicitándolas sus datos personales, como edad o medidas, y finalmente les pedía que posaran ante la webcam desnudas”.

Pero en lo que atañe al tipo referente a la “Sextorsión”, el delincuente exigía a sus víctimas que se desnudaran asegurando que disponía de vídeos sexuales de ellas y que los difundiría si se negaban.⁶³

2. DELITOS CONTRA LA PROPIA IMAGEN: EN ESPECIAL, LA COMISIÓN DE DELITOS A TRAVÉS DE

Pokemon Go.

El derecho a la propia imagen ha sido un derecho que en estos años atrás ha cobrado un especial trascendencia; sobretudo en el tema de los menores. Como ya hemos comentado, es muy común la publicación de fotografías de diversos eventos sin miramientos en redes sociales y páginas webs. Lo cual nos lleva a reafirmarnos en que con la proliferación de las nuevas tecnologías se otorgue una especial protección a los sujetos que continuamente ven desamparado éste derecho en Internet.

Como ya se ha reseñado, a través de la práctica de Sexting se pueden cometer delitos contra la propia imagen. No obstante, una de las grandes novedades que hoy día estamos presenciando es el auge de la nueva app que se puede descargar de forma gratuita en la App Store y Google Play; a saber: POKEMON GO. Además, la aplicación cuenta con un dispositivo que permite a los jugadores disfrutar del juego cuando no estén con su teléfono móvil. Se conecta

⁶³ En este sentido, véase el asunto referente a la detención por la Guardia Civil de Barakaldo de un jovende 25 años, el cual contactaba con chicas a través de Internet haciéndose pasar por otra chica, para más

al móvil a través de ‘bluetooth’ y, mediante un LED y vibraciones, notifica al jugador de lo que pasa en el juego. Además, los jugadores

adelante exigirles dinero con la amenaza de publicar videos en los que supuestamente aparecía desnuda o cambiándose de ropa. Por su parte, dos adolescentes de Pamplona de 14 años, han sido imputados por un **delito de descubrimiento y revelación de secretos** por difundir la fotografía de una menor de 13 años desnuda a través de mensajes de teléfono móvil y correo electrónico. Otros dos menores implicados no han sido acusados, por tener menos de 14 años y ser por tanto *inimputables*.

La Policía Foral navarra ha advertido de la proliferación de esta práctica, conocida como *sexting*, que según han advertido ha comenzado a detectarse en Navarra después de estar ya muy extendido en otros lugares como los EEUU.

La investigación comenzó por la consulta de un colegio de Pamplona que había detectado la difusión generalizada de la fotografía de una alumna, en la que aparecía reconocible y desnuda de cuerpo entero.

Al parecer la muchacha se hizo la foto a sí misma y la envió vía móvil a su exnovio, quien la reenvió a los móviles de sus amigos del barrio. Estos, que acuden a diferentes centros escolares la reenviaron a su vez por móvil y por correo electrónico a sus compañeros.

La fotografía acabó así llegando a los propios compañeros de colegio de la joven fotografiada, quien entonces se dio cuenta de la difusión que había tenido su envío. <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/24> pueden atrapar pokémons simplemente presionando el botón en el dispositivo. Cuando el jugador encuentre un pokémon, el usuario deberá lanzar su “pokéball” para atraparlo. Cuantos más atrape, más niveles como ‘entrenador’ conseguirá. También podrá buscar ‘poképaradas’, situadas en puntos interesantes, como museos, lugares históricos de las ciudades o monumentos emblemáticos donde recoger ‘pokéballs’ y más objetos como Huevos Pokémon que podrán eclosionar mientras sigues jugando. También es probable que muchos tipos de Pokémon solo aparezcan en sus entornos, por ejemplo, los de tipo agua puede que solo aparezcan en lugares cerca de lagos, mares o ríos,etc.

Pues bien, es obvio que en esta serie de espacios públicos aparezca gente que será perfectamente visualizada a través de las capturas que va realizando el player. Teniendo en cuenta que hay una opción en la app que permite guardar la imagen al tiempo que se captura el pokémon y, acto seguido, se puede proceder a su publicación en cualquier red social; podemos afirmar que si en tal imagen se puede apreciar una persona (aunque sea de fondo) se está conculcando su derecho fundamental a la propia imagen; derecho fundamental consagrado en el art. 18.1 de nuestra Carta Magna, en tanto en cuanto tal publicación se produjo sin consentimiento del que aparecía en la imagen colgada; valorando claro está el carácter público o no de la persona así como los lugares públicos o privados en que se realiza la captura.

En este sentido, vemos como a través de la implantación y el uso masivo de las nuevas tecnologías (acudiendo al suceso más moderno y actual en lo que a las aplicaciones se refiere), pueden verse vulnerados una serie de derechos fundamentales tradicionales (en este asunto en concreto, el derecho a la propia imagen) que fueron objeto de regulación en la Constitución Española de 1978 y, posteriormente, en la L.O. 1/1982.

3. DELITOS CONTRA EL HONOR: INJURIAS Y CALUMNIAS A TRAVÉS DE APLICACIONES, FOROS Y REDES.

Como ya hemos comentado anteriormente, numerosos insultos y desprecios se suceden estos días en las redes sociales los cuales son considerados ilícitos civiles de la misma forma que si se produjeran presencialmente. Cosa distinta serán las infructuosas pesquisas realizadas por el cuerpo especialista de la policía para dar con el infractor en tanto en cuanto el entramado informático ante el que nos podemos encontrar puede ser de gran calado. Pero puede suceder que esa serie de insultos tengan trascendencia penal y encajen en los tipos que regula el Código Penal, tras la reforma acaecida mediante L.O. 1/2015. Por ello, hablaríamos ya de “ilícito penal” y no de “ilícito civil”; siéndole interesante reparar en si un mismo hecho puede ser constitutivo de ilícito civil y penal simultáneamente cuestión que será objeto de aclaración en el último apartado de la presente investigación.

Entrando a estudiar el fondo del entramado informático, conviene hacer una clara diferenciación entre los insultos proferidos en un mero servicio de mensajería; como pueda ser WhatsApp, y una red social; por ejemplo, Twitter. Pues bien, a este respecto hemos de hacer mención del “carácter público” de los mensajes emitidos; pues si enviamos un mensaje a través de WhatsApp únicamente lo recibirá el o los destinatarios a los que hayamos enviado el texto hablando única y exclusivamente de un mensaje privado. Cosa distinta sucederá si los mismos insultos los publicamos en Twitter en tanto que el mensaje reviste ese carácter público y no privado, de tal forma que todos mis usuarios podrán ser conocedores de esos mensajes.

3.1. INSULTOS A TRAVÉS DE SERVICIOS DE MENSAJERÍA (WHATSAPP).

Como ya he señalado, los insultos a través de WhatsApp son eminentemente privados. Por tanto, si recibimos cualquier tipo de insulto que suponga una intromisión ilegítima en nuestro honor o intimidad, sin duda podemos ejercitar acciones legales al respecto.

Tal es la importancia de cuidar este tipo de mensajes (debido a las consecuencias jurídicas ante las que nos podemos encontrar sin darnos cuenta) que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, nº 1 de Granada, a condenado a 20 de junio de 2016 a una persona por enviar a su pareja sentimental un texto a través de WhatsApp poniendo “*Vete a la mierda*”, por un delito leve de injurias del art. 173.4 del Código Penal. En el juicio rápido, el acusado reconoció los hechos y fue condenado por tal delito a la pena mínima legalmente prevista, esto es, a una pena de localización permanente de cinco días en domicilio alejado y diferente al del la víctima.

3.2. INSULTOS A TRAVÉS DE FOROS DE INTERNET Y REDES SOCIALES

Acto distinto será el de la publicación de textos injuriosos en una red social ya que la difusión y el calado público será mucho mayor.

A) SENTENCIA JUZGADO DE LO PENAL, Nº 1, DE 15 DE OCTUBRE DE 2013: DELITO DE INJURIAS CON PUBLICIDAD (ASUNTO MONAGO).

Así las cosas, fue el Juzgado de lo Penal nº 1 de Badajoz, en fecha 15 de octubre de 2013, el que condenó a un ciudadano catalán por proferir una serie de insultos contra el presidente de Extremadura D. José Antonio Monago. Tales descalificativos se publicaron en un foro de Internet, registrado con el título “*Hay catalanes que les da asco ser españoles y a veces lo comprendo*”.

Con fecha 27 de mayo de 2010, éste ciudadano catalán creó una página y escribió: “*Cuando se leen las declaraciones de un gran hijo de puta como debe ser este José Antonio Monago, candidato a la presidencia de la Comunidad de Extremadura con el PP. Un cabronazo que ha sido guardia civil y un gilipollas con todas las de la Ley*”.

Continuaba manifestando que: “*¿Habrás robado la familia de este mamón de Monago? Pero lo peor es que los extremeños no reaccionan, no dicen nada delante tamañas mentiras. No se avergüenzan de tener por representante a un hijo de puta así como este Monago, que miente como un bellaco y ataca a una parte de españoles sin venir a cuento...*”.

En sus fundamentos de derecho la sentencia sostiene que “*este manifiesto (pues no puede denominarse artículo a escritura tal) es un claro ejemplo de atentado al derecho al honor de una persona cometido en represalia por sus declaraciones como político, en su condición de diputado y senador de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que el acusado sobradamente conoce, de ahí la utilización de esa batería de insultos, sin ninguna justificación*”.

Analizando con más detalle el texto, se detecta como en realidad, aunque contiene concretas frases insultantes reiteradas, una tras otra, de manera que suman más los insultos que el contenido de la opinión, del Sr. Monago, existe un ánimo de menospreciar y menoscabar no solamente la dignidad y el honor del Sr. Monago, sino de todo el pueblo extremeño, lo cual ya resulta patético a más de intolerable”.

El juez reseña claramente que “*este relato tan poco atinado no es una manifestación de la libertad de expresión, de pensamiento ideas u opiniones, en un Estado libre y democrático, sino un abuso de esa libertad de expresión, una tiranía de la palabra (amén de la comisión del delito), que recuerda las ideas de ciertos regímenes totalitarios del pasado del continente europeo, sobre determinados pueblos.*”

En consecuencia, sin dejar lugar a dudas de que se superaron sobradamente los límites de la libertad de expresión, la Sentencia fijó una condena de multa de 2.555 € (12 meses a razón de 7 euros/día) y una indemnización por daños morales de 2.500 € al tratarse de un **delito de injurias con publicidad** ya que los términos que publicó el internauta extransgredían claramente su libertad de expresión; más las costas del proceso.

Empero, no solamente se profieren insultos y descalificaciones en portales de internet sino que, algo que está más a la orden del día y que parece poco a poco va adquiriendo más protagonismo en el mundo de las TICs, en las redes sociales (como puedan ser Facebook o Twitter) también se publican millones de comentarios, los cuales pueden ser susceptibles en muchas ocasiones de dañar nuestro honor, intimidad y propia imagen.

B) SENTENCIA JUZGADO DE LO PENAL, DE 6 DE MAYO DE 2014: DELITO DE INJURIAS CON PUBLICIDAD (ASUNTO CRISTINA CIFUENTES).

Fiel reflejo de ésta serie de sucesos es la Sentencia de 6 de mayo de 2014 dictada por una Juez de lo Penal que condena a un joven por un **delito de injurias a través de las redes sociales** contra la ex delegada del Gobierno y actual Presidenta de la Comunidad de Madrid, Dña. Cristina Cifuentes.

Los hechos traen causa de una cita que convocó el entonces presunto autor, a través de su cuenta de Facebook, consistente en bombardear a la ex delegada del Gobierno, Cristina Cifuentes, con una frase “*Calla puta que no tienes dignidad*”. El resultado fue que, varias decenas de personas escribieron casi al mismo tiempo a la cuenta de Cristina Cifuentes, con el hashtag *#callaputa*.

Tras tales sucesos, la agraviada interpuso denuncia ante la Policía Nacional, después de recibir tales mensajes, descubriéndose tras las pesquisas realizadas por la Policía al autor e impulsor de los insultos proferidos. La Policía Nacional, a través del Grupo de Delitos Tecnológicos de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid identificó al joven, y el Grupo de Delitos Tecnológicos de la Brigada de Barcelona lo detuvo finalmente el 14 de junio de 2012.

La Sentencia condenó al joven, conocido en la red social Twitter como *Ximicomix*, por un delito de injurias contra la exdelegada del Gobierno, Cristina Cifuentes, a través de las redes sociales. El chico fue condenado a pagar 300 euros de multa, 1.000 euros de indemnización y las costas del juicio.

La escasez de la condena se debe a un acuerdo al que se llegó por ambas partes, teniendo el acusado que reconocer los hechos imputados y pidiendo perdón a la cara de la entonces delegada en la Sala de vistas, como parte de su conformidad con la pena impuesta.

Sección 3ª

VICISITUDES ENTRE EL ILÍCITO CIVIL Y PENAL EN EL MUNDO DE LAS TIC's

Me ha parecido conveniente escindir la investigación en ilícitos civiles e ilícitos penales; sin perjuicio de que, como a continuación reseñaré, no existan una serie de criterios objetivadores que delimiten el ilícito civil del ilícito penal.

Pues lo más relevante a estos efectos es concienciarnos como letrados de que los mismos hechos pueden al mismo tiempo poseer tanto relevancia penal como civil.

Otra cosa es la acción que decidamos emprender en virtud de las circunstancias que rodean al hecho controvertido. Pues las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, intimidad y propia imagen constituyen un ilícito civil, pero simultáneamente, estamos en presencia de conductas con trascendencia penal; tal y como sucede en los delitos de injurias y calumnias. El bien jurídico protegido siempre será esa estima o reputación de la persona, ya sea física o jurídica, ya nos encontremos en presencia de un ilícito penal o civil; y se deberá otorgar protección a esos derechos fundamentales al amparo del artículo 18 de nuestra Constitución Española. En este sentido, tal y como reseña GARCIA PRADA, la construcción jurídico social del honor, llevada a cabo tradicionalmente en el campo del derecho penal, no impedía sin embargo que los conceptos esenciales de la misma no pudieran trascender

a otros ámbitos jurídicos (civil y contencioso-administrativo, por ejemplo), y sobre todo a partir de la Declaración de los Derechos de la Persona y de las Constituciones, ya que no puede olvidarse que la llamada Teoría General del Derecho aparece integrada por una serie de conceptos y términos comunes que, dotados de unos mismos principios esenciales, sólo requieren su adaptación a cada una de las ramas de la ciencia jurídica.⁶⁴

Así las cosas, la promulgación de la L.O. 1/1982, supuso el reconocimiento específico de la protección civil de este derecho, no pretendiéndose sustituir los cauces de protección penal del derecho al honor, pues tal y como sostiene MUÑOZ MACHADO, el legislador en todo momento fue consciente de que el ilícito civil que en esta ley se regulaba, era al mismo tiempo ilícito penal, señalando expresamente el párrafo cuarto del preámbulo de la ley que *“en los casos en que exista una protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser, sin duda la de más fuerte efectividad.”*

El preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982 recoge la voluntad legislativa de dar preferencia a la protección penal frente a la civil, en aquellos supuestos en los cuales las conductas ofensivas al honor, pudieran al mismo tiempo ser consideradas ilícitos civiles y penales, expresando el artículo 1.2 de la Ley que *“cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código Penal”*. A estos efectos, como señala O’CALLAGHAN MUÑOZ, los preámbulos o las exposiciones de motivos de las leyes, no son fuente de derecho, sino que sólo es fuente la ley, y esta, en su art. 1.2, no establece tal preferencia, sino que se limita a recordar que en cuanto la conducta tenga apariencia delictiva, deberá estarse a las previsiones del Código Penal.⁶⁵

Por todo ello, sin perjuicio de que un hecho que *prima facie* pueda llevar aparejadas tanto sanciones civiles como penales, la jurisdicción civil podría conocer, sin incurrir en ningún exceso, de cualquier demanda de protección del derecho al honor, intimidación o propia imagen que se interpusiera ante la misma, incluso tal y como reseña el fiscal URIARTE VALIENTE *“en el caso de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito privado (injuria o calumnia), siempre que no estuviera pendiente ningún proceso penal sobre los mismos hechos y que la cuestión que constituya el objeto del procedimiento civil, no estuviera condicionada a la previa calificación de la misma como constitutiva de delito, y ello porque si se promoviera sólo una acción civil, los Tribunales tendrían que entrar a conocer de ella, y sólo si se inicia un procedimiento penal sobre los mismos hechos, es cuando surgiría la cuestión prejudicial que obligaría a suspender el procedimiento civil hasta que recayera sentencia en el penal.”*

64 GARCIA PRADA (1993): 35 .

65 Según el Fiscal de la Audiencia Provincial de Pontevedra, D. Luis M^º. Uriarte Valiente en el estudio “Algunos aspectos procesales de la tutela jurisdiccional civil del derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen”: *“La redacción originaria del artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, fue con frecuencia esgrimida por demandados en procesos civiles de protección frente a intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de las personas, para alegar la incompetencia de jurisdicción en aquellos supuestos en los que la intromisión pudiera ser constitutiva de delito, al interpretar que el referido precepto establecía la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil, lo que debía llevar como consecuencia, y así se solicitaba en la práctica, la declaración de nulidad de todo el procedimiento civil entablado, dejando abierta la vía penal para que la intromisión ilegítima fuera corregida”*.

Fiel reflejo de tal postura, es la STS de 12 de marzo de 1996, de la cual es ponente el Sr. Gullón Ballesteros, señalando que *“es doctrina reiterada de esta Sala la de que lo decisivo es que, no pendiendo proceso penal alguno a consecuencia de esas imputaciones, ni estando condicionada la decisión de la cuestión objeto de este proceso civil por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito, nada se opone al ejercicio de la acción civil, pues la tesis contraria implica una restricción inaceptable de la tutela judicial efectiva (sentencias de 26 de enero y 24 de julio de 1993 y 26 de abril de 1994)”*.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha sido realizado con la finalidad de elaborar un análisis de la incidencia de las nuevas tecnologías en el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen en el marco de la Constitución Española de 1978 y de la LO 1/1982, de 5 de mayo. En el desglose de este estudio han sido numerosos los interrogantes que han suscitado debates de gran relevancia, de los cuales hemos podido reflejar las siguientes conclusiones:

I

Sin perjuicio de que los derechos al honor, intimidad y propia imagen sean derechos que vengan regulados desde 1978 en la Constitución Española y 1982 en la L.O. 1/1982; éstos son derechos que hoy día tienen suma relevancia en tanto que con la proliferación de las nuevas tecnologías son numerosos los tipos de acciones a realizar y las consecuencias que el uso de las mismas pueden deparar. Es por ello que el legislador debe adaptar la Ley al momento en que vivimos (cosa que, en parte, se ha llevado a cabo con la última reforma del Código Penal) y no dejar vacíos legales que sirvan de trampolín al infractor.

II

A partir del año 2009, fecha en que se masifica el uso de Internet y, principalmente, de las redes sociales, se produce un giro jurisprudencial en torno a la interpretación de la responsabilidad de los ISPs cuando nos encontramos ante una flagrante vulneración del derecho al honor, intimidad o propia imagen. Es por ello que, en vías de conferir una protección adecuada de tal derecho al honor en el campo internauta, se implante

una interpretación acorde al respaldo de tal derecho y no una interpretación que dificulte su debido amparo. Pasamos de aplicar una interpretación basada en la exigencia de una previa resolución que declare la ilicitud de la información publicada a poder declarar la

responsabilidad de los ISPs atendiendo a los hechos y circunstancias del asunto en concreto. De ésta forma, quedando totalmente adaptada la interpretación de la Ley a la realidad del momento, las innumerables vulneraciones del derecho al honor no caerán en saco roto como anteriormente sucedía.

III

Los comentarios producidos por terceros en páginas webs o periódicos *online* gozan de total impunidad en lo que a la esfera de la responsabilidad del sujeto activo se refiere; habida cuenta de que en éste tipo de asuntos será el prestador de servicios el que responda si no cumplió los requisitos exigidos. Cosa distinta será que los insultos o imágenes se produzcan o publiquen a través de cualquier red social; situación tal en la que el sujeto activo será identificado y responderá personalmente de las declaraciones publicadas. En este sentido, nos encontramos ante ilícitos virtuales tradicionales entre los cuales podemos apreciar las más que típicas declaraciones a través de redes sociales o publicaciones fotográficas en la red a las que cada vez se está persiguiendo de forma mas restrictiva; definiendo a otras figuras ilícitas como el Sexting o la Pornovenganza como ilícitos virtuales modernos.

IV

De la misma forma que las personas físicas pueden ver afectada su esfera honorífica, las personas jurídicas también pueden ver dañada su reputación. Con el implante de las nuevas tecnologías se torna más accesible el publicar cualquier tipo de noticia inveraz que concierna al círculo de una empresa y que le llegue a generar grandes pérdidas económicas; por lo que con el paso del tiempo la jurisprudencia se ha ido mostrando más firme en la garantía de la titularidad por parte de las mercantiles de ese derecho fundamental; lo cual no quiere decir que la Ley contenga todos estos extremos perfectamente regulados. Más bien, en mi opinión, se requiere de la inclusión en la L.O. 1/1982 de una disposición que otorgue la debida protección al honor de las empresas junto a una serie de baremos que traten de restituir los daños materiales causados; y no depender como se ha hechos hasta ahora, de criterios eminentemente subjetivos y discrecionales que fijen el *quantum* de un ficticio daño moral.

V

A medida que ha avanzado la sociedad tecnológica, el legislador ha tenido que tipificar una serie de delitos como consecuencia de la impunidad de que gozaban algunos comunes supuestos. En este sentido, podemos apreciar delitos contra la intimidad, el honor y la propia imagen cometidos a través de aplicaciones, correo electrónico, etc. Como es obvio, no podemos hacer un estudio jurisprudencial muy denso debido a los pocos pronunciamientos judiciales obtenidos en este campo; no obstante, si podemos establecer una serie de clasificaciones que atiendan a los sucesos que realmente hoy en día pueden tener lugar. *Empero*, la solución aplicable a la relación existente entre el honor, la intimidad y la propia imagen y el

mundo de las TIC's pasará por adaptar la Ley a cada caso en concreto y atender a los sucesos virtuales que están teniendo lugar debido al peligro que estos generan.

VI

Encontrándonos ante unos hechos susceptibles de dañar el honor, la intimidad o la propia imagen el damnificado se encuentra habilitado para acudir a la vía civil o a la vía penal. Pero, ¿existen algún tipo de criterios que condicionen la elección de una u otra vía? No hay ningún tipo de clasificación de requisitos que separen la vía civil de la penal; simplemente hay diversas fuentes legales; a saber, la Ley 1/1982, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen y el Código Penal (injurias y calumnias); siendo doctrina reiterada que lo decisivo es que, no existiendo calificación previa de los hechos como delitos, nada se opone al posible ejercicio de la acción civil, ya que la tesis contraria conllevaría una clara vulneración de la tutela judicial efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA FREIJEDO, F. (2004), *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la CE de 1978*, Tecnos, Madrid.

BUSTOS GISBERT, R. (2009) “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

CALAZA PEREZ, S. (2011) “Delimitación de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Revista de Derecho Político UNED*, Núm. 9.

CASTAN TOBEÑAS, J. (1952), *Los derechos de la personalidad*, Reus SA, Madrid.

ECHARRI CASI, F.J. (2013) “Derecho al honor versus libertad de expresión e información. A propósito del juicio de ponderación”, *Diario La Ley*, Nº 8096, Navarra.

GARCÍA PRADA (1993) “Ámbito de aplicación y ejercicio de acciones derivadas de la Ley Orgánica 1/82, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 12, Madrid.

LOPEZ MARTÍNEZ, J.C. (2013), “Tratamiento jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Criterios de ponderación”, *Diario La Ley*, núm. 8059, Madrid.

LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO (2008), *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson, Pamplona.

MARTINEZ OTERO, J.M. (2013), “La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico”.

MARTINEZ VARELA, M. (2010), “*El derecho al honor y el ejercicio de la libertad de expresión e información. Mecanismos de protección: especial referencia a la vía penal*”, *Noticias Jurídicas*, núm. 55, Madrid.

MILLAN PUELLES (1986), *Persona humana y justicia social*, Rialp SA, Madrid.

SANTOLAYA MACHETTI, P. (2009) “El derecho a la vida privada y familiar (Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)”, GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA,

P. (Coords.), en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

STORCH DE GRACIA, J.A. (1987) “Acerca del derecho a la imagen de un torero, por la difusión del video de su cogida y muerte”, en *La Ley 15-5-87*, Madrid.

JURISPRUDENCIA

En este anexo se reflejan todas las sentencias mencionadas a lo largo de la investigación que guardan relación con el derecho al honor, intimidad y propia imagen, ordenadas según hayan sido dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I

CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR

1. El derecho al honor: concepto

1.3. El honor como derecho fundamental

STEDH de 14 de octubre de 2008 (Caso Petrîna contra Rumania) STEDH de 23 de abril de 1992 (Caso Castells contra España) STEDH de 27 de abril de 1995 (Caso Piermont contra Francia) STEDH de 27 de febrero de 2001 (Caso Jerusalem contra Austria) STEDH de 27 de julio de 2007 (Caso Sanocki contra Polonia)

STEDH de 25 de noviembre de 1999 (Caso Nilsen & Johnsen contra Noruega)

2. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información.

2.1. Interés público

STEDH 1991/51, Observer y Guardian

STEDH 2004/356, Plon, Von Hannover y Alemania

CAPÍTULO II

INFLUENCIA DE LAS TIC's SOBRE EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA

IMAGEN: Ilícito civil e ilícito penal

2.1.2. Análisis jurisprudencial sobre “el cambio de dirección” en la responsabilidad de los ISPs; a la luz de la jurisprudencia existente.

STEDH de 10 de octubre de 2013 (Asunto Delfi)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I

CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR

1. El derecho al honor: concepto

1.3. El honor como derecho fundamental

STC 73/1982, de 2 de diciembre de 1982

2. Conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información

STC 29/2009, de 26 de enero de 2009 STC 77/2009, de 23 de marzo de 2009 STC 107/1988, de 8 de junio de 1988 STC 104/1986, de 17 de julio de 1986

STC 139/2007, de 4 de junio de 2007

2.1. Interés público

STC 20/1992, de 14 de febrero de 1992 STC 115/2000, de 10 de mayo de 2000 STC 68/2008, de 23 de junio de 2008

2.2. Criterio de veracidad

STC 6/1988, de 21 de enero de 1988

2.3. Carácter no injurioso, denigrante o desproporcionado

STC 217/2007, de 15 de enero de 2007 STC 39/2007, de 14 de abril de 2007

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS FISICAS

A. Declaraciones en Twitter, Facebook, etc.

STC, nº 231/1988, de 2 de diciembre

D. Sistemas de Videovigilancia en el ámbito laboral

STC, de 3 de marzo de 2016.

2. Derecho al honor de las empresas

STC, nº 139/1995, de 26 de Septiembre

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

CAPITULO I

CONCEPTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL HONOR

2. Conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información.

STS 93/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) STS 1457/2009, de 11 de marzo de 2009 (Sala 1ª, de lo Civil) STS 62/2013, de 5 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil)

2.1. Interés público

STS 1856/2004, de 8 de julio de 2004 (Sala 1ª, de lo Civil)

STS 86/2010, de 13 de septiembre de 2010 (Sala 1ª, de lo Civil) STS 1229/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) STS 438/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) STS 134858/2012, de 24 de julio de 2012 (Sala 1ª, de lo Civil) STS 7990/2013, de 18 de febrero de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil) STS 6135/2012, de 19 de enero de 2012 (Sala 1ª, de lo Civil)

CAPITULO II

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LOS PERIODICOS DIGITALES

-STS, de 7 de marzo de 2013 (Sala 1ª, de lo Civil)

-STS, de 31 de mayo de 2011 (Sala 1ª, de lo Civil)

-STS, de 9 de diciembre de 2009 (Sala 1ª, de lo Civil)

LA RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS FISICAS

-STS, de 9 de octubre de 1997 (Sala 1ª de lo Civil)

JURISPRUDENCIA MENOR

CAPITULO II

INFLUENCIA DE LAS TIC's SOBRE EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA

IMAGEN: Ilícito civil e ilícito penal

Audiencias Provinciales

-SAP, nº 835/2005 (Sección 14ª), de 20 de diciembre (Asunto *Aprendizmason.org*)

-SAP de Almería, nº 242/2005,

-SAP de Burgos, de 13 de mayo de 2016

Juzgados de Primera Instancia

- Sentencia del JPI, nº 5 de Pamplona, de 15 de noviembre de 2012.
- Sentencia JPI e Instrucción, nº 1 de Moncada, de 12 de diciembre de 2015.

Juzgados de Violencia sobre la Mujer

- Sentencia JVM, nº 1 de Granada, de 20 de junio de 2016.

Juzgado de lo Penal

- Juzgados de lo Penal, nº 1, de Badajoz, de fecha 15 de octubre de 2013.

LISTA DE PÁGINAS WEBS

- <http://www.expansion.com/2015/01/08/juridico/>
- <http://www.elmundo.es/ciencia/2016/03/26>
- <http://www.gitsinformatica.com/sexting.html>
- <http://www.expansion.com/juridico/sentencias/2016>
- <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/24>
- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/>

EL DELITO DE CONDUCCIÓN SIN PERMISO O LICENCIA. PROBLEMAS APLICATIVOS Y SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES EN SU CASI QUINCE AÑOS DE EXISTENCIA

JOSÉ MANUEL PALMA HERRERA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA (ESPAÑA)

1. INTRODUCCIÓN.

Este año 2022 se cumplen quince desde que se recuperase íntegramente para nuestro ordenamiento penal el delito de conducción sin permiso o licencia. La L.O. 15/2007, de 30 de noviembre, responsable de dicha recuperación, tuvo, en lo que a este delito se refiere, dos fases de entrada en vigor: la primera, el 2 de diciembre de 2007 (el día siguiente de su publicación en el BOE), que fue la fecha en la que lo hizo el párrafo primero del art. 384, en el que se tipificaba la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente; y la segunda el 1 de mayo de 2008, seis meses más tarde, fecha hasta la que se prorrogó el período de *vacatio* de la Ley en lo que hacía al párrafo segundo del art. 384 y a las conductas de conducir un vehículo de motor o ciclomotor tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial o sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción. De este modo, la Disposición final tercera de la L.O. 15/2007 daba un tiempo prudente para que todo aquél que no hubiese obtenido hasta ese momento un permiso o licencia pudiese obtenerlo antes de que se convirtiese en delictiva la conducta de conducir sin el mismo.

El restablecimiento de este delito, que había permanecido entre nosotros desde 1950 hasta su despenalización por L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal⁶⁶ constituyó, junto con el sistema de puntos, uno de los más importantes pasos que se

66 La Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor recogía, como figuras delictivas, la conducción de un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello -artículo tercero- así como quebrantar la sanción gubernativa de privación temporal o definitiva del permiso de conducción o la sanción impuesta por sentencia judicial -artículo doce-. Posteriormente, pasaría a la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor -artículos cuarto y sexto-, para acabar incorporándose al Código Penal por

dieron en España con el fin de reducir las dramáticas cifras de siniestralidad vial que habíamos llegado a alcanzar⁶⁷.

Ciertamente, a nuestro legislador no le tembló la mano a la hora de dar entrada en el Código Penal a nuevas figuras delictivas más que discutibles por constituir en la mayoría de los casos auténticos ilícitos administrativos elevados a la categoría de delito⁶⁸, y cuya incorporación al sistema penal obedecía en muchos casos, más que a la gravedad del ataque a un bien jurídico, a la necesidad de reforzar la vigencia de las normas administrativas de tráfico y de conseguir un efecto educativo que el sistema administrativo sancionador no era capaz de ofrecer. Todo ello, sobre la premisa, igualmente discutible, de que el único responsable de la siniestralidad vial era el conductor, que comenzó a ser tratado en no pocos casos como uno más de esos potenciales “enemigos” de la sociedad frente a los que el Código Penal debía reaccionar con el mayor rigor.

Un rigor que el propio legislador acabó reconociendo que podía ser desproporcionado cuando en la reforma del Código Penal operada por L.O. 5/2010, de 22 de junio, se introdujo un nuevo artículo 385 ter que permitía al Juez o Tribunal, en los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho. Una previsión ciertamente sorprendente esa de que la menor entidad del riesgo causado pueda ser tomada en consideración para rebajar la pena, si tenemos en cuenta la naturaleza de delitos de peligro abstracto que se predica de muchas de estas figuras delictivas, entre ellas las que constituye el objeto de este estudio⁶⁹.

Ley 3/1967, de 8 de abril, en sus arts. 334 (quebrantamiento de la condena de privación del permiso de conducción) y 340 bis c) (conducir por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso). De estos, el 334 se mantuvo hasta la llegada del Código Penal de 1995, mientras que el 340 bis c) fue derogado por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, cuya Exposición de Motivos explicaba que su supresión obedecía a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales, que no habían podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo. En el momento de su derogación, el delito de conducción por vía pública de un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso era castigado con multa de 20.000 a 100.000 pesetas.

67 En el año 1993 hubo 6378 fallecidos en las carreteras españolas según datos de la DGT (fallecidos a 30 días). Desde ese año, las cifras han ido disminuyendo progresivamente hasta llegar al año 2013, que marca la cifra más baja con 1680 fallecidos. En el año 2014 se observa un ligero repunte con 1688 fallecidos, marcando una tendencia al alza confirmada con las cifras de 2019, que se cierra con 1755 muertos en accidentes de tráfico. No es relevante la importante disminución en el número de víctimas mortales experimentada en 2020 (1370), pues fue debida a las importantes restricciones de movilidad impuestas durante la pandemia de COVID-19. En 2021, las cifras provisionales, limitadas aún a la mortalidad en vías interurbanas y a 24 horas apuntan a un nuevo incremento respecto a 2020, aunque sin alcanzar las cifras de 2019.

68 Son reveladoras, en este sentido, las palabras que pronunció el Diputado Sr. Mardones Sevilla (Grupo Mixto) en el Pleno del Congreso celebrado el 4 de octubre de 2007 –Diario de Sesiones n. 290 del año 2007–, para quien la Proposición de Ley Orgánica que acabaría convirtiéndose en Ley Orgánica 15/2007 venía a “modificar el Código Penal en los aspectos referidos a la concreción de determinadas figuras delictivas con tipos penales de infracciones de la legislación de seguridad vial o de tráfico”.

69 En esta reforma se modificó también la pena prevista inicialmente para el delito del 384 y se introdujo la posibilidad de decomiso del vehículo -art. 385 bis del Código Penal-. Por lo que respecta al cambio operado en la pena, ésta pasó de prisión de tres a seis meses o multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la

Casi quince años después de la completa entrada en vigor del delito de conducción sin permiso o licencia, el mismo se ha convertido en la segunda modalidad delictiva contra la seguridad vial por la que más sentencias condenatorias se dictan tras la de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o con altas tasas de alcohol en sangre⁷⁰, y aunque intuimos que su incorporación al Código Penal debe haber contribuido a la reducción del número de accidentes con víctimas mortales, no se trata más que de eso, de una intuición, pues carecemos de datos objetivos sobre los que apoyar esta afirmación, ya que no existen, o al menos no son públicas, estadísticas que conecten siniestralidad con víctimas y aplicación del art. 384⁷¹.

Ya desde el primer momento, este delito planteó importantes dudas desde un punto de vista dogmático y, sobre todo, aplicativo. Su naturaleza y su adecuación al principio de ofensividad ha sido objeto de discusión desde sus inicios, habiendo tratado la jurisprudencia de salvar este último con afirmaciones muy discutibles en algunos casos. Menos discutible es la posición que esa misma jurisprudencia ha venido adoptando sobre otras cuestiones como su aplicación a situaciones de conducción de un vehículo con un permiso correspondiente a una categoría administrativa distinta; a la conducción con un permiso expedido en el extranjero; a la conducción habiendo perdido las aptitudes psico-físicas necesarias, etc., pues en muchos casos, la solución por la que se han venido decantando venía impuesta por la errática redacción del precepto.

A lo largo de estas páginas analizaremos cómo la jurisprudencia ha venido resolviendo estas cuestiones centrándonos en aquéllas que a nuestro juicio despiertan más interés y que permitirán ver el campo aplicativo que se ha ido configurando en torno a un delito, como es

comunidad de treinta y uno a noventa días, a ser de prisión de tres a seis meses o multa de doce a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Es decir, que la pena de multa pasó de ser obligatoria junto a la de prisión o a la de trabajos en beneficio de la comunidad, a ser alternativa a las dos anteriores. La razón explicativa de esta modificación está en acabar con la disyuntiva existente sobre si la multa acompañaba necesariamente tanto a la prisión como a los trabajos en beneficio de la comunidad -como creo que era la interpretación correcta- o sólo a esta última pena. Tras la reforma, el legislador ha acabado con la discusión, aunque no aclarando la anterior disyuntiva, sino introduciendo otra variable, como es la posibilidad de que la multa se imponga como única pena y no acompañando a cualquiera de las otras dos. En cuanto al decomiso del vehículo, los datos que suelen ser determinantes desde el punto de vista jurisprudencial para que el mismo se decrete giran en torno a la concurrencia de la agravante de reincidencia o a que, junto a la comisión del delito de conducción sin licencia, se haya perpetrado otro, como el de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o con una elevada tasa de alcohol en sangre, o se haya producido un resultado de muerte o lesiones. Vid, sobre este particular, SAP Cantabria de 22 de mayo de 2012 -JUR 2013, 26255- o SAP Navarra de 27 de febrero de 2017 -ARP 2017/36-, por todas.

70 Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2021 -p. 576-, en 2020 fueron 24.156, cifra que representa el 36,24% de todas las condenas por delitos contra la seguridad vial (66.648). Las condenas por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o con altas tasas de alcohol en sangre llegaron a 38.241 (57,37%).

71 En este sentido, ya poco después de la entrada en vigor de este delito, MIRÓ LLINARES, F., «Análisis del Artículo 384. El delito de conducción sin permiso en el marco de la nueva regulación en materia de seguridad vial» en AAVV/ORTS BERENGUER (Coord.); Prevención y control de la siniestralidad vial. Valencia, 2011. TOL2.135.046, p. 3, sostenía que no había datos estadísticos ni estudios criminológicos que demostrasen que la conducción sin permiso era, *per se*, peligrosa para la salud y la vida de las personas que circulaban en las vías públicas, por lo que tal peligrosidad no probada no podía ser un argumento para la tipificación como delictiva de tal comportamiento. A día de hoy, seguimos sin datos ni contamos tampoco con estudios que permitan comprobar en qué medida la llegada de este concreto delito se ha traducido en un descenso de la siniestralidad vial.

el de conducción sin permiso o licencia, que a mi juicio constituye una de las muestras más palpables de Derecho penal de autor con que contamos en el Código penal⁷².

2. NATURALEZA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La penalización de este tipo de comportamientos venía siendo reclamada insistentemente desde las autoridades de la Dirección General de Tráfico como instrumento de apoyo al carné por puntos y ante la escasa fuerza coactiva de la sanción administrativa. Por otro lado, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto de L.O. de 2006, de reforma del Código penal –que ya incluía esta modalidad delictiva-, calificaba a éste como “un tipo penal de nueva configuración que lo que protege no es tanto la efectividad de las resoluciones administrativas como la seguridad del tráfico”. Por su parte, el Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2007 señalaba cómo era una ausencia criticada la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo, pues, aunque algunos de esos casos podían reconducirse al Código Penal como delitos de quebrantamiento de condena⁷³ o de desobediencia, otros permanecían en la impunidad penal –que no administrativa-. Precisamente por ello, el legislador, como recogía de manera expresa dicho Preámbulo, consideró “más ágil y preciso reunir todas esas situaciones posibles en un solo precepto sancionador”, el 384.

No resulta extraño, a la vista de lo anterior, que nos hayamos preguntado desde el primer momento si nos encontrábamos realmente ante una figura delictiva vacía de contenido material -un delito formal- que tan sólo pretendía reforzar el papel de la sanción administrativa; ante una modalidad específica de infracción contra la Administración de Justicia –quebrantamiento- o contra el orden público -desobediencia-; si se trataba de un genuino delito contra la seguridad colectiva –más concretamente contra la seguridad vial- que no contemplaba desvalor adicional alguno, o, finalmente, si esta figura era capaz de abarcar en su contenido de injusto tanto el atentado contra la seguridad vial como contra esos otros bienes jurídicos a los que he hecho mención. Y, en estos dos últimos casos, si el atentado contra la seguridad vial era de la entidad suficiente como para justificar la creación de una figura como la presente.

72 Otras cuestiones de no menor interés, como la participación en el delito del 384 en aquellos casos en los que un sujeto facilita la conducción a quien carece de permiso o licencia para hacerlo, no serán objeto de estudio. Apuntar simplemente, en este sentido, que frente a resoluciones que han negado cualquier forma de participación delictiva por entender que nos encontrábamos ante un delito de propia mano, la mayoría sí han admitido, con mejor criterio, dicha participación; normalmente a título de cooperación necesaria. La cuestión la ha cerrado el Tribunal Supremo en la Sentencia del Pleno num. 314/2021 de 15 abril -RJ\2021\1719-, que, admitiendo la posibilidad de participación, resulta sumamente discutible, sin embargo, por calificar como autoría mediata el supuesto en el que un padre permitió a su hijo menor, de ocho años de edad, conducir un vehículo mientras le grababa desde el exterior. Y la considero discutible porque difícilmente podemos considerar autor, aun mediato, a quien, como el padre, sí contaba con permiso en regla para conducir dicho vehículo.

73 Como delito de quebrantamiento del 468.1 del Código penal había venido calificando la jurisprudencia este tipo de situaciones antes de la llegada del artículo 384. Así, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial –en adelante SAP- de Girona de 7 de julio de 2005 -ARP 2006\608-, SAP Vizcaya de 14 de marzo de 2007 -JUR 2007\137224-, o SAP Murcia de 23 de julio de 2007 -JUR 2008\43118-, entre otras muchas.

Antes de entrar en esta cuestión, conviene advertir, siquiera brevemente, que tras la L.O. 15/2007, la fórmula “seguridad del tráfico” dio paso a “seguridad vial”, un término que no gozaba de tradición en nuestra normativa penal, aunque sí en la normativa administrativa de tráfico; que no presentaba diferencias de contenido con el primero, y que apuntaba en una línea político criminal muy definida, al responder a la pretensión del legislador de aproximar aún más las previsiones del Código penal a las de la normativa administrativa de tráfico⁷⁴.

Volviendo a la cuestión del bien jurídico objeto de tutela en esta modalidad delictiva, la intención del legislador, por lo que hemos visto recogía el Preámbulo de la L.O. 15/2007, parecía encaminarse a la creación de una figura especial paralela a la desobediencia y al quebrantamiento, que al mismo tiempo que permitiese acoger aquellos comportamientos que quedaban fuera del Código, ofreciese mayor agilidad y precisión, amén de cumplir, de forma más eficaz, la función preventivo-general-pedagógica que sin duda había presidido la reforma del Código penal en esta materia. Una figura, en definitiva, dirigida a reforzar la eficacia de las resoluciones administrativas y judiciales. Buena prueba de ello era el hecho de que inicialmente no apareciese contemplada en la proposición de ley la conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia, que se introdujo no tanto por el peligro inherente a este tipo de comportamientos, como para evitar agravios comparativos entre quienes conducían en estas circunstancias y quienes lo hacían habiendo sido privados de la correspondiente autorización administrativa⁷⁵.

Planteada la cuestión en estos términos, más que ante un delito contra la seguridad vial a cuyo contenido de injusto se hubiese incorporado el desvalor que para el orden público⁷⁶

74 No existía elemento alguno en las normas administrativas sobre tráfico del que deducir eventuales diferencias. Esa normativa, la única delimitación que permitía establecer era entre “normas de circulación para los vehículos” y “normas de seguridad vial” cuando en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo –la entonces vigente Ley de Tráfico-, al referirse a su objeto, distinguía entre las primeras y las que, por razón de seguridad vial, habían de regir para la circulación de peatones y animales por las vías de utilización general. De este modo, la seguridad de la circulación era la relativa a la circulación de vehículos, mientras la seguridad vial, resultaba un concepto algo más amplio que incluía, además, la de peatones y animales que transitasen por vías de utilización general. Sin embargo, a la vista de los comportamientos que hasta ese momento había estado englobados bajo el término “seguridad del tráfico”, no tenía sentido afirmar que la seguridad de peatones y animales no fuese abarcada por el mismo, por lo que el cambio fue sólo una cuestión meramente terminológica dirigida a reforzar la función simbólica del Derecho penal en esta materia. Si consideraron, por el contrario, que la “seguridad vial” era un concepto más amplio desde el punto de vista penal GARCÍA DEL BLANCO/MARTÍN LORENZO/SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, en AAVV/GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coordinadora); «Delitos contra la seguridad vial: cuestiones comunes», en *Protección Penal de la Seguridad Vial*. 2ª Ed., Valencia, 2013, TOL1.426.791, p. 5, pues además de orientarse a la protección de la vida e integridad de las personas –como ocurría con la seguridad del tráfico-, comprendería también una función de garantizar el ejercicio del derecho a la movilidad en condiciones de seguridad.

75 Enmienda número 16 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso. Ya en relación con el Proyecto de reforma del Código Penal de 2006, CARBONELL MATEU, J. C.; «La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Coord.); *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: aspectos penales, civiles y procesales*, Madrid, 2007, p. 403, consideraba escandalosa la tipificación de quien conducía con el carné suspendido, mientras permanece impune la conducción por parte de quien nunca lo había obtenido.

76 En realidad, para el debido cumplimiento de las órdenes de la autoridad como necesidad propia de la función pública entendida como servicio a los ciudadanos, que sería, a mi juicio, el bien jurídico protegido en el delito de desobediencia.

o la Administración de justicia se desprendía de la conducta del sujeto activo, en el caso de la conducción habiendo perdido el permiso o licencia administrativa o judicialmente, estábamos, en realidad, ante una infracción mixta de desobediencia o quebrantamiento a la que podría llegar a reconocerse también capacidad para incidir en la propia seguridad del tráfico rodado.

Pues bien, en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida de puntos, la jurisprudencia ha venido descartando que nos encontráramos ante una forma de desobediencia, considerando que se trataba de una genuina conducta contra la seguridad vial⁷⁷. Y creo que lo ha hecho, en la línea que señalé antes de salvaguarda del principio de ofensividad, como forma de negar que el primer párrafo del 384 constituyese una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa.

No ha habido, sin embargo, tanta reticencia a la hora de afirmar que los casos de conducción sin permiso por haberlo perdido por resolución judicial sí constituían una modalidad específica de quebrantamiento, pero con virtualidad para afectar la seguridad vial, que sería el bien jurídico protegido en última instancia⁷⁸. Sólo así se explica que se haya estado condenando tan sólo por el 384, y no por éste además de por el delito de quebrantamiento de condena del 468⁷⁹.

77 Así, por ejemplo, SAP Las Palmas de 20 de mayo de 2013 -ARP\2013\1035-, SAP Toledo de 4 de noviembre de 2015 -ARP\2015\1273-, SAP Barcelona de 22 de diciembre de 2016 -ARP\2017\389- y SsTS de 28 de junio de 2012 -RJ\2012\9435-, 13 de septiembre de 2017 -RJ\2017\3894- o 31 enero de 2018 -RJ\2018\212-, entre otras muchas. Por el contrario, sí la califica como auténtica forma de desobediencia a la autoridad administrativa, aunque cualificada por el riesgo que supone para la seguridad vial, la SAP Vizcaya de 15 de octubre de 2013 -ARP\2014\479-

78 Por ejemplo, la SAP Pontevedra de 16 de septiembre de 2008 -JUR 2009\81840-, las SsAP Barcelona de 16 de febrero de 2009 -JUR 2009\379745- y 31 de marzo de 2009 -ARP 2009\1076-, la SAP Toledo de 4 de noviembre de 2015 -ARP\2015\1273-, la SAP Barcelona de 22 de diciembre de 2016 -ARP\2017\389-, o la STS de 31 octubre de 2013 -RJ\2013\7647-, entre otras muchas, se decantan por considerar que el único bien jurídico protegido es la seguridad vial.

79 Salvo contadas excepciones, la solución que se impone en la jurisprudencia es la del concurso de normas con el 468 aplicando el 384 por especialidad. Sólo algunas sentencias, como la SsAP Barcelona de 16 de febrero de 2009 -JUR 2009\379745- y 31 de marzo de 2009 -ARP 2009\1076- abordan expresamente el tema del tipo de concurso existente decantándose sin ambages por el ideal de delitos. La razón esgrimida para ello es que las penas previstas por el legislador en el 384 no son lo suficientemente graves como para contemplar, además del contenido de injusto del atentado contra la seguridad vial, el del atentado contra la Administración de Justicia. Olvidan estas resoluciones que no es el primer caso en el que el mal quehacer de nuestro legislador, obsesionado por crear tipos penales cualificados, provoca situaciones de esta naturaleza, y que el error del legislador no puede intentar repararse con un nuevo error, esta vez jurisprudencial, a base de apreciar el concurso de delitos donde es evidente que lo único que hay es uno de normas. Otro ejemplo de esa mala praxis legislativa es la agravación contemplada en el 153.3 del Código Penal para el supuesto de que la violencia tenga lugar quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza: tal agravación determina que no se pueda apreciar un concurso de delitos con el de quebrantamiento, reconduciéndose la situación al concurso de normas. Sin embargo, esta solución puede ser penológicamente más favorable para el reo que la resultante de acudir a la del concurso de delitos, pues el incremento punitivo que se contempla en el 153.3 –la pena de los apartados 1 y 2 del 153 en su mitad superior- no parece ser suficiente en todos los casos para comprender, además del atentado contra la salud o integridad, el atentado contra la Administración de Justicia.

Enfocada la cuestión desde la perspectiva de este bien jurídico -la seguridad vial-, la jurisprudencia ha venido entendiendo, de forma prácticamente unánime, que se trata de un delito de peligro abstracto⁸⁰. El Tribunal Supremo se viene pronunciando en este sentido en numerosas resoluciones, entre las que destaca la frecuentemente citada sentencia de 22 de mayo de 2017, del Pleno de la Sala Segunda, según la cual el tipo “no requiere, por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción”⁸¹.

Frente a esta posición mayoritaria, compartida también por las audiencias provinciales⁸², alguna Audiencia, como la de Toledo, ha seguido una línea manifiestamente discrepante llegando incluso a adoptar un Acuerdo no jurisdiccional el 15 de enero de 2013 -materializado por primera vez en la SAP Toledo de 8 de febrero de 2013⁸³ por el que se exigía, para poder apreciar la existencia de un delito del 384 del Código Penal, que el sujeto hubiese generado con su conducción un riesgo superior al que trataba de proteger la norma administrativa que tipificaba como infracción la conducción sin permiso. O lo que es lo mismo, que el sujeto hubiese generado una situación de peligro concreto.

El razonamiento seguido por la Audiencia Provincial de Toledo, que se ha traducido en numerosas sentencias absolutorias por hechos idénticos a otros que merecían una sentencia condenatoria en Audiencias de otros lugares de España, se puede resumir de la siguiente forma:

El legislador, a la hora de sancionar las conductas que considera merecedoras de reproche tiene dos opciones: entender que su gravedad es tal que merecen ser consideradas delito recibiendo así la respuesta más severa y contundente, o bien estimar que basta con la reacción más leve que supone la sanción administrativa. En esta tarea, la libertad de la que goza el legislador no es, sin embargo, absoluta, sino que se ha de desarrollar dentro del marco de principios que la Constitución establece.

Entre esos principios figuran los de seguridad jurídica, intervención mínima y proporcionalidad. El primero le obliga a realizar un gran esfuerzo para que la definición de los tipos penales y las faltas administrativas sea clara y precisa, de modo que ofrezcan al ciudadano la seguridad suficiente como para conocer de antemano cuál es la respuesta, penal o administrativa, que debe esperar por la realización de las conductas prohibidas. El segundo y el tercero,

80 En los mismos términos se pronuncia la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

81 STS 369/2017, de 22 de mayo -TOL6.356.029-.

82 Así, entre otras muchas, SAP Girona de 30 de octubre de 2008 -JUR 2009\77854-, SAP Málaga de 27 de febrero de 2009 -ARP 2009\454-, SAP Vizcaya de 13 de julio de 2009 -ARP 2009\1356-, o SAP Madrid de 21 de septiembre de 2009 -JUR 2009\445413-. De peligro presunto lo han calificado las SsAP Barcelona de 16 de febrero de 2009 -JUR 2009\379745- o 31 de marzo de 2009 -ARP 2009\1076-.

83 SAP Toledo (Sección 1ª) 10/2013 de 8 febrero -JUR 2013\97452-.

a que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados.

Sentado lo anterior, como quiera que la conducción de un vehículo de motor careciendo de permiso de conducir está contemplada tanto en el art. 384 del Código Penal, como en la letra k) del art. 77 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial -en adelante, Ley de Tráfico-⁸⁴, que considera tal hecho como infracción muy grave, entiende la Audiencia Provincial de Toledo que resulta necesario hacer una lectura constitucional de la situación que se genera con la existencia de la doble previsión sancionadora estableciendo una distinción entre uno y otro comportamiento, pues lo contrario supondría afirmar la inconstitucionalidad del art. 384 del Código Penal al no ser compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal.

Para ello, con remisión a la STC 24/2004 de 24 de febrero que daba respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 563 del Código Penal⁸⁵, se proponen tres vías para reducir el ámbito de aplicación del tipo penal haciéndolo compatible con la infracción administrativa y con los citados principios constitucionales:

La primera sería acudir al sentido gramatical dando a cada término la expresión exacta, una vía que debe ser descartada, a juicio de la Audiencia Provincial de Toledo, al no poder extraer conclusiones determinantes sobre cuándo cabe apreciar la existencia de delito y cuando la de infracción administrativa.

La segunda, acudir a los principios generales de limitación del *ius puniendi* que impiden que existan delitos meramente formales elevando a la categoría de delito lo que son meras infracciones administrativas. Para la Audiencia Provincial de Toledo serían compatibles ambas infracciones en el supuesto de que protegiesen bienes diferentes, como sucede cuando se trata de situaciones de sujeción especial en las cuales además del bien que el delito trata de proteger, existe otro que es el buen funcionamiento de la Administración. Una situación que

84 La sentencia en cuestión se refería al art. 65.5º k) del derogado Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que consideraba falta muy grave “conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente”. Obsérvese que la redacción del nuevo art. 77 k) de la Ley de Tráfico (“Conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente”) ha cambiado respecto al 65.5º k) de la anterior en el sentido de reducir el ámbito de la infracción, pues el término de “autorización administrativa” era más amplio que el actual “permiso o licencia”. De hecho, el “permiso o licencia” es una de las autorizaciones administrativas exigidas por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores -en adelante, Reglamento General de Conductores-, junto con la autorización especial para conducir vehículos que transporten mercancías peligrosas. En cualquier caso, el cambio en la redacción no afecta al argumento que se esgrimía desde la Audiencia Provincial de Toledo para exigir una concreción del delito para la seguridad vial.

85 Dicha sentencia declaró que el primer inciso del art. 563 (la tenencia de armas prohibidas) sólo era constitucional si se interpretaba en el sentido de que, teniendo tales armas una especial potencialidad lesiva, la tenencia “se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concorra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador”.

descarta al considerar que tanto la infracción administrativa como el delito van dirigidos a proteger, con carácter general, la seguridad vial⁸⁶.

La tercera, teniendo en cuenta la protección del bien jurídico, de modo que sólo cuando la acción tenga potencialidad para lesionarlo más allá de lo que en su caso prevea la infracción administrativa, la acción en cuestión podrá ser considerada como infractora del ordenamiento penal. Esta es la vía por la que acaban decantándose las resoluciones de la Audiencia Provincial de Toledo, que consideran delictiva la conducta cuando el riesgo generado por el hecho de conducir sin permiso sea superior al que se produce por el solo hecho de hacerlo. O lo que es lo mismo: conducir un vehículo de motor careciendo de permiso o licencia será infracción administrativa y sólo cuando se demuestre, por las circunstancias concretas de los hechos, que ese riesgo es superior al que trata de proteger la norma administrativa, podrá hablarse de delito.

De este modo, y como ya se ha dicho, la Audiencia Provincial de Toledo ha venido interpretando el del 384 del Código Penal como un delito de peligro concreto frente a lo que han venido haciendo el resto de Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, que lo han considerado de peligro abstracto.

La situación provocada por la Audiencia Provincial de Toledo ha cobrado especial interés tras la reforma llevada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que al reformar el art. 847 de ésta ha dado entrada al recurso de casación por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales. Tras esta reforma, toda sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Toledo ha venido siendo recurrida en casación por el Ministerio Fiscal⁸⁷ y revocada por el Tribunal Supremo sobre la base del argumento de que el tipo penal del 384 no exigía concreción alguna del riesgo, bastando con el peligro abstracto que para la seguridad vial supone la conducción de quien carece de permiso o licencia para conducir vehículos a motor o ciclomotores.

A mi juicio, la Audiencia Provincial de Toledo tiene razón sólo parcialmente. Y es que, dependiendo de la modalidad típica ante la que nos encontremos, puede resultar incorrecta la afirmación, que se encuentra en la base de su razonamiento, de que gramaticalmente no

86 De la misma forma que descarta que la solución a la dualidad normativa venga de la mano de la preferencia de que goza el orden penal frente al administrativo. Y es que, en ello tiene razón el argumento esgrimido, si el legislador partiese del presupuesto de que en todo caso debe prevalecer el tipo penal frente a la sanción administrativa, lo lógico habría sido excluir tal comportamiento del catálogo de infracciones administrativas evitando la anómala derogación de facto que supondría esa prevalencia incondicionada (pues una derogación de facto, y no otra cosa, es lo que se desprendería del hecho de entender que el orden penal siempre tiene prioridad en este tipo de comportamientos sobre el administrativo).

87 La Circular 10/2011 de la FGE señala, refiriéndose a la modalidad típica de conducción con pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, que el tipo penal no requiere una conducción peligrosa o irregular, bastando la consciente desobediencia, el incumplimiento de las pertinentes resoluciones. Y éste es, también, el criterio que se ha seguido para las restantes modalidades típicas, razón por la que el Ministerio público ha venido recurriendo sistemáticamente aquellas sentencias absolutorias basadas en la exigencia de una situación de peligro concreto derivada de la conducción sin permiso o licencia.

cabe diferenciar entre la infracción administrativa y la penal. Basta con analizar el catálogo de infracciones que contempla la Ley de Tráfico o los términos en los que se expresa el art. 77 k) de la misma (“Conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente”) para comprobar que el párrafo segundo del art. 384 tipifica el conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia, y no el hecho de hacerlo sin haber obtenido el permiso o licencia “correspondiente” (como recoge la norma administrativa). De aquí se desprende que la conducta encuadrable en el tipo penal es distinta y, en abstracto, más grave, pues supone no haber acreditado nunca ante las autoridades competentes las capacidades psico-físicas y los conocimientos y aptitudes necesarias para la conducción, mientras que la infracción administrativa quedaría restringida a aquellos casos en los que habiéndose demostrado en algún momento tales capacidades, aptitudes y conocimientos respecto a algún otro tipo de vehículo, el sujeto no lo ha hecho, sin embargo, en relación con el vehículo concreto que conducía en el momento en el que el permiso o licencia le fue requerido. Una conducta, esta última, que como veremos más adelante, viene determinando, con carácter general, la absolución por el delito del 384.

Tampoco existen mayores dificultades para delimitar la infracción administrativa de la conducción habiendo sido privado cautelarmente del permiso o licencia por resolución judicial, pues ni existe una infracción correlativa en el cuadro de comportamientos sancionables que recoge la Ley de Tráfico, ni esta conducción encaja en la genérica infracción de la letra k) del art. 77, ya que la privación cautelar prevista en los arts. 529 bis o 764.4, párrafo segundo, de la L.E.Cr. no comporta la pérdida de vigencia -ni siquiera cautelar- del permiso o licencia, sino, tan sólo la privación provisional del derecho a usarlo, mandando que se recoja e incorpore al proceso el documento en el que conste. Por tanto, no se puede afirmar que, mientras se mantenga la medida cautelar, el sujeto carezca de permiso o licencia, por lo que, en caso de conducir, su conducta nunca podría ser constitutiva de infracción administrativa, y sí, tan sólo, de delito.

Sí existen más dificultades para delimitar la infracción administrativa de la penal cuando se trata de las restantes modalidades típicas: conducción tras pérdida de vigencia por pérdida de puntos o tras privación del permiso por resolución judicial.

Comenzando por esta última, lo primero que hay que advertir es que no existe, como era de esperar, una infracción administrativa de tráfico que recoja específicamente tal comportamiento, por lo que la necesidad de delimitación del tipo penal se produce, una vez más, sólo con la infracción genérica de conducir sin el permiso o licencia correspondiente de la letra k) del art. 77 de la Ley de Tráfico.

Lo segundo es que una sentencia de lo que priva es del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, y no del permiso o licencia. Del permiso o licencia sólo queda privado el condenado en aquellos casos en los que la pena de privación del derecho a conducir es superior a los dos años, supuesto en el que, como establece el párrafo tercero del art. 47 del Código Penal, la pena lleva asociada la consecuencia administrativa de la pérdida de vigencia del permiso o licencia.

De este modo, sólo nos encontraríamos ante la imposibilidad de establecer una delimitación clara entre esta modalidad típica y la infracción del 77 k) de la Ley de Tráfico en aque-

llos casos en los que, por haber sido condenado el sujeto a privación del derecho de conducir superior a dos años, se haya producido ex art. 47 del Código Penal la pérdida de vigencia del permiso o licencia.

Lo mismo ocurre en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, no existiendo tampoco en este caso posibilidad de delimitación gramatical entre la infracción del 77 k) de la Ley de Tráfico y el primer párrafo del 384.

Por tanto, únicamente en estos dos supuestos podría cobrar sentido la interpretación realizada desde la Audiencia Provincial de Toledo en el sentido de exigir un peligro concreto para la seguridad vial.

En cualquier caso, como ya se ha dicho, la línea jurisprudencial mayoritaria ha sido clara y manifiesta afirmando que se trataba de delitos de peligro abstracto. Más aún: en ocasiones, la redacción del tipo incluso ha permitido ir más allá a alguna resolución que han puesto el acento en la voluntad rebelde a las normas de tráfico como pilar sobre el que se construye el injusto del 384. Y es que, teniendo en cuenta la más que discutible peligrosidad que para la seguridad vial comportan algunas de las infracciones que conducen a la pérdida de puntos (por ejemplo, no utilizar el cinturón de seguridad), ni siquiera puede afirmarse que en todos los casos la peligrosidad abstracta de la conducción desplegada traiga su razón de ser en una peligrosidad pretérita puesta ya de manifiesto por el conductor, y sí sólo en esa actitud rebelde y enemiga del cumplimiento normativo. Ejemplo de lo anterior son algunas de las afirmaciones que ha hecho el Tribunal Supremo:

“Se presume el riesgo al presumirse en el acusado, en virtud de previsiones administrativas fundadas en la reiteración de infracciones, una falta de aptitud deducida normativamente de su habitualidad en el desprecio de normas de tráfico esenciales y propensión arraigada a vulnerar las reglas de la circulación viaria”⁸⁸.

“El tipo penal tiene, pues, la finalidad preventiva de evitar los riesgos previsibles para el tráfico viario atribuibles a la conducta de quien, debido al número de sanciones, ha mostrado su peligrosidad para los bienes jurídicos que tutela la norma penal [...]. El precepto castiga al conductor porque ha evidenciado un comportamiento peligroso para el tráfico viario según se habría constatado a través de las infracciones en que ha incurrido y debido a las cuales ha perdido los puntos asignados legalmente”⁸⁹.

3. MODALIDADES TÍPICAS

El artículo 384 del Código Penal contempla tres modalidades de conducta típica: conducir un vehículo de motor o ciclomotor tras la pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente; conducir un vehículo de motor o ciclomotor tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión

88 SsTS de 24 de enero de 2018 -RJ\2018\257- y 11 de abril de 2018 -JUR\2018\105315-.

89 SsTS de 28 de junio de 2012 -RJ\2012\9435- y 20 de diciembre de 2017 -RJ\2017\5446-.

judicial, y conducir un vehículo de motor o un ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción⁹⁰.

Sobre lo que haya de entenderse por conducción, por vía pública o por vehículo de motor o ciclomotor, no se plantean cuestiones diferentes a las ya abordadas y suficientemente tratadas por doctrina y jurisprudencia en relación con otras figuras delictivas contra la seguridad vial. Por esta razón no voy a insistir en ello más que para referirme a algunos supuestos discutibles o que han generado alguna incertidumbre aplicativa.

En primer lugar, respecto a lo que hay que considerar como conducción, la jurisprudencia ha venido condenando por cualquiera de las tres formas antes señaladas incluso en aquellos casos en los que el desplazamiento del vehículo ha sido mínimo. Destaca en este sentido, por lo llamativo del caso, el supuesto contemplado en la SAP Madrid de 18 de septiembre de 2009 -JUR 2009/453159-: tras manifestar el acusado a los dos Policías Locales “que ahora venía su padre [que era el conductor] para mover el coche” estacionado en doble fila, uno de ellos manifestó que no podían esperar y que iban a avisar a la grúa, momento en que el que el acusado se puso a los mandos del vehículo y maniobró con él unos metros marcha atrás para dejar salir al vehículo al que entorpecía la salida del estacionamiento, volviendo luego a moverlo hacia adelante para dejarlo en la posición que estaba inicialmente, siendo esto suficiente para acabar siendo considerado autor de un delito del 384.

Es cierto que la condena en estos casos es técnicamente correcta, pero supuestos como el que acabamos de ver quizás hubiesen merecido como respuesta una sentencia absolutoria por la insignificancia del comportamiento desde el punto de vista de su carga lesiva para el bien jurídico (incluso entendiendo que se trata de un delito de peligro abstracto).

En segundo lugar, y por lo que respecta a lo que haya de entenderse por vehículo de motor o ciclomotor, se ha venido excluyendo de cualquiera de las conductas del 384 la conducción de vehículos que no requieran permiso o licencia de conducción, o que no lo requieran al menos para ser conducidos por vías públicas por tenerlas expresamente vedadas. Es el caso, planteado en algunas sentencias, de vehículos de construcción como “miniexcavadoras”⁹¹ karts o de las motocicletas de uso infantil conocidas también como “minimotos”, vehículos que, aunque de motor⁹², están destinados por ley a circular en exclusiva por circuito cerrado o propiedad particular, circunstancia que ha justificado que la jurisprudencia haya venido

90 En mi opinión, en ningún caso estamos ante una ley penal en blanco, por cuanto la descripción típica, en cualquiera de sus modalidades, aparece completa. Así, el intérprete del 384 no necesita conocer de esa normativa administrativa de tráfico para determinar si un sujeto ha realizado o no alguna de las conductas típicas. Basta con saber que ha perdido el permiso o licencia por pérdida de los puntos asignados legalmente –aunque desconozca, incluso, qué razones le llevaron a perder esos puntos–; que conduce tras haber sido privado judicialmente del permiso o licencia; o que lo hace sin tener permiso o licencia. En este sentido, también, las SsAP Álava de 24 de junio de 2009 -ARP\2009\896-, 1 de febrero de 2012 -ARP\2014\454- y la SAP Islas Baleares de 3 de octubre de 2012 -JUR 2013\4534-, entre otras. En contra, considerándola una ley penal en blanco, la SAP Cádiz de 5 de febrero de 2014 -JUR 2014\63704- o la SAP Burgos de 11 septiembre de 2014 -ARP 2014\1154-, entre otras.

91 SAP Cádiz de 2 de marzo de 2012 -JUR 2014\279099-

92 Sobre este particular, SAP Madrid de 3 de septiembre de 2007 -JUR 2007\346628-.

absolviendo en estos casos por el delito del 384⁹³ y que la Circular 10/2011 FGE se haya pronunciado al respecto excluyendo, asimismo, la tipicidad de la conducta al tratarse de vehículos a los que no es aplicable el régimen de autorización previa para la conducción por tener prohibida su circulación por vías públicas.

Distinto es el caso de las motos de competición, pues el artículo 11 del Anexo 2 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación -en adelante, Reglamento General de Circulación- prescribe que “los participantes que circulen fuera del espacio delimitado por los vehículos de señalización de inicio y fin de la prueba [se refiere a la competición deportiva] serán considerados usuarios normales de la vía, y no les será de aplicación esta normativa especial”.

Un comentario merece, asimismo, el caso de las bicicletas eléctricas, que no tienen la consideración de vehículos de motor⁹⁴ salvo que se encuentren manipuladas para funcionar como un ciclomotor -sin necesidad de ningún tipo de pedaleo-, como ocurrió en el supuesto contemplado por la SAP Barcelona 403/2014 de 30 abril -ARP\2014\1087-. En esta sentencia, la bicicleta fue considerada ciclomotor, ya que la definición reglamentaria de éste se realiza con relación a una potencia máxima de motor y a una velocidad máxima de funcionamiento, y ambos extremos se cumplían en la bicicleta, aun cuando su motor eléctrico fuese de una potencia menor y la velocidad máxima que pudiese alcanzar fuese también menor de la reglamentariamente establecida para los ciclomotores⁹⁵.

Respecto a los denominados vehículos de movilidad personal, por no tener la consideración de vehículo de motor ni de ciclomotor, no requieren de permiso ni licencia para su conducción, no permitiendo ésta la realización del tipo del art. 384 del Código penal

93 La SAP Murcia de 12 de marzo de 2009 -JUR 2009\314317- absolvió por el hecho de que aunque el vehículo en cuestión tenía 50 cc –lo que había servido al juzgador de instancia para considerarlo ciclomotor-, el mismo pertenecía a la categoría “motocicleta de uso infantil fabricada para uso exclusivo en Circuito cerrado o propiedad particular”, que “por sus características es imposible adecuarla para su uso por la vía pública..., ni cumple con la normativa vigente para circular por las vías públicas”, “sin perjuicio de que, en caso de querer participar en competición federada, se esté obligado a cumplir las exigencias que estipula la reglamentación y, a esos efectos de la competición se deba estar en posesión de la correspondiente licencia federativa”. Esto no impide, aclara dicha sentencia, que “el hecho de circular con esos vehículos por la vía pública no pueda llegar a integrar cualquier de los otros delitos contra la seguridad del tráfico de los artículos 379 a 383 del mismo Código, pues, de acuerdo con lo expuesto, el uso de un minimoto en la vía pública, aparte de significar una infracción administrativa, constituye un presupuesto objetivo de temeridad”. Concretamente, la ya señalada SAP Madrid de 3 de septiembre de 2007 -JUR 2007\346628- confirmó la condena por un delito de conducción temeraria del antiguo 381 a quien huyendo de la Policía circulaba con una “minimoto” a alta velocidad por una acera transitada por peatones. En sentido parecido, además, la SAP Vizcaya de 13 de octubre de 2006 -JUR 2007\103487-.

94 Las bicicletas eléctricas son ciclos de dos ruedas de pedaleo asistido, según el ANEXO I, puntos 7 y 8 de la Ley de Tráfico, mientras el ciclomotor es, según el punto 9 de dicho ANEXO, un vehículo de dos ruedas con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico.

95 El sujeto enjuiciado fue, sin embargo, absuelto al apreciarse un error de prohibición invencible al resultar razonable el argumento esgrimido de que el acusado adquirió el vehículo en la creencia de que, por tratarse de una bicicleta eléctrica, no precisaba, para su conducción, del permiso o licencia de conducir del que se encontraba privado en la fecha de los hechos.

bajo ninguna circunstancia. Distinta es la situación de otro tipo de vehículos eléctricos que frecuentemente pasan por vehículos de movilidad personal, pero que sin embargo se encuentran asimilados a los ciclomotores como consecuencia de lo dispuesto en el ANEXO I del Reglamento (UE) 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, de aplicación directa en España desde el 1 de enero de 2016. Es el caso que se recoge en tres sentencias de las audiencias provinciales de Pontevedra (228/2019 de 30 diciembre -JUR\2020\81296), Madrid (398/2020 de 22 octubre -JUR\2021\1559) y Murcia (29/2021 de 2 febrero -ARP\2021\613) que, pese a considerar que, en efecto, se trataba de vehículos que exigían un permiso al estar asimilados a los ciclomotores en virtud del Reglamento (UE) al que se ha hecho referencia, acaban sin embargo absolviendo por no haberse acreditado en el proceso que las características del vehículo se correspondían con las que exige la subcategoría L1e-B del citado Reglamento (la SAP Pontevedra) para considerar ciclomotor al vehículo, por ausencia de dolo (la SAP Madrid)⁹⁶ y por concurrir una situación de error de tipo invencible (la SAP Murcia) consecuencia de encontrarnos ante un ilícito que no resulta «sencillo de adivinar, a modo de ‘ilícito natural’» y que incluso desconocerían muchos nacionales españoles⁹⁷.

Finalmente, y por lo que respecta al concepto de vía pública, por recoger algún supuesto que pudiera plantear dudas, se ha venido entendiendo por tal no sólo el parking abierto al público, sino incluso aquel que está cerrado para su uso sólo por un colectivo profesional, como sucedió con el parking de las instalaciones de la policía local de Vitoria, al que sólo podían acceder determinadas personas, pues al no tratarse del uso ejercido por el propietario en su terreno privado, sino del uso de terceros de un terreno propiedad del Ayuntamiento, no le era aplicable la excepción que contempla el art. 1.2 in fine del Reglamento General de Circulación⁹⁸.

96 Según dicha sentencia, existía “una duda razonable acerca de que la recurrente pudiera no saber que el vehículo que iba conduciendo necesitaba para su conducción permiso habilitante, pues la normativa es reciente y ha sido objeto de una instrucción por la Dirección General de Tráfico, necesitando una interpretación de la normativa complicada y difícil de aplicarla en la práctica”.

97 Se da la circunstancia de que el sujeto enjuiciado, con la mayoría de edad recién alcanzada, era procedente de Argelia, habiendo entrado ilegalmente en España siendo menor y permanecido durante todo el tiempo en centros de tutela, no habiendo constancia de que se manejase sin ayuda y correctamente con el idioma castellano. Son destacables los términos en los que se expresa la sentencia en cuestión: “entiende esta Sala que un porcentaje muy importante de los propios nacionales españoles no conocen que un ‘patinete’ al que se le ponga un sillín -y no por ello, discrepando respetuosamente del juzgador a quo, se obtiene una morfología del artefacto que haga pensar inmediatamente en un ciclomotor, entendido como lo entiende la mayoría de la población, pues basta examinar las fotos unidas a la causa del ciclo para apreciar que se sigue pareciendo muy mucho a un patinete eléctrico, al que se le pone un asiento para ir más cómodo en él- es equivalente un ‘ciclomotor’ de los que ordinariamente poblaban nuestras carreteras, pues si ya existe un cierto alejamiento respecto a la prolijidad. Dispersión y detallismo de las normas de tráfico patrias, no es preciso insistir mucho para concluir que ese alejamiento de la realidad normativa es mucho más apreciable en cuanto a los Reglamentos aprobados por la UE”.

98 STS de 31 de enero de 2018 -RJ/2018/212-. Según el art. 1.2 in fine del Reglamento General de Circulación, no serán aplicables los preceptos de dicho reglamento a los caminos, terrenos, garajes, cocheras u otros locales de similar naturaleza, construidos dentro de fincas privadas, sustraídos al uso público y destinados al uso exclusivo de los propietarios y sus dependientes.

3.1 CONDUCCIÓN SIN PERMISO O LICENCIA AL HABER PERDIDO SU VIGENCIA POR PÉRDIDA DE TODOS LOS PUNTOS ASIGNADOS LEGALMENTE.

La pérdida de vigencia por resolución administrativa⁹⁹ viene contemplada en el art. 71 de la Ley de Tráfico, que alude sólo a los supuestos en los que se hubieren perdido todos los puntos asignados. No obstante, la pérdida de vigencia puede producirse, asimismo, tras acreditarse la desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para el otorgamiento de la autorización –art. 70-. Pues bien, aunque resulte un sinsentido, pese al riesgo que para la seguridad vial pudiese conllevar la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor tras esta última situación de pérdida de vigencia, la misma no realizará el tipo del párrafo primero del 384, que sólo vincula conducción con pérdida de vigencia por pérdida de puntos. Así lo ha manifestado, igualmente, la Circular 10/2011 FGE¹⁰⁰.

Es preciso advertir que para afirmar la tipicidad de la conducta lo determinante no es la pérdida de los puntos asignados legalmente, sino la declaración de pérdida de vigencia del permiso o licencia derivada de la anterior de acuerdo con el procedimiento establecido en la normativa de tráfico. Esta declaración se llevará a cabo mediante resolución administrativa, habiendo discrepado la jurisprudencia sobre si la misma debe o no ser firme. Así, ha exigido tal firmeza, la SAP Toledo de 1 marzo de 2017 -ARP\2017\645- afirmando que sería una protección desorbitada reforzar penalmente el cumplimiento de actos administrativos ni siquiera firmes¹⁰¹, mientras que no la han exigido, por ejemplo, la SAP Navarra de 29 de junio de 2009 -ARP 2009\1340- o la SAP Almería de 14 de julio de 2016 -ARP\2016\1178- argumentando, esta última, que mientras las resoluciones que sancionan determinadas conductas con pérdida de un determinado número de puntos tienen naturaleza sancionadora, por lo que debe esperarse a su firmeza para ser ejecutadas, la resolución que acuerda la pérdida de la vigencia del permiso de conducir por pérdida del saldo de puntos sólo tiene naturaleza declarativa al limitarse a constatar una realidad -la pérdida de todos los puntos-¹⁰², naturaleza que hace que la interposición de recurso frente a la misma no suspenda la efectividad de dicha resolución. Frente a las anteriores, la SAP Barcelona de 29 de enero de 2013 -JUR 2013\69882-, se refiere exclusivamente al agotamiento de la vía administrativa como requisito para la ejecutividad de la resolución, sin necesidad de firmeza en vía jurisdiccional.

Particularmente, considero que lo adecuado es exigir la firmeza de la resolución administrativa, coincidiendo así con la posición mantenida también por la Circular 10/2011 FGE, que entiende que, por mucho que la Ley de Tráfico utilice el término “declarar” en relación con

99 El tipo penal emplea una terminología distinta en función de que la ausencia de permiso o licencia obedece a resolución administrativa o judicial, refiriéndose al primer caso como un supuesto de “pérdida de vigencia” –primer párrafo del 384-, y al segundo como de “privación”, del permiso o licencia –segundo párrafo del 384-.

100 Circular 10/2011 FGE, p. 63.

101 En el mismo sentido, la SAP Guadalajara de 6 de julio de 2018 -JUR\2018\267266-.

102 De hecho, el art. 71 de la Ley de Tráfico establece que “El organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico declarará la pérdida de vigencia del permiso o licencia de conducción cuando su titular haya perdido la totalidad de los puntos asignados [...]”.

la pérdida de vigencia, lo cierto es que esa pérdida de vigencia tiene naturaleza sancionadora, tal y como le atribuyen la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998¹⁰³ y la STS de la Sala 3ª de 4 de junio de 2009 -RJ 2009\6502-. Esto, unido al hecho de que cabe la posibilidad legal de que tal resolución sea suspendida¹⁰⁴, y a razones de seguridad jurídica justificarían la necesidad de esperar a la firmeza de la resolución para poder considerar típica la conducción tras la pérdida de vigencia del permiso o licencia.

Visto lo anterior, aun con más fundamento habrá que considerar atípica la conducción que tiene lugar entre la infracción que supone la pérdida de los últimos puntos que quedaban al conductor y esa resolución en la que se declare la pérdida de vigencia del permiso o licencia.

En ocasiones, el conductor que ha perdido todos los puntos, pero al que aún no se le ha notificado la pérdida de vigencia del permiso o licencia ha procedido a canjear su permiso español por uno extranjero -frecuentemente portugués- para poder seguir conduciendo por nuestro país, canje que no ha impedido su condena en España por el párrafo primero del 384, ya que se parte de la idea de que el canje, sea cual sea la fecha en que se produzca, no puede impedir que se aplique la sanción de privación de la autorización administrativa de conducir por pérdida de puntos. La clave para llegar a esta conclusión, avalada por numerosas resoluciones judiciales¹⁰⁵, está en el art. 15.3 del Reglamento General de Conductores, que establece que no serán válidos los permisos de conducción expedidos en cualquiera de los Estados de la Unión Europea o que formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a quien hubiera sido titular de otro permiso de conducción expedido en alguno de

103 Sentencia 27812/95, Caso Malige contra Francia.

104 El régimen general de suspensión de la ejecución de resoluciones administrativas es el que contempla el artículo 117.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual, la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, si bien -sigue diciendo el 117.2- el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de dicha Ley. Este régimen general de no suspensión administrativa parece excepcionarse en materia de tráfico por el artículo 72 de la Ley de Tráfico, según el cual, en el curso de los procedimientos de declaración de nulidad, lesividad o pérdida de vigencia de las autorizaciones administrativas, se acordará la suspensión cautelar de la autorización en cuestión cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico -en el mismo sentido, el artículo 39 del Reglamento General de Conductores-. Es decir, como regla general parece que debe procederse a la suspensión de la sanción salvo que, como establece la propia Ley de Tráfico, el mantenimiento de la autorización entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico -si el artículo 72 de la Ley de Tráfico establece que se acordará la suspensión cautelar de la autorización en cuestión cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico, *sensu contrario* debe interpretarse que, no existiendo ese grave peligro, se procederá a suspender la sanción cuando se haya interpuesto el pertinente recurso, y hasta que el mismo se sustancie-. Y aun en estos casos, podría acordarse dicha suspensión recurriendo al régimen general de la Ley de Procedimiento Administrativo cuando concurra alguna de esas circunstancias excepcionales que recoge su artículo 117.2.

105 Así, por ejemplo, SAP La Rioja de 21 de diciembre de 2011 -ARP 2012\177-, SAP Segovia de 31 de enero de 2014 -JUR 2014\65726-, SAP Pontevedra de 26 de febrero de 2014 -JUR 2014\89798-, SAP Orense de 7 de abril de 2015 -JUR 2015\122869-, STS de 13 de septiembre de 2017 -RJ\2017\3894- o SAP Madrid de 5 de noviembre de 2018 -ARP\2019\143-, entre otras muchas.

ellos que haya sido retirado, suspendido o declarada su nulidad, lesividad o pérdida de vigencia en España.

Firme la resolución que notifica la pérdida de vigencia y agotada la vía administrativa, no ha sido infrecuente la interposición de un recurso contencioso administrativo contra ésta, que, al ser estimado, ha dado lugar a un ulterior recurso extraordinario de revisión contra la sentencia penal condenatoria conduciendo a la declaración de nulidad de la misma¹⁰⁶. Y es que, como señala la STS de 31 octubre de 2013 -RJ\2013\7647-, la interposición del recurso contencioso administrativo, ni suspende el procedimiento penal, ni es una cuestión que, en la práctica, pueda ser resuelta en dicho orden jurisdiccional obligando al juez penal a revisar la legalidad de todas y cada una de las sanciones administrativas, pese al régimen de prejudicialidad existente¹⁰⁷.

Estrechamente conectado con lo anterior, no han faltado casos en los que ha sido la propia administración la que, tras la sentencia condenatoria por el delito del 384 del Código Penal, ha procedido a revisar de oficio la resolución en la que se declaraba la pérdida de vigencia del permiso o licencia por haberse apreciado a existencia de errores informáticos o de otro tipo en la tramitación del expediente. Ante esta situación, siendo firme ya la sentencia penal, el condenado no ha tenido otra solución que interponer también el pertinente recurso extraordinario de revisión consiguiendo que se declarase nula la sentencia condenatoria¹⁰⁸.

La comisión del delito del 384, párrafo primero, además de la firmeza de la resolución, requiere que la misma haya sido convenientemente notificada. En realidad, esta exigencia no deriva de la propia redacción típica, sino que es consecuencia directa del carácter doloso de este delito, que exige que el sujeto conozca, o al menos sospeche, la pérdida de vigencia del permiso o licencia a la que venimos haciendo referencia.

El art. 40 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas recoge la forma en la que se llevarán a cabo las notificaciones, señalando el art. 44 que cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o intentada ésta, no se hubiese podido

106 Así, por ejemplo, SsTS de 28 de junio de 2012 -RJ\2012\9435- o 31 de octubre de 2013 -RJ\2013\7647-, entre otras.

107 El Tribunal Supremo viene considerando que la regulación de las cuestiones prejudiciales devolutivas contenida en el art. 4 de la L.E.Cr. ha de entenderse tácitamente derogada por el art. 10.1 de la L.O.P.J., siendo el juez penal el que debe pronunciarse sobre ellas. Así, SsTS de 23 de noviembre de 1998 -RJ 1998\8979-, 24 de julio de 2001 -RJ 2001\7720-, 29 de octubre de 2001 -RJ 2002\939-, 27 de septiembre de 2002 -RJ 2002\8847- o 28 de marzo de 2006 -RJ 2007\1848-. La STS de 31 octubre de 2013 -RJ\2013\7647- resulta también de interés al abordar esta cuestión en relación con una sentencia penal condenatoria que había sido dictada de conformidad, pronunciándose sobre la contradicción aparentemente existente entre aceptar los hechos y la pena, y posteriormente interponer recurso extraordinario de revisión. Pues bien, en la misma se establece que, aunque no resulta totalmente neutro el carácter consensuado de la sentencia, no puede situarse al imputado en la tesitura de o apostar por la prosperabilidad del recurso interpuesto en vía administrativa dejando que el proceso penal siga su curso y renunciando a los beneficios anudados a una conformidad, o bien resignarse a la sanción penal reducida haciendo dejación de las posibilidades de defensa sustentadas en la improcedencia o ilegalidad de la retirada del carnet acordada administrativamente.

108 Así, por ejemplo, las SsTS de 29 de octubre de 2013 -RJ\2013\7037-, 10 de julio de 2015 -RJ\2015\5543-, 16 de octubre de 2019 -RJ\2019\4137- o 12 de marzo de 2020 -RJ\2020\1224-.

practicar, dicha notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de que la Administración interviniente pueda establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión.

En línea con esto último el art. 91 de la Ley de Tráfico establece que las notificaciones que no puedan efectuarse en la Dirección Electrónica Vial¹⁰⁹ y, en caso de no disponer de la misma, en el domicilio expresamente indicado para el procedimiento o en el domicilio que figure en los registros de Tráfico, se practicarán en el BOE. No obstante, añade el art. 92, con carácter previo y facultativo tales notificaciones podrán practicarse también en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA), que será gestionado por la Jefatura Central de Tráfico.

El conocimiento que exige el dolo, no teniendo que ser un conocimiento exacto y detallado de cada uno de los elementos del tipo, sí tiene que ser un conocimiento cierto, existente en el momento de la realización de la conducta, o al menos eventual, faltando entonces la certeza sobre la concurrencia del elemento en cuestión, y existiendo tan sólo una representación de la posibilidad de que el mismo concorra en efecto. En ningún caso podrá tratarse de un conocimiento presunto, que es el que no se tiene, pero se podía haber tenido, y que es más propio de la imprudencia. El primer tipo de conocimiento conducirá al dolo directo; el segundo al eventual, siendo éstas las dos formas dolosas que admite a mi entender el delito de conducción con pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida de los puntos asignados legalmente.

Siendo así, tendremos que reconocer la existencia de dolo directo en aquellos casos en los que el sistema de notificación puesto en marcha por la Administración haya tenido éxito y quede constancia de que el sujeto ha tenido conocimiento real y efectivo del contenido de la resolución declarativa de la pérdida de vigencia del permiso o licencia. Conocimiento que, en cualquier caso, deberá ser objeto de prueba por la acusación en el proceso penal.

Quedarán, por el contrario, relegados al terreno del dolo eventual todos aquellos casos en los que el sujeto haya evitado tener conocimiento directo de dicha resolución mediante algún tipo de actuación buscada de propósito, como pudiera ser rechazar la notificación personal. De lo que estaremos hablando aquí es de un sujeto que ciega voluntariamente sus fuentes de conocimientos, supuesto que en realidad no encierra sino una sospecha de conocimiento del elemento típico, en este caso la pérdida de vigencia del permiso o licencia¹¹⁰.

109 El sistema de notificación en la Dirección Electrónica Vial permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del administrado del acto objeto de notificación, así como el acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales. Si existiendo constancia de la recepción de la notificación en la Dirección Electrónica Vial, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que aquélla ha sido rechazada, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso. El rechazo se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, y se tendrá por efectuado el trámite, continuándose el procedimiento.

110 La SAP Navarra de 29 de junio de 2009 -ARP 2009\1340-, aun sin recurrir al dolo eventual, y tras concluir que el sujeto conocía realmente el resultado de la resolución, condenó por el delito del 384 párrafo primero a quien había “puesto de su parte todos los impedimentos para darse por notificado de la resolución del primer recurso de alzada que interpuso”. Por su parte, la SAP Barcelona de 19 de marzo de 2014 -JUR 2014\114939-, alude a la “ignorancia deliberada” para admitir a existencia de dolo en la conducta del enjuiciado. Finalmente, refiriéndose expre-

Quedaría una tercera situación, como es la de la imposibilidad de notificación personal por causas que no resulten imputables al administrado. Pues bien, aunque la imposibilidad de notificación personal conducirá a publicar la resolución en un boletín o tablón, y aunque esa publicación surte plenos efectos administrativos, desde el punto de vista penal no puede admitirse, a mi juicio, que la misma equivalga a un conocimiento real y efectivo del contenido de la resolución publicada. Tampoco de un conocimiento eventual, desde el punto y hora en que quien conducía no ha buscado “cegar” sus fuentes de conocimiento. En estos casos, lo procedente es descartar la existencia de cualquier forma de dolo y, en consecuencia, absolver del delito en estudio, como ha hecho ya la jurisprudencia en alguna ocasión¹¹¹.

3.2 CONDUCCIÓN SIN PERMISO O LICENCIA POR HABER SIDO PRIVADO CAUTELAR O DEFINITIVAMENTE POR DECISIÓN JUDICIAL.

Como ya se ha señalado antes, el párrafo segundo del art. 384 adolece de una clara imprecisión terminológica, pues no existiendo la pena de “privación del permiso o licencia” de conducir vehículos de motor o ciclomotores, difícilmente podrá imponerla un Juez. La que realmente contempla nuestra legislación penal, y a la que aluden artículos como el 33, 39, 40, 47, 379.1, etc., del Código, es la de “privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores”¹¹².

Es de advertir que tal imprecisión sólo existe en relación con la privación “definitiva” del permiso o licencia, y no con la “cautelar”, respecto a la que ninguna dificultad interpretativa se plantea en la medida en que sí existe la medida cautelar de privación del permiso. Así, los artículos 529 bis y 764.4, párrafo segundo, de la L.E.Cr. prevén la recogida física del

samente a la posible concurrencia de dolo eventual, la SAP Guadalajara de 6 de julio de 2018 -JUR\2018\267266-. Excluyen, sin embargo, la posibilidad del dolo eventual las SsAP Granada de 7 de marzo de 2019 -ARP\2019\1202- y 26 de noviembre de 2020 -JUR\2021\164269- “en aras de la relevancia del posible error”.

111 La SAP Girona de 19 de octubre de 2009 -JUR 2009\489301-, por su parte, entendió que la falta de una notificación personal de la pérdida de la vigencia del permiso por pérdida total de puntos puede conducir a la no apreciación, con la certeza que exige todo fallo condenatorio, del dolo necesario, ya que la mera notificación edictal implica al efecto una presunción contra reo o inversión de la carga de la prueba que es inadmisibles en el ámbito penal. Y lo mismo la SAP Vizcaya de 1 de julio de 2013 -ARP\2013\1054-, la SAP Vizcaya de 15 de octubre de 2013 -ARP\2014\479-, la SAP Burgos de 11 de septiembre de 2014 -ARP\2014\1154-, o la SAP Toledo de 2 de octubre de 2014 -JUR\2014\290580-, entre otras muchas. La SAP Valencia de 3 de mayo de 2017 -ARP\2017\1040-, por su parte, consideró insuficiente la notificación mediante publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

112 A ésta se hacía referencia expresa en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de diciembre de 2006 cuando se contempló por primera vez la modificación del artículo 384 para acoger la figura delictiva de conducción sin permiso o licencia. La alusión a la privación judicial del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores desapareció, sin embargo, de la Proposición de Ley que acabó por convertirse en la Ley Orgánica 15/2007, en la que, desde un primer momento, y sin saber por qué la fórmula elegida fue la de haber sido “privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial”.

permiso, que sería equivalente a la privación del mismo, y que impedirá provisionalmente su utilización^{113/114}.

A la vista de lo anterior, son varias las opciones interpretativas que ofrece el precepto:

A) Considerar que lo exigido por el tipo no sería tanto la privación –definitiva– del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, como la pérdida de vigencia del permiso o licencia que se contempla en el tercer párrafo del artículo 47, al que también hemos hecho referencia ya, como efecto de toda condena a una pena de privación del derecho a conducir superior a dos años. Es decir, privación del permiso equivaldría a pérdida de vigencia del mismo.

Esta opción interpretativa tendría su razón de ser en la propia literalidad del párrafo segundo del 384, que alude de manera expresa al “permiso o licencia”, y no al “derecho a conducir”, como aquello que debe faltar para que se realice el tipo.

En la misma idea incidiría, además, el adverbio “definitivamente” que acompaña en el segundo párrafo del 384 a la privación del permiso o licencia, pues de estos es de lo único que un sujeto puede quedar privado definitivamente, y nunca de su derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores –hablaríamos entonces de una condena perpetua–, que se mantiene aun cuando su titular deba obtener un nuevo permiso o una nueva licencia superando las pruebas legalmente establecidas al efecto.

Esta interpretación presenta, no obstante, un serio inconveniente, y es que el tipo sólo sería aplicable a aquellos casos en los que hubiese existido una condena previa de privación del derecho de conducir vehículos de motor y ciclomotores superior a dos años, pues sólo para estos casos el párrafo tercero del artículo 47 prevé la pérdida de vigencia equivalente a la privación del permiso. De este modo, mientras sería siempre delito conducir tras la pérdida de vigencia del permiso o licencia por la pérdida de todos los puntos asignados legalmente, aun cuando esos puntos se hubieren perdido por las razones más peregrinas y alejadas del peligro real para la seguridad del tráfico, no ocurriría lo mismo cuando se condujese tras haber sido condenado por un hecho atentatorio contra dicho bien jurídico a una pena de privación del derecho a hacerlo inferior a dos años.

Además de lo anterior, para quienes siguen considerando que esta figura delictiva encierra una modalidad específica de quebrantamiento, siendo la pérdida de vigencia un efecto administrativo de la pena la conducción tras haber sido privado del permiso o licencia perdería esa naturaleza, pues el 384 no se aplicaría ya por quebrantar la condena de privación del derecho a conducir, sino por ignorar la normativa administrativa que exige la obtención de un nuevo permiso o licencia tras la pérdida de vigencia del que se era titular -como efecto asociado a la pena de privación del derecho a conducir-.

113 Además del 529 bis, contempla también una medida cautelar de esta naturaleza el artículo 764.4 párrafo segundo, que, para el aseguramiento de responsabilidades pecuniarias, prevé la intervención física del permiso de conducción seguida del requerimiento al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor –guardando silencio sobre los ciclomotores-.

114 En relación con las medidas cautelares, el problema es otro: no se contempla expresamente la privación cautelar de “licencias”.

B) Una segunda opción interpretativa sobre lo que haya de entenderse por “privación [definitiva] del permiso o licencia” por resolución judicial es considerar que, aun no existiendo como tal la pena de privación del permiso o licencia, con esta fórmula se estaría aludiendo en realidad a ella. El propio legislador parece entender así la privación del permiso o licencia cuando en el Preámbulo de la L.O. 15/2007 alude expresamente a la privación judicial o administrativa del derecho a conducir vehículos¹¹⁵.

Se trata de una interpretación como la que hacía la jurisprudencia vigente aún el Código Penal de 1973, cuyo art. 27 sí contemplaba como pena la privación del permiso de conducción¹¹⁶. Esta es la interpretación por la que se ha decantado la jurisprudencia¹¹⁷.

El problema que presenta esta identificación entre privación del permiso o licencia y privación del derecho a conducir cuando tal privación es definitiva, es, precisamente, el adverbio “definitivamente”, pues como ya antes se dijo, no se contempla en nuestro Código Penal una privación definitiva del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores que equivaldría, en realidad, a una condena a perpetuidad¹¹⁸.

Esta dificultad la viene salvando la jurisprudencia interpretando el adverbio “definitivamente” frente a “cautelar”, no como una alternativa de duración en el tiempo, sino como manifestación de una terminología procesal que contrapone privación “cautelar” a “definitiva”. Según esta interpretación, sería medida cautelar la de tal naturaleza adoptada por Auto, como

115 Según el Preámbulo, constituía una criticada ausencia “la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo”.

116 La fórmula utilizada permitía cuestionar si dicha pena afectaba sólo a quien había obtenido previamente ese permiso, o si la misma era aplicable, de algún modo a quien había conducido sin haber obtenido nunca tal autorización administrativa. La cuestión fue resuelta con pronunciamientos jurisprudenciales como las SsTS de 3 de julio de 1985 -RJ 1985\3872- o 13 de diciembre de 1993 -RJ 1993\9430-, entre otras, que pusieron de manifiesto cómo el efecto de dicha pena no era tanto el aspecto formal de la privación o retirada material del permiso habilitante, como la inhabilitación para ejercer tal actividad durante el tiempo de la condena, inhabilitación que alcanzaba por igual a quien ya era titular previo de un permiso, como a quien condujo careciendo de él. Problemas de esta índole desaparecieron con la llegada del Código Penal de 1995, que sustituyendo la privación del permiso por la del derecho, dejaba ya claro que la sanción penal recaía sobre éste y no sobre el título que suponía el primero. La privación del permiso sigue siendo, no obstante, la fórmula que aún emplea el artículo 7.1 n) de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que incluye junto a la anterior la privación del derecho a obtenerlo.

117 Así, SsAP Murcia de 19 de noviembre de 2009 -JUR 2010\187746-, 9 de diciembre de 2009 -JUR 2010\76642- y 18 de diciembre de 2009 -JUR 2010\138280-. Así se desprende, igualmente, de la SAP Barcelona de 7 de mayo de 2010 -JUR 2010\291349-, de la SAP Cádiz de 3 junio de 2011 -ARP 2014\1566-, de la SAP Murcia de 5 abril de 2016 -JUR 2016\76693-, SAP Valencia de 7 de julio de 2017 -JUR 2017\255020- o SAP Burgos de 20 de febrero de 2019 -JUR\2019\92148- entre otras muchas, que aluden, directamente, a la “pena de privación del permiso de conducción”, como sinónimo de pena de privación del derecho de conducir. En contra, la SAP Barcelona de 21 de enero de 2009 -JUR 2009\174202-, que absolvió del delito contra la seguridad vial –también del de quebrantamiento de condena- por cuanto “en el vigente Código Penal, a diferencia del derogado, no existe la pena de privación del permiso de conducción [...], sino la del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores [...] y, de otro lado, esta pena no puede imponerse con carácter definitivo”.

118 Diez años es lo máximo que se contempla en el caso del 381.1 –conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás-.

las previstas en los arts. 529 bis o 764.4 párrafo segundo de la L.E.Cr., mientras que sería definitiva la impuesta en sentencia firme¹¹⁹.

C) Creo, sin embargo, que la interpretación correcta es otra: considerar que privación definitiva del permiso o licencia por decisión judicial equivale a la retirada física que se ordena en la fase de ejecución de la sentencia condenatoria, retirada que encuentra su base legal en el artículo 794.2º de la L.E.Cr.¹²⁰ y que no requeriría la entrega efectiva del mismo por parte del condenado, pues de ser así bastaría con no hacerlo para eludir la comisión del delito del 384.

Esta forma de interpretar el precepto es la que menos dificultades ofrece desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad, pues “privación” y “retirada” del permiso o licencia pueden considerarse, si no sinónimas, sí, desde luego, expresiones mucho más próximas que “privación del permiso o licencia” y “privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores”. Además, con la misma adquiere pleno sentido la contraposición entre privación “cautelar” y “definitiva” como formas de retirada física del permiso o licencia decretadas con fines aseguratorios o ejecutorios, respectivamente.

Aunque la privación del permiso entendido como retirada física del mismo no forma parte de la condena, sino que se decreta en fase de ejecución de la misma, lo cierto es que va necesaria e indefectiblemente unida a la condena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Por esta razón, una vez dictado y notificado el Auto de ejecución de la sentencia condenatoria, y hasta que tenga lugar la devolución del permiso una vez cumplida dicha sentencia, la conducción siempre estará quebrantando la condena a esa pena privativa de derechos que habrá motivado la privación del permiso, lo que permite eludir el grave inconveniente que ofrecía la primera de las interpretaciones apuntadas en el sentido de limitar la realización del tipo del 384.2 sólo a aquellos casos en los que el sujeto condujese tras haber sido condenado previamente a una pena de privación del derecho de conducir vehículos a motor o ciclomotores por tiempo superior a dos años.

Continuando con la primera modalidad de conducta del segundo párrafo del 384, la privación del permiso como medida cautelar puede acordarse legalmente, como vimos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 529 bis, pero también invocando el 764.4, párrafo segundo, de la L.E.Cr. Sólo la del permiso, porque, como apuntábamos más arriba, en ninguno de los dos preceptos se alude a la privación cautelar de licencia de conducción¹²¹. Este silencio no debe ocultar, sin embargo, que estamos en presencia de sendos errores del legislador que, atendiendo al espíritu de la norma, que buscar evitar la continuidad delictiva¹²², deberían

119 SsAP Murcia de 18 de diciembre de 2009 -JUR 2010\138280- y 19 de noviembre de 2009 -JUR 2010\187746-.

120 “En los casos en que se haya impuesto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, el Secretario judicial procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitirá mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena”.

121 En realidad, el problema afectaría sólo a los vehículos para personas con movilidad reducida y a los agrícolas autopropulsados y sus conjuntos, pues la conducción del ciclomotor no requiere ya licencia, sino permiso de la clase AM.

122 En el caso del 529 bis es evidente, y en el del 764.4 párrafo segundo, así lo reconocen los Autos de la AP Girona de 18 enero de 2005 -JUR 2005\71421- y de la AP Madrid de 12 de marzo de 2009 -JUR 2009\235740-.

solventarse haciendo una interpretación amplia de los términos legales según la cual permiso equivaldría a cualquier tipo de autorización administrativa para conducir –comprensiva de la licencia, por tanto-. El hecho de que no haya jurisprudencia sobre esta cuestión parece apoyar la idea de que se trata de una cuestión pacífica sobre la que no se ha suscitado debate.

Todavía plantea una ulterior dificultad la pérdida del permiso o licencia adoptada cautelarmente por resolución judicial sobre la base del 764.4 párrafo segundo, y es que este precepto califica expresamente como desobediencia el supuesto de incumplimiento de la medida¹²³, lo que podría hacer dudar de la aplicabilidad, a tal situación, del artículo 384 del Código Penal. Pese a todo, debe ser éste el precepto que acabe aplicándose, pues lo contrario significaría castigar más gravemente el incumplimiento de la misma medida cautelar cuando se hubiese decretado recurriendo al 764.4, que cuando se hubiese apoyado jurídicamente en el 529 bis, lo que no tiene el menor sentido. Pero es que, además, supondría también dar mayor gravedad en la respuesta penal al incumplimiento de una medida cautelar que al incumplimiento de una pena, lo que todavía resulta menos racional desde un punto de vista jurídico. La solución a tal incoherencia normativa pasa, desde luego, por la reforma de la L.E.Cr., pero hasta que la misma tenga lugar, podremos interpretar que la remisión expresa al 556 no permite obviar la existencia de una situación concursal entre dicho precepto y el 384, que debe resolverse a favor de éste recurriendo a la regla general del artículo 8 del Código Penal.

Hecha la anterior observación, y para concluir con esta modalidad típica, tanto el auto como la sentencia que recojan la decisión judicial privativa del permiso o licencia de conducción deben ser firmes y haber sido notificados personalmente para que su inobservancia pueda incardinarse en el artículo 384 del Código Penal, pues sólo en el momento en el que concurren tales circunstancias se puede afirmar que el sujeto ha sido privado cautelar o definitivamente de la autorización administrativa para conducir vehículos de motor o ciclomotores y que tiene el conocimiento exigido por el dolo¹²⁴.

3.3 CONDUCCIÓN SIN PERMISO O LICENCIA POR NO HABERLOS OBTENIDO NUNCA.

Seguramente, por el modo en que llegó al Código penal, la modalidad de conducta que ha planteado más problemas interpretativos y ha generado más incongruencias es la segunda de las que contempla el segundo párrafo del 384: conducir un vehículo de motor o un ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia.

123 “También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 556 del Código Penal”.

124 Tal firmeza, que ha venido exigida por la jurisprudencia en el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar -entre otras muchas, STS de 22 de diciembre de 1981 -RJ 1981\5116-, SAP Toledo de 23 de febrero de 2000 -ARP 2000\79-, o SAP Tarragona de 25 de febrero de 2008 -JUR 2008\135468-, siguen demandándola los tribunales ya en aplicación del 384, como se constata, entre otras, en SsAP Murcia de 18 de diciembre de 2009 -JUR 2010\138280- y 19 de noviembre de 2009 -JUR 2010\187746-, o SAP Barcelona de 31 de marzo de 2009 -ARP 2009\1076-. En cuanto al carácter personal de la notificación, hay resoluciones en uno y otro sentido, pues mientras la SAP Barcelona de 27 de marzo de 2014 -TOL4.501.099- apunta en la línea contraria, otras como la SAP Girona de 23 de septiembre de 2016 -ARP\2016\1428- la vienen exigiendo.

Se trata de una figura que, como se recordará, tenía antecedentes en nuestra legislación penal, de la que salió en 1983; que no aparecía inicialmente ni en el Proyecto ni en la Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal que acabó convirtiéndose en la L.O. 15/2007; que se introdujo de forma poco meditada para evitar una posible discriminación entre quien conducía habiendo perdido el permiso o licencia y quien lo hacía sin haberlo llegado a obtener nunca, y que entró en vigor cinco meses después —el 1 de mayo de 2008— de que lo hiciera el resto de la reforma operada —el 2 de diciembre de 2007—, con el fin de que pudiese obtener el preceptivo permiso o licencia quien no lo hubiere hecho aún pero circulase con vehículos de motor o ciclomotores, lo que dice mucho sobre la carga lesiva contra la seguridad vial que el legislador reconocía a tal comportamiento.

La utilización del adverbio “nunca” ha resultado el elemento nuclear a la hora de determinar el alcance de esta modalidad típica, obligando a considerar penalmente irrelevante cualquier conducción llevada a cabo por quien, aun careciendo de permiso o licencia en el momento de realizar tal actividad, sí estuvo en posesión de una autorización habilitante en algún momento previo de su vida.

Atendiendo a lo anterior, han quedado fuera de esta modalidad típica comportamientos como conducir un vehículo de motor o un ciclomotor sin haber vuelto a obtener el permiso o licencia tras perder su vigencia definitivamente por la pérdida de la totalidad de puntos asignados, supuesto que, no obstante, puede reconducirse al primer párrafo del 348.

Igualmente habrá que descartar que nunca obtuvo permiso quien, condenado por sentencia firme a la privación del derecho a conducir un vehículo de motor o ciclomotor por un tiempo de hasta dos años, vuelve a conducir una vez cumplida su condena sin haber acreditado previamente la superación, con aprovechamiento, del curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el art. 73.2 de la Ley de Tráfico¹²⁵. Y a la misma conclusión debe llegarse en aquellos casos en los que la condena hubiese superado los dos años y se hubiese producido ex art. 47 párrafo tercero del Código Penal la pérdida de vigencia del permiso o licencia. En este caso se discute, sin embargo, si esa conducción realiza el tipo genérico de desobediencia del art. 468 del Código Penal, o si debe considerarse penalmente atípica.

Según la Circular 10/2011 FGE¹²⁶, estos casos deben reconducirse al quebrantamiento de condena genérico del 468. Descarta la Circular, con buen criterio, que resulte aplicable el primer párrafo del 384, ya que no se trata de un supuesto de pérdida de vigencia por pérdida de puntos. Descarta, igualmente, y también con buen criterio, la modalidad de conducción tras pérdida del permiso por resolución judicial porque, en realidad, la condena está ya cumplida. Sin embargo, considera aplicable el quebrantamiento del art. 468 siempre que, tras cumplirse la pena de privación del derecho de conducir, el Juzgado realice un apercibimiento expreso de incurrir en este delito si el penado vuelve a conducir sin haber recuperado el permiso. Y

125 “Si la condena es igual o inferior a dos años, para volver a conducir únicamente deberá acreditar haber superado con aprovechamiento el curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el primer párrafo del artículo 71.2”.

126 Circular 10/2011 FGE, pp. 50-51.

fundamenta la Circular esta solución en el hecho de que esa pérdida de vigencia que prevé el art. 47 del Código Penal tiene una naturaleza que “se aproxima a la de las penas accesorias”.

A mi juicio, lo que propone la Circular en este caso es, simple y llanamente, una aplicación analógica de lo que el Código Penal prevé para los casos de incumplimiento de una pena accesoria al incumplimiento de algo que no es una pena accesoria, sino, todo lo más, una consecuencia accesoria a la pena. Una aplicación analógica que, al ser además en contra del reo, resulta contraria al principio de legalidad y debe descartarse de plano concluyendo que tal comportamiento es penalmente atípico y reconducible a las infracciones administrativas de tráfico.

Del mismo modo, debe considerarse atípica la conducción de un vehículo de motor o un ciclomotor con el permiso o licencia caducado^{127/128}, pues estaremos en presencia de un conductor que en su momento tuvo el permiso o licencia pertinente, con lo que no puede afirmarse que “nunca” estuvo en posesión del mismo¹²⁹.

Pese a la peligrosidad que para la seguridad del tráfico pueden llegar a entrañar, quedarían también fuera del último inciso del 384 por las mismas razones –falta la circunstancia de no haber obtenido “nunca” el permiso o licencia- los supuestos de conducción tras la pérdida de vigencia de las autorizaciones necesarias para hacerlo como consecuencia de haberse acreditado la desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para el otorgamiento de la autorización –art. 70.2 de la Ley de Tráfico–.

Más interrogantes han venido suscitando aquellos supuestos en los que se conducía un vehículo que requiera un permiso o licencia específico del que se carezca, aunque sí se esté en posesión de otro que habilite para conducir un vehículo distinto. La literalidad del precepto –“condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción”– permitía tanto afirmar como negar la tipicidad de esa conducta¹³⁰.

La jurisprudencia mayoritaria, al igual que la Fiscalía de Seguridad Vial, atendiendo a la distinción que hace el 384 entre permiso y licencia, consideró que era atípica la conducción

127 El artículo 61.2 de la Ley de Tráfico señala que el permiso y la licencia para conducir podrán tener una vigencia limitada en el tiempo, y los plazos podrán ser revisados en los términos que reglamentariamente se determinen, siendo el artículo 12 del Reglamento General de Conductores el que los establece.

128 Así, la SAP Barcelona de 8 noviembre de 2013 -JUR 2013\381915-, la SAP Madrid de 27 de mayo de 2021 -ARP\2021\1158-, o las SsTS de 30 diciembre de 2013 -RJ\2013\488-, 21 abril de 2016 -RJ\2016\1508-, 20 de junio de 2017 -RJ\2017\3585- o 27 de julio de 2020 -RJ\2020\2493-, entre otras muchas.

129 Más aún, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento General de Conductores, la caducidad del permiso o licencia ya no conlleva tener que superar nuevamente las pruebas pertinentes para volver a obtenerlo, bastando con que solicite su renovación, por lo que debemos poner incluso en tela de juicio que el conductor que circule con el permiso o licencia caducado lo haga realmente sin él. Podría decirse que estamos ante un caso de pérdida de vigencia temporal, que no definitiva.

130 En el antiguo artículo 340 bis c) del Código penal de 1973, se sancionaba al que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el “correspondiente” permiso. Este adverbio permitía relacionar el vehículo conducido con el permiso de que se disponía y permitía extender el tipo a la conducción de un vehículo con un permiso inadecuado. En el proceso de tramitación de la Ley Orgánica 15/2007, el Dictamen de la Comisión de Justicia del Senado incluyó para esta modalidad de comportamiento el inciso relativo a que el permiso o licencia fuera «vigente y válida para conducir en España» que fue rechazado finalmente.

de un vehículo a motor con un permiso de una categoría distinta, pero que sí era subsumible en esta modalidad delictiva la conducción de un vehículo de motor estando tan sólo en posesión de una licencia de ciclomotor, dada la distinta naturaleza de uno y otro tipo de autorización¹³¹, si bien tampoco faltaron resoluciones que consideraron atípico incluso ese supuesto¹³².

Hoy, tras el nuevo Reglamento General de Conductores que no vincula la conducción de ciclomotores a la obtención de una licencia, y que exige también para estos un permiso -el AM-, es regla ya consolidada la atipicidad de la conducción ostentando cualquier clase de permiso o licencia¹³³. Pese a que cada clase de permiso es, en realidad, un permiso distinto que requiere la superación de unas pruebas específicas; que lo que justifica la existencia de un permiso o licencia concretos son unas particulares características del vehículo que determinan que su conducción precise, a su vez, una capacidad, conocimientos y habilidad especiales, y que la seguridad vial puede verse, en efecto, puesta en peligro por la conducción desplegada por estos conductores, el silencio del artículo 384 sumado al hecho de que durante su tramitación parlamentaria no prosperase la posibilidad de conectar la ausencia de permiso o licencia a cada tipo de vehículo concreto, obliga a inclinarse por una interpretación restrictiva y favorecedora del reo, de acuerdo con la cual tales comportamientos deben quedar siempre en la órbita del Derecho administrativo sancionador¹³⁴.

Por último, también ha generado también importantes dudas esta modalidad típica con relación a un colectivo, el de los conductores extranjeros, con una importante presencia en nuestras vías, y cuya implicación en accidentes ha sido especialmente importante¹³⁵.

131 Entre otras resoluciones, SAP Córdoba de 8 de julio de 2008 -JUR 2009\67675-, Autos de la AP Tarragona de 30 marzo de 2009 -JUR 2009\384207-, Autos de la AP Sevilla de 24 de abril de 2009 -JUR 2009\313630- y 3 de julio de 2009 -JUR 2010\13808-, SAP Navarra de 10 de junio de 2009 -JUR 2009\493590-, SAP Valencia de 21 septiembre de 2009 -JUR 2010\65115-, SAP Zaragoza de 8 de octubre de 2009 -JUR 2009\469230-, SAP Valencia de 23 de febrero de 2010 -JUR 2010\167343-, o SAP Madrid de 6 de julio de 2020 -ARP\2020\1412-. Por lo que respecta a la Fiscalía Especial de Seguridad Vial, vid., Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2008, pp. 691-692.

132 Así, los Autos de la AP Barcelona de 21 de abril de 2009 -JUR 2009\402869- y 6 de octubre de 2009 -JUR\2010\46766-.

133 El artículo 4 del Reglamento General de Conductores, desarrollando el artículo 61 de la Ley de Tráfico, y con el fin de dar cumplimiento al artículo 4.2 de la Directiva 2006/126/CE, de 20 diciembre, aun manteniendo el binomio permiso-licencia, puso fin a la tradicional correspondencia entre permiso-vehículo de motor, por un lado, y licencia-ciclomotor por otro, creando una nueva categoría de permiso, el AM, que sustituye a la licencia para ciclomotores existente hasta ese momento. Así, tanto en el caso de vehículos de motor como de ciclomotores, la normativa de tráfico sólo contempla la existencia de “permiso”, quedando la licencia únicamente como autorización para conducir vehículos para personas de movilidad reducida -art. 6.1 a) del Reglamento General de Conductores-, y para conducir vehículos especiales agrícolas autopropulsados y sus conjuntos cuya masa o dimensiones máximas autorizadas no excedan de los límites establecidos para los vehículos ordinarios o cuya velocidad máxima por construcción no exceda de 45 km/h -art. 6.1 b) del Reglamento General de Conductores-.

134 Vid., a título de ejemplo, SAP Zamora de 11 de octubre de 2011 -JUR 2011\398964-, SAP Madrid de 2 diciembre de 2013 -ARP\2013\1581-, SAP Alicante de 27 junio de 2014 -JUR\2014\272977-, SAP Cádiz de 28 de septiembre de 2017 -ARP\2017\1241-, o las SsTS de 26 abril de 2017 -RJ\2017\2435- 10 enero de 2018 -RJ\2018\11- y 11 de abril de 2018 -JUR\2018\105315-, entre otras muchas.

135 En este sentido, los datos de accidentalidad que ofrece la Dirección General de Tráfico no son revelado-

Como no puede ser de otra forma, el último inciso del 384 no ha encontrado problemas aplicativos en el caso de conductores extranjeros sin permiso o licencia ni en España ni en su país de origen. Se ha tratado de un supuesto ordinario de aplicación de la ley española conforme al principio de territorialidad, que ninguna dificultad plantea más allá del hecho de que en algunos casos el sujeto extranjero haya presentado un permiso o licencia *a posteriori*, una vez dictada ya la sentencia condenatoria, circunstancia que ha obligado nuevamente a acudir a la figura del recurso extraordinario de revisión que ha declarado la nulidad de la sentencia de instancia¹³⁶. Es decir, casos en los que realmente dicho sujeto no carecía de permiso o licencia, sino que realmente lo había obtenido en el extranjero en fecha anterior a la conducción en España, aunque no lo pudo presentar cuando se le requirió o en el momento del enjuiciamiento, o, lo que podría ser más grave, no fue informado de que el hecho de contar con ese permiso o licencia obtenido en el extranjero excluía la tipicidad de la conducta. Estas últimas situaciones, que se han producido realmente, ponen en tela de juicio lo que están siendo una práctica cotidiana en este tipo de casos, las conformidades, que resultan más que dudosas desde el punto de vista del respeto del derecho de defensa.

Las dudas reales, a las que hacía referencia, han girado en torno a aquellos ciudadanos extranjeros que sí obtuvieron un permiso o licencia en su país de origen, pero que carece de validez en España por no estar redactado en castellano, no proceder al canje llegado el momento, etc.¹³⁷

res de la importancia del problema. Así, los datos de 2014 y 2015 sólo distinguen entre conductores (implicados en accidentes con víctimas) residentes y no residentes en España, constituyendo estos últimos sólo el 2%. Los balances de 2016 en adelante ya no ofrecen datos al respecto. Sin embargo, las cifras que ofrece el Estudio sobre la siniestralidad vial de los conductores extranjeros en España realizado por el Real Automóvil Club de España –RACE- y presentado en abril de 2008, sí resultaban sumamente ilustrativos y preocupantes:

- 1) Mientras el número de víctimas mortales entre conductores españoles se había reducido un 15% desde el año 2005 al 2007, entre conductores extranjeros se había incrementado desde el 12,8% hasta el 14,1%.
- 2) En el año 2007 las víctimas mortales en carretera de origen extranjero (conductores y ocupantes) representaron el 13,8 % del total de víctimas cuando en el mismo año la población de origen extranjero representaba sólo el 10,5% del total de la población española.
- 3) El 14,06 % de la población búlgara en España fallecía por accidente de tráfico, cifra que pasaba a ser el 16,74% en el caso de la población marroquí, el 20,57% de la población rumana, y que llegaba hasta el 29% en el caso de los ecuatorianos. Comparados estos datos con los ratios de causalidad de fallecimientos de nacionales de otros países de la Unión Europea la diferencia era significativa, pues sólo el 1,93% de los alemanes fallecían en España por accidente de tráfico, el 2,15% de los británicos y el 3,61% de los franceses. En el caso de los españoles el ratio de causalidad de fallecimiento por accidente de tráfico suponía el 1,17%.
- 4) De las 2.840 denuncias a conductores por no llevar permiso de conducción formuladas en Madrid de enero a octubre de 2007, el 64 % de los casos fueron extranjeros que no tenían permiso de conducción ni en su país de origen ni en España. En Cataluña, los extranjeros sin permiso de conducción representaron el 50,9 % los casos.

136 Así, por ejemplo, SsTS de 20 de junio de 2013 -RJ\2013\5563-, 30 de diciembre de 2013 -RJ\2013\488-, 12 de mayo de 2015 -RJ\2015\2245-, 9 de julio de 2015 -RJ\2015\3256-, 22 de febrero de 2016 -RJ\2016\636-, 21 de abril de 2016 -RJ\2016\1508-, o 20 de junio de 2017 -RJ\2017\3585-, entre otras muchas.

137 El sistema que rige en nuestro ordenamiento jurídico, conforme a los artículos 15 a 23 del Reglamento General de Conductores, es, de forma muy resumida, el siguiente: los permisos expedidos en un país de la U.E. tienen validez en España, aunque su titular puede solicitar el canje por uno español (art. 18), canje que se producirá de oficio en algunos casos (art. 19). En cuanto a los permisos nacionales expedidos en terceros países tienen validez

El fin último del permiso o licencia preceptivo es garantizar la aptitud de los conductores para manejar los vehículos con el menor riesgo posible verificando que los mismos tengan los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios. Como quiera que estas modalidades delictivas se han venido considerando como de peligro abstracto, y que la lesividad para el bien jurídico vendría de la mano de la circulación de sujetos que podrían no reunir esos requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad, tan importante como la propia existencia del permiso o licencia debería ser su validez en España. Sólo el cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra normativa para reconocer esa validez, garantizarían que los conductores que obtuvieron fuera de nuestras fronteras su autorización para conducir reúnen las capacidades, conocimientos y habilidad necesarios para hacerlo con el menor riesgo posible¹³⁸. En definitiva, un conductor con un permiso o licencia no válido en España –no controlado, por tanto, en lo que a nivel de exigencia se refiere, por nuestro ordenamiento jurídico–, podría ser un conductor que no reuniese los anteriores requisitos y cuya conducción constituyese, en definitiva, un peligro abstracto para la seguridad vial en los mismos términos en que lo constituye la del conductor que jamás, ni siquiera en el extranjero, llegó a obtener permiso o licencia alguno.

En base a lo anterior, una interpretación teleológica del precepto en estudio, centrada en la protección de la seguridad vial, debería llevar a la afirmación de que estar en posesión de un permiso o licencia sin validez en España es equiparable a no haberlo obtenido nunca, pues lo determinante desde la perspectiva de la tutela del bien jurídico sería tener un permiso o licencia español o válido en nuestro país¹³⁹.

Pese a todo, el necesario respeto a la seguridad jurídica ha obligado a fijar como límite de la interpretación de la norma penal la letra del precepto, que no se debe traspasar esgrimiendo

en España: 1) Los que lo hayan sido de conformidad con el anexo 9 del Convenio Internacional de Ginebra, de 19 de septiembre de 1949, o con el anexo 6 del Convenio Internacional de Viena, de 8 de noviembre de 1968, sobre la circulación vial, o que difieran de dichos modelos únicamente en la adición o supresión de rúbricas no esenciales. 2) Los que estén redactados en castellano o vayan acompañados de una traducción oficial. 3) Los reconocidos en convenios internacionales multilaterales y bilaterales en los que España sea parte. Por lo que respecta a los permisos internacionales, son válidos los expedidos en terceros países siempre que lo hayan sido de conformidad con el anexo 10 del Convenio Internacional de Ginebra, de 19 de septiembre de 1949, el anexo 7 del Convenio Internacional de Viena, de 8 de noviembre de 1968, u otros instrumentos internacionales de los que España sea parte.

La validez de los anteriores permisos queda condicionada, además, a la concurrencia de una serie de requisitos relativos a vigencia en su país de origen, edad del titular del mismo, residencia –en el caso de los expedidos en países que no sean de la U.E.–, etc. En relación con la residencia, la validez del permiso se extenderá como máximo hasta 6 meses después de adquirirla. Transcurrido este período es preciso canjear el permiso extranjero por uno español superando las pruebas pertinentes. De no llegar a adquirir la residencia, la validez del permiso se extenderá hasta 6 meses después de la entrada en territorio español. Transcurrido este período habrá que canjear el permiso extranjero por uno español superando las pruebas pertinentes.

138 Debe destacarse aquí lo señalado por el RACE en su estudio sobre siniestralidad vial de los conductores extranjeros en España: “La formación de origen es de vital importancia para la adaptación de estos conductores a nuestro sistema de tráfico, su sistema de evaluación, formación previa, conocimientos de las normas y adaptación al tráfico [...]. Tenemos que considerar que España se encuentra entre los países más restrictivos a la hora de expedir los permisos de conducción de vehículos, algo muy lejos de lo que ocurre en otros países, donde el Estado apenas da importancia e interviene en la expedición de los mismos”.

139 Así lo consideró la SAP Cádiz de 10 de noviembre de 2008 -JUR 2009/91558-.

el fin de la norma; y en este sentido, la redacción del segundo párrafo del 384, exigiendo que nunca se haya obtenido un permiso o licencia de la clase que sea, ha resultado determinante. Además, algunos de los requisitos que acaban determinando la validez en España de un permiso o licencia obtenido en el extranjero, tampoco es que resulten idóneos para acreditar esas capacidades, conocimientos y habilidades necesarios¹⁴⁰. Por todo ello, la jurisprudencia¹⁴¹ con el apoyo de la Circular 10/2011 FGE¹⁴² han excluido una interpretación como la anterior descartando la aplicación del segundo párrafo del 384 aun cuando el permiso hubiese perdido su vigencia en el país de origen y no fuese válido para conducir en nuestro país.

4. CONCLUSIÓN.

La reforma que llevó a cabo la L.O. 15/2007 en el art. 384 del Código penal, que va a cumplir quince años, supuso, en general, un notable adelantamiento en la intervención penal. Consideradas jurisprudencialmente como de peligro abstracto, las diferentes modalidades delictivas recogidas en el art. 384 constituyen hoy una de las mejores muestras de ese Derecho penal de autor en el que se construye el injusto no sobre la peligrosidad de la conducta presente, sino sobre la peligrosidad que el sujeto ha puesto de manifiesto en comportamientos pasados. Más aún: teniendo en cuenta la nula peligrosidad que para la seguridad vial tienen algunas de las infracciones que acarrearán pérdida de puntos, en algunos casos el injusto ni siquiera se construye sobre un juicio de peligrosidad futura a partir de la peligrosidad ya demostrada, sino simple y llanamente sobre una actitud rebelde a las normas de tráfico.

A lo largo de estos años, el 384 se ha mostrado como un precepto poco riguroso en su redacción y claramente desorientado desde una perspectiva político-criminal, habiendo obligado al intérprete y aplicador de la norma a una compleja labor de discriminación entre las conductas que quedaban incluidas en él y aquellas que debían reconducirse al Derecho administrativo sancionador. Como consecuencia, para nuestros juzgados y tribunales vienen resultando hoy típicas conductas que, en efecto, pueden suponer un peligro abstracto, pero se han visto obligados a dejar fuera otras tantas cuya incardinación estaría sobradamente justificada atendiendo al peligro inherente a ellas. En ocasiones, incluso más justificada que algunas de las que sí conllevan responsabilidad penal.

140 Así, circunstancias como el estar o no ese permiso o licencia obtenido fuera de España redactado en castellano o traducido oficialmente a este idioma –pues sería válido en el primer caso, pero no en el segundo-, o el que hayan transcurrido o no los doce meses –seis como turista y seis desde que adquiera la residencia- con los que un sujeto puede conducir como máximo en España con un permiso válido obtenido fuera de nuestras fronteras, antes de que el mismo pierda su validez y deba proceder al canje.

141 Así, por ejemplo, SAP Vizcaya de 13 de julio de 2009 -ARP\2009\1356-, SAP Álava de 24 de junio de 2009 -ARP\2009\896-, SAP Álava de 1 de febrero de 2012 -ARP\2014\454-, SAP Valencia de 22 de mayo de 2019 -ARP\2019\1186- o SsTS de 26 de abril de 2017 -RJ\2017\2435-, 28 de noviembre de 2017 -RJ\2017\5316-, 11 de diciembre de 2017 -RJ\2017\6119-, 22 de enero de 2018 -RJ\2018\97- o 12 de marzo de 2020 -RJ\2020\1224-, entre otras muchas.

142 Circular 10/2011, pp. 63-64.

Y ello, como consecuencia de esa tendencia, cada vez más perceptible en el Código, que conduce a una fusión del Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador y que se traduce en fórmulas híbridas de infracción alejadas tanto de la idea de lesión, como del bien jurídico de naturaleza individual, y que frecuentemente no buscan sino reforzar la prohibición administrativa con la amenaza de una sanción de carácter penal, normalmente privativa de libertad y de escasa entidad en términos cuantitativos para que no tenga luego que cumplirse en la mayoría de los casos, de tal forma que pueda lograrse un efecto educativo e intimidatorio destacado sin que ello se traduzca, en la práctica, en una restricción “alarmante” de derechos individuales. En definitiva, un Derecho Penal simbólico.

JUBILACIÓN Y PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL

Letrado: Jorge Vilaplana Pérez Col. 4356 ICAMUR

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADD	Addenda
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
C	Documento de la Comisión Europea
CE	Comisión Europea
COM	Documento de la Comisión Europea
disp. adic.	Disposición Adicional
DG EMPL	Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea
DGOSS	Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social
Dr.	Doctor
IPC	Índice de Precios de Consumo
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
MEMO	Memoria
núm.	Número
ONU	Organización de Naciones Unidas
OMS	Organización Mundial de la Salud
PIB	Producto Interior Bruto
RD	Real Decreto
Rec.	Recurso
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RGSS	Reglamento General de la Seguridad Social
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
Vol.	Volúmen

I.- GÉNESIS DE LA NORMATIVA

El envejecimiento de la población mundial es una realidad. Conscientes de los problemas de la transformación demográfica y de las repercusiones socioeconómicas que conlleva, los gobiernos, así como las instituciones y organismos internacionales, han abordado esta problemática desde principios de la década de 1980. En la primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, auspiciada por Naciones Unidas, celebrada en 1982 en Viena, apareció inicialmente como un problema de los países desarrollados, lográndose aprobar un Plan de Acción ⁽¹⁴³⁾, en el que ya se instaba a los gobiernos que, al determinar la edad de jubilación, se deberían tener debidamente en cuenta los cambios de la estructura demográfica así como la capacidad de la economía nacional, siendo necesario, al propio tiempo, esforzarse por lograr un crecimiento económico continuo. Décadas después, el mundo ha cambiado exponencialmente, el envejecimiento de la población alcanza tal magnitud que afecta también a los países en desarrollo, con repercusiones en todos los ámbitos de la vida de las personas, constituyendo un problema nacional e internacional. Los instrumentos internacionales de política que han guiado la acción sobre el envejecimiento en los últimos años, han sido la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (PAIME) ⁽¹⁴⁴⁾, desarrollada en la Guía para la Aplicación Nacional del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento ⁽¹⁴⁵⁾, ambas de la ONU, y los informes de la OMS Envejecimiento activo: un marco político ⁽¹⁴⁶⁾, y el Informe Mundial sobre el Envejecimiento y la Salud ⁽¹⁴⁷⁾, en ellos se hace referencia a “una sociedad para toda las edades” en la cual cada individuo, con sus derechos y responsabilidades, tiene un papel activo que desempeñar, y se refieren también al término “envejecimiento activo”, definido como el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. Recientemente, el 14 de diciembre de 2020, la Asamblea General de la ONU declaró la década del “Envejecimiento Saludable 2020-2030”, aprobando la Resolución 75/131 ⁽¹⁴⁸⁾, en la que insta a los gobiernos, las organizaciones internacionales, sociedad civil, sector privado, el mundo académico y los medios de comu-

143 PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL DE VIENA SOBRE EL ENVEJECIMIENTO. Asamblea Mundial Sobre el Envejecimiento. 26 julio a 6 de agosto de 1982 Viena, Austria.

144 Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Madrid, España, 8 a 12 de abril de 2002. Editado por el Departamento de Información Pública. Naciones Unidas. Nueva York, 2003.

145 GUÍA PARA LA APLICACIÓN NACIONAL DEL PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL DE MADRID SOBRE EL ENVEJECIMIENTO. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Naciones Unidas. Nueva York, 2008.

146 ENVEJECIMIENTO ACTIVO: UN MARCO POLÍTICO. Organización Mundial de la Salud. Grupo Orgánico de Enfermedades No Transmisibles y Salud Mental. Departamento de Prevención de las Enfermedades No Transmisibles y Promoción de la Salud Envejecimiento y Ciclo Vital. Texto traducido por el Dr. Pedro J. Regalado Doña. Médico geriatra, publicado por la Revista Española de Geriatría y Gerontología, Vol. 37, agosto 2002.

147 INFORME MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO Y LA SALUD. Organización Mundial de la Salud, 2015.

148 Resolución adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 2020.

nicación, a apoyar e impulsar tanto la vida de las personas mayores como la de sus familias y comunidades, reconociendo que el envejecimiento de la población repercute en nuestros sistemas de salud, pero también en muchos otros aspectos de la sociedad, incluidos los mercados laborales y financieros y la demanda de bienes y servicios, como la educación, la vivienda, la atención a largo plazo, la protección social y la información.

En el ámbito europeo, fue a través del Libro Verde sobre las pensiones, de 7 de julio de 2010 ⁽¹⁴⁹⁾, donde se planteaba abiertamente el problema del envejecimiento de la población y la repercusión en la jubilación; dos años más tarde, el 16 de febrero de 2012, saldría a la luz el Libro Blanco: “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” ⁽¹⁵⁰⁾, donde la Comisión Europea, alertaba: “a menos que las mujeres y los hombres, ya que viven más tiempo, también prolonguen su vida laboral y ahorren más con vistas a la jubilación, no es posible garantizar unas pensiones adecuadas, ya que el incremento del gasto sería insostenible”, recomendando directamente a España, adoptar la reforma del sistema de pensiones propuesta con el fin de retrasar la edad de jubilación legal y aumentar el número de años de trabajo para el cálculo de las pensiones. El mismo año, el 31 de mayo de 2012, se emitió un informe por el Consejo de la UE ⁽¹⁵¹⁾, con el siguiente mensaje: “Los Estados miembros están abriendo vías para que sus poblaciones puedan mejorar sus derechos de pensión trabajando más tiempo y jubilándose más tarde. Si los planes de pensiones compensan de modo suficiente e inteligente el trabajar más tiempo y desalienta a jubilarse a edad temprana, pueden contribuir a que unas carreras profesionales más largas con menos interrupciones se conviertan en la vía clave hacia una mejor adecuación”, dos meses más tarde, el 10 de julio de 2012, se emitió un dictamen del Consejo Europeo ⁽¹⁵²⁾, en el que se recomienda que España tome medidas en el período 2012-2013, para asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente, mejorar las condiciones laborales y fomentar la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado laboral. El 27 de enero de 2021, la Comisión Europea presentó “El Libro Verde sobre el Envejecimiento” ⁽¹⁵³⁾ con el objetivo de iniciar un debate político sobre el envejecimiento con el fin de discutir opciones sobre cómo anticiparse y responder a los desafíos que plantea y las oportunidades que brinda,

149 LIBRO VERDE sobre las pensiones. COM(2010) 365 final. Bruselas, 7 de julio de 2010.

150 LIBRO BLANCO Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. COM(2012) 55 final. Bruselas, 16 de febrero de 2012.

151 Informe sobre la adecuación de las pensiones 2012: Principales mensajes sobre la adecuación de las pensiones 2010-2050. Bruselas, 31 de mayo de 2012, preparado de manera conjunta entre la Comisión Europea (DG EMPL) y el Comité de Protección Social, figura en el doc. 10488/12 ADD 1.

152 RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO, de 10 de julio de 2012 sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015. Publicado en el Diario Oficial de Unión Europea, el 24 de julio de 2012 (2012/C 219/24).

153 LIBRO VERDE sobre el Envejecimiento. COM(2021) 50 final. Bruselas, 27 de enero de 2021.

especialmente teniendo en cuenta la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Decenio del Envejecimiento Saludable de las Naciones Unidas.

El inicio de la profunda reforma del sistema público de pensiones en España, se produjo en 1985 ⁽¹⁵⁴⁾, aumentando el período mínimo de cotización de diez a quince años y el número de años que se tenía en cuenta para el cálculo de la base reguladora desde dos años hasta los ocho anteriores a la jubilación. Estas medidas contribuyeron a aliviar el sistema, que mantuvo un incremento continuado del número de pensiones y de la cuantía media de las mismas. Entre 1980 y 1995 el gasto en pensiones contributivas pasó del 5,6% del PIB al 8,4% y la relación afiliados/pensionistas disminuyó desde 2,7 hasta 2,1 (11¹⁵⁵). Esta situación llevó a la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, el 15 de febrero de 1994, de una proposición para crear una Ponencia en la Comisión de Presupuestos, para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. El informe, emitido por la Ponencia, conocido como Pacto de Toledo, fue aprobado sin modificaciones el 6 de abril de 1995 ⁽¹⁵⁶⁾, y analizó tanto los antecedentes del sistema de Seguridad Social como los factores que podían condicionar su evolución futura, con el fin de garantizar un sistema público de pensiones, justo, equilibrado y solidario, de acuerdo con los principios contenidos en el artículo 41 de la CE, realizando quince recomendaciones, con referencia en la décima, a la edad de jubilación: “Sin perjuicio de mantener la edad ordinaria de jubilación en los 65 años, resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación de la vida activa de quienes libremente lo deseen. A tal efecto, cabe regular la exoneración total o parcial, en función de la jornada, de la obligación de cotizar en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo con suspensión proporcional del percibo de la pensión”, así como, en su decimocuarta, referida al sistema complementario: “se recomienda abordar la ordenación de la previsión social complementaria, potenciándola como elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución“. Sentadas las Bases de la reforma del sistema, se dio paso gradualmente a reformas concretas y específicas, como la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, de 15 de julio de 1997, que incrementó de ocho a quince el número de años aplicados al cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, la revalorización anual de las pensiones según la variación sufrida por el IPC, y la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, incentivando la jubilación más allá de los sesenta y cinco años, así como el acceso a la jubilación anticipada, a partir de los sesenta y un años, a los trabajadores afiliados a la Seguridad Social con posterioridad a 1 de enero de 1967, con el cumplimiento de determinados requisitos ⁽¹⁵⁷⁾.

154 Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.

155 LA REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN ESPAÑA. Dirección General del Servicio de Estudios del Banco de España.

156 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, en el número 134, de 12 de abril de 1995.

157 Un período mínimo de cotización efectiva de 30 años, cese involuntario en el trabajo e inscripción como desempleado por un plazo de 6 meses al menos.

La decimoquinta recomendación del Pacto de Toledo, proponía que “el Congreso de los Diputados cada cinco años creará una Ponencia que estudiará el presente y futuro del sistema de Seguridad Social como garantía de continuidad del mismo”, fruto de esta previsión, el 2 octubre de 2003, fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el Informe elaborado por la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo ⁽¹⁵⁸⁾, introduciendo 22 nuevas recomendaciones, entre las que se recogía la “necesidad de conseguir el objetivo de que la edad real de jubilación se aproxime, cada vez más, a la edad legal de los 65 años. La Comisión entiende, no obstante, que resulta conveniente seguir adoptando medidas con la finalidad de fomentar la prolongación de la actividad laboral de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación”, recalcando la necesidad de armonizar los principios rectores de viabilidad, adecuación y suficiencia definidos a nivel europeo con un modelo de pensiones sólido y capaz de afrontar los problemas derivados del envejecimiento, de la movilidad, de la inmigración y de los cambios sociales sufridos en España.

Tras la renovación parlamentaria del Pacto de Toledo de 2003, se aprobó la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, siendo las principales modificaciones introducidas: el cómputo de los días efectivos de cotización para el cálculo de la pensión, en lugar de los correspondientes a las pagas extraordinarias, con el fin de aumentar el número de años efectivos de cotización para el cálculo de la pensión hasta 15; el aumento de la edad límite para la jubilación parcial hasta los 61, condicionando esta a que el trabajador tenga al menos 6 años de antigüedad en la empresa y pueda acreditar un período de cotización de 30 años; y la racionalización de los criterios para acceder a las pensiones de incapacidad. Posteriormente, los interlocutores sociales y el Gobierno, en fecha 2 de febrero de 2011, suscribieron el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, que quedó plasmado en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, conocida como la Ley de Reforma de las Pensiones, afectando fundamentalmente a la pensión de jubilación, estableciendo restricciones como la de edad de acceso a la jubilación anticipada, así como el

158 Aprobación del Informe de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados el 30-09-03. Publicado el 2 de octubre de 2003.- serie D. núm. 596. La recomendación 11ª, establecía: Edad de jubilación. La Comisión constata que se ha logrado un avance mediante la implantación de un sistema de jubilación gradual y flexible llevado a cabo a través de la Ley 35/2002, de 12 de julio. Necesidad de conseguir el objetivo de que la edad real de jubilación se aproxime, cada vez más, a la edad legal. La Comisión entiende, no obstante, que resulta conveniente seguir adoptando medidas con la finalidad, por un lado, de fomentar la prolongación de la actividad laboral de aquellos que opten por mantenerse en el mercado de trabajo una vez alcanzada la edad a la que pueden acceder a la pensión de jubilación y, por el otro, que impida cualquier tipo de discriminación por razón de edad que tenga por consecuencia la expulsión prematura del mercado de trabajo de trabajadores con plenas facultades físicas y psíquicas para continuar desarrollando su labor. Sólo en supuestos específicos y justificados deberían poder utilizarse recursos públicos de la Seguridad Social para ajustes de plantilla que supongan jubilaciones anticipadas. Mantener la figura del contrato de relevo y de sustitución. Estudie la situación en la que se encuentran los pensionistas que accedieron a la jubilación anticipada con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2001 y que se encuentran en una situación de mayor necesidad, en orden a posibilitar la mejora de la pensión de jubilación que vienen percibiendo. Evaluar y, en su caso, corregir las diferencias de prestaciones que se puedan producir en las jubilaciones anticipadas cuando existan análogas condiciones de acceso y de esfuerzo contributivo.

incremento paulatino de la edad de jubilación y de las cotizaciones hasta alcanzar los 67 años en 2027. El 16 de marzo de 2013, se publicó el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, sobre el que bascula el actual sistema de compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena, y las modalidades de jubilación. En 2015, mediante el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cumplimiento de la autorización otorgada al Gobierno por la [Ley 20/2014, de 29 de octubre](#), que delegó en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, aprobando así uno en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el último texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en el artículo Uno.c) de la citada ley. Finalmente, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, permite la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, cumpliendo una serie de requisitos que se analizan posteriormente. En la actualidad, con vigencia desde el 1 de enero de 2022, se ha publicado la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de sostenibilidad financiera y acción social del sistema público de pensiones, asumiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, destacando como novedades, la vinculación de las pensiones con el IPC, la modificación de los coeficientes para la jubilación anticipada y la subida en los incentivos para la jubilación demorada, el cambio del factor de sostenibilidad por el mecanismo de equidad intergeneracional, motivado entre otros factores por la carga excepcional que para su equilibrio que va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom*, así como la prohibición de cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años.

II.- CASUÍSTICA DE LOS PROFESIONALES COLEGIADOS POR CUENTA PROPIA O AUTÓNOMOS.

Los profesionales colegiados, incluidos los de la abogacía, pueden ejercer su actividad por cuenta propia y/o por cuenta ajena, éstos últimos están obligados a su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, o en su caso, en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Generalmente, para el ejercicio de la actividad profesional, han de estar inscritos en el colegio profesional ⁽¹⁵⁹⁾. Los profesionales por cuenta propia o autónomos, que pertenezcan a un colegio profesional con mutualidad alternativa, como el caso de los profesionales de la abogacía, pueden optar por la incorporación a una mutualidad de previsión social como

159 El art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, señala que “será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal”, lo que se debe relacionar con el art. 544.2 de la LOPJ, que dispone “la colegiación de los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral”, considerándose ésta última la Ley estatal que impone directamente la obligación.

alternativa al RETA, en el plazo de 30 días naturales siguientes a aquel en que haya nacido la obligación, si el profesional no opta por incorporarse a la mutualidad, no podrá ejercitar dicha opción alternativa con posterioridad, de conformidad con lo establecido por la disposición adicional 18ª de la LGSS. En caso de que no efectúen la opción, han de formalizar su alta en el RETA en el mismo plazo.

Actualmente, se mantiene el principio de compatibilidad entre la prestación de jubilación y el ejercicio profesional de los colegiados que optaron por el régimen mutualista alternativo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, como excepción a la regla general de la incompatibilidad entre pensión y trabajo, en aplicación de la Disposición Adicional 18ª de la LGSS, mientras el Gobierno no presente un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, de conformidad con la disposición adicional 37ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, manteniéndose de este modo suspendida la OM TIN/1362/2011, que establecía la incompatibilidad de la pensión de jubilación y el ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados, con la excepción establecida en su disposición adicional única (DGOSS Informe de 21 de junio de 2013) ⁽¹⁶⁰⁾.

Las situaciones en las que se puede encontrar un profesional colegiado por cuenta propia o autónomo son:

- 1) Profesionales no mutualistas que iniciaron el ejercicio de la actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995: Al no existir a esa fecha una Mutualidad de Previsión Social obligatoria, la prestación de jubilación es compatible con la continuidad de su actividad por cuenta propia sin obligación de alta en el RETA o en la mutualidad de previsión social.
- 2) Profesionales mutualistas que iniciaron el ejercicio de la actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995: Existe la compatibilidad entre la prestación de jubilación y el mantenimiento de la actividad, siempre que se mantengan en alta en la mutualidad de previsión social.
- 3) Profesionales mutualistas que iniciaron el ejercicio de la actividad con posterioridad al 10 de noviembre de 1995: Se establece la compatibilidad en las mismas condiciones que cualquier trabajador autónomo, cuyos supuestos se concretan en el siguiente apartado III.

III.- LOS SUPUESTOS GENERALES DE COMPATIBILIDAD ENTRE LA JUBILACIÓN Y EL TRABAJO

El artículo 213.1 de la LGSS, determina que la pensión de jubilación contributiva es incompatible con el trabajo, es la regla general, con las salvedades y en los términos que legal

¹⁶⁰ Informe de la DGOSS de fecha 21-6-13, en respuesta a la consulta realizada por el Decano del Ilustro Colegio de Abogados de Barcelona.

o reglamentariamente se determinen. Señala también expresamente, la incompatibilidad del desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, con la percepción de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva.

La compatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta propia o ajena, se regula para favorecer el alargamiento de la vida activa, reforzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y aprovechar en mayor medida los conocimientos y experiencia de estos trabajadores, los supuestos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, son:

- 1) La pensión de jubilación contributiva es compatible con la actividad por cuenta propia realizada por profesionales colegiados, que se encuentren dados de alta en una mutualidad alternativa, o con exención alta en el RETA por haber iniciado la actividad laboral antes de 10-11-1995 (16). La Disposición Transitoria 18ª de la LGSS, permite la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el ejercicio de una actividad profesional colegiada por la que hubiera optado el mutualista como régimen alternativo de la Seguridad Social. La opción por el profesional colegiado de alta simultánea, por el mismo ejercicio profesional, en el RETA y en una mutualidad alternativa, conlleva la imposibilidad de la jubilación en el RETA, si no se causa baja en el ejercicio profesional, no pudiendo compatibilizarse la pensión y el ejercicio profesional (161). En cambio, el trabajador por cuenta ajena en alta simultánea en el RGSS y en la mutualidad alternativa, si se cesa en el trabajo por cuenta ajena, puede continuar en el ejercicio profesional, siendo compatible la percepción de la pensión y el ejercicio profesional, al estar amparado en una mutualidad alternativa, que no lleva consigo la inclusión obligatoria en el sistema de Seguridad Social.
- 2) La jubilación parcial. De conformidad con los artículos 9 a 18 del RD 1131/2002 (162), en relación con el artículo 215.1 de la LGSS, pueden acogerse a la misma aquellos trabajadores por cuenta ajena en activo, que alcancen un acuerdo con la empresa en reducir la jornada y el salario, entre un mínimo del 25% y un máximo del 50% (163), pudiendo acceder simultáneamente a la condición de pensionista de jubilación, con derecho a las prestaciones médico-asistenciales y farmacéuticas, con una reducción proporcional de la pensión correspondiente. La jubilación parcial se puede producir, en atención al criterio temporal de la edad de jubilación, de forma diferida, es decir una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, o anticipada,

161 Existen numerosas sentencias en este sentido: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, de fecha 06-06-2012 (Rec. 478/2011); Sentencia del TSJ de Murcia, Sala de lo Social, 342/2015, de 4 de mayo de 2015; y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de marzo de 16 (Rec. 1857/2014).

162 Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

163 Permittedose incluso una reducción máxima del 75% si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida [LGSS art.215.2.c](#).

se accede con una edad inferior a la edad ordinaria de jubilación, y que precisa de forma obligatoria y simultánea que la empresa suscriba un contrato de relevo en sustitución del jubilado, en este caso no se produce la aplicación de coeficiente reductor de la pensión resultante.

- 3) La llamada jubilación activa, regulada en los artículos 153, 214 y 309 de la LGSS, permite compatibilizar la percepción del 50% de la pensión de jubilación contributiva con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia; cumpliéndose los requisitos para acceder a la jubilación activa, se establece también la compatibilidad del 100% de la pensión con una actividad por cuenta propia si se acredita tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena ⁽¹⁶⁴⁾. La compatibilidad exige al cumplimiento de una serie de requisitos:
 - a) Que el trabajador tenga cumplido al menos un año después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, sin que, a tales efectos, sean admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado (artículo 214 LGSS redacción Ley 21/2021, de 28 de diciembre).
 - b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100%, no pudiendo acceder con un porcentaje inferior y alcanzar dicho porcentaje del 100% mediante cotizaciones de trabajos posteriores a dicha jubilación (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2017, recurso núm. 2268/2015).
 - c) El trabajo compatible podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial, siempre dentro del sector privado.
 - d) La cuantía de la pensión de jubilación activa, compatible con el trabajo por cuenta ajena, no puede ser superior al 50% del límite máximo de pensión.
 - e) La jubilación activa no se puede aplicar en los casos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público que son incompatibles con la percepción de la pensión de jubilación.
- 4) El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia, cuyos ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social, así lo prevé el artículo 213.4 de la LGSS. Las actividades económicas por las que no se cotice, no generan nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

También podrán compatibilizar el trabajo por cuenta propia con el percibo del 100% de la pensión de jubilación, cuando se acredite la contratación y el mantenimiento de un trabajador por cuenta ajena, a jornada completa o parcial. Solo es pueden acceder

164 Modificación del artículo 214.2 de la LGSS, redactado por el número uno de la disposición final quinta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo («B.O.E.» 25 octubre).

las persona física incluida en el RETA, sin que pueda aplicarse a los trabajadores autónomos societarios.

- 5) La Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos establece, en su artículo 93.2, que la pensión de jubilación es compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones propias a la titularidad del negocio. Las funciones que le son propias, son las referidas al poder de orientar y fiscalizar la actuación de los colaboradores, pero sin intervención directa en la gestión de la empresa. La DGOSS Resol 13-8-1999, señala que todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA, tanto para el empresario individual como para el empresario “de facto” de una sociedad mercantil capitalista, pues da lugar al alta en la Seguridad Social (RETA). Un administrador de una sociedad puede compatibilizar su pensión con funciones consultivas y de asesoramiento, es decir, las funciones que pueden y deben ser desarrolladas por el órgano de administración social y sólo por él.
- 6) Finalmente, existe la compatibilidad con las actividades de los profesores universitarios eméritos y del personal licenciado sanitario emérito, en aplicación del artículo 213.2.3º de la LGSS.

IV.- LA COMPATIBILIDAD EN CLASES PASIVAS

Para entender la división temporal que se realiza, con respecto a la compatibilidad e incompatibilidad de las pensiones de jubilación o retiro de clases pasivas, es necesario traer a colación la Disposición Adicional 16ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, por la que se modificó el artículo 33 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en la que establecía dentro del régimen de incompatibilidades los efectos de 1 de enero de 2009. Así, las pensiones de jubilación originadas antes del 1 de enero de 2009 eran y son incompatibles con el desempeño por su titular de un puesto de trabajo en el sector público y con la realización de actividades privadas. Con respecto a las pensiones de jubilación o retiro originadas después del 1 de enero de 2019 y que sean anticipadas forzosas, es decir por incapacidad permanente, o anticipadas voluntarias, que son aquellas en las que el funcionario tenga en el momento de la jubilación menos de la edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios públicos, así como aquellas en las que el porcentaje aplicable al haber regulador a efectos de determinar la cuantía de la pensión no sea del 100%⁽¹⁶⁵⁾, serán incompatibles con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. No obstante, en los términos que reglamentariamente se

165 Artículo 33 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, redactado por el apartado uno de la disposición final primera de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 («B.O.E.» 28 junio).

determine, en los supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de dicha actividad siempre que sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado. En este caso, y mientras dure dicha situación, el importe de la pensión reconocida se reducirá al 75 por ciento de la correspondiente cuantía, si se acreditan más de 20 años de servicios efectivos al Estado; o al 55 por ciento, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro.

La jubilación o retiro de carácter forzoso, esto es, la que se declara automáticamente al cumplirse la edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios públicos, resulta compatible con el ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social, siempre que el porcentaje aplicable al haber regulador a efectos de determinar la cuantía de la pensión sea del 100%. En caso de desempeñar una actividad compatible, la cuantía de la pensión será equivalente al cincuenta por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o el que el pensionista esté percibiendo en la fecha de inicio de la actividad, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, que no se podrá percibir durante el tiempo en que se compatibilice pensión y actividad.

Las pensiones de jubilación o retiro, serán incompatibles con el desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público por parte de sus titulares. Además, no se podrá percibir la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas con cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales, a estos efectos, se entenderá por remuneración cualquier derecho de contenido económico derivado, directa o indirectamente, de una prestación o servicio personal, sea su cuantía fija o variable y su devengo periódico u ocasional. No obstante lo anterior, se aplicarán, a este régimen de incompatibilidad, las excepciones contempladas en el artículo 19 y en la disposición adicional novena de la Ley 53/1984 y, en el caso de que no se perciban retribuciones periódicas por el desempeño de cargos electivos como miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales.

BIBLIOGRAFÍA

Fernández Fernández, Roberto (2005) “La protección social de los abogados: ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional”, Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, núm. 267.

Miranda Boto, José María (2009) “Las Competencias de la Comunidad Europea en Materia Social”, Aranzadi, Pamplona.

Ortíz González Conde, Francisco Miguel (2015) “Medidas dirigidas a prolongar la vida activa: una mirada desde el derecho de la Unión Europea”, Universidad de Murcia, Revista de Derecho de la Seguridad Social. LABORUM.

Sánchez-Urán Azaña, Yolanda (2013) “Trabajadores de edad avanzada: Jubilación y Trabajo”, Universidad Complutense de Madrid.

Sempere Navarro, Antonio V. (2000), “La Mutualidad de Previsión de la Abogacía y sus prestaciones ante la normativa actual”, Revista del Poder Judicial, núm. 59.

Tomás González Cueto (2017), “La colegiación del abogado es obligatoria”, Diario La Ley , N° 9079, Sección Tribuna, 13 de Noviembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LOS DAÑOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS¹⁶⁶

Andrés Marín Salmerón

RESUMEN

El presente artículo aborda de una manera crítica, objetiva y extensiva el Real Decreto Legislativo 1/2007, y en concreto su libro tercero en lo que se refiere a la responsabilidad por productos defectuosos. Se ha intentado dar respuesta a múltiples cuestiones referentes a esta materia, destacando, en primer lugar, la forma legislativa utilizada para la introducción de esta regulación, así como la propia regulación, siendo de gran importancia el análisis de las distintas figuras que se pueden encuadrar en la institución de productor, así como la forma en la que responden cada uno de ellos. Además, también se trata de manera crítica la figura del proveedor (antiguo suministrador) y el tratamiento de su responsabilidad. No debiendo finalizar este sin un apartado referido a la figura del “tercero”, y como se incardina este en el entramado de la responsabilidad por productos defectuosos. Todo ello llevado a cabo con un tratamiento exhaustivo de la doctrina y de la jurisprudencia más destacada de los últimos años tanto a nivel de Audiencia Provinciales como del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

The present article approaches in a critical, objective and extensive way the Royal Decree 1/2007, and particularly its third book referred to the liability of defective products. Attempts have been made in order to find answers to many issues related to this subject, highlighting the legislative form used for the introduction of this regulation and the regulation itself. It has been considered so important the analysis of different figures which can be came under the producer institution, as well as the way in which each of them responds.

In addition, the need to criticize the figure of the provider (old supplier) and the treatment of his responsibility has also been worthy in this work. It should not end without a section referring to the figure of the “third party” and how it is included in the framework of liability of defective products. Everything has been carried out with an exhaustive treatment of the most outstanding doctrine and jurisprudence (both in Provincial Court level and in Supreme Court level).

166 Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de acuerdo con la Resolución de 5 de diciembre de 2017, por la que se convocan ayudas para la formación de profesorado universitario

INDICE

I. PRELIMINAR

II. MARCO NORMATIVO

1.1. ANTECEDENTES

1.2. REGULACIÓN VIGENTE

1.2.1. CUESTIONES GENERALES

1.2.2. LA CONVENIENCIA DE INTRODUCIR LA LEY 22/1994 EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

III. PERSONAS RESPONSABLES

2.1. EL FABRICANTE

2.1.1. EL FABRICANTE DEL PRODUCTO TERMINADO

2.1.2. EL FABRICANTE APARENTE

2.1.3. EL FABRICANTE DE UNA MATERIA PRIMA Y DE UN ELEMENTO DEL PRODUCTO. EL FABRICANTE PARCIAL

2.2. EL IMPORTADOR

2.2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

2.2.2. CONVENIENCIA DE ENTENDER COMO RESPONSABLE SOLO AL IMPORTADOR QUE INTRODUCE LOS PRODUCTOS DE FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA

2.3. EL PROVEEDOR

2.3.1. ANTECEDENTES Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

2.3.2. SUPUESTOS EN LOS QUE EL PROVEEDOR ES RESPONSABLE

IV. LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFÍA

I. PRELIMINAR

El Libro III del Real Decreto Legislativo 1/2017, 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 (en adelante, TRLGDCU) regula la “responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”, ocupándose el Título I de las “Disposiciones comunes en materia de responsabilidad” (art. 128 a 134), entendiéndose que estas disposiciones son comunes a todas las reglas que se incluyen en el Título II de este mismo Libro y que, de manera separada, en dos Capítulos diferentes, se ocupa, en primer lugar, de los “Daños causados por productos” (arts. 135 a 146) y de los “Daños causados por otros bienes y servicios” (arts. 147 a 149). El objetivo del presente artículo versa en tratar, delimitar y especificar cuáles pueden ser las personas responsables de los daños producidos por productos defectuosos que establece la regulación citada, debiendo delimitar el amplio concepto de productor dado por esta regulación, y además incluyendo las complicaciones dadas por la misma en lo que versa al importador y a otras personas que igualmente pueden ser responsables.

II. MARCO NORMATIVO

II.1. ANTECEDENTES

La ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU), fue la primera ley de nuestro ordenamiento jurídico en la materia que nos ocupa, y establecía en su preámbulo que aspiraba “a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa”, desarrollando así el principio constitucional de protección de los consumidores y usuarios recogido en el artículo 51 de la Constitución. En concreto, esta ley regulaba tanto los daños causados por productos como los daños causados por servicios, siempre y cuando la víctima tuviese el carácter de consumidor, aunque no se impedía sin embargo al perjudicado acudir a las reglas generales en materia de responsabilidad contractual o extracontractual si lo consideraba más conveniente. El régimen que articulaba esta ley era el de un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, que iba acompañado de un sistema de responsabilidad objetiva aplicable a los bienes o servicios a los que se presuponía reglamentariamente cierto nivel de seguridad y, concretamente, a un elenco de productos tan amplio que como señala SANTOS MORÓN¹⁶⁷ la regla general (responsabilidad por culpa) parecía convertirse en la excepción. La responsabilidad contemplada en la LGDCU podía exigirse tanto al fabricante del producto como a cualquiera de los participantes en la cadena de distribución, de manera que, en caso de concurrencia de varios sujetos, respondían todos solidariamente. Además, esta ley no establecía ningún tipo de restricción en cuanto a los daños indemnizables, salvo la cuestión de que la víctima tenía que ser consumidor, aunque sí se señalaba un límite global de responsabilidad de 500 millones de pesetas.

167 CAP 7: SANTOS MORON, M^a J., “Responsabilidad por productos defectuosos”, SolerPresas, A. y del Olmo García, P. *Practicum Daños 2015*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 454

Con la entrada de España en la Unión Europea (entonces, Comunidades Europeas) en 1986 se establece la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento la Directiva 374/1985/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Esta Directiva establecía que era “*preciso aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad del productor por los daños causados por el estado defectuoso de sus productos dado que las actuales divergencias entre las mismas pueden falsear la competencia, afectar a la libre circulación de mercancías dentro del mercado común y favorecer la existencia de distintos grados de protección del consumidor frente a los daños causados a su salud o sus bienes por un producto defectuoso*”. La elaboración de esta Directiva, tenía en cuenta por un lado el extraordinario desarrollo que en los Estados Unidos estaba teniendo todo lo relativo a la *product liability* junto a la percepción de que las reglas tradicionales de responsabilidad eran inadecuadas para este tipo de problemas, como quedó plasmado en la tragedia de la talidomida en Europa en los años sesenta¹⁶⁸. La Directiva dado que se presentó con la finalidad de armonizar las legislaciones de los países miembros de la Comunidad Europea, solo permitía separarse de ella en aquellas cuestiones que expresamente señalaba, como era el caso de la exoneración o no de responsabilidad por el fabricante en el caso de los riesgos de desarrollo; introducción o no de un límite global para las indemnizaciones de daños que resulten de la muerte o lesiones corporales causados por artículos idénticos que presentan el mismo defecto, etc.

Dada la finalidad establecida por la Directiva, la Comisión tiene el deber de informar periódicamente al Consejo sobre la aplicación de la Directiva. De manera muy sucinta debemos señalar que el primer informe fue presentado por la Comisión el 13 de diciembre de 1995 y no presentaba propuestas de modificación, sin embargo, el hecho de que en la primavera de 1996 por las autoridades del Reino Unido se señalase la existencia de un vínculo entre la enfermedad de Creutzfeld-Jacob y la encefalopatía espongiforme bovina dio lugar a la desconfianza de los consumidores hacia la carne y los productos bovinos (“vacas locas”). Fue por ello por lo que el 1 de octubre de 1997 la Comisión presentó una propuesta para ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva, cuestión que fue finalmente aprobada como Directiva 1999/ 34/CE y que ha dado lugar a la inclusión de este tipo de productos dentro del manto de protección del TRLGDCU. Además los tres posteriores informes simplemente se han basado en remarcar el funcionamiento satisfactorio de la directiva, sin necesidad de modificación de la misma, salvo el segundo de ellos donde se introdujo la posibilidad de una enmienda con la finalidad de que se evaluara la introducción de normas sobre la responsabilidad del proveedor que permitieran al consumidor demandar al productor, a los intermediarios subsiguientes o a todos ellos.

El artículo 19 de la Directiva fijaba un máximo de 3 años para que los Estados miembros llevaran a cabo su transposición. El Boletín Oficial del Estado de 7 de julio de 1994 publicó la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, siendo su objetivo, y así lo establecía su Exposición de Motivos, adaptar el

168 CAP. XII: PARRA LUCÁN, M^a A., “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 181.

Derecho español a la Directiva. Es evidente por lo tanto que nuestro país promulgó la Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos con retraso¹⁶⁹.

Esta Ley introduce un nuevo planteamiento en la situación legislativa existente sobre esta materia en nuestro país. En principio, la Ley 22/1994 se limitó a incorporar a nuestro Ordenamiento la Directiva comunitaria. Únicamente se apartaba de lo previsto en la Directiva en algunas de aquellas cuestiones en que el propio texto comunitario dejaba libertad a los Estados, aunque también es cierto que introduce alguna novedad no prevista en la directiva. Estamos hablando en concreto, de la responsabilidad del suministrador prevista en la Disposición adicional única de la Ley 22/1994¹⁷⁰, de la que más adelante hablaremos. La citada Ley no derogó los artículos 25 y ss. de la Ley 26/1984 (LGDCU), simplemente se limitó a declararlos inaplicables cuando se producían daños como consecuencia de la utilización de productos comprendidos en el ámbito de la Ley 22/1994. De ahí que, a partir de la entrada en vigor de este último texto legal la responsabilidad por daños causados por productos quedara regida por la Ley 22/1994 mientras que los artículos 25 y ss. de la Ley 26/1986 resultaban aplicables exclusivamente a los daños causados por servicios. No obstante, tanto en uno como en otro caso, el perjudicado podría optar por acudir a las reglas generales sobre responsabilidad, ya que el art. 15 de la ley 22/1994 establecía que “*las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona*”¹⁷¹.

Por lo tanto, antes de la publicación del TRLGDCU la situación era la siguiente. Para los daños causados por servicios, cuando la víctima fuera un consumidor o usuario, eran de aplicación los arts. 25 y ss. de la LGDCU, a cuyo amparo podían indemnizarse todos los daños. Cuando la víctima no fuera un consumidor o usuario en el sentido de la LGDCU necesariamente debía de acudir a las reglas generales de responsabilidad (o a las específicas reguladoras del contrato celebrado entre las partes). Para los daños causados por productos en el sentido de la Ley 22/1994 eran indemnizables los daños incluidos en su art. 10, y esto, aunque la víctima no fuera un consumidor. Para los demás daños necesariamente debía acudir a las reglas generales de la responsabilidad¹⁷².

II.2. REGULACIÓN VIGENTE

169 Tal vez, la mayor dificultad que encontró nuestro legislador para adaptar la directiva a nuestro ordenamiento fue la existencia de la Ley de consumidores, que establecía ya un régimen específico de responsabilidad para los daños ocasionados por el uso o consumo de productos. Sin embargo, esta misma razón también puede ser el argumento por el cual no se sancionó dicho retraso a nuestro país (como si ocurrió con otros países como Francia), ya que probablemente se pensara que el Capítulo VIII de la LGDCU no se encontraba excesivamente alejado de la Directiva 85/374.

170 PARRA LUCÁN, M^a A., “La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol.I parte Doctrina*, 1995, pág. 22.

171 CAP 7: SANTOS MORON, M^a J., “Responsabilidad por productos defectuosos”, Soler Presas, A. y del Olmo García, P. *Practicum Daños 2015*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 454.

172 PARRA LUCÁN, M. A.^a. *Tratado de Responsabilidad Civil* Editorial Aranzadi, S.A. Enero, 2014, Pág. 2.

1.1.1. CUESTIONES GENERALES

En 2003, la Disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de consumo habilitó al Gobierno para que “*en un plazo de tres años proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*”. Agotado el plazo, sin que se ejecutara la refundición, la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, concedió un nuevo plazo de 12 meses para “*refundir en un único texto la Ley 26/1984 y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*”. Cuestión esta que finalmente se llevó a cabo por el 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. Este texto, unifica la regulación del ámbito de protección para la responsabilidad por productos y por servicios¹⁷³.

1.1.2. LA CONVENIENCIA DE INTRODUCIR LA LEY 22/1994 EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Si el Texto refundido se hubiera limitado a reorganizar sistemáticamente el contenido de las distintas disposiciones refundidas no merecería más atención esta explicación, el problema es que el TRLGDCU no lleva a cabo una reconstrucción “mecánica” de los textos, sino que introduce bastantes novedades, no pocas de ellas de notable relevancia práctica.

Son bien conocidas por los lectores las dos formas de delegación legislativa que establece el art. 82 de nuestra Constitución, el problema es que el Texto refundido en principio sigue el modelo de ley ordinaria, donde simplemente se deben refundir varios textos legales en uno solo, pero persigue objetivos más cercanos a la delegación mediante ley de bases, llevando a cabo la formación de un texto articulado¹⁷⁴.

Ahora bien, el Real Decreto Legislativo 1/2007 es una norma, en principio, aplicable exclusivamente a consumidores y usuarios, sin embargo, el artículo 129 del Texto Refundido establece el ámbito de protección del sistema, y lo hace de una manera similar a como lo hacía el art. 10 de la Ley 22/1994 para los daños causados por productos defectuosos. Esto supone que el régimen de la responsabilidad por productos defectuosos vigente con anterioridad como una ley independiente pasa a formar parte de un texto cuyo objetivo fundamental es establecer un sistema de protección al consumidor, quedando remarcado además con el

173 PARRA LUCÁN, M. A^a. *Tratado de Responsabilidad Civil* Editorial Aranzadi, S.A. Enero, 2014, Pág. 6.

174 CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2008 parte Doctrina, Navarra, Aranzadi, 2008, pág. 1 y ss.

hecho de que tanto la Disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de consumo, como la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, hacían referencia a la refundición de textos legales en materia de protección de consumidores y usuarios.

Pero esto no significa que se haya restringido el ámbito de los sujetos protegidos, ya que ello implicaría alterar el ámbito de protección de la Directiva 85/374, lo que no puede hacer el legislador español, y por otro lado porque el artículo 3 del TRLGDCU, cuando define el concepto de consumidor y usuario, lo hace “*sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en los libros III y IV*”¹⁷⁵. Dado que el libro III es el relativo a la responsabilidad por productos y servicios defectuosos del citado precepto, cabe deducir que no se ha querido modificar el ámbito de los sujetos protegidos cuando se producen daños como consecuencia de un producto defectuoso, pero si se ha visto el legislador en la necesidad de establecer especificaciones de ámbito de aplicación dentro del mismo texto normativo. También ha sido señalado y fuertemente criticado por CARRASCO PERERA¹⁷⁶ al señalar que “se incluye en la refundición la Ley 22/1994, de responsabilidad por productos defectuosos, siendo así que, como toda regulación de una relación jurídica extracontractual, en la que no existe una vinculación nacida de contrato, no puede ser propiamente una normativa de consumo, aunque se limita la cobertura por daños materiales a los daños a bienes de consumo”. Sin embargo en el caso de los servicios defectuosos parece que el perjudicado si ha de ser consumidor, dado que el art. 147 del TR alude a los daños causados a los “consumidores y usuarios”¹⁷⁷, aunque si bien es cierto que en el Título referente a las “Disposiciones comunes en materia de responsabilidad”, y en concreto a su Capítulo “Disposiciones generales” no se hace ninguna diferenciación respecto a los perjudicados ya sean productos o servicios defectuosos.

Señala además CAVANILLAS que parece perfectamente justificable que el texto refundido incluyera la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley de Viajes Combinados, la Ley sobre Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, la Ley sobre Contratos celebrados fuera de Establecimiento Mercantil, y parte de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Sin embargo, entiende el autor que se debía haber incluido también

175 Era común tanto en la doctrina (ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación del Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990 pág. 142; y MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, 2007, págs. 94, 102 – 104) como en la jurisprudencia señalar que el régimen de responsabilidad civil previsto en la Ley 22/1994, lejos de ser específico de la tutela de los consumidores recogía un principio de protección universalista que abarcaba a “toda víctima a cualquier damnificado por el defecto de un producto, aunque no tuviera la cualidad de consumidor o usuario (Sentencia AP de Barcelona de 20 de febrero 2008/130314).

176 CARRASCO PERERA, A. “Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), Ámbito de aplicación y alcance de la refundición” en AC, núm. 5, 2006, pág. 16.

177 CAP 7: SANTOS MORON, M^a J., “Responsabilidad por productos defectuosos”, Soler Presas, A. y del Olmo García, P. *Practicum Daños 2015*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 455.

la Ley de Crédito al Consumo, y la Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores¹⁷⁸.

En definitiva, esta parece ser la demostración de la forzada elaboración de un Texto Refundido de la legislación de consumidores que no ha ido precedido de una discusión seria acerca de los objetivos perseguidos y de las posibilidades reales de tal refundición, a la vista de la necesaria conciliación entre el principio constitucional de protección del consumidor y los compromisos derivados del Derecho Comunitario por lo que se refiere a la responsabilidad por productos defectuosos. Por ello, algunos autores¹⁷⁹ ponen de relieve que hubiera sido más adecuado poner en marcha el proyecto por el que abogara BERCOVITZ¹⁸⁰ de reformar los arts. 1902 y ss. del CC y reunificar en esa sede el régimen general y los especiales de la responsabilidad civil por daños, de hecho de una forma similar se hizo en el Ordenamiento francés, puesto que adaptaron su legislación interna a la Directiva 85/374 integrando las disposiciones de esta en el Código Civil francés¹⁸¹.

III. PERSONAS RESPONSABLES

Una de las características fundamentales de la Directiva 85/374 era la de canalizar la responsabilidad por productos defectuosos al “productor”, si bien es cierto que se ofrece una definición amplia del mismo. El artículo 135 del TRLGDCU que abre el capítulo de los daños causados por productos establece el principio general de que “*los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen*”. De una manera similar lo hacía también el art. 1 de la Ley 22/1994, pero no imputando la responsabilidad a “*los productores*”, sino a “*los fabricantes y a los importadores*”, de ahí el término “respectivamente” claramente residuo del antiguo artículo 1 de la ley 22/1994. Los autores de la Directiva se inclinaron por esta opción atendiendo a dos básicas razones: En primer lugar, al hecho de que generalmente es el productor el causante de los defectos, y por lo tanto quien está en mejores condiciones para controlar el proceso productivo previniendo y evitando estos defectos; y en segundo lugar, de cara al aseguramiento del riesgo, es también el fabricante el sujeto idóneo para contratar el seguro pertinente al mejor precio y para dispersar su coste a través del precio del producto¹⁸².

178 CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2008 parte Doctrina, Navarra, Aranzadi, 2008, pág. 1 y ss.

179 GUTIERREZ SANTIAGO, P., “Daños Causados por productos defectuosos”, Aranzadi, 2009, pág. 41 y ss.

180 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Responsabilidad por productos defectuosos”, en AC, núm. 14, 1998, pág. 10.

181 GUTIERREZ SANTIAGO, P., “Daños Causados por productos defectuosos”, Aranzadi, 2009, pág. 42 y ss.

182 RUIZ MUÑOZ, M. “Responsabilidad civil del empresario/fabricante (I) en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999, pág. 518; MARCO MOLINA, J. *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*, Atelier, 2007, pág. 591; y también aparece en nuestra jurisprudencia menor, por ejemplo en SAP de Vizcaya de 9 de febrero de 2001 (AC 2002/104), SAP Lleida de 10 de febrero de 2003 (JUR 2003, 76332), SAP Navarra de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2004/112848) y SAP Tarragona de 13 de octubre de 2004 (AC 2004/2009).

La Ley 22/1994 suprimió la palabra productor, utilizada en la Directiva comunitaria, y ahora el Texto Refundido recupera la terminología comunitaria. Pero lo hace copiando la estructura del art. 1 de la Ley 22/1994, cuando hubiera sido preferible copiar directamente lo dispuesto en la Directiva, gramaticalmente más correcto y más claro¹⁸³. Pero esta variación no solo se aprecia en este precepto, sino que se modifica en otros múltiples preceptos reguladores de la responsabilidad civil por el productor, como es el caso de los arts. 138, 140, 141, 146.

Para saber qué debe de entenderse por productor debemos acudir a dos preceptos separados dentro del Texto refundido, cuestión esta que no hace nada más que reforzar la idea de que no parece correcto incluir la Ley 22/1994 en el Texto refundido. En primer lugar el artículo 5 del Texto refundido señala que “*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo*”, y junto a este, el artículo 138 señala que “*1. A los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado, b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado, c) Una materia prima. 2. Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante*”. Esta duplicidad de preceptos ha sido considerada por algún autor¹⁸⁴ como “chocante o, al menos, poco elegante”, mientras que algunos otros autores¹⁸⁵ han ido más allá en su crítica, y es que si nos fijamos con este solapamiento se está entendiendo como productor “al prestador del servicio o su intermediario”, al “importador del servicio en el territorio de la Unión Europea” y “a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”, y evidentemente si se entendiera así, se estaría produciendo una incongruencia con la esencia de ese régimen de responsabilidad civil.

A la vista por lo tanto de los artículos 138 y 5 del TRLGDCU, de lo anteriormente establecido en la Ley 22/1994, y sobre todo, teniendo en cuenta la Directiva tratada en este texto,

183 CAP. XII: PARRA LUCÁN, M^a A., “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 267.

184 CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2008 parte Doctrina*, Navarra, Aranzadi, 2008, pág. 22.

185 CAP. XII: PARRA LUCÁN, M^a A., “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 268.; GUTIERREZ SANTIAGO, P., “Daños Causados por productos defectuosos”, Aranzadi, 2009, pág. 174.

hay que entender que responden como productor: el fabricante de un producto terminado; el fabricante de cualquier elemento integrado en un producto terminado; el fabricante de una materia prima; quien se presente como fabricante al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo, al que podemos llamar fabricante aparente; y el que importa a la Unión Europea un producto terminado, un elemento integrante o una materia prima.

2.1. EL FABRICANTE

III.1.1. EL FABRICANTE DEL PRODUCTO TERMINADO

Entendiendo a este en primer lugar como fabricante del producto terminado (supuesto más común), podemos entenderlo como aquel que participa como sujeto principal en el proceso de fabricación del producto¹⁸⁶.

Dentro de la práctica judicial no suele ser extraño que la determinación de este no aparezca por lo general como una cuestión controvertida, aunque así ocurre en la SAP de Huesca de 18 de abril de 2000 (AC 2000/1214), que versa sobre los daños producidos por un medicamento defectuoso que se estaba utilizando para suplir la carencia de hormonas que segrega la glándula tiroidea en una persona que había sido operada de tiroides, donde se castiga al fabricante; las SAP de Orense de 6 de marzo de 2000 (AC 2000/516) y 10 de noviembre de 1999 (AC 1999/2092), en ambas se condena a “Opel España Automóviles S.A. aunque resultó complejo determinar a dicha Sociedad como fabricante, dada que el producto realmente defectuoso era el motor que tenían dichos Automóviles; la SAP de La Rioja de 31 de julio de 2001 (JUR 2001/311829)¹⁸⁷, donde tras la intoxicación sufrida por los demandantes tras la utilización de una botella no se pudo acreditar que el demandado había fabricado ese producto; y en la SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2001 (JUR 2001/235224), en la que se trata la responsabilidad referente a los daños de un cohete que explotaba defectuosamente. En ella tampoco pudo acreditarse que el cohete fuese fabricado por la demandada.

En lo que se refiere a la profesionalidad del fabricante el Texto Refundido no establece su necesidad, al igual que tampoco lo hacía la ley de 1994. Sin embargo, sí parece que ello se encuentra implícitamente en la misma finalidad y razón de ser tanto del texto legal como de la Directiva, y sobre todo si se tiene en cuenta que la ley cuando habla de fabricante está pensando no tanto en la persona responsable de llevar a cabo un producto como en quien lo haya puesto en circulación; y la puesta en circulación es un concepto que implica una producción más o menos masiva y habitual, dirigida explícitamente al mercado. Por lo tanto, parece que habría que excluir al “fabricante ocasional”, “al inventor casero” o a la persona que artesanal y no habitualmente elabora un determinado producto para su posterior enaje-

186 PARRA LUCAN, M A^a. Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano Rodrigo, 2015, pág. 1998; Y en CAP.XIII: “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L.F., Tratado de Responsabilidad Civil, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 269.

187

nación¹⁸⁸. A estos argumentos además hay que adjuntar que el art. 140.1 c) establece entre sus causas de exoneración que el producto no haya sido fabricado, importado, suministrado, o distribuido “*en el marco de una actividad profesional o empresarial*” por lo que se apoya esta exclusión del fabricante no profesional del ámbito de aplicación de la ley. A esta hay que adjuntarle además la intención de comercializar o distribuir el producto que tiene que tener el fabricante, puesto que evidentemente la razón de ser económica, social y jurídica de la “responsabilidad del fabricante” se encuentra en la comercialización de los productos fabricados, y se debe tener en cuenta que la fabricación defectuosa de un producto no constituye por sí misma una conducta de la que socialmente sea lícito hacer derivar un daño, sino que es la comercialización del producto defectuosamente fabricado el acto voluntario del fabricante al que se puede conectar el resultado dañoso¹⁸⁹.

2.0.2. EL FABRICANTE APARENTE

El artículo 5 del Texto refundido, al que como ya vimos remite el art. 138, señala que también se considerara productor “*a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo*”, haciendo referencia implícitamente a este fabricante aparente. Debemos señalar que existen algunas diferencias respecto de la forma en este caso establecida, y la establecida en la ley 22/1994. En primer lugar se simplifica nominalmente el elenco de indicaciones que permiten hablar de productor o fabricante aparente, ya que en la ley de 1994 se enumeraba el “*nombre, denominación social su marca o cualquier otro signo o distintivo*”, mientras que en la actualidad se ha eliminado esa referencia a la denominación social, que de hecho tampoco figura en la Directiva, pero realmente no parece esta cuestión de importante calado, ya que aunque no encaja exactamente en la categoría mercantil de los signos distintivos, si presenta en la práctica importantes coincidencias funcionales con ellos, e incluso podría quedar subsumida dentro del “nombre”. Además se ha variado en la referencia a “producto” que se hacía en la ley de 1994, por el término “bien”, esto es debido a la ubicación del art. 5 que se encuentra en sede de “Disposiciones generales”, y no en la regulación específica de los productos defectuosos. Además también se ha suprimido la referencia que se hacía respecto de la presentación “al público”, ya que se entiende incluida implícitamente¹⁹⁰. En definitiva, estamos hablando de aquel sujeto que sin ser realmente fabricante, se presenta al público como tal, haciendo creer que él es el productor, al comercializar los productos con su marca. Esta regla tiene aplicación no solo para los productos a granel, sino también en el caso de las grandes superficies comerciales o distribuidores que presentan con su propia marca una diversidad de productos

188 ATAZ LÓPEZ, J. “*La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil*” en Iniuria, núm. 5, 1995, pág. 65.

189 ROJO FERNANDEZ-RIO, A. *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pág. 183 – 186.

190 GUTIERREZ SANTIAGO, P., “*Daños Causados por productos defectuosos*”, Aranzadi, 2009, pág. 179- 181

que, realmente, no han sido elaborados por ellos, pero que se presentan al público únicamente con su marca (“marcas blancas”)¹⁹¹.

Este precepto ha sido bastante criticado, ya que principalmente se le pueden imputar dos defectos. En primer lugar que literalmente se refiere a quienes se presentan al público como fabricante, quedando así excluidos aquellos casos en los que una empresa comercializadora coloca su marca en un producto determinado, pero en el mismo se advierte la identidad del auténtico fabricante (aunque normalmente en letra más pequeña). Y en segundo lugar que las referencias a “envase”, “envoltorio” o “cualquier otro elemento de protección”, inexistentes en la Directiva, parecen indicar que la norma se pretende referir únicamente a aquellos productos que se presenten envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro; es decir, no a cualquier producto¹⁹². Pero también la justificación de la responsabilidad de este sujeto, e incluso su habitual denominación ha sido criticada. Y es que tal y como viene establecido el precepto, podría parecer que un error en el que incurren tanto nuestra Ley como la Directiva comunitaria es el de que “en su literalidad parezcan exigir que el comercializador se haga pasar por fabricante para atribuirle la responsabilidad”. Pero, con ello, quedarían fuera de la asimilación el frecuente supuesto, señalado unas líneas atrás, en el que una empresa coloca su marca en un producto, pero puede identificarse cuál es el fabricante auténtico. En atención a esas razones, y para que la norma no sea prácticamente inútil, cosa que ocurriría si nos fijásemos únicamente en su interpretación literal, debe entenderse como fabricante aparente a aquel que se presenta como tal, aunque no sea fabricante; y que se considere que se presenta como fabricante aquella persona que ponga su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, aunque en él se advierta que el fabricante es un tercero; es decir, con independencia de que se haga pasar o no por el fabricante¹⁹³. Todo esto hace además que en ocasiones la línea de separación entre el fabricante aparente y el suministrador sea extremadamente delgada.

Afirman algunos autores¹⁹⁴ que la justificación fundamental de esta responsabilidad es la necesidad de proteger la apariencia que crea de ser él el fabricante, por lo que no será bastante para enmascarar a éste y aparentar ante el consumidor ser el fabricante real cualquier pegatina o adhesivo indicativos de la sola participación de aquél en el proceso de distribución, o a

191 PARRA LUCÁN, M^a. Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano Rodrigo, 2015, pág. 1999; “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L.F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 1478; Y TOBAJAS GALVEZ. O “La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos”. *Act. Civ.*, 2002-2, pág. 772.

192 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 66.

193 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 65 – 68; Y en YZQUIERDO TOLSADA, M. “*Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extra-contractual*”, Dykinson, 2001, pág. 334.

194 PARRA LUCÁN, M^a A. “Daños por productos y protección del consumidor”, J.M. Bosch editor, 1990, Pág. 549 y en CAP.XIII: “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L.F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi.

los meros efectos de publicidad. Mientras que para otros¹⁹⁵, tal justificación “se encuentra no solo y principalmente en una protección de la apariencia jurídica, sino más bien en que, de un lado, quien incorpora su nombre o marca al producto genera una confianza en el mercado y, en cierto modo, asume su autoría. Además no se debe olvidar que la empresa comercializadora del mismo, es quien se beneficia, y por lo tanto debe correr con las consecuencias gravosas que se pueden deparar si el producto resulta perjudicial”.

No existe una gran cantidad de sentencias que versen sobre la figura que estamos tratando. Cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 2002 (AC 2002/1211), en la que se declara la responsabilidad como fabricante aparente de la entidad comercializadora de un líquido desatascador cuya etiqueta no advertía de la peligrosidad del mismo y recogía una deficiente información sobre su correcto uso. Y la sentencia de la AP de Valencia de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002/1658) en la que aun reconociéndose que se debería condenar al fabricante, dado que este residía en Italia, y ante la dificultad que al perjudicado le suponía reclamar allí, se considera a la entidad comercializadora como fabricante aparente, y se le condena como tal. Pero también podemos mencionar algunas sentencias más recientes, como es el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (AC 2014/756), en ella aunque realmente no se discute quien es el responsable, se condena a la entidad comercializadora al entenderse que aparentaba al público ser el verdadero fabricante. En concreto el problema versaba sobre un fuet que contenía ácaros y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (AC 2014/39), donde se condena a la entidad comercializadora como fabricante aparente. El supuesto de hecho básicamente trata la implantación de una prótesis de cadera que acaba produciendo daños a la señora a la que se le coloca.

En definitiva, y como ya se ha señalado, es necesaria una interpretación amplia del precepto, en virtud de la cual se tenga por productor aparente a toda aquella persona que, sin serlo objetivamente, se le considere como tal al venir colocado su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, como así lo señalan las SSAAPP de Barcelona de 17 de diciembre de 2001 (JUR 2002/84388) en la que se reclamaban los daños que se habían producido como consecuencia de la utilización de un limpiamuebles en “spray” comercializado por la empresa que no era fabricante, pero que sí que de acuerdo con la regulación aparentaba serlo; las Palmas de 12 de abril de 2004 (JUR 2004/153039), donde se discutía la legitimación pasiva de unos daños producidos por un motor defectuoso y su sistema operativo en un buque; Zaragoza de 8 de octubre de 2001 (JUR 2001/329663), en ella se trataba la reclamación realizada por el propietario de un vehículo donde la utilización de un material defectuoso para la fabricación del palier de su vehículo hacía que se produjese una serie de daños; y 11 de octubre de 2004 (JUR 2004/298313), donde se trataban los daños que se produjeron como consecuencia de unos neumáticos defectuosos que se habían vendido junto con un vehículo; y de Murcia de 21 de enero de 2005 (AC 2005/2191) en la que el defecto en este caso radicaba en una bicicleta que tenía ciertas piezas defectuosas. El juzgado de primera instancia condenó a la empresa la cual venía establecida como marca en la bicicleta, y la Audiencia confirmó esta sentencia. Y todo ello con independencia de que en el producto

195 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 66.

no aparezca mención alguna a su fabricante real como podemos ver en las SSAP de Valencia de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002/1658), Barcelona de 13 de marzo de 2007 (JUR 2007/244380) y Madrid de 17 de abril de 2007 (AC 2007/1131)), o aunque, por el contrario, si se advierta en él que el fabricante material es un tercero y figure perfectamente identificado (SAP de Barcelona de 30 de mayo de 2002 (AC 2002/1211)).

2.0.3. EL FABRICANTE DE UNA MATERIA PRIMA Y DE UN ELEMENTO DEL PRODUCTO. EL FABRICANTE PARCIAL.

Como ya señalamos anteriormente, el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/2007, señala que debe entenderse también como productor, entre otros, al fabricante de cualquier elemento integrado en un producto terminado, y de una materia prima. Centrándonos en este último, el productor, en definitiva, responde por cualquier defecto de la materia prima, incluidos los que puedan derivar de su presentación, siempre que dicha presentación sea utilizada por él para su puesta en circulación¹⁹⁶. Debe pensarse que en el caso de que la materia prima integrada en un producto sea defectuosa, responderán, tanto el fabricante de dicho producto (que es responsable de cualquier defecto del mismo y, por tanto, de su materia prima) como el productor de la materia de la que tal producto se nutre (ya en su totalidad, ya en alguna de sus partes). Todo esto podemos verlo reflejado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de julio de 2001 (AC 2001/2336). En ella, el fabricante del producto terminado señala que el defecto venía producido por el material de las tuberías que habían resultado defectuosas. Sin embargo, solamente fue condenado el fabricante del producto terminado, pero porque no se pudo demostrar que el defecto provenía de allí, ya que si así hubiese sido, se hubiese condenado a los dos solidariamente¹⁹⁷.

Evidentemente, es importante saber qué debe de entenderse como fabricante de una materia prima, ya que ayudará a su identificación como responsable. Y es que en estos puntos puede ser complejo sin establecer como tal al que “consigue” la materia prima ya sea cultivándola, cuidándola, extrayéndola, etc, o bien el que comercializa esta materia prima. Cuestión esta controvertida, y en la que no parece que pueda haber una respuesta clara.

Junto con el fabricante o productor de materia prima, debemos hablar también del fabricante parcial, es decir, aquel que fabrica un elemento integrado en un producto terminado. Una de las sentencias más importantes sobre esta figura, aunque relativamente antigua, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 21 de octubre de 1994 (AC 1994/1744)¹⁹⁸, cuyo Fundamento de derecho 3º señala que “*es evidente que el concepto de “fabricante del producto”... no cabe ser interpretado, en la realidad industrial y comercial actual, y en el ámbito de la responsabilidad civil aquí exigida, en un sentido estricto y circunscrito al empresario que ela-*

196 BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, R. “El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento. En *Estudios sobre Consumo*”. Núm. 34/95. Pág. 126.

197 GUTIERREZ SANTIAGO, P. “*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*”. Pág. 281.

198 En la citada sentencia el producto defectuoso es un herbicida. Posteriormente se prueba que lo verdaderamente defectuoso era un componente del herbicida por lo que se condena al fabricante de este componente. Además la STS de 148 de junio de 1999 (RJA 1999/4478), así lo confirma.

bora el producto final y terminado, sino que cabe también extenderlo al que fabrica una parte componente del producto. Incluso dentro de esta “ratio” interpretativa, tampoco sería extraña la extensión de este mismo concepto a quien aporta al producto final su patente, fórmula de composición y el método de fabricación, como una parte inmaterial del mismo”.

El fabricante del producto terminado responde siempre frente a la víctima, el fabricante de una materia prima o de una pieza puede liberarse en el caso previsto en el artículo 140.2 TRLGDCU, es decir, *“si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto”.* Y para el caso de que no entre en juego esta causa de exoneración responderán ambos solidariamente. Evidentemente, si el defecto se debe a un componente o una materia prima, el fabricante del producto final que haya debido indemnizar a la víctima podrá repetir contra el verdadero causante del daño¹⁹⁹. Algún ejemplo judicial de esta responsabilidad solidaria podemos verlo claramente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 22 de octubre de 2002 (AC 2002/1752)²⁰⁰.

En otras ocasiones se establece la existencia de esta hipotética responsabilidad solidaria, pero por la articulación procesal solo puede dirigirse contra el fabricante del producto terminado, dado que únicamente se ha dirigido la demanda contra este. Claro ejemplo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 19 de junio de 2002 (JUR 2002/212110), en esta citada sentencia la rotura de una plataforma causó diversas lesiones a los trabajadores que se cayeron de la misma mientras reparaban la fachada de un edificio. La rotura tenía su origen en un defecto de fabricación de la orejeta que servía de enganche entre sus módulos centrales, y esta orejeta fue suministrada por un fabricante distinto al del producto final; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 4 de marzo de 1996 (AC 1996/678), en ella se producen daños en un edificio a consecuencia de la rotura de las conducciones del agua. Se probó que la fuga de agua causada se produjo por la defectuosa fabricación de una junta de dichas conducciones; defecto el cual fue a su vez producido por un error en el tiempo de vulcanización durante su proceso de producción. Otras sentencias donde encontramos la responsabilidad del fabricante de una pieza del producto terminado por ser defectuosa son la SAP de Barcelona de 7 de mayo de 2010 (AC 2010/1034), donde se indemnizan los daños producidos por la instalación de una bomba de vacío defectuosa en el vehículo de la actora, lo que produjo una avería y por ello se condenó tanto al fabricante del vehículo como al de la bomba de vacío; y la SAP de La Rioja de 23 de enero (AC 2012/624), en la que se discute si unos daños en un local han sido producidos a consecuencia de una fuga masiva de agua con ocasión de la instalación de una calefacción, teniéndose que demostrar que dicha instalación fue defectuosa por un defecto de fabricación de unas piezas denominadas “biconos”. Finalmente no es posible acreditar el nexo causal entre estos defectos y el daño producido, pero si así hubiese sido, se hubiese condenado solidariamente al fabricante de la calefacción y al fabricante de los “biconos”.

199 CAP 7: SANTOS MORON, M^a J., “Responsabilidad por productos defectuosos”, Soler Presas, A. y del Olmo García, P. *Practicum Daños 2015*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 454.

200 Donde los daños se producen por el poro de la carcasa de una máquina microfiltradora integrada en una planta de embotellado de vino. En ella se condenó al fabricante de la maquina terminada, pero porque también era el fabricante de la carcasa.

2.2. EL IMPORTADOR

2.2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

La vieja Ley 22/1994 en su artículo 1 ya establecía una equiparación a los efectos de la responsabilidad que regula, entre los fabricantes y los importadores de productos, y si se acudía al artículo 4.2 se observaba que tal asimilación no iba referida a cualquier importador, sino sólo a aquel que “*en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto en la Unión Europea para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución*”.

En el actual Texto Refundido, el artículo 5, también señala como responsable al “*importador del bien... en el territorio de la Unión Europea*”, y el artículo 138.1, al incluir dentro del concepto legal de productor al “*importador en la Unión Europea*”.

Existen razones materiales que explican esta equiparación del importador al fabricante: de un lado, el importador tiene mayor facilidad de acceso al fabricante que las víctimas; de otra parte, así como el fabricante puede no controlar la distribución hecha de su producto, el importador no sólo interviene en esa distribución, sino que le es exigible conocer las exigencias de seguridad de los países en los que introduce esos productos²⁰¹; pero también, evidentemente, la mayor protección del perjudicado que se consigue.

Con respecto a la regulación de la ley 22/1994, quedaba claro que solo se hacían responsables los importadores profesionales. Esto quedaba claro puesto que el propio artículo 4.2 señalaba que el importador lo era “*en el ejercicio de su actividad empresarial*”, y además porque estos no se limitan a introducir un producto, sino que lo hacen para su distribución. Finalidad esta que, en definitiva, se debía de traducir en la “puesta en circulación” del producto y que, en consecuencia, podría llegarse a la conclusión de que a propósito del importador no era aplicable lo señalado para el fabricante, donde se distingue entre quien lo sea de todo el producto y quien lo sea de alguno de sus elementos, puesto que el importador de alguno de los elementos, aunque en cierto sentido los distribuye, realmente no los “coloca” en el mercado, sino que sus relaciones se limitan exclusivamente a los profesionales: es decir, se trata de personas que no entran en contacto con el consumidor final, sino que intervienen exclusivamente como intermediarios en el proceso productivo²⁰². No obstante, esta última cuestión, ya ha sido resuelto expresamente en el art. 138 el Real Decreto Legislativo 1/2007, al señalar que se considera productor también al importador en la Unión Europea “*de cualquier elemento integrado en un producto terminado*”. De hecho ya desde la ley 22/1994 se viene admitiendo también esta idea en la jurisprudencia, como así señalan las Sentencias de la AP de Zaragoza de 10 de febrero de 2004 (JUR 2004/92259) y Sentencia de la AP de Barcelona de 29 de noviembre de 2004 (AC 2004/2017).

201 CAP. XII: PARRA LUCÁN, M^a A., “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 271.

202 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 69.

Respecto a la profesionalidad, en el texto refundido, algún autor²⁰³ ha entendido que podría inducirse con meridiana claridad de lo dispuesto en el artículo 2, en conexión con el artículo 4. Ya la Sentencia de la AP de Barcelona de 29 de noviembre de 2004 (AC 2004/2017), mencionada anteriormente, bajo la vigencia de la LRCPD, señaló que a los efectos del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos, era presupuesto necesario de la condición legal de importador el que la importación fuera “*consecuencia de su actividad profesional*”. Esto conduce a excluir que quepa calificar como importador a quien realiza una importación ocasional, pero no implica de forma obligatoria que la actividad empresarial o profesional del sujeto en cuestión haya de ser principalmente la de importador²⁰⁴.

En definitiva, con la actual regulación, parece que también dicha actividad de importación o introducción de productos extracomunitarios habrá de seguir estando encaminada a la distribución de los mismos, y también parece que esta distribución continuará admitiendo idéntica variabilidad de modalidades a la que, en forma de *numerus apertus*, se establecía en el antiguo artículo 4.2, como era el caso de “*venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución*”, y todo ello, a pesar de que su especificación no figure ni en la referencia al importador que efectúa el art. 138.1 TR ni tampoco en la alusión a dicho sujeto que contiene con carácter general el art. 5.²⁰⁵

2.2.2. CONVENIENCIA DE ENTENDER COMO RESPONSABLE SOLO AL IMPORTADOR QUE INTRODUCE LOS PRODUCTOS DE FUERA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sin embargo, la cuestión más importante en lo que se refiere a la responsabilidad del importador es que debe serlo de la Unión Europea²⁰⁶, excluyéndose por tanto la posible responsabilidad del importador que introduzca en un país de la Unión Europea un producto fabricado en otro país de la Unión Europea²⁰⁷, es decir, en el caso de que el producto causante del daño proceda de otro país comunitario el importador no es considerado como productor, no responde de los daños causados. La antigua ley de Consumidores y Usuarios no especificaba nada en su artículo 26 sobre esta cuestión, por lo que la doctrina española entendía que había que considerar comprendidos a todos los importadores en España, tanto si al mismo tiempo eran importadores en la Comunidad como si no era así²⁰⁸.

203 GUTIERREZ SANTIAGO, P., “*Daños Causados por productos defectuosos*”, Aranzadi, 2009, pág. 185.

204 BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, R. “*El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento. En Estudios sobre Consumo*”. Núm. 34/95. Pág. 127.

205 GUTIERREZ SANTIAGO, P., “*Daños Causados por productos defectuosos*”, Aranzadi, 2009, pág. 185.

206 Aunque teniendo en cuenta, que en virtud del Acuerdo sobre el Espacio económico Europeo debe entenderse que el importador lo es de fuera de una Unión europea o de algunos de los países que no pertenecen al espacio económico europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega son los que no se han incorporado a la Unión).

207 ATAZ LÓPEZ, J. “*La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil*” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 70.

208 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. “*Comentario a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*” Civitas, Madrid, 1992, pág. 696.

El requisito de que fuesen importadores de la Unión Europea era de obligado cumplimiento, puesto que venía impuesta por la propia Directiva 85/374 con el fin de impedir la creación de trabas a la libre circulación de mercancías en el mercado común (SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2004 (AC 2004/2017)²⁰⁹ y STS de 14 de julio de 2003 (RJ 2003/5837)²¹⁰. Más recientemente la STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1408)²¹¹ estima la excepción de falta de legitimación pasiva por parte de una de las demandadas, por el hecho de tratarse de un distribuidor en España de un producto representado en la Unión Europea por otra empresa, de modo que operó como importadora del producto en España, pero sin que se demostrara que lo hiciera en la Unión Europea.

La justificación de este distinto trato legal versa en el propósito de la Directiva de impedir la creación de trabas a la libre circulación de mercancías en el mercado común, pues si se equiparasen al productor los mayoristas que importan bienes de otros países de la Unión, se correría el riesgo de incitarlos a proveerse exclusivamente de los fabricantes de su propio país²¹².

La segunda razón de esta peculiaridad reside en que, además, en estos casos la víctima de los daños no tendrá especiales dificultades para dirigirse contra el fabricante directamente. Y además la posible frustración de la reparación del daño sufrido que se puede producir, ya que pudiendo ser el fabricante de cualquier nacionalidad, no existe garantía alguna de que en su país exista una responsabilidad objetiva del fabricante, con lo que los daños ocasionados por estos productos podrían tal vez quedar sin reparación²¹³. Y ello porque, aun cuando tenga su sede en un país distinto al de la víctima, pero dentro de la Unión Europea, los autores de la Directiva estaban pensando en la existencia de mecanismos que permiten a la víctima demandar al fabricante, y obtener en su caso la ejecución de la sentencia, en el lugar de producción del daño (que normalmente coincidirá con el del domicilio del perjudicado). En particular, y como señala PARRA LUCÁN²¹⁴ se estaba pensando en la aplicación del

209 Que aunque ya ha sido señalada anteriormente, debe de introducirse que, la sentencia subraya que “*el concepto de importador que se ha de tener en cuenta no es el general, esto es, la empresa o empresario nacional que introduce en España para su comercialización productos de otro país, comunitario o no*”, sino que, a los efectos de dicho régimen de responsabilidad, importador es quien “*importa productos de un país de fuera de la Unión Europea introduciéndolos en cualquier país de ésta*”

210 Afirma que la responsabilidad por productos defectuosos se extiende “*a todo el que importe productos en la Comunidad*”, refiriéndose, evidentemente, a la actual Unión Europea.

211 Versa sobre los daños que se han producido como consecuencia de la utilización de unas prótesis mamarias defectuosas.

212 PARRA LUCAN, M^a A. “Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, Actualidad Civil n^o 36. 1995, págs. 739- 740; y “Daños por productos y protección del consumidor”, 1990, pág. 553.

213 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en Iniuria, núm. 5, 1995, pág. 70.

214 CAP. XII: PARRA LUCÁN, M^a A., “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, pág. 272.

Convenio de Bruselas de 1968, que para los Estados miembros debía entenderse sustituido por el Reglamento CE núm. 44/2001, del consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hoy ya derogado por el Reglamento UE n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Evidentemente esta característica hace que las decisiones judiciales no estén totalmente exentas de polémica, salvo algunas particulares como las Sentencias de la AP de Lleida de 14 de noviembre de 2001 (JUR 2002/20687) y AP de Navarra de 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004/280014), en la mayoría de ocasiones ha habido ciertos problemas, como ocurre en los casos de las Sentencias²¹⁵ de la AP de Barcelona de 29 de noviembre de 2004 (AC 2004/2017), ya señalada anteriormente; AP de Granada de 31 de Marzo de 2006 (JUR 2006/184688), en la que se dilucida la responsabilidad de los daños producidos como consecuencia de la defectuosidad de unos sistemas de seguridad pasiva de un vehículo; AP de La Coruña de 29 de diciembre de 2006 (JUR 2007/66737), y 16 de marzo de 2007 (AC 2007/1077), en ambas el producto defectuoso era una prótesis mamaria que había sido fabricada en Suiza; AP de Zaragoza de 8 de octubre de 2001 (JUR 2001/329663), donde el producto defectuoso era de la marca estadounidense Chrysler; AP de Asturias de 28 de enero de 2004 (AC 2004/18), en la que se excluía de responsabilidad al importador por ser el producto una plataforma elevadora fabricada e importada desde Suecia; AP de Madrid de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005/219880) que versa sobre un todoterreno Mitsubishi pero fabricado en Alemania; y de 5 de julio de 2004 (JUR 2004/299416), en la que el producto defectuoso era un producto de limpieza y mantenimiento de parqué fabricado en Austria; AP de Zaragoza de 10 de febrero de 2004 (JUR 2004/92259), donde se estableció como defectuoso un neumático fabricado en Holanda; y AP de Málaga de 25 de octubre de 2006 (AC 2007/1042), que versaba sobre un vehículo SAAB fabricado en Suecia. Tampoco en la doctrina existe un acuerdo absoluto, puesto que frente a la mayoritaria opinión favorable al necesario carácter extracomunitario del importador²¹⁶, algunos autores siguen manifestando sus recelos al respecto²¹⁷ y resistiéndose a acatar la letra de la ley, entendiéndolo que importador, a efectos responsables, es igualmente quien introduce en un país de la Unión²¹⁸ un producto que procede de otro país de la

215 Todas ellas bajo la vigencia de la ley 22/1994, pero que al no haber cambiado realmente la regulación son igualmente válidas.

216 TOBAJAS GÁLVEZ, O. “La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causador por productos defectuosos”. *Actualidad Civil*, nº 2, 2002. Pág. 773; URBISTONDO TAMAYO, S. “La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y su armonización al Derecho comunitario” *Estudios sobre consumo*, 1994, Nº 30, pág. 51; BUSTO LAGO, J. M./ ÁLVAREZ LATA N. Y PEÑA LÓPEZ, F. *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Ed. Thomson-Aranzadi / Instituto Nacional de Consumo, Cizur Menor, 2005. Pág. 452; GARCÍA CACHAFEIRO, F. “La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español en : *Aspectos nacionales e internacionales*, 2006, pág. 251; MARCO MOLINA, J. “*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos: fundamentos y aplicación*”, pág. 187.

217 RUIZ MUÑOZ, M. Responsabilidad civil del empresario/fabricante (I) en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999. Pág. 519 – 520.

218 YZQUIERDO TOLSADA, M. “*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*”

Unión o que, al menos, le sería aplicable por analogía el mismo régimen de responsabilidad por productos que se establece para el importador extracomunitario, básicamente porque aunque si bien es cierto que la Directiva se aplica en toda la Unión europea, sólo en teoría queda asegurada la prosperabilidad de una posible demanda, puesto que en algunos casos, al no poder demandar a ningún nacional, puede el perjudicado verse abocado a un litigio internacional que por su duración y costes haga, en la práctica, ilusoria la indemnización que en su caso se pudiera obtener.²¹⁹

2.3. EL PROVEEDOR

2.3.1. ANTECEDENTES Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.

Con lo dicho hasta ahora debería haber quedado claro, que de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y por lo tanto en conformidad con la finalidad de la Directiva, que es el fabricante²²⁰, en principio, el que debe responder por los daños ocasionados por los productos defectuosos. Por el contrario, debe excluirse la responsabilidad del distribuidor y del vendedor del producto, porque se entiende que no tienen los conocimientos ni la oportunidad de inspeccionar los bienes que comercializan.

Ahora bien, en la Directiva se admite sin embargo una excepción a este planteamiento, y es que existen dos casos en los que el proveedor puede responder como si fuera productor. Es en definitiva, como pronto veremos, una responsabilidad subsidiaria, en tanto no se identifique al fabricante. Así mismo lo establece la Sentencia del TJCE de 29 de noviembre de 2006, asunto *Lidl Srl*, donde se establece que “*la Directiva 85/374 establece en su artículo 3.3, una responsabilidad, aunque limitada, del proveedor únicamente en el supuesto de que el productor no pueda ser identificado*”, reforzando esta posición la Abogada general STIX-HACKL que consideró esta responsabilidad efectivamente como subsidiaria. E igualmente nuestros tribunales como ocurre en la SAP de Jaén de 20 de noviembre de 2000 (JUR 20937/2001)²²¹ y la SAP de Asturias de 21 de marzo de 2001 (AC 637/2001)²²². También ocurriría en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador en la Unión Europea, incluso aunque se indicara el nombre del fabricante. Por lo tanto, este “proveedor” no es solo el minorista en sentido estricto, sino que, en puridad, cualquier eslabón de la cadena de distribución del producto puede considerarse suministrador del mismo a los efectos de la ley²²³.

219 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 70 – 71.

220 Dentro del amplio concepto de productor que nos da el Texto Refundido. Y siempre teniendo en cuenta la posible responsabilidad que pueda tener el importador.

221 Donde se estableció la falta de legitimación pasiva de los dueños de la ferretería donde el demandante había adquirido el cohete que posteriormente le causó distintas lesiones.

222 En la que los daños son producidos en el cambio de una rueda de un vehículo como consecuencia de utilizar un gato defectuoso.

223 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 71.

Antes de adentrarnos en los supuestos en los que el Texto Refundido hace responsable al proveedor, debemos llevar a cabo una aclaración terminológica. Y es que no solo en este texto legal se llevó a cabo la aglutinación de los términos “fabricante” e “importador” en el de “productor”, sino que el Texto Refundido también introduce un cambio terminológico respecto al proveedor, y es que en la Ley 22/1994 se utilizaba el término “suministrador” y en el actual Real Decreto Legislativo 1/2007 se ha modificado por el de “proveedor”, sustitución esta que podemos ver en el art. 146 del Texto refundido. Al igual que ocurría con el anterior cambio terminológico, este se ha producido para aproximar la legislación nacional a la legislación comunitaria. De todas formas, parece que esta modificación terminológica no aporta un cambio sustancial. Ha de tenerse en cuenta que el art. 7 del Texto refundido ubicado en el Libro Primero en sede de “Disposiciones generales”, ofrece un “concepto de proveedor”, señalando que este será “*el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución*”. A la luz de este precepto parece clara la irrelevancia de la sustitución del término “suministrador” por el de “proveedor”, ya que los verbos “suministrar” y “distribuir” permitirían seguir hablando también de suministrador. De igual forma podemos verlo en distintas sentencias comunitarias como son SSTJCE de 10 de enero de 2006 (TJCE 3/2006) y 23 de noviembre de 2006 (TJCE 2006/340).

Como se acaba de mencionar (y al igual que ocurre con el resto de posibles responsables) la definición de proveedor comienza con el término “empresario”, sin embargo, como ha señalado algún autor tampoco parece que ello deba reputarse como un cambio radical con el suministrador de la Ley 22/1994, ya que para éste se presuponía ya su carácter ordinariamente profesional y la actuación del mismo en el marco de su ejercicio comercial de distribución²²⁴.

La ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios señalaba en una interpretación conjunta entre sus artículos 26 y 27 que el vendedor solamente respondería cuando por acción u omisión fuese determinante del daño, así como por el origen, identidad e idoneidad del producto, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que lo regulen. Esto en definitiva hacía que los tribunales llevaran a cabo una equiparación de responsabilidades de todos los sujetos intervinientes en la cadena de elaboración, distribución y comercialización del producto. Así podemos verlo en la STS de 19 de diciembre de 1994 (RJA 9429/1994)²²⁵ y también en la sentencia de 24 de julio de 2001 (RJA 8420/2001)²²⁶. Además con anterioridad a esta ley no podía encuadrarse ningún artículo del código civil a esta específica responsabilidad. Únicamente, como señala el profesor ATAZ²²⁷,

224 GUTIERREZ SANTIAGO, P., “*Daños Causados por productos defectuosos*”, Aranzadi, 2009, pág. 187 y 188.

225 Donde se estimó el recurso de casación interpuesto por la víctima, a quien estallaron unos productos pirotécnicos que le fueron vendidos a granel sin ningún tipo de inscripción que advirtiera de su peligro y de la restricción de su uso exclusivo por personal especializado

226 Se trata de un caso de lesiones sufridas por un menor al ingerir en un bar el detergente contenido en una botella de mosto.

227 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 71 y 72.

existe un artículo del Código Civil que establece la responsabilidad por los daños ocasionados por cosas defectuosas, y tal norma, no se encuentra en sede de compraventa, si no en la del comodato. En concreto se está hablando del artículo 1752 “*el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a este de los daños que por aquella causa hubiese sufrido*”. Parece también que podría llegar a ser de aplicación el artículo 1486, que como sabemos, habla de la indemnización de daños y perjuicios a cargo del comprador cuando enajenare una cosa conociendo la existencia de vicios ocultos. Sin embargo, como señalaba el autor, no parecía que estos sean los daños que se producen por el vicio oculto o defecto de la cosa en otros bienes del comprador o en su persona. En realidad, la opción más adecuada, y así se realizaba, era acudir a los artículos 1101 y al artículo 1902 del Código Civil.

Por todo ello, la nueva regulación que ya se introdujo en la Ley de 1994 fue ampliamente bienvenida y respaldada por la mayoría de la doctrina. Sin embargo algunas resoluciones judiciales y un pequeño sector de la doctrina entendieron que en realidad el nuevo sistema de daños había sido claramente regresivo y suponía una “marcha atrás” respecto de la situación anterior. Claro ejemplo es el Auto del Juzgado de 1º Instancia núm. 5 de Oviedo de 13 de abril de 2000 (AC 653/2000), donde se hace un examen comparativo de la Ley 26/1984 con la Ley 22/1994, y se resaltaba la rebaja injustificada en la cota de protección a los damnificados por los defectos de los productos que implica el que, al amparo de la Ley 22/1994, la demanda no “pudiese” dirigirse, en principio, contra el suministrador, ni que este sea, por regla, solidariamente responsable junto al fabricante²²⁸. También en la doctrina aparecieron ciertos autores reticentes a las consecuencias que podía suponer la LRCDPD a la hora de exigir responsabilidad al suministrador final. Y es que, según ellos, a las dificultades inmanentes a la prueba del defecto del producto y de su nexa causal con el daño, se suman de ese modo los problemas que plantea a un consumidor la limitación de las posibilidades de reclamación contra quien es su natural interlocutor, lo que, entiende esta parte de la doctrina, podría llevar a la necesidad de que los tribunales tuvieran que realizar auténticas acrobacias para que las víctimas logaran la satisfacción de los perjuicios sufridos²²⁹.

2.3.2. SUPUESTOS EN LOS QUE EL PROVEEDOR ES RESPONSABLE.

A) Cuando el productor del producto no pudiera ser identificado.

El primero de los supuestos es el que efectivamente ya se incluyó en el art. 3.3 de la Directiva 85/374, y suponía que el suministrador respondería por aquellos daños que fueran causados por los defectos de los productos que suministrara cuando el productor del producto no pudiera ser identificado, y siempre y cuando dentro de un plazo razonable no informara al perjudicado de la identidad de este o de la persona que se lo suministró a él, sucediendo lo mismo también respecto a la identidad del importador. Esta responsabilidad del proveedor entra en juego cuando el productor (aunque parece que deberíamos hablar mejor del fabricante

228 GUTIERREZ SANTIAGO, P. “*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*”. Pág. 354 y 355.

229 CARRASCO PERERA, Á; CORDER LOBATO, E. MARTÍNEZ ESPÍN, P. “*Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo*” en EC, núm. 52, 2000, pp. 130 – 131.

en este caso) no puede ser identificado porque el producto en sí mismo no permite conocer su identidad, y por lo tanto, no sería responsable cuando el perjudicado hubiere pasado por alto u olvidado cual era el fabricante del producto defectuoso que le causó el daño. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de julio de 2003 (JUR 15503/2004)²³⁰ señaló que “*solo procede cuando no se puede conocer quién es el fabricante o importador, ya que si, con una mínima diligencia, el perjudicado puede averiguar su identidad, faltaría el presupuesto básico que permitiría derivar la responsabilidad hacia el vendedor*”. Pero de igual manera existen multitud de sentencias que establecen cuestiones idénticas como la SAP de Asturias de 24 de Mayo de 2001 (JUR 214430/2001) que señalaba que “*en el presente supuesto la demandante admite que conocía cual era el fabricante del producto e, incluso, lo señala expresamente en la demanda, no podía dirigirse frente al vendedor, cuya falta de legitimación pasiva debe, por tanto, apreciar la Sala*”, igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2004 (JUR 265948/2004) al señalar que “*en el caso de autos el actor, desde el primer momento, conocía quién era el fabricante (SEAT)*”, y muchas más como la SAP de Badajoz de 14 de julio de 2003 (JUR 46697/2004) y la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 23 de septiembre de 2000 (JUR 18469/2001).

También debe incluirse en este supuesto al importador, por lo que si el producto ha sido fabricado en la Unión Europea, el suministrador deberá indicar el nombre del fabricante para exonerarse de la responsabilidad; pero si la fabricación tuvo lugar fuera de la Unión, la liberación de responsabilidad parece que se produciría cuando se facilite el nombre del importador, y no cuando se facilite la identidad del fabricante. Y por lo tanto, podría deducirse que la norma sería de aplicación, no solo cuando no se conozca la identidad del productor, sino también cuando tratándose de un producto fabricado fuera de la Unión se desconozca la identidad del importador, aunque si se conozca la identidad del fabricante²³¹. Así lo señalan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 2005 (JUR 129161/2005) y Barcelona de 6 de mayo de 2008 (JUR 267415/2008).

El problema que supone todo esto (y que ya desde la ley de 1994 se producía) es que puede distorsionarse esta responsabilidad. En concreto, el proveedor puede liberarse de responsabilidad también facilitando el nombre de la persona que le suministró a él el producto, lo que supone que la responsabilidad del primero pasaría a éste último, el cual dado que podría arbitrarse la misma solución para él, podría liberarse de responsabilidad proporcionando también el nombre del fabricante, importador o de la persona que a él se lo suministró. Esto lo podemos extraer de la Directiva al hacer referencia en el artículo 3.3 a “cada suministrador”.²³² Algún autor también lo ha especificado señalando que se podrá liberar de responsabilidad si estos identifican a cualquiera de los miembros de la cadena de distribución²³³ (SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2008 (JUR 130314/2008)).

230 Donde se dilucidaba la responsabilidad por los daños producidos por un ciclomotor defectuoso.

231 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en Iniuria, núm. 5, 1995, pág. 74 y CILLERO DE CABO, P. “La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos”, 2000, Pág. 124.

232 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en Iniuria, núm. 5, 1995, pág. 74.

233 CILLERO DE CABO, P. “La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por

La Directiva establecía en su artículo 3.3 únicamente la necesidad de que se identificara al fabricante o al importador en un “plazo razonable”. Tuvo que ser la ley 22/1994 la que concretara este plazo en tres meses. El problema es que nunca se ha concretado cuando comienza el cómputo de estos tres meses. Si entendemos que una de las finalidades de este plazo es no demorar excesivamente la posible demanda de la víctima, podríamos comprender al igual que lo hace la mayoría de la doctrina²³⁴ que debe computarse a partir del requerimiento de información que el perjudicado le envíe si se optase por una reclamación extrajudicial, o desde que se notifique la demanda²³⁵. También la jurisprudencia se decantó por esta opción como podemos ver en la ya reiterada SAP de Asturias de 21 de marzo de 2001 (AC 637/2001)²³⁶. Y es que en absoluto debemos menospreciar la cuestión del plazo ya que aunque después del plazo de tres meses el perjudicado descubra la identidad del fabricante, del importador o de un intermediario anterior, el suministrador seguiría respondiendo²³⁷. Además, esta cuestión del plazo, junto con la posibilidad distorsionadora establecida anteriormente puede dar lugar a que si cada suministrador dispone de un plazo de tres meses para facilitar el nombre de su antecesor en la cadena de suministro del producto, dependiendo de los eslabones que la misma pueda tener, el plazo real en el que se podría formalizar la demanda contra el fabricante o el importador, podría llegar a ser lo bastante largo como para desanimarle de intentar la demanda²³⁸.

Otra cuestión importante en este supuesto es el caso de la identificación del fabricante (o importador) del producto, ya que evidentemente no parece que baste con que el suministrador proporcione un nombre, sino que de alguna manera deberá de aportar pruebas para exonerarse realmente de responsabilidad. Y es que podría ocurrir que el vendedor facilitara un nombre cualquiera abocando al perjudicado a una demanda contra el fabricante, importador o suministrador anterior que, tal vez no pudiera prosperar por demostrar el demandado que él

productos defectuosos”, 2000, Pág. 218; JIMENEZ LIEBANA, D. “*Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*”, 1998, McGraw-Hill Interamericana de España, pág. 278 y URBISTONDO TAMAYO, S. “*La ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y su armonización al derecho comunitario*”, en *EC*, núm. 30, 1994, pág. 50 visto en GUTIERREZ SANTIAGO, P., “*Daños Causados por productos defectuosos*”, Aranzadi, 2009.

234 BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, R. “*El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento. En Estudios sobre Consumo*”. Núm. 34/95. Pág. 127. Y RUIZ MUÑOZ, M. “*Responsabilidad civil del empresario/fabricante (I) en Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999, pág. 520.

235 CILLERO DE CABO, P. “*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*”, 2000, Pág. 214.

236 En ella se declaró responsable a “Peugeot España” en concepto de suministradora, ya que no indicó al perjudicado, dentro del citado plazo de tres meses, la identidad del fabricante.

237 BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, R. “*El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento. En Estudios sobre Consumo*”. Núm. 34/95. Pág. 127. Y ATAZ LÓPEZ, J. “*La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil*” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 74.

238 REGLERO CAMPOS, L.F. “*Una aproximación a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Inuria*, núm. 3; julio-sept, 1994, pág. 47.

no fue quien fabricó, suministró o importó el producto defectuoso causante del daño²³⁹. Así en la Sentencia de la AP de Burgos de 1 de febrero de 2002 (JUR 2002/11207) se señaló que no concurrían los presupuestos para la aplicación de este precepto²⁴⁰, ya que la parte actora en ningún momento había requerido al suministrador de los manguitos defectuosos para que dijese el nombre del fabricante, y que la empresa lo facilitó, ya en el curso del procedimiento, aportando la ficha técnica y el certificado de calidad del producto, como consecuencia del requerimiento pedido en el escrito de proposición de prueba por la otra codemandada. Por lo que de acuerdo con el ponente de la sentencia, no se cumplía el requisito de la imposibilidad de la identificación del fabricante, pues la identidad del mismo se hubiera obtenido si la parte actora lo hubiese pedido, siquiera en el escrito de demanda para poder llamar al pleito al fabricante. También la ya mencionada sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 23 de septiembre de 2000 (JUR 18469/2001) que además señala expresamente que “*la responsabilidad del suministrador es subsidiaria frente a la del fabricante o importador*” por lo que “*queda relegado a un segundo plano, sobre la base de que no interviene en el proceso de fabricación*”. Pero de una manera más clara las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de julio de 2003 (JUR 15503/2004), en la que ante unos daños producidos por un ciclomotor defectuoso de marca Piaggio se tiene plenamente identificado al fabricante, al tener todos los datos de este en la documentación de la misma; de la Audiencia Provincial de Burgos de 22 de julio de 2004 (JUR 265948/2004); de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de febrero de 2007 (JUR 274249/2007), ya que en la tubería de goma para la entrada de agua al lavavajillas que resultó defectuosa figuraba no solo el nombre del fabricante, sino también su logotipo, por lo que fue fácil su identificación; y de la Audiencia Provincial de Cádiz de 29 de diciembre de 2006 (JUR 161328/2007), en la cual, en el historial médico de la perjudicada se podía ver el fabricante de las prótesis que resultaron defectuosas. En todas ellas queda claro cuál es el responsable, dado que el actor lo tiene ya plenamente identificado. Ahora bien, el termino de subsidiario no parece que sea del todo correcto, y es que realmente estamos hablando más de una responsabilidad secundaria o accesorio, más que de subsidiaria. Se habla de responsabilidad subsidiaria cuando el responsable principal no cumple con su obligación, pero tanto en esta primera causa, como sobre todo en la segunda, el proveedor es responsable directamente, sin necesidad de acudir al fabricante o al importador.

La razón de ser de este precepto, y por tanto de esta responsabilidad, es bastante evidente. El suministrador responde cuando el fabricante o el importador no sean fácilmente identificables, y el minorista no colabore en su identificación, y esto incluso, aunque no la facilite por desconocimiento de la misma. Todo esto, evidentemente, dirigido a facilitar la reclamación de la víctima y a salvaguardar la efectividad del ejercicio de su derecho a instar la indemnización de daños y perjuicios²⁴¹. Sin embargo, esta responsabilidad puede tener un

239 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 75.

240 Aunque en este momento estaba vigente la ley 22/1994.

241 GUTIERREZ SANTIAGO, P. “*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*”. Pág. 366.

efecto colateral de salud en el mercado, ya que desanima a los proveedores a comercializar con productores de dudosa procedencia o calidad.

B) Cuando se suministre el producto a sabiendas de que es defectuoso

El segundo supuesto en el que el proveedor es responsable no aparecía en la Directiva Comunitaria. Esta se incluyó en la Disposición Adicional única de la Ley 22/1994, estableciendo que “*el suministrador del producto defectuoso responderá, como si fuera el fabricante o el importador, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso el suministrador podrá ejercitar la acción de repetición contra el fabricante o importador*”. Evidentemente y puesto que este supuesto no estaba contemplado en la Directiva 85/374 gran parte de la doctrina puso en evidencia este segundo supuesto de responsabilidad por el entonces suministrador, y ahora proveedor²⁴². Pero también la forma de incluirla en esa ley evidentemente fue criticada, dada la dudosa oportunidad de esta técnica legislativa. Y es que, parece que la importancia de esta norma hubiera justificado haberla incluido en el articulado de la ley. Evidentemente esto habría supuesto la utilización de una correcta técnica legislativa, ya que lo que no se podría pensar en ningún caso es que esta norma no formaba parte del cuerpo normativo²⁴³.

Incluso respecto al contenido esta norma fue duramente criticada, en concreto fue calificada de innecesaria, inútil, perturbadora y carente de sentido²⁴⁴ y de similar forma lo hacía la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999 (RJ 7272/1999)²⁴⁵. No debemos olvidar que el art. 15 de la LRCDCPD señalaba que “*las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona*”. Por lo tanto quien suministrase un producto a sabiendas de su carácter defectuoso era responsable de acuerdo con las normas sobre responsabilidad tanto contractual como extracontractual, por ello uno de los principales inconvenientes que señalaba esta doctrina era que sin necesidad de la inclusión de esta Disposición Adicional, ya con nuestro Código Civil

242 PARRA LUCÁN, M^a A., “La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* vol. I parte Doctrina, 1995 y pág. 21; JIMÉNEZ LIEBANA, D. “Los “defectos” de la Ley 22/1994 en materia de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos” en *la Ley*, 1996-4, pág. 5. RUIZ MUÑOZ, M. “*Derecho Europeo de responsabilidad civil del fabricante*”. 2004, nº 96.

243 ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en *Iniuria*, núm. 5, 1995, pág. 60 y 77.

244 DIAZ ALABART, S “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos” 1995 – 2, págs. 538 – 539 y 541. RUIZ MUÑOZ, M. “Responsabilidad civil del empresario/fabricante (I) en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999, pág. 521; JIMENEZ LIEBANA, D. “*Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*”, 1998, McGraw-Hill Interamericana de España, pág. 487; DE LA VEGA GARCÍA, F L. “*Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*”. Civitas, 1998, pág. 114. Y PEÑA LÓPEZ, F. “*La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*” 2002, pág. 133.

245 Que versa sobre los daños que se han producido tras la ingesta de un anticonceptivo defectuoso.

el suministrador podría responder en tal supuesto o por dolo, o en todo caso “por culpa”²⁴⁶. De hecho así se establece en gran cantidad de sentencias como la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2004 (AC 1017/2004), sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 28 de diciembre de 2006 (AC 155/2007)²⁴⁷, sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 29 de diciembre de 2006 (JUR 161328/2007)²⁴⁸ y sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de octubre de 2007 (352689/2007)²⁴⁹. Por no hacer más reiterativa la crítica llevada a cabo por el gran sector de la doctrina mencionado, simplemente señalaremos que tan bien se puso de manifiesto la dudosa justificación de la acción de repetición que tendría el suministrador contra el fabricante o importador²⁵⁰, aunque existe algún autor²⁵¹ que señala que “si el perjudicado demanda exclusivamente al suministrador, tratándose de un caso de concurrencia en la producción del daño, es lógico admitir el derecho del suministrador a reclamar al fabricante o a cualquier otro responsable que no haya sido demandado, el reembolso de la indemnización en la proporción en que estos hayan contribuido a causar el daño”.

En el Texto Refundido de 2007 esta responsabilidad la vemos recogida en el artículo 146 al señalar que “*el proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto*”. Más allá de los minúsculos cambios introducidos, las críticas ya realizadas sobre dicha regulación en la ley 22/1994 siguen vertiéndose contra esta. Si bien es cierto que algún aspecto positivo puede señalarse respecto a su inclusión en el Texto Refundido y es que ha dejado de lado la técnica legislativa de la anterior ley, y se ha incluido ya en el propio articulado.

Por último, la dificultad para probar el dolo en estos casos hace que no encontremos gran cantidad de jurisprudencia sobre la responsabilidad del proveedor que ha suminis-

246 GOMEZ LA PLAZA, M^a del C “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos” 1995 – 2, págs. 527, ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en Injuria, núm. 5, 1995, pág. 77; CILLERO DE CABRO, P. “La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos”, 2000, Pág. 227 – 230 y “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2002 responsabilidad del distribuidor por daños causados por productos con defectos de fabricación” en AC, núm 21, 2003, pág. 26, visto en GUTIERREZ SANTIAGO, P. “Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas”. Pág. 375..

247 Donde se trata el supuesto de unos daños causados por unos juegos pirotécnicos defectuosos. Además como podemos ver en la sentencia en todo momento se habla de la responsabilidad con culpa.

248 En ella se trata la responsabilidad derivada de una serie de daños producidos por unos productos médicos defectuosos.

249 Que trata los daños que se produjeron por un lavavasos.

250 YZQUIERDO TOLSADA, M. “Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual”, Dykinson, 2001, pág. 335; ATAZ LÓPEZ, J. “La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil” en Injuria, núm. 5, 1995, pág. 76-77; RUIZ MUÑOZ, M. “Responsabilidad civil del empresario/fabricante (I) en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999, pág. 521;

REGLERO CAMPOS, L.F. “Una aproximación a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Injuria, núm. 3; julio-sept, 1994, pág. 48.

251 CILLERO DE CABRO, P. “La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos”, 2000, Pág. 238.

trado un producto a sabiendas de que es defectuoso, pudiendo destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 10 de enero de 2003 (JUR 44564/2003)²⁵², la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de abril de 2002 (JUR 184459/2002)²⁵³ y la emblemática Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 25 de abril de 2005 (JUR 129161/2005)²⁵⁴⁸⁸. El problema en estos casos es que los tribunales suelen llevar a cabo una presunción referida a que los proveedores conocen los defectos de fabricación de los productos que suministran, claro ejemplo es la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 18 de septiembre de 2000 (AC 1912/2000) donde se condenó como suministrador a un fontanero que había instalado el grifo cuyo carácter defectuoso ocasionó una fuga de agua, dado que se presumió que “*el vendedor que trafica con la cosa que tiene defectos de fabricación conoce los defectos de que adolece*”. Sin embargo son mayor número las sentencias en las que se menciona esta norma pero dada la dificultad de prueba no se condena al proveedor, claro ejemplo son la Audiencia Provincial de Cantabria de 20 de junio de 2005 (JUR 176100/2005)²⁵⁵, Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de marzo de 2001 (JUR 170616/2001)²⁵⁶ y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 14 de noviembre de 2001 (JUR 20687/2002).

IV. LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO

No deberíamos acabar este trabajo sin hacer una pequeña mención al caso de que en la producción del daño intervenga un tercero. Al igual que ocurría en la ley 22/1994, el Real Decreto Legislativo 1/2007, en su artículo 133 señala que “*la responsabilidad prevista en este libro no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del bien o servicio y por la intervención de un tercero (...)*”. Por lo tanto se parte de un principio de irrelevancia, frente a la víctima, de la intervención de un tercero en la producción del daño. En definitiva, el perjudicado podrá obtener la reparación de todos los daños que se le han causado ejercitando una sola acción, y esto lo hace al amparo del Texto Refundido, quedando

252 En este caso se trataba de un supuesto de ladrillos defectuosos que habían arruinado una obra. Se partía de la plena identificación del vendedor por lo que la AP no dudo en condenar señalando que se trataba de “*un profesional del suministro de material de construcción, y por tanto, conocedor de las vicisitudes de dicho mercado, (...) y también del defecto*”.

253 Donde se trata de lesiones oculares sufridas por una persona al ser golpeado con un tubo hidráulico que, por no estar preclavado, se soltó del amortiguador de carga al que se hallaba conectado. Se declaró responsable a la empresa suministradora.

254 Que resuelve el supuesto de una lesión ocular sufrida por una menor como consecuencia del desprendimiento de la estrella que remataba una varita mágica perteneciente a un disfraz que había sido regalado por Coca-Cola con la compra de ciertos productos. Finalmente se condenó a Coca-Cola.

255 Se trata de una sentencia que versa sobre los daños producidos por unos petardos defectuosos. En esta sentencia se absuelve al vendedor argumentando además que “*es el demandante quien debe probar que el proveedor suministró el producto a sabiendas del defecto*” cosa que no ocurrió en este caso.

256 Que versa sobre los daños que se produjeron por un incendio provocado por un frigo.

libre de demandar al tercero y de probar, en su caso, su culpabilidad²⁵⁷, y así estableciendo la ventaja de que el perjudicado no quedará expuesto a una posible insolvencia del tercero²⁵⁸⁹². Sin embargo, el hecho de que la intervención de un tercero no influya a la hora de fijar la extensión o la cuantía del resarcimiento en favor del perjudicado, no debe significar que ese comportamiento no sea tenido en cuenta en absoluto de cara a mitigar las consecuencias patrimoniales que se han producido. De hecho, la segunda parte del precepto señalado establece que “*no obstante, el sujeto responsable que hubiera satisfecho la indemnización podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño*”. Ahora bien, a la luz de la lectura del supuesto, parece que nuestro legislador solo ha tenido en cuenta aquellos supuestos en los que la producción del daño se debe a una participación conjunta del tercero y del defecto del producto. Es decir, en este supuesto estamos hablando de que puede existir, o bien culpa exclusiva del tercero, o bien concurrencia de la actuación del tercero junto al defecto del producto²⁵⁹.

En la práctica judicial, en rara ocasión se ha basado la discusión en demostrar la intervención o no de un tercero, sino que normalmente ha radicado en la demostración de que el producto fuese defectuoso. En la mayoría de ocasiones en las que se ha planteado la intervención de un tercero, esta se ha desestimado. Así podemos señalar, aunque algo antigua, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1995 (RJA 1630/1995), que trata una serie de daños que la perjudicada tuvo en uno de sus ojos al explotar una botella de cristal de tónica “schwepps” y donde se desestimó esta causa de exclusión o de reducción de responsabilidad. De la misma manera ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de marzo de 1997 (AC 2198/1997), que también versa sobre los daños que se produjeron por una botella que contenía una bebida gaseosa; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 4 de octubre de 1999 (AC 20/2000), donde se trata los daños que produjo a una persona un botellín de agua mineral que contenía sosa caustica. En este caso se alegó la posibilidad de que dado que el botellín venía abierto y estaba rota la anilla de seguridad, por el camarero se podía haber rellenado con este producto tóxico de manera negligente, sin embargo, finalmente, se condenó al fabricante.

Ahora bien, sí que debemos dejar claro que en aquellos casos en los que únicamente concurra la intervención del tercero, se exonerará todas las responsabilidades que pudieran provenir de la regulación tratada en este trabajo, dado que no existiría defecto alguno en el producto. De la misma manera, es importante remarcar la flexibilidad que también se ha dado y se sigue dando en los tribunales, ante la concurrencia de la intervención de un tercero con el defecto del producto. Claros ejemplos de este caso son la sentencia de la Audiencia

257 CILLERO DE CABO, P. “*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*”, 2000, Pág. 180.

258 BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, R. “*la responsabilidad de los fabricantes en la Directiva de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1985*”, Estudios sobre consumo, 1987, pág 296 visto en GUTIERREZ SANTIAGO, P. “*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*”. Pág. 333.

259 GUTIERREZ SANTIAGO, P. “*Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*”. Pág. 335.

Provincial de Zaragoza de 2 de junio de 1999 (AC 1689/2000)²⁶⁰, similar a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 13 de febrero de 1995 (AC 639/1995) y a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999 (RJA 7272/1999)²⁶¹.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA. Debemos señalar que la forma legislativa es criticable. En primer lugar por el solapamiento que existió en algunos años entre la ley 26/1984 y la ley 22/1994, regulando la primera los daños por servicios defectuosos y la segunda por bienes defectuosos. Además respecto al Texto Refundido vigente en la actualidad, cabe señalar que no se ha seguido la finalidad propia de un texto refundido, sino que el resultado ha sido más cercano al que se suele llevar a cabo por el desarrollo de una ley de bases. Debemos remarcar que no parece conveniente que la ley 22/1994 se agrupara en un Texto Refundido solo aplicable en todo lo demás a los consumidores, dado que la defensa de los daños producidos por productos defectuosos debe darse a todas las personas y no únicamente a los consumidores y usuarios. De ahí por ejemplo las diferencias que existen en el texto normativo según estemos en los Libros referentes a la responsabilidad por productos defectuosos, o según sea otra parte del Real Decreto Legislativo.

SEGUNDA. Criticable forma de regular a los responsables, incluyéndolos bajo el término de productor, y siendo necesario acudir a varios preceptos de la ley para saber qué debe de entenderse por tal. En nuestra opinión hubiese sido de una mayor calidad y seguridad jurídica separarlos del término productor, y regularlos independientemente.

TERCERA. En todos los sujetos que el Real Decreto Legislativo 1/2007 establece como responsables se requiere la característica de la profesionalidad.

CUARTA. El Texto Refundido no deja realmente claro a quién entender por fabricante aparente, haciendo además en determinados casos, muy difícil la separación entre este y el suministrador propiamente dicho. Siendo por todo ello necesario una interpretación amplia, en virtud de la cual se tenga por productor aparente a toda aquella persona que, sin serlo objetivamente, se le considere como tal al venir colocado su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto.

QUINTA. Solo se entienden como importadores a efectos de responsabilidad a los que lo sean dentro de la Unión Europea, excluyendo por tanto a aquellos que los son de países miembros aunque en la doctrina no exista conformidad en esta cuestión.

260 En la que ante los daños producidos por una ruptura de la maquinaria de un remolque se entendió que estos venían producidos tanto porque el mismo era defectuoso, como por una nefasta reparación en el taller, de ahí que se condenara a ambos.

261 Señalada anteriormente. Lo importante en este caso es, que ante el fallo que provocó un dispositivo de anticoncepción intrauterino que supuso el embarazo de la persona se responsabilizó tanto al fabricante, como a la Diputación provincial que lo suministró por omitir oportunas comprobaciones de la estructura y composición del anticonceptivo.

SEXTA. Respecto a la responsabilidad del proveedor cabe señalar que ha sido fuertemente criticada, en el buen entender de que para el dañado sería más fácil reclamarle a este, y posteriormente este al verdadero responsable. Por otro lado, evidentemente debe de ser criticado el supuesto de responsabilidad establecido tanto en la Ley 22/1994 como en el Texto Refundido vigente dado que no se establecía en la Directiva. Aunque si bien es cierto que se ha mejorado la forma de regulación de este supuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2007 puesto que en la Ley 22/1994 la encontrábamos en una Disposición Adicional.

SÉPTIMA. La responsabilidad es solidaria, salvo para el caso del proveedor, en el que, como hemos señalado, se establece una responsabilidad secundaria (mal llamada por la jurisprudencia subsidiaria). Y es que en el caso de que el proveedor sea responsable por no conocerse al fabricante, directamente el proveedor responde; y de igual manera ocurre en el caso de que el proveedor actuara dolosamente. Por lo tanto, en ninguno de estos dos supuestos se pide responsabilidad frente al fabricante o al importador, y subsidiariamente frente al proveedor, si no que se acude directamente contra él.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación del Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990.

ATAZ LÓPEZ, J. “*La legitimación pasiva en la ley 22/1994 sobre responsabilidad civil*” en *Iniuria*, núm. 5, 1995.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.,

- “Responsabilidad por productos defectuosos”, en *AC*, núm. 14, 1998.
- “*El régimen de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, vigente en nuestro Ordenamiento. En Estudios sobre Consumo*”. Núm. 34/95.

BUSTO LAGO, J. M./ÁLVAREZ LATA N. Y PEÑA LÓPEZ, F. *Reclamaciones de consumo (Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Ed. Thomson-Aranzadi / Instituto Nacional de Consumo, Cizur Menor, 2005;

CARRASCO PERERA, A. “*Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007), Ámbito de aplicación y alcance de la refundición*” en *AC*, núm. 5, 2006.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “*El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 1/2008 parte Doctrina*”, Navarra, Aranzadi, 2008.

CILLERO DE CABO, P. “*La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*”, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 2000.

DE LA VEGA GARCÍA, F L. “*Responsabilidad civil derivada del producto defectuoso un estudio de la ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*”. Civitas, 1998.

DIAZ ALABART, S. “Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, Actualidad Civil, 1995 – 2.

GARCÍA CACHAFEIRO, F. “La responsabilidad civil por productos defectuosos en los Estados Unidos: principales diferencias con el sistema español en : *Aspectos nacionales e internacionales*, 2006.

GUTIERREZ SANTIAGO, P., “Daños Causados por productos defectuosos”, Aranzadi, 2009.

JIMENEZ LIEBANA, D. “*Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*”, 1, McGraw-Hill Interamericana de España, 1998.

MARCO MOLINA, J., “*La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos. Fundamentos y aplicación*”, Atelier, 2007.

PARRA LUCÁN, M^a A.

- “Responsabilidad Civil Por Productos defectuosos”, Reglero Campos L. F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, 2013.

- “La responsabilidad civil por productos defectuosos al amparo de las reglas generales de responsabilidad. Estudio jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol.I parte Doctrina*, 1995,

- *Tratado de Responsabilidad Civil* Editorial Aranzadi, S.A. Enero, 2014.

- Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007), Bercovitz Rodriguez-Cano Rodrigo, 2015.

- “Notas a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”, Actualidad Civil nº 36. 1995,

- “Daños por productos y protección del consumidor”, 1990.

PEÑA LÓPEZ, F. “*La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*” 2002

REGLERO CAMPOS, L.F. “Una aproximación a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos”. *Inuria*, núm. 3; julio-sept, 1994.

ROJO FERNANDEZ-RIO, A. “*La responsabilidad civil del fabricante*”, Bolonia, 1974.

RUIZ MUÑOZ, M. “Responsabilidad civil del empresario/fabricante (I) en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, 1999.

SANTOS MORON, M^a J., “Responsabilidad por productos defectuosos”, Soler Presas, A. y del Olmo García, P. *Practicum Daños 2015*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi, 2015.

TOBAJAS GALVEZ. O “*La culpa en la Ley 22/1994 sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*”. Actualidad Civil. 2002.

URBISTONDO TAMAYO, S. “La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y su armonización al Derecho comunitario” Estudios sobre consumo, N° 30, 1994.

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA: EL ESQUIROLAJE

José Enrique Saura Ruiz

RESUMEN

El estudio realizado muestra, inicialmente, que la regulación de la huelga como derecho fundamental está recogida de forma escasa en la Constitución y en el resto de la normativa aplicable, que básicamente es una ley anterior a la propia Constitución. Todo ello, pone de manifiesto la trascendencia que, desde un primer momento, han tenido sobre la misma determinadas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que han servido para completar los vacíos normativos que periódicamente se han ido generado en las últimas décadas como consecuencia de no haber una regulación integral para este derecho.

En lo que respecta a las prácticas empresariales ejercitadas para anular los efectos del derecho de huelga, todas ellas comprendidas en el concepto de esquirolaje, la jurisprudencia y la doctrina han evolucionado en gran medida en las últimas décadas. No en vano, se ha pasado de censurar únicamente la sustitución de huelguistas por trabajadores ajenos a la empresa (esquirolaje externo) a declarar contrarios a Derecho otros tipos no recogidos expresamente en la norma, como la sustitución de huelguistas por trabajadores pertenecientes al mismo centro o, más recientemente, sustituir la labor de los trabajadores ausentes mediante el empleo de instrumentos tecnológicos ("esquirolaje tecnológico").

Finalmente, la jurisprudencia más reciente viene poniendo de manifiesto la necesidad de dotar de contenido a nuestro ordenamiento jurídico para que éste pueda velar con todas las garantías por el correcto ejercicio de la huelga en contextos muy diferentes a los que existían cuando fue aprobada la Constitución hace cuarenta años.

PALABRAS CLAVE: *huelga, esquirolaje, Constitución, derecho fundamental, esquirolaje externo, esquirolaje interno, "esquirolaje tecnológico".*

ABSTRACT

The study carried out shows, initially, that the regulation of the strike as a fundamental right is scarcely included in the Constitution and in the rest of the applicable regulations, which basically is a law prior to the Constitution itself. All of this highlights the transcendence that certain judgments of the Constitutional Court and the Supreme Court have had on the same, which have served to complete the normative gaps that have been periodically generated in the last decades as a consequence of not having an integral regulation for this right.

With regard to the employer practices exercised to annul the effects of the right to strike, all of them included in the concept of strikebreaking, jurisprudence and doctrine have evolved greatly in recent decades. Not in vain, has gone from censorship only the replacement of strikers by workers outside the company (external strikebreaking) to declare contrary to law other types not expressly included in the rule, such as the replacement of strikers by workers belonging to the same center or, more recently, to replace the work of absent workers through the use of technological tools ("technological strikebreaking").

Finally, the most recent jurisprudence has shown the need to provide content to our legal system so that it can ensure all the guarantees for the proper exercise of the strike in contexts very different from those that existed when the Constitution was passed forty years ago.

KEY WORDS: *strike, scabbing, Constitution, fundamental right, external strikebreaking, internal strikebreaking, "technological strikebreaking".*

INTRODUCCIÓN

1.- ESQUIROLAJE: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL POR LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y JURISPRUDENCIAL

1.1- La huelga en la Constitución de 1978 y posteriores intentos de regulación

1.2- El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

1.3- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril

1.4- Conceptualización del esquirolaje

1.5- Sustituciones de trabajadores ajustadas a Derecho

2.- EL ESQUIROLAJE EXTERNO. VISIÓN DOCTRINAL

2.1- Prohibición general de esquirolaje externo: tiempo y lugar de efectos

2.2- Esquirolaje y contratación de autónomos o de otras empresas contratistas

3.- EL ESQUIROLAJE INTERNO. VISIÓN DOCTRINAL

3.1- Delimitación de esquirolaje interno y ejercicio del “ius variandi”...25 3.2- Análisis de la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial sobre esquirolaje interno

4.- HUELGA Y ESQUIROLAJE EN EL DERECHO COMPARADO

4.1- Regulación en el ordenamiento jurídico de Italia

4.2- Regulación en el ordenamiento jurídico de Francia

4.3- Regulación en el ordenamiento jurídico de Alemania

4.4- Regulación en el ordenamiento jurídico de Gran Bretaña

4.5- Regulación en el ordenamiento jurídico de Rusia

4.6- Regulación en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos

5.- UN NUEVO TIPO: EL “ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO”.REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE SOBRE EL MISMO

5.1- Surgimiento del concepto en la jurisprudencia y significado del mismo

5.2- Posicionamientos del Tribunal Supremo en los periodos 2000-2005 y2006-2012

5.3- Análisis pormenorizado de la STC de 2/02/2017 en su integridad

6.- EL ESQUIROLAJE COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA MALA FE NEGOCIAL: EL CASO DE “COCA-COLA EN LUCHA”...

6.1- Periodo de consultas y buena fe comercial en el ámbito del Derecho del Trabajo

6.2- Pronunciamientos recientes sobre esquirolaje y mala fe en el periodo de consultas: el caso de “Coca-cola en lucha”

7.- CONCLUSIONES FINALES

FUENTES CONSULTADAS

ANEXO I: SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
CE	Constitución de 1978
CCIP	Coca Cola Iberian Partners CC.OO.Comisiones Obreras
CGT	Confederación General del Trabajo
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ET de 1980	Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores EE.UU. Estados Unidos
FJ	Fundamento Jurídico
LETT	Ley de Empresas de Trabajo Temporal
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social NLRA National Labor RelationAct
OIT	Organización Internacional del Trabajo PLOHProyecto de Ley Orgánica de Huelga PSOEPartido Socialista Obrero Español
RD 1620/11	Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar
RDL 17/77	Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo TC Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UGT	Unión General de Trabajadores
VP	Voto particular

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la huelga por la parte social como medio lícito de presión en el ámbito de las relaciones laborales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Constitución de 1978 (en adelante, CE), tiene el carácter de derecho fundamental. Sin embargo, nos encontramos con que tras haber pasado cuarenta años desde la promulgación de la vigente carta magna en Estado español, el posterior desarrollo normativo de este derecho nunca ha dejado de ser escaso en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, la principal norma que se ocupa de la huelga, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (en adelante, RDL 17/77), es anterior a la propia CE.

Esta circunstancia, sin embargo, difiere de lo que sucede en la regulación de otros derechos fundamentales y, particularmente, del otro derecho fundamental de contenido estrictamente laboral que se recoge en la CE: la libertad sindical. No en vano, en este caso, sí existe una ley orgánica que desarrolla y delimita el ejercicio de la libertad sindical, así como disposiciones reglamentarias que concretan el desarrollo de cuestiones inherentes a la misma, como por ejemplo, la celebración de elecciones sindicales.

Como consecuencia de esta escueta regulación de la huelga, los límites a la injerencia empresarial en el ejercicio de este derecho, es decir, al esquirolaje, han tenido que irse clarificando y concretando durante las últimas décadas a través de la doctrina emanada del Tribunal Supremo (en adelante, TS) y del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), sin olvidar determinadas sentencias de calado de diversos Tribunales Superiores de Justicia (en adelante, TSJ).

Además, otro motivo por el que la jurisprudencia tiene un papel fundamental para el análisis jurídico del esquirolaje es que, las vicisitudes que surgen actualmente como consecuencia de la huelga y las acciones tendentes a minorar su impacto en las empresas, son en algunos casos muy diferentes a las que pudo contemplar el legislador en el momento de elaborar el RDL 17/77, como por ejemplo, cuando debe abordarse el esquirolaje realizado a través de las últimas innovaciones tecnológicas.

En este trabajo, se pretende hacer una conceptualización de las distintas formas de boicotear el ejercicio de la huelga, analizando en qué punto pueden ser contrarias a Derecho y cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas que subyacen de las mismas.

Asimismo, se persigue lograr una recopilación amplia y rigurosa que compendie la jurisprudencia más importante sobre los límites a la sustitución de trabajadores en huelga, tratando de recoger la casuística más extensa y variada posible, sin olvidar las aportaciones más relevantes de la doctrina científica en esta materia.

De esta manera, se irá elaborando un estudio que permita disponer del criterio jurídico que ayude a solventar la ausencia de respuestas por parte del ordenamiento jurídico en materia de esquirolaje.

El método de realización de este trabajo se basará en seleccionar y extraer lo más interesante de la doctrina científica por un lado. Y en su mayor parte, investigar la jurisprudencia

que guarde mayor relación con el objeto de estudio, con la finalidad de resaltar todo aquello que resulte innovador desde el punto de vista interpretativo.

En primer lugar, vamos a hacer una revisión de las aportaciones más significativas en esta materia por parte de autores reconocidos en derecho sindical, tales como Alfredo Montoya Melgar o Tomás Sala Franco. Asimismo, para adquirir una perspectiva más amplia, haremos un estudio de la figura de la huelga en el derecho comparado de los países de nuestro entorno.

A partir de ahí, podremos dotar al esquirolaje de un significado jurídico extenso y delimitar los subtipos que lo componen. Entonces, lo siguiente será poner las distintas modalidades de esquirolaje en relación con las interpretaciones más trascendentes que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han hecho en cada caso.

1.- ESQUIROLAJE: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL POR LA DOCTRINA CIENTÍFICA Y JURISPRUDENCIAL

Para comprender con toda claridad el alcance del esquirolaje como medida atentatoria de un derecho fundamental, el de huelga, hemos de comenzar exponiendo el alcance de ese derecho fundamental en nuestro derecho del trabajo.

1.1- La huelga en la Constitución de 1978 y posteriores intentos de regulación

La huelga es una medida de presión contemplada de forma específica en el marco de las relaciones laborales. Consiste en la paralización temporal y planificada de la actividad productiva por iniciativa de los trabajadores. En este contexto, cabe igualmente efectuar el abandono del centro de trabajo, persiguiendo con ello la defensa y promoción de los intereses laborales y sociales de los huelguistas.

Consecuentemente, el contenido esencial del derecho de huelga comprende la suspensión del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir. Como viene indicando el TC desde principios de la década de 1980: “El derecho de huelga conlleva el derecho del trabajador a colocarse ‘fuera del contrato de trabajo’, o la facultad de dejar de prestar transitoriamente los servicios (STC 11/1981, de 8 de abril; ATC 570/1987, de 13 de mayo), sin que la empresa pueda sancionarlo por ello.

La CE reconoce el derecho a la huelga como un derecho fundamental de los trabajadores, encuadrándolo en su Título I, Capítulo II, Sección 1ª (“De los derechos fundamentales y las libertades públicas”). Quedando recogido de la siguiente forma en el artículo 28.2 CE:

“Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

Asimismo, la STC 11/1981, de 8 de abril, vino a precisar que “la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 CE, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente

dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionarlos adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 CE, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)”.

Por tanto, este derecho se encuentra entre los que reciben una protección máxima o privilegiada en nuestro ordenamiento jurídico. Además, la doctrina científica ha reiterado en innumerables ocasiones que, para una adecuada interpretación del artículo

28.2 CE, es preciso ponerlo en relación con lo dispuesto en el artículo 10.2 del mismo texto normativo:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

De esta manera, tratados internacionales como, por ejemplo, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), pueden tener repercusión a la hora de interpretar la regulación del derecho de huelga.

Por su ubicación y redacción, se trata de un derecho de eficacia inmediata y no programática, es decir, no necesita ley de desarrollo para que pueda ser invocado y aplicado por los tribunales.

No obstante, al tratarse de un derecho fundamental, su desarrollo tiene que producirse necesariamente mediante ley orgánica. Sin embargo, “se trata del único derecho con tal naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico que aún no cuenta con su correspondiente ley orgánica de desarrollo (...). Por ello, su regulación se encuentra todavía en una normativa previa al texto de 1978, el RDL 17/77, objeto de interpretación y depuración, ya en el marco actual, por la importante STC 11/1981, de 8 de abril”²⁶².

Cabe señalar que hubo un proyecto de ley orgánica para desarrollar el derecho de huelga: el conocido como PLOH (Proyecto de Ley Orgánica de Huelga). Este proyecto de ley, que fue presentado el 22 de mayo de 1992, era el resultado de un acuerdo entre el entonces gobierno del PSOE y los sindicatos UGT y CC.OO. Llegó incluso a ser aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados, en su reunión del día 18 de febrero de 1993, y posteriormente, por el pleno del Senado. Aunque finalmente no vio la luz, debido a la disolución de las Cortes Generales en el año 1993.

262 LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., “Significativos cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 164/2014, página 1.

Posteriormente, a juicio de PALOMEQUE LÓPEZ, las circunstancias políticas y sociales que condicionaron el desarrollo de la última legislatura del gobierno de Felipe González, no hicieron posible el cumplimiento del compromiso electoral de presentar nuevamente y aprobar definitivamente el texto recogido en el PLOH. Ésta fue la ocasión en la que más cerca se estuvo de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de una ley orgánica que desarrollara el derecho de huelga.

“El PLOH configuraba un modelo normativo avanzado de derecho de huelga, respetuoso con los límites constitucionales del mismo, a cuyo fin daba entrada a adecuadas fórmulas de negociación (autorregulación negociada) para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”²⁶³.

1.2- El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

Durante la transición política, el RDL 17/77 introdujo en el ordenamiento la regulación de la huelga y el conflicto colectivo. Para ello, se estableció un marco jurídico que se pretendía que tuviera un carácter provisional y restrictivo, destacando por ser una regulación fuertemente limitadora del derecho de huelga²⁶⁴.

Tras la promulgación de la CE, en 1978, inicialmente se consideró por la mayoría de la doctrina que el RDL 17/77 había quedado implícitamente derogado en lo que respecta a la regulación del derecho fundamental de huelga, por entenderse que esta norma era incompatible con el reconocimiento constitucional de los derechos de libertad sindical (art. 28.1) y de huelga (art. 28.2 CE).

Sin embargo, posteriormente, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET de 1980), estableció la derogación expresa de sólo una parte del RDL 17/77, concretamente, de los títulos III a VI, manteniendo vigente el resto de su articulado.

Como se indica en el apartado anterior, a falta de ley orgánica que desarrolle este derecho, siguen aplicándose los preceptos sobre esta materia recogidos en el RDL 17/77, declarados parcialmente en vigor por la muy importante STC 11/1981, de 8 de abril.

En este texto normativo, se pone de manifiesto que el derecho de huelga no es disponible por parte del trabajador, es decir, no es válida ningún tipo de renuncia expresa o tácita de la parte social a ejercitar en un futuro su derecho de huelga frente a la empresa. De la misma forma, que tampoco sería admitido cualquier pacto, individual o colectivo, que persiguiese limitar el ejercicio de este derecho en toda su plenitud (art. 2 RDL 17/77), aunque sí está contemplado legalmente la renuncia temporal a su ejercicio en convenio colectivo (art. 8 RDL 17/77).

263 PALOMEQUE LÓPEZ, M., “El conflicto colectivo de trabajo”, en PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, páginas 454 a 456.

264 *Ibid.*

1.3- Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril

Haciendo un ejercicio de recapitulación, hemos de poner de relieve que la huelga adquiere la condición de derecho fundamental sólo a partir de la promulgación de la CE, en 1978. Por tanto, nos encontramos con un derecho que conlleva una protección especial y reforzada por parte del ordenamiento jurídico pero que, sin embargo, únicamente estaba desarrollado en ese momento (y en la actualidad) por una norma anterior a la propia CE y que, por tanto, no había concebido a la huelga en su desarrollo legislativo como un derecho fundamental.

Por todo lo expuesto, debe tenerse en cuenta en todo caso que, la regulación sobre huelga requiere para su interpretación y aplicación el apoyo de la jurisprudencia. Lugar central ocupa la STC 11/1981, de 8 de abril, que llevó a cabo en su momento la depuración constitucional de una parte del articulado del RDL 17/77 (efectuando hasta nueve pronunciamientos de inconstitucionalidad de artículos de esta norma) y sentó las bases interpretativas de otra parte del mismo. Esta sentencia considera al RDL 17/77 como norma provisional, dado su carácter preconstitucional, comentando que habrá de ser aprobada una ley orgánica referente al derecho de huelga al objeto de cumplir con el mandato de la CE.

Los pronunciamientos más destacables de la referida sentencia fueron:

- a) Declaró inconstitucional las exigencias establecidas inicialmente en los artículos 1 y 3 del RDL 17/77, consistente en que el acuerdo de huelga debiera ser adoptado en cada centro de trabajo, así como que la iniciativa para la declaración de huelga debiera estar apoyada por un 25% de los trabajadores;
- b) Declaró inconstitucional el artículo 6.7 del RDL 17/77, que atribuía al empresario de manera exclusiva la facultad de determinar a los trabajadores que durante la huelga debían velar por el mantenimiento de los locales maquinaria e instalaciones.
- c) Declaró inconstitucional el artículo 10.1 del RDL 17/77, que facultaba al Gobierno para imponer la reanudación del trabajo, aunque admitió la posibilidad de que estuviera facultado para imponer un arbitraje obligatorio que albergara garantías de imparcialidad para las partes²⁶⁵.

Se daba lugar así, por vez primera, a lo que el propio Tribunal habría de llamar a partir de entonces una sentencia interpretativa, “a través de la cual se declara que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera”²⁶⁶.

Consecuentemente, la actual regulación del derecho de huelga no sólo está contenida en este precepto normativo, sino en la interpretación que la antedicha STC hizo del mismo. No en vano, “después de la STC 11/1981, la falta de desarrollo legislativo del art. 28.2 CE se ha convertido en uno de los rasgos singulares de nuestro sistema regulador del derecho de

265 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, Revista técnico-laboral (Vol. 31), 2009, página 44.

266 PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “El conflicto colectivo de trabajo”, *op. cit.*, páginas 454 a 456.

la huelga, en un problema crónico con el que hemos aprendido a convivir con la ayuda destacada de la jurisprudencia del TC”²⁶⁷.

En definitiva, la STC 11/1981 es considerada por la doctrina científica como “una fuente de primordial importancia para delimitar el concepto y significado del derecho de huelga, en el doble sentido de que ha depurado los aspectos inconstitucionales del RDL 17/77 y ha procedido a elaborar una doctrina constitucional de la huelga a la que indudablemente ha de plegarse el aplicador del Derecho, cuya actividad se mueve ahora dentro de un marco jurídico de mayor precisión”²⁶⁸.

En este sentido, tanto la referida sentencia como la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional en términos generales, viene considerando como principio básico que el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y también el de la restricción de sus límites a lo necesario²⁶⁹.

Además, el TC ha precisado que el contenido esencial que debe respetar cualquier disposición normativa es permitir la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones con la finalidad de ejercer presión sobre la patronal y/o los poderes públicos. Todo ello, habrá de hacerse estableciendo su causa, motivo y fin, así como optando por la modalidad legal de huelga que los trabajadores consideren más idónea. En términos literales, la STC 11/1981 configura el derecho individual de huelga como la posibilidad de “colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y, de ese modo, limitar la libertad del empresario, a quien se le veda contratar a otros trabajadores y llevar a cabo arbitrariamente el cierre de la empresa”.

1.4- Conceptualización del esquirolaje

Una vez que se ha precisado la situación actual de la regulación del derecho de huelga, comenzaremos con los trabajadores, como titulares *uti singuli* de este derecho fundamental, quienes tienen la elemental facultad de adherirse o no a una huelga previamente convocada, así como la de abandonar la huelga a la que se hubieran adherido²⁷⁰.

Por tanto, nos encontramos ante una herramienta de conflicto colectiva que implica una perturbación del trabajo por cuenta ajena que afecta al normal desenvolvimiento del proceso de producción de bienes y de servicios, que tendrá por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o, en general, en las condiciones de trabajo.

Como en el caso de cualquier otro derecho fundamental, la vulneración u obstaculización de su ejercicio puede implicar para su infractor la responsabilidad de reparar el daño causado a los titulares de este derecho. En este caso, hay que señalar que para la reparación de las

267 CASAS BAAMONDE, M.E., “25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”, Relaciones Laborales núm. 23, Madrid, 2010, página 8.

268 MONTOYA MELGAR, A., “Relaciones laborales de conflicto”, en MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, páginas 729 a 734.

269 STC 183 (RTC 2006, 183), 184 (RTC 2006, 184), 191 y 193/2006.

270 AE ASESORES. Nociones generales del derecho a huelga
Disponible en: <http://www.ae-asesores.com/ae-blog/209-nociones-generales-del-derecho-a-huelga> (consultado el 2-06-2018).

consecuencias de la vulneración de este derecho, deberá tenerse en cuenta que una conducta empresarial que incurra en esquirolaje puede afectar tanto el derecho individual de los trabajadores como el derecho de actividad sindical de un determinado sindicato manifestado en la convocatoria y ejercicio de huelga.

“Esquirolaje” es una palabra de raíz catalana. Históricamente, su origen proviene *L’Esquirol*, el sobrenombre empleado para denominar a la localidad de Santa María de Corcó (Barcelona), lugar de procedencia de un enorme contingente de obreros que, a finales del siglo XIX ocupó el puesto de trabajo dejado por los de *Manlleu* durante una huelga.

Podemos definir el esquirolaje como “la contratación de trabajadores no vinculados a la empresa al tiempo de declararse la huelga para sustituir a los trabajadores huelguistas”²⁷¹. El art. 6.5 del RDL 17/77 prohíbe expresamente al empresario la realización de prácticas de este tipo durante el ejercicio del derecho de huelga por la parte social:

“En tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma (...)”.

Además, también se puede llevar a cabo el esquirolaje mediante la sustitución de trabajadores a través de medios técnicos o tecnológicos, e incluso, empleando a mandos o directivos para la sustitución de trabajadores. Dependiendo de las circunstancias, en ambos casos, el empresario podría incurrir en prácticas contrarias a Derecho según la doctrina del TS y del TC²⁷².

Pues bien, en lo que se refiere a la conducta de esquirolaje dentro de una huelga sindical, la única vulneración empresarial del derecho fundamental de huelga que debe indemnizarse o repararse a la parte social, en principio, es la que afecta a los sindicatos convocantes, que generalmente deberá ser atribuida solidariamente a ambos. Excepcionalmente, cabría reclamar como compensación el reintegro de los salarios perdidos durante la huelga cuando se ponga de manifiesto que la empresa, hubiera vulnerado de tal forma el derecho de huelga de la plantilla, que dejase sin efecto de forma abusiva la presión llevada por el parón de la actividad de los trabajadores. Así viene recogido en la SAN de 29 de octubre de 2014, que establece lo siguiente:

“Solamente si se hubiese acreditado que la conducta de la empresa tuvo tal entidad que desactivó y dejó sin efecto ilícitamente la presión asociada al ejercicio de la huelga por los trabajadores, cabría reclamar como compensación que a los trabajadores les fueran reintegrados los salarios perdidos durante la huelga, en la medida en que el sacrificio económico de los mismos hubiera devenido inútil de manera antijurídica”.

²⁷¹ ALFONSO MELLADO, C., “Conflictos colectivos”, en AA.VV., Coord.; CAMPS RUIZ, L. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, página 670.

²⁷² STS de 5/12/2012 y STC de 28/03/2011.

1.5- Sustituciones de trabajadores ajustadas a Derecho

Como hemos visto hasta ahora, la sustitución de los trabajadores huelguistas se considera esquirolaje, sin embargo, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han habilitado un supuesto en el que se admite la sustitución de trabajadores que están secundando una huelga lícita. Concretamente, la excepción a la prohibición del esquirolaje tiene lugar en aquellos casos en que se produzcan incumplimientos por parte de los trabajadores huelguistas de su deber de garantizar *“la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fueraprecisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa”* (art. 6.7 del RDL 17/77).

Esta excepción también se extiende para los casos en que la sustitución de trabajadores se ponga en marcha para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. No en vano, el art. 10.2 RDL 17/77 faculta a la autoridad gubernativa a acordar *“las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios”*, los cuales consisten en la fijación de servicios *“servicios mínimos”*. Y cuando los trabajadores designados para cubrir esos *“servicios mínimos”* incumplan esta obligación, se admite que se recurra lícitamente a la contratación de trabajadores ajenos a la empresa en su sustitución.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha establecido que debe evitarse cualquier interpretación restrictiva del derecho fundamental de huelga a la hora de determinar cuáles son los servicios esenciales para la comunidad o cuáles son los servicios de seguridad y mantenimiento requeridos (STC de 28/03/2011).

Respecto a los límites del derecho de huelga, se ha pronunciado, entre otras, la STC 184/2006, de 19 de junio, que contiene el siguiente razonamiento: *“En relación con la fijación de los servicios esenciales el Tribunal Constitucional en sentencia 184/06, de 19 de junio ha establecido lo siguiente: “a) El derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección. Una de esas limitaciones, expresamente previstas en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la comunidad (SSTC nº 11/1981, de 8 de abril; nº 51/1986, de 24 de abril; nº 53/1986, de 5 de mayo; nº 27/1989, de 3 de febrero; nº 43/1990, de 15 de marzo; nº 148/1993, de 29 de abril)”*.

En relación con lo anterior, resulta muy ilustrativa la STSJ de Murcia nº 685/2014, de 10 de septiembre (Rec. Núm. 251/2014), que entró a valorar la sustitución de trabajadores producida en el servicio de limpieza del Hospital Clínico Universitario Virgen de La Arrixaca en Murcia durante la huelga que desarrolló ininterrumpidamente desde el 10 al 22 de junio de 2013.

Esta resolución recoge de forma concisa la doctrina precedente sobre la sustitución lícita de huelguistas. Entre su argumentación, cabe destacar el Fundamento de Derecho Cuarto:

*“(…) ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que pudieran corresponder a los que secundaron la huelga, **ni los trabajadores, que decidieron no secundar la huelga, pueden sustituir el trabajo de***

sus compañeros, salvo que no se cumplieran o asegurasen los servicios mínimos esenciales para la comunidad o que se viesen afectadas las previsiones sobre los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa, pero **si los trabajadores que hubiesen sido designados para el mantenimiento de los referidos servicios se negaran o resistieran a prestarlos, se podría generar la sustitución de los mismos (...)** o sea, que cuando no se cumple con la prestación de servicios necesarios o esenciales, lo cual supone que lo que se prohíbe es la contratación de trabajadores externos a la empresa, salvo que concurra el supuesto expresado, pero en modo alguno la sustitución de huelguistas por trabajadores de la plantilla que no han secundado la huelga y aceptan cumplir con las tareas y puestos de trabajo no realizados por aquellos, pero se ha de tener presente que ese ‘ius variandi’ no puede resultar abusivo al utilizarse para fines diferentes de los previstos por el ordenamiento jurídico, como así lo viene exigiendo la jurisprudencia (STC nº 123/1998 y STC de 28 de septiembre de 1992); y es lo cierto que, en el caso de autos, y tal como se desprende de los hechos probados, la situación de salubridad e higiene era realmente pésima en el centro de trabajo (Hospital Virgen de la Arrixaca), sin que los servicios mínimos se cumplieran y, asimismo, se impidió al acceso a su puesto de trabajo a los trabajadores no huelguistas, llegando a sabotear los servicios de mantenimiento (...) y debido a todo ello, por propia voluntad las encargadas de limpieza de la empresa, y sin que les dieran órdenes sus superiores, excedieron su jornada de trabajo, sin que ello se les hubiese retribuido, y ocasionalmente realizaron tareas de limpieza que no les correspondían, como tirar o sacar basura a los contenedores o conducir el camión de la basura; todo lo cual implica que no existió esquirolaje interno, nien consecuencia la empresa ha vaciado de contenido el derecho de huelga (...).”

Con esto, hemos visto que cuando se dan circunstancias sensiblemente graves, como son aquellos casos en los que debido a la huelga pelagra objetivamente el buen funcionamiento de servicios tan esenciales como la atención médica especializada y urgente, la sustitución de trabajadores que no cumplen los servicios mínimos no se considera una práctica contraria a Derecho.

Con respecto a la posibilidad de sustituir trabajadores en el caso de una huelga ilícita, PEDRAJAS MORENO²⁷³12 indica que, “desde una perspectiva literal y sistemática cabría por el contrario interpretar que solamente sería lícita la sustitución de trabajadores en el caso previsto expresamente por la ley y que, en los restantes supuestos de huelga ilegal, la única respuesta defensiva para el empresario sería el cierre patronal, cuando procediera legalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12 del RDL 17/77:

“existencia de notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas; ocupación ilegal de centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias, o peligro cierto de que ésta se produzca; que el volumen de la inasistencia o irregularidades en el trabajo impidan gravemente el proceso normal de producción”.

273 PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, Boletín laboral Abdón Pedrajas, Octubre 2008, página 4.

2.- EL ESQUIROLAJE EXTERNO. VISIÓN DOCTRINAL

En el apartado anterior, hemos analizado la sustitución de trabajadores por otros que ya estaban en la empresa en el momento de comenzar la huelga. Pero ésta no es la única forma de llevar a cabo el esquirolaje, sino que, como veremos en los párrafos siguientes, también podemos encontrar situaciones en las que la huelga se puede intentar boicotear recurriendo a mano de obra ajena a la empresa.

2.1- Prohibición general de esquirolaje externo: tiempo y lugar de efectos

Se considera esquirolaje externo el supuesto de sustitución de trabajadores huelguistas prohibido expresamente en el art. 6.5 del RDL 17/77, es decir, cuando quienes realizan las sustituciones no formaban parte de la plantilla de la empresa o, en su caso, del centro de trabajo en el momento de iniciarse la huelga.

“El recurso a nuevos trabajadores, que se contratan precisamente para que desarrollen la actividad abandonada por los que secundan un conflicto, sería la manifestación más clara, la ‘primera forma’ de privar de eficacia a la huelga”²⁷⁴¹³. Todo ello, justifica que el RDL 17/77 optase por su prohibición expresa y que la misma pueda incluso entenderse inherente al contenido esencial del derecho de huelga.

No obstante, esta prohibición legal solamente alcanza a las medidas adoptadas con posterioridad a la declaración de la huelga (“en tanto dure la huelga” o “que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma”). La fórmula prohibitiva general se refiere a la “sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la (huelga)”²⁷⁵, refiriéndose obviamente a la contratación laboral temporal de interinidad, bien realizada directamente por la empresa, bien indirectamente a través de empresas de trabajo temporal, como pone de relieve expresamente el art. 8 a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (en adelante, LETT): “*las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición en los siguientes casos:*

a) Para sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria”.

Excepcionalmente, encontramos resoluciones judiciales que, como la STSJ de Andalucía, de 29 de febrero de 2000, han señalado que es lícita la contratación eventual durante la huelga para cubrir la mayor ocupación cíclica, en la medida en que respondea una necesidad real, objetiva e irrefutable conocida con anterioridad a la huelga y prevista con antelación, siendo jurídicamente viable porque no tiene relación o vínculo alguno con la huelga y no persigue paliar sus efectos²⁷⁶.

274 LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., “Significativos cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, *op. cit.*, página 2.

275 PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *op. cit.*, página 3.

276 PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *op. cit.*, páginas 5 y 6.

Es necesario señalar que el legislador, no sólo ha prohibido el esquirolaje, sino que también lo sanciona a través de lo dispuesto en el artículo 8.10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS):

Los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento.

De esta forma, la referencia ha pasado a ser el centro de trabajo y no la empresa, de manera que lo que se vino a prohibir fue incluso unas medidas de movilidad de los trabajadores entre distintos centros cuando la vinculación a la empresa fuese previa a la huelga.

2.2- Esquirolaje y contratación de autónomos o de otras empresas contratistas

En el tenor literal del art. 6.5 del RDL 17/77, es decir, en el precepto normativo donde queda expresamente prohibida la realización de esquirolaje externo, se hace referencia a los “trabajadores dependientes y por cuenta ajena”, en lugar de a contratistas, trabajadores autónomos o a trabajadores familiares o benévolos excluidos de laboralidad.

A pesar de ello, es mayoritaria la doctrina que entiende que este precepto debe enfocarse a la luz de la finalidad pretendida por la norma, es decir, censurar la sustitución de unos trabajadores en huelga por otros que no tenían asignado realizar ese trabajo antes de iniciarse el conflicto. En este sentido, como señala SALA FRANCO, “hay que reconocer que el recurso a la contrata (con un trabajador autónomo o con una empresa contratista) o al trabajo familiar o benévolo atenta del mismo modo que la contratación laboral (directa o indirecta) a la finalidad pretendida por el precepto, que no es otra que garantizar la eficacia del derecho de huelga, impidiendo que a través de estas actuaciones empresariales se vacíe de contenido el derecho de huelga”²⁷⁷¹⁶.

De hecho, se llega aún más lejos, puesto que también se considera contraria al derecho fundamental de huelga la práctica empresarial consistente en reasignar a otros centros de trabajo de la misma empresa encargos o tareas que, inicialmente, eran propios del centro de trabajo que paraliza su actividad. O aumentar la producción de otros centros de trabajo que no se encuentran en huelga, para abastecer los puntos de distribución de la empresa que se encuentra en huelga, siendo posteriormente distribuidos por transportistas autónomos a los supermercados o clientes (STSJ Cataluña de 24 de abril de 2015).

En la actualidad, la jurisprudencia aboga claramente por esta interpretación. En este sentido, destacó en su momento la STJ de Navarra nº 184/1995, de 28 de abril, que marcó un criterio que ha venido reiterándose hasta hoy:

“la empresa ordenó la desviación de pedidos de clientes a otros centros de la multinacional a que aquélla pertenece, en concreto a ‘La Corneuve-París’, y la desviación de productos de importación que habitualmente llegan a Pamplona a otras naves de Barcelona.

277 AA.VV., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, página 670.

.../...

(...) aunque a primera vista pueda parecer que las decisiones empresariales relacionadas a la gestión económico-productiva de la empresa no se vinculan con la administración de la fuerza de trabajo, lo cierto es que, en la medida en que en muchos casos son capaces de afectar el ingreso y la posición del conjunto de los trabajadores de la empresa, son también utilizables, al lado de las motivaciones técnico-productivas aducidas, como una forma de presión o reacción antisindical. **Dentro de estas prácticas es posible situar entre otras, las que adoptó la empresa recurrente en el supuesto de autos (desviación de pedidos de clientes y de productos de importación a otras zonas), ya que dicho comportamiento constituye una modalidad de utilización en clave antisindical de los poderes empresariales imponiendo, a través de aquél, obstáculos al libre ejercicio del derecho de huelga, vaciando el mismo de contenido**, con lo que la huelga no obtuvo la finalidad pretendida por los trabajadores convocantes.

Por ello debe conceptuarse la medida empresarial controvertida como una respuesta a la acción sindical desarrollada, así incurra en la calificación de conducta antisindical mediante la afección del derecho de huelga prevalentemente protegido en el ámbito constitucional”.

En cambio, la prohibición legal de esquirolaje no impide, según la jurisprudencia, que las empresas que tengan suscrita una contrata o subcontrata con una empresa contratista en huelga puedan utilizar los servicios de otra²⁷⁸.

“El derecho fundamental de huelga no incluye en su contenido el poder exigir de un tercero ajeno a la relación laboral entre empresa y trabajadores huelguistas que sufra también una reducción en su proceso productivo o en los servicios que presta (). Los trabajadores que se encuentren en huelga no pueden imponer a la empresa principal que deje desatendidos (aquellos servicios) cuya asistencia no pueda dispensarse dentro de los límites impuestos como servicios mínimos de huelga. Ni la ley ofrece base para tal exigencia ni vemos que ello pudiera ser posible, en tanto en cuanto esa extensión del derecho de huelga frente a terceros alcanzaría no solo al empresario de los titulares del derecho de huelga sino también a otros sujetos distintos” (STSJ del País Vasco de 4 de julio de 2000).

No obstante, hay un supuesto excepcional en el que la subcontratación de productos o servicios por parte de la empresa cliente sería considerada una conducta vulneradora del derecho de huelga de la plantilla de la empresa subcontratista. Se trata de aquellos casos en los que exista una especial vinculación entre las empresas intervinientes y la afectada por la huelga que justifique la obligación de aquellas de respetar la huelga y en su caso contrario, la atribución de responsabilidad.

En este sentido, debe destacarse por su especial importancia la STS 11 de febrero de 2015, en la que se entró a conocer y resolver el controvertido caso de la empresa PRESSPRINT. La

278 PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *op. cit.*, página 7.

referida mercantil es una empresa del Grupo PRISA que asume la encomienda de la impresión de varios periódicos de dicho grupo editorial. Durante la huelga de los trabajadores de PRESSPRINT y ante la imposibilidad de la empresa de prestar su servicio auxiliar al grupo PRISA, ésta contrató con otras empresas la impresión de los periódicos de modo que éstos fueron impresos y repartidos en los puntos de venta con total normalidad.

Por su parte, la Federación de Servicio a la Ciudadanía de Comisiones Obreras reclamó que la decisión de encargar la impresión de sus ejemplares a otras compañías constituía una vulneración del derecho fundamental a la huelga, pues se trata de un tipo de esquirolaje que lesiona o menoscaba la efectividad de la medida.

El Tribunal Supremo señaló lo siguiente:

“En aplicación de la doctrina contenida en la STC 75/2010, se ha de concluir que la conducta de las empresas editoras demandadas ha vulnerado los derechos de libertad sindical y de huelga de los trabajadores de PRESSPINT. A este respecto hay que señalar que, **si bien es cierto que dichas entidades mercantiles no mantienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas**, ya que estos prestan servicios a PRESSPINT, en virtud de los contratos de trabajo suscritos con la citada empresa, **no es menos cierto que la actuación de dichas empresas, consistente en contratar con las empresas IMPRINTSA, INDUGRAF, BEPSA, PRINTOLID, e IMPRENTA NORTE la impresión de sus publicaciones durante los días en que los trabajadores de PRESSPINT estuvieron de huelga, ha incidido seriamente en los efectos y repercusión de la huelga**. Hay, por tanto, una especial vinculación entre los trabajadores huelguistas que prestan sus servicios en la empresa contratista y las empresas principales ya que están vinculados directamente a la actividad productiva de dichas empresas por ser las destinatarias últimas de su actividad laboral. **Por dicho motivo la efectividad de sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho de huelga, puede verse afectado por la actuación de los empresarios principales** y, en consecuencia, habrán de ser protegidos frente a estas posibles actuaciones vulneradoras del derecho de huelga, ya que en caso contrario se produciría una situación de desamparo de los trabajadores”.

No obstante, en contraposición a lo anterior, es preciso hacer referencia a la STS nº 961/2016, de 16 de noviembre, de notable impacto y que puso de relieve determinados matices a tener en cuenta a la hora de analizar la referida casuística. Específicamente en esta última sentencia, como ya adelantamos en párrafos anteriores, se resaltó la importancia de la existencia de vínculos entre la empresa cliente y la nueva empresa contratista como elemento decisivo para hallarnos o no ante un supuesto de esquirolaje externo:

“**El hecho de que las empresas clientes contrataran con otras durante los paros el servicio de andamiaje que habitualmente les prestaba Altrad no supone una vulneración del derecho de huelga, ya que entre dichas empresas no existía una vinculación especial ni formaban un grupo de empresas con Altrad**. No se aplica, por tanto, la doctrina recogida en las SSTs de 11 de febrero de 2015, rec. núm. 95/2014 (caso Grupo Prisa) y de 20 de abril de 2015, rec. núm. 354/2014 (caso Coca-Cola). La Actuación del Altrad consistió únicamente en comunicar a todos sus

clientes que no podían realizarlos trabajos comprometidos durante la realización de la huelga por sus trabajadores.

.../...

(...) no existe una vinculación que justifique hacer responder a Altrad Rodisola de una conducta en la que no ha participado y en la que no ha podido intervenir para tomar la decisión. La condición de clientes de Dow y Basell tampoco determinan ninguna vinculación especial que pueda condicionar la decisión de dichas empresas clientes de contratar trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga y tampoco las referidas empresas clientes forman un grupo de empresas con Altrad.

Es un caso bien distinto del de la sentencia de 11/2/15 (Grupo Prisa), en donde la parte demandante sostenía esa especial vinculación, ya que los recurrentes habían demandado, no sólo a la empresa en la que se convocó la huelga, PRESSPRINT S.L., sino también a EDICIONES EL PAÍS S.L., DIARIO AS S.L. y ESTRUCTURA GRUPO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS S.A., todas ellas pertenecientes al GRUPO PRISA, siendo el único socio de PRESSPRINT S.L., EDICIONES EL PAÍS S.L., que cuenta con el 100% de su capital social y actúa como administrador único y la empresa PRESSPRINT S.L. tiene al Grupo PRISA como cliente mayoritario en un porcentaje superior al 70 %”.

Además, en estos casos, si durante la huelga del personal de una empresa contratista o subcontratista, a resultas de la ocupación de los locales de la empresa principal por parte de los huelguistas se derivaran perjuicios para ésta, en la medida en que corresponde a la empresa contratista la obligación de ordenar el desalojo, no hay duda de que la empresa principal, además de rescindir en su caso la contrata, podría exigir a la empresa contratista una indemnización.

De tratarse de una contrata de servicios que cubriera los servicios mínimos exigibles a una empresa principal que realiza servicios esenciales para la comunidad en caso de huelga de su propio personal, la responsabilidad de garantizar los servicios mínimos durante la huelga del personal de la empresa contratista o subcontratistas pertenece a la empresa principal y no a estas últimas²⁷⁹.

Para concluir este capítulo, hemos de poner en relación el ejercicio del derecho de huelga con el trabajo familiar. Para ello, hemos de tener en cuenta que el trabajo familiar se define en el artículo 1.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (en adelante, RD 1620/11), de la siguiente manera:

Se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar.

279 PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *op. cit.*, páginas 7 y 8.

En este ámbito, existen sin embargo algunos pronunciamientos que, con cautelas y dudas, matiza y señala que “no hay sustitución si no se impiden los efectos de la huelga” (STS de 18 de julio de 1997), es decir, si el trabajo realizado en el ámbito del hogar por alguien distinto al huelguista no abarca las tareas destinadas específicamente a este trabajador.

3.- EL ESQUIROLAJE INTERNO. VISIÓN DOCTRINAL

3.1- Delimitación de esquirolaje interno y ejercicio del “ius variandi”

En determinadas ocasiones, sucede que el empresario, ante la imposibilidad de sustituir a los trabajadores huelguistas por trabajadores externos a la empresa, recurre a los trabajadores no huelguistas para cubrir las necesidades generadas por la ausencia de los huelguistas.

Esta práctica se lleva a cabo, generalmente, bajo la premisa de que el empresario puede recurrir a la movilidad funcional del personal contratado no huelguista, siempre que ello se haga respetando los límites al ejercicio del “ius variandi”²⁸⁰¹⁹.

Sin embargo, “el ‘ius variandi’ deviene abusivo cuando se utiliza con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo, atentando en tal sentido al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, no siendo posible la sustitución de los huelguistas con trabajadores de otras categorías profesionales del mismo centro, aunque se haga con el consentimiento de los trabajadores movilizados, ya que la libertad para sumarse o no a la huelga no les habilita para neutralizar los efectos de la huelga secundada por sus compañeros”²⁸¹.

3.2- Análisis de la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial sobre esquirolaje interno

Se ha podido apreciar una evolución doctrinal respecto a qué se puede considerar como esquirolaje interno. Inicialmente, un sector doctrinal (Alonso Olea, Ojeda y Rodríguez Sañudo) y judicial, se posicionó a favor de tolerar el esquirolaje interno argumentando que “lo que no está prohibido está permitido” y que “si la ley hubiera querido prohibirlo habría hecho”. Véase la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 13 de diciembre de 1988 (en adelante, TCT), o la STSJ de Madrid, de 20 de julio de 1991²⁸².

Por el contrario, otro sector doctrinal (Cruz Villalón, De la Villa, García Becedas, García Perrote, Goerlich, Santana y Sala Franco) y jurisprudencial (STS de 23 y 24 de octu-

280 AE ASESORES. Nociones generales del derecho a huelga
Disponible en: <http://www.ae-asesores.com/ae-blog/209-nociones-generales-del-derecho-a-huelga> (consultado el 2-06-2018).

281 VV.AA., “Conflictos Colectivos: Régimen jurídico de la huelga”, Editorial Thomson Reuters, Aranzadi Experto, 2017.

282 PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *op. cit.*, página 3.

bre de 1989), se posicionaron a favor de una interpretación extensiva de la prohibición de esquirolaje externo recogida en el art. 6.5 del RDL 17/77 a los supuestos de esquirolaje interno de los trabajadores no huelguistas, argumentando que cuando la ley ha querido establecer un mecanismo de defensa empresarial frente a una huelga legal lo ha hecho expresamente, lo que vendría a suponer que los mecanismos no reconocidos expresamente por la ley atentan contra el contenido esencial del derecho de huelga. Esto quiere decir que, cualquier práctica empresarial de sustitución de trabajadores en huelga, sólo es ajustada a Derecho si el ordenamiento hace mención inequívoca de la misma²⁸³²².

La controversia suscitada entre los distintos autores comenzó a quedar resuelta con la STC 123/1992, de 28 de septiembre. En este caso, el TC rechazó de plano una interpretación literal del art. 6.5 del RDL 17/77 para aplicar una interpretación finalista resolviendo lo siguiente:

“la preeminencia de este derecho (de huelga) produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo de anestesiar, paralizar o mantener en vida vegetativa, latente, otros derechos que en situación de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial” y que esto sucede ‘con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 ET, de la cual son emanación las facultades que le permiten la movilidad del personal’. Así pues, la sustitución de los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas de la empresa constituirá ‘ejercicio abusivo de un derecho’ cuando la misma sea realizada no como medida objetiva necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”.

A partir de este pronunciamiento del TC, la jurisprudencia ha venido considerando que el esquirolaje interno constituye un abuso del “*ius variandi*” cuando se trata de emplear al trabajador no huelguista en tareas no habituales para él con anterioridad, suponiendo por tanto novaciones extraordinarias que contravienen el derecho de huelga.

También se considera contrario a Derecho cuando las sustituciones de trabajadores se realizan parcialmente. Por ejemplo, es contrario al derecho de huelga, tanto la realización por parte de la encargada del establecimiento de las funciones correspondientes a los trabajadores en huelga, cuando se trata de funciones que ésta sólo desempeña de manera ocasional o excepcional, como también la sustitución de los mismos por trabajadores no vinculados al centro de trabajo²⁸⁴.

Este criterio iniciado por el TC en la referida sentencia de 1992, la cual fue refrendado por este mismo tribunal en 2011 como veremos más adelante, ha sido reiterado generalmente por las distintas instancias judiciales en las últimas décadas. Como muestra de ello, vemos que el TS ha considerado inviable la sustitución de trabajadores en huelga por otros vinculados al mismo centro de trabajo o de centros de otra provincia (SSTS de 18 de marzo de 2016 y de 20 de julio 2016); o la sustitución de trabajadores huelguistas en RENFE “aunque se efectuase por otros del mismo o superiores niveles calificados para el desempeño de la actividad de

283 *Ibid*

284 STSJ Castilla y León, Valladolid, de 17 de junio de 2013.

los sustituidos en huelga y de los mismos centros de trabajo” (STS de 8 de mayo 1995) o la inclusión de maquinistas en el gráfico de la línea afectada por la huelga que no habían sido grafiados con anterioridad para dicha actividad, aunque tuviera la empresa facultad para asignarles a dicho puesto de trabajo (STS de 8 de junio de 2011), o la sustitución por otros trabajadores de la empresa que no desempeñan de modo normal y habitual las tareas desempeñadas por los huelguistas y a las se dedican con especial empeño para suplir al máximo la actividad de estos (STS de 6 de junio de 2014).

La doctrina judicial autonómica ha calificado como conducta antisindical la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la misma empresa que amplían su jornada ordinaria (STSJ de Galicia 27 de septiembre 2003 y de STSJ de Navarra 30 de abril de 2001). Asimismo se ha considerado lesivo del derecho de huelga los cambios de horario y jornada durante el paro para eludir sus consecuencias y la utilización del personal administrativo para realizar funciones de envasado suplantando a los huelguistas (STSJ de Cataluña de 5 de julio 2002) o, en el sector de la comunicación, la ampliación de las colaboraciones realizadas por una empresa del sector, superando con creces la que se realizaba de manera específica, así como la utilización de medios tecnológicos para la maquetación automática del periódico, consiguiendo con ello no solo minorar los efectos de la huelga, sino prácticamente anularlos en su totalidad (STSJ de Extremadura de 29 de abril de 2014).

Por el contrario no se ha considerado vulnerado el derecho de huelga cuando la encargada de la empresa realiza a iniciativa propia alguna tarea puntual de la trabajadora designada para atender los servicios mínimos que disfruta de un permiso de trabajo (STSJ de Andalucía de 10 de octubre de 2013) o la sustitución de trabajadores huelguistas por otros que ya venían colaborando con la empresa antes de la convocatoria de huelga (STSJ de Andalucía de 10 de octubre de 2013 y de Extremadura de 30 de noviembre de 1998).

La STC 33/2011 analiza el ejercicio del “ius variandi” empresarial durante una huelga en el seno del diario ABC.

El supuesto de hecho consiste en que “tras la convocatoria de huelga general por los sindicatos CCOO y UGT el día 20 de junio de 2002, los trabajadores del periódico ABC deciden de manera mayoritaria secundarla y no acudir al trabajo desde las 19:00 h. del día 19 de junio hasta las 7:00 h. del día siguiente.

Durante dicha convocatoria, los jefes de sección de todos los turnos, así como los directivos y jefes de áreas tales como recursos humanos, producción y sistemas, informática, logística, etc., consiguieron editar una tirada del periódico significativamente reducida tanto en su extensión como en el número de ejemplares que fueron puestos a disposición de los usuarios. Gracias a la elaboración y reparto en lugares estratégicos, la opinión pública recibió el mensaje de que la huelga en ABC no se había producido, dado que el periódico había visto la luz durante dicha jornada”²⁸⁵.

Desde el punto de vista económico, frente a los 550.000 € de ingresos de un día normal, el día de la huelga se consiguieron unos ingresos de 21.000 €. Además, aunque no figuren en los

285 ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga”, *Temas laborales* núm. 116/2012, páginas 205 a 214.

Antecedentes de la sentencia, tal reparto se llevó a cabo por unidades del Cuerpo Nacional de Policía. Como consecuencia de tal actitud, todos los medios de comunicación (TVE, Antena 3, Telemadrid, Telecinco, etc.) hicieron público que el periódico ABC había salido con normalidad a la calle, para lo que mostraron un ejemplar del rotativo.

En definitiva, se trata de dilucidar si es o no susceptible de protección el tratar de impedir que se obstaculice uno de los objetivos básicos de una huelga, especialmente de una huelga general, como es el de conseguir que la opinión pública visualice la misma y si son contrarias a dicho derecho fundamental las actitudes que obstaculizan su visualización.

Por tanto, en este caso, la utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores, con el fin de editar el periódico el día de la huelga, o, en su caso el consentimiento empresarial tácito o, al menos, la omisión de toda reacción que impidiera que la sustitución llegara a producirse, fue lo que impidió a la huelga su plena efectividad como medida de presión, como el propio TC se encarga de señalar claramente en la sentencia²⁸⁶.

Finalmente, la STC 33/2011, de 28 de marzo, declaró ilícita la práctica aquí realizada. El Fundamento Jurídico 7 (en adelante, FJ) de la sentencia dispone que:

“La empresa ABC tenía derecho, obviamente, a adoptar una posición en contra de la huelga general del 20 de junio de 2002, y los jefes y directivos del periódico, en virtud de su libertad de trabajo (art. 35.1 CE), podían decidir no secundarla, pero tales derechos no les facultaban para realizar o tolerar actuaciones dirigidas a neutralizar y vaciar materialmente de forma sustancial el ejercicio concreto, en aquella fecha, del derecho fundamental de huelga de los recurrentes en amparo. **La utilización de las estructuras de mando para sustituir a los trabajadores huelguistas de categorías inferiores con el fin de editar el periódico el día de la huelga (o, en su defecto, el consentimiento empresarial tácito o la omisión de toda reacción o prevención que impidiera que el acto de sustitución llegara a producirse), vulneró el art. 28.2 CE, al privar a la huelga seguida por los recurrentes de su plena efectividad como medio de presión colectiva.**

Las precedentes consideraciones conducen al otorgamiento del amparo solicitado, al haberse vulnerado por la resolución impugnada el derecho de huelga (art. 28.2 CE)”.

Este mismo planteamiento fue reiterado en la más reciente STC 104/11, de 20 de junio. En la misma, el Tribunal Constitucional llegaba a afirmar que el derecho de huelga quedaría vaciado de contenido si se exigiera a los trabajadores un deber de obediencia frente a sus superiores jerárquicos semejante al que deben respetar fuera del fenómeno huelguístico. Es decir, que durante la huelga no se pretende hacer desaparecer el conflicto, sino que es el reconocimiento de dicho conflicto consustancial a la propia huelga²⁸⁷.

Como contrapunto a la anterior sentencia, aludimos a la doctrina recogida en la STSJ de Madrid nº 46/2012, de 23 de enero (Rec. Núm. 6603/2011). En esta resolución, se resuelve

286 *Ibid.*

287 *Ibid.*

que el criterio seguido para determinar la existencia de esquirolaje interno en la huelga del diario ABC no es de aplicación al caso de autos. Esto se debe a que el mandointermedio que asumió funciones de los huelguistas, ya lo había hecho con anterioridad. De tal manera, que a diferencia de lo ocurrido en la referida huelga en ABC, no se trataba en este caso de que el personal de dirección realizara funciones absolutamente distintas a las que le correspondían, sino que realizó cometidos que, aunque con baja frecuencia, también habían realizado antes. Concretamente, su razonamiento es el siguiente:

“Los recurrentes en amparo alegaban, como aquí también sucede, la infracción del artículo 28 de la CE destacando que “el ‘esquirolaje interno’ se produjo no sólo por la actuación de los jefes de sección sino también por la de otros directivos y jefes de área de todos los turnos, ya que los directivos de mañana, tarde y noche alteraron sus horarios habituales para concentrarse en el horario de tarde a fin de conseguir la edición del diario (...).

Pero como veremos a continuación, la solución dada por el Tribunal Constitucional, no es aplicable al presente supuesto, por cuanto en el caso del Diario ABC, no constaba como hecho probado (lo que diferencia el supuesto del que nos ocupa), que las medidas que se adoptaron durante la huelga lo fueran a iniciativa propia y ajenas a la voluntad de la empresa.

.../...

Así, el TC razona que “(...) la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la ‘sustitución interna’ de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del ‘ius variandi’ empresarial, ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo (...).

Como ha declarado este Tribunal, y como se repite en la jurisprudencia ordinaria en numerosas resoluciones, la prohibición de la sustitución interna de los trabajadores es consecuente con la necesidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental en juego. Por ello, en tanto resulte probado que las funciones de los huelguistas han sido desarrolladas por quienes tenían asignadas otras diferentes en la misma empresa, debe concluirse que se ha lesionado el referido derecho.

La conducta prevista en el art. 6.5 del RDL 17/77 se refiere únicamente a la ‘sustitución externa’ de los huelguistas, pero también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o minoración de la presión asociada a su ejercicio.

.../...

En nuestro caso, el único trabajador que reforzó el servicio atendiendo llamadas por la tarde, era un trabajador de la empresa y en consecuencia vinculado con la misma, que al ser coordinador en ocasiones reforzaba el trabajo por la tarde en situaciones de desbordamiento y punta de demanda, y lo que es más importante, sin una expresa orden emitida por la empresa demandada en tal sentido.

.../...

De este modo, como dice la Magistrada de instancia con acierto, no cabe entender que la conducta empresarial haya obstaculizado el derecho fundamental de huelga (...).”

Otro ejemplo de lo anterior es la STSJ de Cataluña nº 6064/2011, de 28 de septiembre, que condena a una empresa por vulnerar los derechos fundamentales a la huelga y la libertad sindical. Así, comienza mencionando en su FJ2 la ya reseñada STC 123/1992 de 28 de septiembre, que establece que durante la situación de huelga, los poderes de dirección del empleador se encuentran paralizados (“anestesiados” dirá el TC de forma gráfica), puesto que se trata de una situación de excepcionalidad en la normalidad productiva, de forma que “la preeminencia del derecho de huelga” produce durante su ejercicio el efecto de reducir derechos del empresario, como su potestad directiva, “que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial”. Ello implica que **el empresario no puede utilizar las facultades de movilidad funcional de los trabajadores de la propia plantilla que no se sumen a la medida depresión, ni tampoco las que le facultan a la movilidad geográfica con el mismo motivo, ni, en fin, cualquier acto de disposición de personal del que derive una restricción u obstáculo a la eficacia del derecho de huelga**²⁸⁸²⁷.

En el presente caso, **la empresa ordenó durante la huelga, que trabajadores del mismo turno y pertenecientes a la misma cadena de producción, dejasen los puestos de trabajo que, dentro de la sección, tenían asignados, para ocupar los puestos de sus compañeros huelguistas, permitiendo así que la sección funcionara de forma normal.** Y desde esta perspectiva, aunque las sustituciones se produjesen entre personal contratado ya por la empresa en el momento de convocar la huelga, y que este supuesto no esté contemplado de forma literal en los preceptos denunciados, lo cierto es que la jurisprudencia antes señalada relativa al alcance y finalidad del derecho de huelga, ha dejado clara constancia de que **aquello que pretende el legislador no es otra cosa que prohibir que las decisiones que pretenda tomar el empresario en virtud del poder de dirección, no se pongan en funcionamiento de forma coyuntural con la finalidad de inutilizar las consecuencias del ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores que no ocupen sus puestos de trabajo por secundarla huelga, que es lo que se habría producido en el caso de autos.**

Finalmente, la jurisprudencia que ha delimitado de forma más relevante la antijuridicidad del “esquirolaje interno”, ha sido compendiada y actualizada con la reciente STS de 18 de

288 IBERLEY. Análisis de la utilización de la movilidad funcional dentro de la empresa durante la huelga (esquirolaje interno).

Disponible en: <https://www.iberley.es/practicos/analisis-sobre-utilizacion-movilidad-funcional-empresa-durante-huelga-esquirolaje-interno-8251>.

marzo de 2016, que de forma recopilatoria expone la siguiente doctrina plenamente consolidada en la actualidad:

“Como dice nuestra sentencia de 11 de febrero de 2015, en lo que al caso actual interesa y en relación con la jurisprudencia constitucional que cita y transcribe parcialmente: ‘Se ha planteado si es posible la sustitución de los huelguistas por trabajadores de la propia empresa, el conocido como ‘esquirolaje interno’, ya que en el RDL 17/1977, que regula la huelga (ni en ningún otro precepto), no aparece limitación alguna a las facultades empresariales de movilidad funcional. La STC 123/1992, de 28 de septiembre, seguida de la STC 33/2011, de 28 de marzo, abordó esta cuestión.

En la primera de dichas sentencias se examinó el supuesto en que, ante la huelga convocada en la empresa, el empresario cubrió los puestos de los huelguistas con trabajadores de la propia empresa no huelguistas, algunos de ellos directivos, que aceptaron voluntariamente asumir dicho trabajo. La STC contiene el siguiente razonamiento:

‘Se trata, en suma, de averiguar si la situación interna arriba descrita, que en apariencia es legal, pudiera haber devenido contraria a la Constitución, por quebrantar el derecho fundamental configurado en su art. 28. La tensión dialéctica se produce así en dos sectores. Por una parte entre una interpretación literal y otra finalista de las normas, que a su vez refleja algo más profundo, la distonía de la libertad de empresa y la protección del trabajador. Una y otra perspectivas están en el umbral de la Constitución, que califica como ‘social’ al Estado de Derecho en ella diseñado y sitúa la libertad en el lugar preeminente de los principios que la conforman” (FJ1).

A continuación (FJ2), (...) tras recordar la definición del RDL 17/1977, el TC añade: ‘Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses. En este diseño, el Real Decreto-ley mencionado más arriba recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del ‘esquirol’, expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. La interpretación a contrario sensu de esta prohibición parece sugerir que, en cambio, se permite la sustitución interna por personal ya perteneciente a la empresa, conclusión que a su vez es reforzada si el problema se contempla desde la perspectiva de la libertad, uno de cuyos criterios rectores nos dice que lo no prohibido expresamente por la Ley ha de considerarse permitido. Esto es lo que en definitiva han dicho y hecho no sólo la Administración, sino también, y sobre todo, el extinguido TCT en la Sentencia que es objeto de este proceso (...).

.../...

Estos aspectos de la potestad directiva del empresario están imaginados para situaciones corrientes o excepcionales, incluso como medidas de emergencia, pero siem-

pre en un contexto de normalidad con un desarrollo pacífico de la relación laboral, al margen de cualquier conflicto. Por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología (...).

.../...

No admite el TC que se pueda concluir, a partir de una interpretación a contrario sensu del artículo 6.5 del RDL 17/1977, que no existe prohibición de esquirolaje externo (quiere decir interno, según se infiere de ese precepto y de tal interpretación y porque según precisa la referida sentencia 33/2011, 'como ya ha quedado reseñado en el FJ4 de esta Sentencia, 'también la sustitución interna de trabajadores huelguistas, esto es, la que se lleva a cabo mediante trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o minoración de la presión asociada a su ejercicio').

Señala a continuación la sentencia (la 123/1992) que tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizaron trabajadores de otras categorías profesionales.

En el mismo sentido, la STC 33/2011, de 28 de marzo, establece: 'Diremos, en consecuencia, en la línea que acogimos en aquel pronunciamiento constitucional (en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado), que la 'sustitución interna' de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del 'ius variandi' empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido 'ius variandi' no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo''.

4.- HUELGA Y ESQUIROLAJE EN EL DERECHO COMPARADO

Una vez analizadas las vertientes clásicas del esquirolaje sobre las que se ha pronunciado nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina científica, el estudio pasará a abordar en las páginas siguientes la regulación del derecho de huelga y el esquirolaje en el ordenamiento jurídico de algunos países de nuestro entorno.

4.1- Regulación en el ordenamiento jurídico de Italia²⁸⁹

La huelga está presente en el articulado de la vigente Constitución italiana de 1948, concretamente, en su artículo 40 se establece que *El derecho de huelga se ejercita en el marco de las leyes que lo regulan*. Con ello, la “sciopero” (huelga) adquirió la condición de derecho de los trabajadores.

No obstante, su desarrollo legal ha sido siempre escaso, por lo que los jueces y juristas han venido recurriendo básicamente a los principios generales del derecho para determinar que *el derecho de huelga es un derecho inherente a la persona del asalariado* (Tribunal Constitucional italiano) y va estrechamente ligado con el derecho de sindicación y al derecho de negociación colectiva.

Con respecto al esquirolaje y otras prácticas destinadas a boicotear la huelga, el Estatuto de los Trabajadores italiano (Ley 300 del 20 de mayo de 1970) dispone que, si el empleador incurre en un comportamiento encaminado a obstaculizar o limitar el ejercicio de la libertad de asociación y de actividades sindicales o el derecho de huelga, los órganos locales de los sindicatos nacionales correspondientes pueden exigir al juez que ordene al empleador que cese y desista de esta conducta ilegal y que enmiende las posibles ofensas o que obvie los efectos que de ella se deriven.

Uno de los ejemplos de actividad antisindical por antonomasia, según la jurisprudencia italiana, es sustitución de trabajadores en huelga, es decir, el esquirolaje.

En lo que atañe a la huelga en los servicios públicos, el Tribunal Constitucional italiano introdujo una distinción entre los servicios públicos simplemente y los servicios públicos “esenciales”.

En el primer supuesto, la huelga no podrá causar perjuicio a los intereses generales preeminentes y, por tanto, la huelga puede ser ejercida a condición de que la ley hubieraprevisto estándares de funcionamiento mínimo del servicio que representaría las “prestaciones indispensables”, y el no cumplimiento de ello sigue estando penado por el artículo 330 del Código Penal transalpino.

En segundo lugar, se consideran servicios públicos “esenciales” los que vayan dirigidos a asegurar el disfrute de los derechos constitucionales de la persona en su contenido esencial, como son: el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la seguridad, a la libre circulación, a la asistencia y a la previsión social, a la educación y a la libertad de comunicación. Con la Ley 146/1990, la autoridad administrativa quedó facultada para prohibir una huelga en servicios públicos “esenciales” si la misma supone un peligro real de daño grave e inminente a los derechos de los usuarios.

289 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, *op. cit.*, páginas 5 a 9.

4.2- Regulación en el ordenamiento jurídico de Francia²⁹⁰

La vigente Constitución francesa de 1958, en su preámbulo, además de reconocer que la huelga es un medio de presión lícito de los trabajadores a la vez que un derecho protegido, al abordar este derecho, hace referencia directa y explícita a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

La regulación actual de la huelga en Francia data del 2007. En ese año, el Parlamento aprobó la Ley 20 de agosto de 2007 denominada “Ley sobre el diálogo social y la continuidad del servicio público en los transportes públicos”, donde destacan tres artículos que están siendo polémicos:

- 1) Los trabajadores que pretendan realizar una huelga deberán avisar con 48 horas de antelación, de lo contrario, podrán ser sancionados;
- 2) A partir del octavo día de huelga deberán ratificar la continuidad de la misma, y
- 3) La autoridad puede determinar los servicios mínimos si no hay acuerdo entre las partes.

Por otra parte, está expresamente vedado que los convenios colectivos den cabida a la regulación del derecho de huelga por estar constitucionalmente protegido, por tanto, sólo se admite que las disposiciones sobre el ejercicio de este derecho se regulen en preceptos de rango legal.

Con respecto a la regulación de la huelga de trabajadores de los servicios públicos franceses, sólo existe un reglamento (Ley 31 de julio de 1963) que lo permite y que afecta al conjunto de trabajadores del Estado, de los Departamentos geográficos, las comunidades de más de 10.000 habitantes y también a los diferentes tipos de personal de las empresas u organismos públicos o privados cuando están encargados de un servicio público (artículo 521.2 del Código de Trabajo) y, por tanto, no es exclusivamente para los funcionarios públicos, sino de los que realizan una función pública (por ejemplo, hospitales públicos, transportes escolares, etc.).

Por el contrario, no les está permitido el ejercicio de este derecho a los funcionarios de forman parte de la autoridad pública y están encargados del orden, es decir, los funcionarios del Ministerio del Interior (policía y gendarmerías), así como magistrados y ejército.

4.3- Regulación en el ordenamiento jurídico de Alemania²⁹¹

La Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, no trata el derecho de huelga ni de la autonomía de los agentes sociales. Aunque en el tercer párrafo de su artículo 9 sí se recoge el derecho de asociación sindical para la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, derecho en que posteriormente quedó comprendido el ejercicio de la huelga. Por ello, el derecho de huelga se considera que se deriva o va implícito en la

290 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, *op. cit.*, páginas 23 a 29.

291 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, *op. cit.*, páginas 18 a 23.

libertad de coligación y asociación de los trabajadores y los patronos y, por ello, en Alemania no puede decirse que existe una legislación que regule el derecho de huelga, salvo algunas disposiciones de la legislación ordinaria que tienen relación con ello.

Las constituciones de los *länder* (territorios), en su mayoría contienen garantías expresas sobre el derecho de huelga aunque de diversa manera.

En la legislación ordinaria, este derecho se regula muy escasamente y de forma dispersa, como por ejemplo, ley que regula los convenios colectivos (*Tarifvertragsgesetz*).

Asimismo, la jurisprudencia ha tenido una gran importancia en la delimitación del contenido del derecho de huelga en Alemania. En este sentido, la Sentencia que más ha marcado los límites del derecho de huelga fue la del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de enero de 1955, referente al art. 9.1 de la Ley Fundamental. Esta resolución dice lo siguiente:

“Se permiten dentro de determinados límites los conflictos colectivos (huelgas y cierres patronales)...; están permitidos en el ordenamiento básico social libre alemán. Las interrupciones de la actividad laboral en la empresa por un conflicto colectivo semejante son adecuadas, porque los trabajadores y los empresarios que en ella participan tienen que contar siempre con tales alteraciones conflictivas ordenadas y dirigidas por los agentes sociales, y el ordenamiento jurídico alemán libre reconoce semejantes conflictos colectivos como último remedio”.

4.4- Regulación en el ordenamiento jurídico de Gran Bretaña²⁹²

La carta magna británica, no hace mención expresa al derecho de huelga y todo lo relacionado con ella es regulado por las normas consuetudinarias del derecho anglosajón.

De hecho, en Gran Bretaña, se vino dando una dispersión normativa sobre la huelga hasta la aprobación de la *Trade Union and Labor Relations (Consolidation) Act* de 1.992, que supuso la refundición de varios textos legales.

Por su parte, la *Employment Relations Act* de 1999 amplió y perfiló los derechos sindicales de la ley anterior y, en 2004, se publicó una nueva ley de relaciones de empleo, que reforzó la legislación existente y estableció una serie de protecciones ante actividades antisindicales. Esta ley protege a los trabajadores en caso de que su empleador les ofrezca incentivos para que no se afilien a un sindicato o para que no participen en sus actividades.

Antes de convocar la huelga, la legislación exige que la decisión sea tomada por la plantilla mediante una votación secreta de los trabajadores interesados. No obstante, en determinadas situaciones de huelga, previo a la celebración de la referida votación, el empresario puede utilizar los servicios de agencias de empleo para sustituir a determinados empleados. Por tanto, se podría considerar que el ordenamiento jurídico británico admite el esquirolaje cuando el mismo da comienzo antes de que haya tenido lugar la votación previa a la huelga.

Después de una huelga legítima, la legislación protege expresamente a los trabajadores que le han secundado. Concretamente, si dentro de las doce semanas siguientes el

292 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, *op. cit.*, páginas 14 a 18.

empresario despide con carácter disciplinario o encubierto a algún participante en la huelga, dicho despido será considerado contrario a Derecho.

4.5- Regulación en el ordenamiento jurídico de Rusia²⁹³

El derecho a la huelga es un derecho constitucional en la Federación de Rusia, ya que se encuentra recogido como tal en el artículo 37 de su texto constitucional. Sin embargo, a muchas categorías de trabajadores, incluyendo los funcionarios públicos y los trabajadores del sector ferroviario, la legislación no les permite hacer huelga.

Con respecto al esquirolaje, los empleadores pueden contratar sustitutos durante la huelga, es decir, esta práctica es lícita.

Tradicionalmente, la huelga en Rusia había sido regulada por varios códigos laborales. El código del 1971 ha sufrido varias enmiendas, destacando las de 25 de septiembre de 1992 y la de 1 de febrero de 2001, que fueron profundas para adaptarlo a la nueva realidad.

“Las restrictivas disposiciones del Código del Trabajo siguen en pie, a pesar de las críticas de la OIT, el derecho de huelga está limitado hasta el punto de que prácticamente cualquier huelga se considera ilegal, a menudo por razones burocráticas”²⁹⁴.

Desde varias instancias, se ha requerido al Estado ruso para reclamarle una legislación sobre huelga más permisiva: “Debido a la aplicación que se estaba haciendo de la normativa laboral y las quejas, tanto de los sindicatos, como las recomendaciones de la OIT, el Tribunal Constitucional ruso instó a la Asamblea Federal de Rusia a reformular el artículo 55.2 de la Constitución de la Federación de Rusia, sobre la restricción del derecho de huelga, teniendo en cuenta los artículos pertinentes y los principios y normas del derecho internacional generalmente aceptados, a fin de delimitar el ámbito de aplicación de las restricciones al derecho de huelga”²⁹⁵.

A efectos prácticos, la mayoría de las solicitudes presentadas por los empleadores para declarar una huelga ilegal han sido aceptadas por los tribunales.

4.6- Regulación en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos²⁹⁶

En Estados Unidos (en adelante, EE.UU.), la *Norris-La Guardia Act*, que data de 1932, no autoriza expresamente el ejercicio de la huelga ni tampoco lo prohíbe. Por tanto, el ejercicio de este derecho en la actualidad sigue estando muy poco reglamentada, y está vigente el principio de *laissez faire* y el de la libertad del mercado para el desarrollo de las relaciones

293 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, op. cit., páginas 33 a 39

294 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, op. cit., página 36.

295 *Ibid.*

296 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, op. cit., páginas 9 a 14.

de trabajo. Consecuentemente, el movimiento sindical dispone teóricamente de libertad para recurrir a la huelga, la acción de piquetes y al boicot sin interferencia judicial alguna.

La huelga en EE.UU. está reconocida en el artículo 13 de la *National Labor Relation Act* (en adelante, NLRA) aprobada en el año 1935. Al tratarse de la Ley federal fundamental del país, la NLRA que resulta vinculante para todos los estados de la Unión.

Esta ley regula las garantías de la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva y el derecho de sindicación del sector privado.

No obstante, aunque el derecho a la huelga queda garantizado para determinados trabajadores en dicho artículo, el mismo también determina que los empleadores tienen derecho a seguir manteniendo su postura durante la huelga, pudiendo los empresarios incluso valerse del esquirolaje y contratar a sustitutos de sus empleados en huelga.

Por otra parte, EE.UU. no ha ratificado el Convenio nº 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ni tampoco el nº 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de la OIT.

Coincidiendo con lo ocurrido en el caso de Rusia, “La Federación Estadounidense del Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales, presentó ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT una queja de violación de los derechos sindicales contra el Gobierno de los Estados Unidos de América en una comunicación de 27 de julio de 1990, alegando sustancialmente que la legislación laboral y la jurisprudencia de Estados Unidos permiten la sustitución (doctrina Mackay) permanente de los trabajadores comprometidos en huelgas económicas legales (en la práctica equivale al despido del huelguista) lo que lleva, según la organización sindical, a un aumento de las violaciones de la libertad sindical y de los derechos de sindicación y de negociación colectiva. La OIT recomendó al gobierno de los EE.UU. que rectificase esa práctica”²⁹⁷³⁶.

La Corte Suprema trató el asunto de la sustitución por primera vez en 1938, en el caso *Macay Radio & Telegraph, Co.* y sentenció que era lícito sustituir a los trabajadores en huelga, temporal o permanentemente.

Dicho Tribunal en su resolución distinguió dos clases de huelgas. La “huelga económica” referida a aquella relacionada con pretensiones económicas de los trabajadores y sus condiciones de trabajo, y la “huelga por práctica de trabajo indebida” referida a aquella que se inicia o mantiene como reacción de los empleados por un comportamiento ilegal del empleador al no observar la NLRA.

La “huelga económica” significa que el empleador está obligado a reincorporar a los huelguistas sólo cuando existan vacantes en la empresa, otorgándoles un derecho preferente. Pese a todo, esto puede significar años de espera si el empleador contrató sustitutos durante la huelga y los mantiene en la empresa. Esta práctica admitida legalmente constituye un gran freno a la realización de la huelga.

297 GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, *op. cit.*, página 13.

En cambio, en la “huelga de práctica de trabajo indebida”, el empleador debe reingresar a los huelguistas inmediatamente después de concluir la huelga y sin condiciones, incluso con atrasos por los días que no han sido readmitidos, significando que los sustitutos pueden ser despedidos por la reincorporación de aquellos.

En el sector público estadounidense, más de dos millones de empleados del gobierno federal se rigen por la ley federal de relaciones laborales que prohíbe la huelga a éstos. Además, los empresarios disponen de un derecho legal en virtud de la NLRA que les permite manifestar sus puntos de vista durante las campañas sindicales, siempre que no interfieran con la libertad de elección de los trabajadores.

5.- UN NUEVO TIPO: EL “ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO”. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE SOBRE EL MISMO

5.1- Surgimiento del concepto en la jurisprudencia y significado del mismo

Además de los dos tipos de esquirolaje habituales que hemos analizado en páginas anteriores, el externo y el interno, la doctrina del TS ha creado más recientemente la figura del llamado “esquirolaje tecnológico”. Este concepto viene delimitado, entre otras resoluciones, en sentencias de 11 de junio de 2012 (recurso de casación 110/2011) y 5 de diciembre de 2012 (recurso de casación 265/2011). Se trata de una tercer modalidad de esquirolaje consistente en la sustitución de la prestación “actual” o “física” de los trabajadores participantes en la protesta por otro tipo de prestaciones “virtuales” o “automáticas”.

Los ejemplos más habituales de esta casuística están en las huelgas que tienen incidencia en retransmisiones de televisión o radio, en las cuales, la prestación de trabajo de los huelguistas es sustituida por grabaciones efectuadas con anterioridad y que permiten la transmisión sin intervención de persona alguna²⁹⁸.

En este sentido, el Alto Tribunal, tras haber variado el criterio que mantuvo en los primeros años que entró a conocer esta modalidad de esquirolaje, viene estableciendo que no sólo se lesiona el derecho de huelga en el supuesto de que se utilicen medios humanos para la sustitución de los trabajadores huelguistas, sino que también se lesiona este derecho cuando tal sustitución se produce mediante la utilización, por el empresario, de medios mecánicos o tecnológicos que habitualmente no utiliza, con el objeto de mantener su actividad, puesto que con ello priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, y se vacía su contenido esencial²⁹⁹.

Por tanto, puede concluirse que el “esquirolaje tecnológico” es contrario a Derecho por tratarse de un medio que permite al empresario mantener su producción durante el desarrollo

298 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., “Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *op. cit.*, páginas 1 y 2.

299 LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., “Significativos cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, *op. cit.*, página 5.

de la huelga sin necesidad de utilizar mano de obra. Por ello, la importancia de estudiar la jurisprudencia generada en los últimos años sobre esta modalidad de huelga, radica en que por razones de seguridad jurídica se hace necesario concretar hasta qué punto queda limitada la posibilidad de utilizar a medios tecnológicos para amortiguar o evitar las consecuencias derivadas de la huelga.

5.2- Posicionamientos del Tribunal Supremo en los periodos 2000-2005 y 2006-2012

Antes de abordar las sentencias más recientes, sería necesario distinguir dos períodos en los que el TS trató de forma desigual el problema. En el primero de los períodos, el que abarca del año 2000 a 2005, se consideró que el esquirolaje tecnológico no vulneraba el derecho de huelga.

Es destacable la STS de 4 de julio del año 2000, que afirmó de forma taxativa que: “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios tecnológicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”.

Por su parte, la STS de 9 de diciembre de 2003 reitera el razonamiento anterior bajo la siguiente fundamentación: “es de significar que si la empresa se ve forzada en virtud de la huelga declarada en su ámbito a la paralización de su actividad normal y sólo puede emitir el 50% de los informativos y los espacios gratuitos de propaganda electoral establecidos por la Junta Electoral (la huelga coincidió con la campaña de elecciones catalanas), no cabe, en buena lógica jurídica, admitir que viole la esencia del derecho fundamental de huelga al ocupar el resto del tiempo de esta última con material propagandístico, ya enlatado con anterioridad, y para cuya emisión solo se precisa pulsar un botón”.

En el segundo período, de 2006 a 2012, la situación cambia, motivada por las sentencias del TC número 183/2006 y 191/2006, de 19 de junio. En las citadas resoluciones, se entiende que, con la emisión en horas habituales de emisión de esos programas pregrabados, “se persigue(...) la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de esta forma de repercusión apreciable a la huelga, substrayéndole su virtualidad como medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio, contraria, como ya hemos señalado, al derecho de huelga”.

La STS de 11 de junio de 2012 expone: “lo que veda la doctrina del TC mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno y que, sin embargo, al emitirse, creando la imagen de una continuidad del servicio, puede perjudicar los objetivos de la huelga”. La STS de 5 de diciembre de 2012, llega aún más lejos al afirmar que la emisión de forma automática de información y publicidad preprogramada vulnera el derecho de huelga aunque no se utilicen trabajadores para ello.

En ambas sentencias, se pone de manifiesto que no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, siquiera cuando sea mediante la utilización de medios

mecánicos o tecnológicos. No cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido “facultades de reacción frente al paro”³⁰⁰.

5.3- Análisis pormenorizado de la STC de 2/02/2017 en su integridad

La STC nº 17/2017, de 2 de febrero, ha sido una de las resoluciones con mayor repercusión en los últimos años. La valoración que hace de la actuación empresarial llevada a cabo durante el desarrollo de una huelga, así como del empleo de medios tecnológicos en ese contexto, generó una importante controversia en el ámbito sindical y abrió un debate jurídico sobre el alcance del “esquirolaje tecnológico” entre laboristas partidarios y detractores de este pronunciamiento del TC. Por ello, se hace preciso detenernos a estudiar con detalle las cuestiones más relevantes de esta sentencia, tal como haremos en los párrafos siguientes.

Los antecedentes de este proceso datan del año 2010, cuando la cadena autonómica de televisión Telemadrid adoptó varias medidas encaminadas a que una huelga impidiese la emisión del partido de la Champions League de fútbol entre el Valencia Club de Fútbol y el Manchester United. Concretamente, el día 29 de septiembre a las 20:45h, llegó a los estudios de Telemadrid la señal del referido partido desde el estadio de fútbol de Mestalla (Valencia) y sin locución.

Ese día, sólo había dos trabajadores que no secundaron la huelga en esta cadena, entre ellos el locutor. La señal llegó a Telemadrid por el servicio del otro trabajador que prestaba servicios en control central y que tenía por funciones, entre otras, conmutar señales. Una vez recibida la señal, ésta fue devuelta automáticamente a control central desde donde se envió a grafismo. Allí el coordinador utilizó una máquina de uso habitual en grafismo e insertó en la misma la “mosca” (logotipo de la cadena en una esquina del plano) con el símbolo de Telemadrid³⁰¹.

En primera instancia, se determinó que la conducta de la empresa no constituía una vulneración del derecho fundamental de huelga. Posteriormente, previa inadmisión de recurso de casación para la unificación de doctrina, el proceso llegó al TC. Una vez allí, el Ministerio Fiscal interesó que se concediera el amparo pretendido al sindicato Confederación General del Trabajo (en adelante, CGT), ya que consideraba que la actuación de la empresa se dirigió a minimizar los efectos de la huelga sirviéndose para ello de la decisiva actuación de un trabajador que operaba en un departamento (control central) que habitualmente no tiene por cometido el de cursar la señal televisiva, de otro que actúa como coordinador de la sección de grafismo, y de la redirección de la señal a un decodificador alternativo, que solo se emplea en casos excepcionales si es que por el predeterminado no pudiera transmitirse la programación³⁰².

300 LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., “Significativos cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, *op. cit.*, páginas 7 y 8..

301 SÁNZ PÉREZ, A., “El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2017, páginas 1 y 2.

302 UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. BLOG DE DERECHO DEL

Finalmente, el TC desestimó el amparo solicitado por CGT en base a la siguiente fundamentación:

“la cuestión consiste en resolver si, como sostiene el sindicato recurrente, se vulneró el art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no le son propias y por utilizar medios técnicos de uso no habitual en la empresa para retransmitir el partido de Champions el día de huelga.

.../...

En el presente recurso de amparo, la empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido de Champions el día de la huelga, y para ello se sirvió de trabajadores no huelguistas que siguieron realizando las funciones propias de su categoría. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que la empresa haya contratado a otros trabajadores para realizar las funciones de los huelguistas, ni en el que el empresario haya modificado las funciones que vienen realizando los no huelguistas. Nuestras SSTC 123/1992 y 33/2011, atendiendo al objetivo inspirador del art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, han considerado que constituye un ejercicio abusivo del ius variandi del empresario la sustitución interna de los trabajadores no huelguistas durante la huelga. Sin embargo, en el presente supuesto no estamos ante el ejercicio del ius variandi que corresponde al empresario, pues, los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa.

.../...

No hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga, mas **no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad.** Una actividad que, como se ha dicho, es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga e instrumental al ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma. De otra parte, exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente.

La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos.

TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Huelga y esquirolaje técnico: un paso atrás a la luz de la STC 2/2/17. Disponible en: <http://ignasibeltran.com/2017/02/20/huelga-y-esquirolaje-interno-y-tecnico-un-paso-atras-a-la-luz-de-la-stc-2217/> (consultado el 5-05-2018).

.../...

La efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma”.

Además de lo anterior, es preciso destacar la contundencia del Voto Particular (en adelante, VP) formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré (y al que se adhirieron la Vicepresidenta, Adela Asua, y el Magistrado Juan Antonio Xiol), el cual se muestra frontalmente en desacuerdo con la fundamentación contenida en la sentencia.

Este VP trata de reformular qué comportamientos son ilícitos en caso de sustitución interna y rectificar la calificación jurídica de la intervención de los trabajadores no huelguistas que participaron en la retransmisión del evento deportivo³⁰³⁴². Para ello, expone lo siguiente:

“Conforme puede deducirse sin el menor esfuerzo intelectual, la doctrina establecida por las resoluciones calificadas como de referencia, desde la vertiente constitucional, en materia de lesión del derecho de huelga en supuestos de sustitución interna de trabajadores huelguistas por quienes no se sumaron a la huelga y que la presente Sentencia olvida reproducir, formulan una y la misma idea, de sencillo enunciado. En efecto, lo que ambos pronunciamientos sostienen es la ilicitud de aquella medida empresarial que, para paliar o minimizar los efectos del ejercicio del constitucional derecho de huelga, encomienda la realización de funciones propias de trabajadores en huelga a trabajadores no huelguistas de un nivel profesional superior al de aquellos”.

.../...

“(...) la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga. O por enunciar la idea en el lenguaje de las SSTC 123/1992 y 33/2011, eludido u ocultado por la presente Sentencia, la sustitución de los trabajadores en huelga se efectuó por otros de superior nivel profesional, medida ésta que tacha de irregular e ilícita la sustitución interna y, por lo mismo, lesiona el constitucional derecho de huelga”.

303 EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES. BLOG DE EDUARDO ROJO TORRECILLA

Tecnología y derecho de huelga. Paso atrás del Tribunal Constitucional en la protección de un derecho constitucional fundamental-

Disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/tecnologia-y-derecho-de-huelga-paso_19.html (consultado el 3-06-2018).

Por último, la parte final del VP hace una profunda reflexión sobre el escenario en el que se van a desarrollar las relaciones laborales en un futuro no muy lejano, su incidencia sobre los derechos fundamentales y el papel que debería jugar su máximo garante:

“Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan.

.../...

Más que una nueva oportunidad perdida, advierto en estos pronunciamientos la repetida confirmación de interpretaciones que eligen la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental”³⁰⁴.

6.- EL ESQUIROLAJE COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA MALA FE NEGOCIAL: EL CASO DE “COCA-COLA EN LUCHA”

En el último capítulo de este estudio, se analizará la importante repercusión y las consecuencias que, en los últimos años, la jurisprudencia viene atribuyendo a determinadas prácticas de esquirolaje acaecidas cuando la huelga se desarrolla en un contexto de periodos de consultas y negociación entre la empresa y la representación de los trabajadores.

6.1- Periodo de consultas y buena fe negocial en el ámbito del Derecho del Trabajo

El ET y, en definitiva, un buen número de preceptos comprendidos en nuestro Derecho del Trabajo, recoge la figura del periodo de consultas entre parte social y parte empresarial como requisito previo para la puesta en marcha de medidas susceptibles de incidir significativamente en el desarrollo de las relaciones laborales: no aplicación del convenio, traslados colectivos, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, despidos colectivos, etc.

Esta figura “puede calificarse ‘como prerrogativa de la acción sindical de la empresa’, consistente no sólo en poner en conocimiento de los representantes de los trabajadores los planteamientos empresariales, que también, sino, sobre todo, servir como instrumento de control y de influencia de la opinión de los representantes sobre aquellas decisiones empresariales que comporten algún tipo de sacrificio para los intereses de los trabajadores, haciendo posible así un control de la congruencia de la decisión empresarial con referencia al cumplimiento

304 UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. BLOG DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Huelga y esquirolaje técnico: un paso atrás a la luz de la STC 2/2/17.

Disponible en: <http://ignasibeltran.com/2017/02/20/huelga-y-esquirolaje-interno-y-tecnico-un-paso-atras-a-la-luz-de-la-stc-2217/> (consultado el 5-05-2018).

de las exigencias normativas, es decir, a la concurrencia de un justificado motivo valorado en términos objetivos de conservación en plena aptitud de la organización productiva”³⁰⁵.

A su vez, las decisiones adoptadas por el empleador tras la finalización del periodo de consultas, pueden entenderse viciadas si éste no ha actuado de buena fe. Este deber de negociar de buena fe, aunque es analizado con mucha frecuencia en supuestos de expedientes de regulación de empleo propio de los despidos colectivos, no juega únicamente en este supuesto, sino que también es exigido legalmente en muchas más instituciones jurídicas de índole laboral, como la movilidad funcional sustancial (artículo 39.4 ET), los traslados colectivos (artículo 40.2 ET), las modificaciones sustanciales de carácter colectivo (artículo 41.4 ET), la sucesión de empresas (artículo 44.9 ET), las suspensiones del contrato de trabajo o reducciones de jornada (artículo 47 ET), la inaplicación del convenio colectivo (82.3 ET) y la negociación de convenios colectivos (artículo 89.1 ET).

El deber de buena fe en la negociación laboral no se entiende cumplido por el mero hecho de haberse procedido a la apertura del período de consultas y a la celebración de reuniones, puesto que se dan a menudo situaciones en la que estas reuniones están de facto desprovistas de contenido real, bien por no hacerse el esfuerzo de acercar posturas a la de la contraparte, o por acudir a la negociación con una única oferta definitiva e irrevocable a falta de cuya aceptación se da por cerrado el proceso negociador. En estos casos, la doctrina y la jurisprudencia niega la existencia de una negociación de buena fe. Por tanto, la buena fe implica un esfuerzo sincero de aproximación de posiciones, exigiendo a las partes ser consecuentes con sus propias posiciones y no alterarlas sustancialmente de un día para otro.

Sin embargo, esta obligación no conlleva un correlativo deber de alcanzar forzosa e ineludiblemente un acuerdo. Se entiende legalmente satisfecho el deber cuando la parte requerida accede a negociar analizando y trasladando propuestas, y lo hace con quien está legitimado para ello. Consecuentemente, no ha de confundirse con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos. Sólo implica la obligación de negociar y de hacerlo de buena fe, pero no que se obtenga éxito en la negociación.

6.2- Pronunciamientos recientes sobre esquirolaje y mala fe en el periodo de consultas: el caso de “Coca-cola en lucha”

Entre los años 2014 y 2016, nos encontramos con varios pronunciamientos judiciales de gran calado que han servido para que el TS establezca una doctrina reiterada que equipara al esquirolaje durante un periodo de consultas con el incumplimiento del deber de buena fe negociador por parte de la empresa.

El litigio que enfrentó a Coca Cola Iberian Partners (en adelante, CCIP) y la plantilla de su centro en Fuenlabrada (Madrid) ha sido, sin duda alguna, uno de los que más impacto mediático ha tenido en los últimos años. Las sentencias habidas sobre este asunto, tanto de

305 POQUET CATALÁ, R., “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”, IUSLabor 1/2016.

la AN en primera instancia, como después del TS, constituyen una referencia de obligada observancia para estudiar esta materia.

Comenzamos por analizar la **SAN de 12 de junio de 2014 (Rec. Núm. 79/2014)**. En este procedimiento, los sindicatos UGT y CCOO defendieron, que el despido colectivo había de ser declarado nulo por un conjunto de causas, parte de las cuales constituiríanla vulneración del derecho fundamental de huelga. Esta nulidad se debería a que, durante la negociación del despido colectivo, se habría convocado una huelga legal cuya efectividad fue anulada por la empresa de forma ilícita, mediante prácticas de esquirolaje que, incluso, dieron lugar a la imposición de sanciones por la Autoridad Laboral.

Concretamente, los demandantes sostenían que CCIP habría sustituido a los trabajadores huelguistas de la empresa CASBEGA en Madrid, en huelga desde el 31 de enero y durante la tramitación del periodo de consultas, práctica que se corresponde claramente con el “esquirolaje”.

La AN estima las alegaciones de los sindicatos presentes en el procedimiento, resolviendo de la siguiente forma:

“(…) en este caso ha existido una conducta ilícita que es imputable a CCIP y ha tenido como finalidad y efecto minorar las consecuencias del ejercicio por los trabajadores del centro de Fuenlabrada de su derecho constitucional de huelga. La conducta ha consistido en modificar las rutas de distribución del producto fabricado en las diversas factorías para suministrar producto a la plataforma logística de la empresa CASBEGA en Madrid, permitiendo así abastecer dicha plataforma para suministrar al mercado minorista que cubría. Consta en la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que se relaciona en los hechos probados cómo antes de la integración de las embotelladoras de Coca-Cola (la cual obtiene una revisión favorable en aquella resolución) las distintas embotelladoras cubrían comercialmente el suministro de sus territorios, sin interferirse en los de las otras embotelladoras y siendo excepcional la compra de su producto por empresas de fuera del territorio, sin que conste que tal situación haya cambiado todavía durante la ejecución de la integración. Luego el hecho de que la plataforma logística de Madrid se suministrase por otras fábricas del grupo con motivo de la huelga implicaba una modificación organizativa del grupo, que solamente tiene como explicación la intención de paliar los efectos de la huelga.

.../...

De todo lo anterior resulta que las medidas empresariales modificando la producción y los canales de distribución del producto para mantener el suministro de la zona centro cubierta por la producción del centro de Fuenlabrada, según consta en los hechos probados, aunque fuesen lícitas en condiciones de normalidad productiva, no lo son cuando tienen por efecto un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio (...).

.../...

Esa conducta, vulneradora del derecho fundamental de huelga, ha tenido una incidencia directa en la negociación del periodo de consultas, puesto que la huelga cuyos efectos ha minorado y desactivado se llevaba a cabo durante el periodo de consultas y, precisamente, como instrumento de presión por parte de los trabajadores en el proceso de negociación colectiva del despido colectivo. De ahí que la negociación del periodo de consultas se haya visto afectada por esa conducta empresarial contraria a derechos fundamentales, lo que es también causa de declaración de nulidad del despido colectivo, conforme al artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social”.

Posteriormente, el criterio seguido en instancia por la AN fue corroborado por el TS en su **sentencia de 20 de abril de 2015 (Rec. Núm. 354/2014):**

“La conducta descrita, llevada a cabo durante el ejercicio de la huelga de los trabajadores de la planta de Fuenlabrada, aplicando la doctrina constitucional antes citada, es manifiesto que vulneró el artículo 28.2 CE, el derecho de huelga de los trabajadores a través de la indirecta modalidad de utilización del trabajo de otros empleados para suplir la ausencia de producción en la embotelladora en huelga. Desde la perspectiva que rige en toda la tramitación del despido colectivo, esa conducta sería imputable al grupo laboral CCIP constituido por los demandados en este proceso, y desde luego con ella se intentó eliminar, minimizar o paliar el efecto de la huelga, lo que constituye, como se ha dicho una vulneración de ese derecho constitucional.

Pero además hemos de añadir que no es posible aislar la existencia de tal conducta ilícita de CCIP del entorno, de la realidad del conflicto laboral sobre la que se proyectó. Esos hechos ocurrieron durante la tramitación, la negociación del despido colectivo, sobre el que pendían diversas cuestiones por definir definitivamente en ese proceso de consultas.

Precisamente la conducta empresarial incidió de esa manera en el periodo de consultas privando de fuerza y posible eficacia a la posición de la representación de los trabajadores que actuaban en esa negociación utilizando la huelga como medio lícito de presión ante las propuestas de despido y cierres de plantas del grupo, con lo que de hecho se limitó sustancialmente el objeto, la finalidad esencial que el repetido tiempo de consultas tiene atribuido tanto en el artículo 2.2 de la Directiva 98/59/CE, como en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, que habrá de versar siempre, como reiteradamente viene poniendo de relieve la jurisprudencia de esta Sala, como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos. **En ese escenario, es evidente que la alteración de los términos del periodo de consultas que supuso la conducta del grupo de empresas neutralizando o diluyendo el efecto de una huelga directamente relacionada con ese intento de la representación de los trabajadores de evitar o minorar los efectos del despido, alteró de manera inevitable los términos de esa negociación que finalmente fracasó en alguno de sus contenidos, como fue el cierre de las cuatro plantas embotelladoras inicialmente previsto. Todo ello provoca la incidencia de esa vulneración del derecho a la huelga sobre la decisión de despido finalmente**

adoptada, aunque el despido no fuera una reacción empresarial directa frente al ejercicio de aquél derecho”.

Con posterioridad, **la STS de 18 de marzo de 2016 (Rec. Núm. 78/2015)**, ha reiterado esta doctrina al considerar que conculca el derecho fundamental a la huelga la utilización de trabajadores pertenecientes a otros centros para sustituir a los trabajadores que ejercitaban su constitucional derecho a la huelga que se desarrollaba durante el período de consultas de un despido colectivo que afectaba, entre otros, a trabajadores en huelga, al afirmar que:

“se conculca ese derecho fundamental, debiendo tenerse en cuenta que el art 8.10 LISOS contempla como infracción muy grave ‘los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio (...)’”, que es lo que en este caso ha sucedido con, al menos, algunos de los trabajadores, según el hecho segundo de la sentencia recurrida, donde también se habla, de trabajadores sustituidos por otros del mismo centro”.

Finalmente, ha de destacarse la más reciente **STS de 20 de julio de 2016 (Rec. Núm. 22/2016)**. En este caso, el contexto del litigio es una huelga desarrollada durante el período de negociaciones de un despido colectivo en la empresa UTE PARQUESSINGULARES, contratista del servicio público de gestión integral de parques y viveros municipales de Madrid.

Puede observarse que, ante un supuesto de hecho comparable al que se dio en la empresa CCIP, el TS reitera el mismo criterio que expuso en aquella sentencia:

“el período de consultas se desarrolló entre el 16 de diciembre de 2014 y el 9 de enero de 2015, y que los trabajadores pertenecientes a la entidad recurrente del centro de trabajo de Madrid Río convocaron huelga indefinida el 9 de diciembre de 2014 que se desarrolló a partir del día 15 de diciembre y que **durante el desarrollo de la huelga, trabajadores que pertenecían a otros parques y centros de trabajo realizaron labores de limpieza en zonas selectivas del parque de Madrid Río**, lo que, a juicio de la sentencia recurrida, pone de manifiesto que durante la huelga se siguieron en la demandada prácticas contrarias al ejercicio de este derecho reconocido en el artículo 28.2 CE al utilizar personal ajeno al centro de trabajo de Madrid Río para realizar actividades que normalmente realizaban los trabajadores de dicho centro, para lo que se utilizó personal de otros centros de trabajo con la clara finalidad de reducir la presión ejercida con la huelga.

.../...

Por ello, ausente toda justificación de la utilización de trabajadores de otros centros para sustituir a los huelguistas, desde el momento en que se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, como lo son los períodos de consultas de los procedimientos de despidos colectivos, para desactivar la presión producida por el paro en un momento crucial de negociación colectiva, no puede sino calificarse como un atentado al derecho fundamental.

.../...

(...) durante el desarrollo de la huelga (que se produjo coetáneamente al desarrollo del proceso de negociación y consultas), destinó a trabajadores que pertenecían a otros centros de trabajo a algunas zonas cuya limpieza dependía del centro de trabajo en el que se desarrollaba la huelga, desencadenando una situación de esquirolaje interno que convirtió en abusivo el ejercicio del poder de dirección empresarial puesto que **tal conducta debe considerarse lesiva del derecho de huelga, habida cuenta del simultáneo desarrollo de un proceso negocial cuya finalidad era, por ministerio de la ley, la búsqueda de soluciones tendentes a reducir o paliar los efectos del despido colectivo.**

7.- CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Extraer un análisis de la regulación actual del derecho de huelga en nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sobre el esquirolaje, implica necesariamente hacer una reflexión sobre lo exiguo que son los preceptos normativos referidos a esta materia.

Asimismo, lo anterior va ineludiblemente vinculado al papel preponderante de los criterios interpretativos que el TC y el TS han venido introduciendo periódicamente, llegando a disponer a día de hoy de una casuística cualitativamente amplia, aunque sujeta a una permanente evolución.

Varias conclusiones subyacen de lo anterior:

Primera. El derecho de huelga es el único de los derechos fundamentales recogidos en la CE (Título I, Capítulo II, Sección 1ª) que no ha sido desarrollado mediante ley orgánica en los cuarenta años transcurridos desde la aprobación de la carta magna.

Segunda. El único texto normativo que regula con una cierta concreción el ejercicio de este derecho, el RDL 17/77, es de naturaleza preconstitucional. De tal forma que, algunos artículos eran incompatibles con la CE.

Tercera. La STC 11/1981 tuvo la importante función de “depurar” al RDL 17/77 de todos los elementos inconstitucionales que albergaba inicialmente.

No obstante, lo deseable por el constituyente al dictar esa resolución no era habilitar que la antedicha normativa mantuviera su vigencia en el largo plazo, sino sólo transitoriamente hasta la promulgación de una ley orgánica de huelga, lo cual no tuvo lugar como ya hemos señalado.

Cuarta. En 1993, llegó a presentarse el PLOH, que incluso fue aprobado por el Congreso de los Diputados, aunque finalmente no llegó a entrar en vigor. Desde entonces, el legislador no ha vuelto a abordar decididamente la tarea de dotar al ordenamiento jurídico de una ley orgánica reguladora de este importante derecho en el ámbito de las relaciones laborales.

Quinta. El esquirolaje externo es la única práctica empresarial contraria al derecho de huelga que viene expresamente recogido en la normativa vigente. Supone sustituir a huelguistas, no sólo por trabajadores ajenos a la empresa previamente al inicio de la huelga, sino que también abarca su sustitución por trabajadores pertenecientes a otros centros de la empresa.

Sexta. Posteriormente, la jurisprudencia entró a conocer y decidir sobre la legalidad del esquirolaje interno. Inicialmente, la doctrina fue permisiva con esta práctica patronal,

sin embargo, a día de hoy está censurada la sustitución de trabajadores por otros del mismo centro que no realizaran ese mismo tipo de funciones con anterioridad.

Séptima. El “esquirolaje tecnológico” es un concepto más moderno que los dos anteriores. En este caso, al igual que con el esquirolaje interno, la jurisprudencia ha pasado de admitir la validez del mismo en una primera etapa, a limitar su práctica de manera ciertamente restrictiva en los siguientes años.

Octava. No obstante, la STC de 2-02-2017, vuelve a flexibilizar la sustitución del servicio correspondiente a trabajadores en huelga mediante el empleo de instrumentos tecnológicos en determinados supuestos. Por ello, esta sentencia ha sido enormemente relevante, generando corrientes de opinión a favor y en contra de su fundamentación.

Novena. A día de hoy, la jurisprudencia ha establecido de forma contundente que, cuando la huelga se desarrolla a la vez que tiene lugar un periodo de consultas entre parte social y parte empresarial, el esquirolaje es determinante por sí solo de la mala fe de la empresa.

COMO PROPUESTA *LEGE FERENDA*: Consideramos necesario trabajar en una ley orgánica de huelga que genere una regulación tuitiva con la parte más débil del sistema de relaciones laborales altamente precarizado que existe actualmente en este país: el trabajador.

Por ello, nos posicionamos a favor de hacer un ejercicio de recopilación de los fundamentos jurídicos más relevantes de la jurisprudencia del TC y del TS de las últimas décadas. Es preciso, además de censurar el esquirolaje externo, limitar el esquirolaje interno y el “tecnológico” de manera extensa.

FUENTES CONSULTADAS

1.- BIBLIOGRAFÍA

1.1- Libros

AA.VV., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, página 670.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, páginas 729 a 734.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, páginas 447 a 456.

1.2- Revistas

CASAS BAAMONDE, M.E., “25 años de jurisprudencia constitucional social: huelga en servicios esenciales y responsabilidad política”, *Relaciones Laborales* núm. 23, Madrid, 2010.

- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga”, *Temas laborales* núm. 116/2012.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., “Los límites de la sustitución virtual de trabajadores y del recurso a procesos de descentralización durante la huelga en la doctrina reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”, *Revista de Información Laboral* núm. 6/2017.
- GELABERT PORRET, M., “La huelga, el asociacionismo sindical y el lockout en los países desarrollados”, *Revista técnico-laboral* (Vol. 31), 2009.
- LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R., “Significativos cercanos pronunciamientos sobre la huelga”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 164/2014.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., “Miscelánea jurisprudencial sobre el recurso al esquirolaje externo e interno por parte de la empresa durante la huelga”, *Boletín laboral Abdón Pedrajas*, Octubre 2008.
- POQUET CATALÁ, R., “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”, *IUSLabor* 1/2016.
- SÁNZ PÉREZ, A., “El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2017.
- VV.AA., “Conflictos Colectivos: Régimen jurídico de la huelga”, Editorial Thomson Reuters, Aranzadi Experto, 2017.

2- URL

AE ASESORES. Nociones generales del derecho a huelga.

Disponible en: <http://www.ae-asesores.com/ae-blog/209-nociones-generales-del-derecho-a-huelga> (consultado el 2-06-2018)

IBERLEY. Análisis de la utilización de la movilidad funcional dentro de la empresa durante la huelga (esquirolaje interno).

Disponible en la siguiente página web: <https://www.iberley.es/practicos/analisis-sobre-utilizacion-movilidad-funcional-empresa-durante-huelga-esquirolaje-interno-8251> (consultado el 3-06-2018)

EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES. BLOG DE EDUARDO ROJO TORRECILLA.

Tecnología y derecho de huelga. Paso atrás del Tribunal Constitucional en la protección de un derecho constitucional fundamental.

Disponible en la siguiente página web: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/tecnologia-y-derecho-de-huelga-paso_19.html (consultado el 3-06-2018)

UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES. BLOG DEDERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Huelga y esquirolaje técnico: un paso atrás a la luz de la STC 2/2/17. Disponible en la siguiente página web: <http://ignasibeltran.com/2017/02/20/huelga-y-esquirolaje-interno-y-tecnico-un-paso-atras-a-la-luz-de-la-stc-2217/> (consultado el 5-05-2018).

ANEXO I: SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS

1.- Sentencias del TC

- STC 11/1981, de 8 de abril
- STC 51/1986, de 24 de abril
- STC 53/1986, de 5 de mayo
- STC 27/1989, de 3 de febrero
- STC 43/1990, de 15 de marzo
- STC 123/1992, de 28 de septiembre
- STC 148/1993, de 29 de abril
- STC 123/1998, de 15 de junio
- STC 183/2006, de 19 de junio
- STC 184/2006, de 19 de junio
- STC 191/2006, de 19 de junio
- STC 193/2006, de 19 de junio
- STC 75/2010, de 19 de octubre
- STC 33/2011, de 28 de marzo
- STC 104/2011, de 20 de junio
- STC 17/2017, de 2 de febrero

2.- Sentencias del TS

- STS de 23 de octubre de 1989
- STS de 24 de octubre de 1989
- STS de 8 de mayo de 1995
- STS de 18 de julio de 1997
- STS de 4 de julio de 2000
- STS de 9 de diciembre de 2003
- STS de 8 de junio de 2011

- STS de 11 de junio de 2012
- STS de 5 de diciembre de 2012
- STS de 6 de junio de 2014
- STS de 11 de febrero de 2015
- STS de 20 de abril de 2015
- STS de 18 de marzo de 2016
- STS de 20 de julio de 2016
- STS de 16 de noviembre de 2016

3.- Sentencias de la AN

- SAN de 12 de junio de 2014
- SAN de 29 de octubre de 2017

4.- Sentencias de los TSJs

- STSJ de Madrid de 20 de julio de 1991
- STSJ de Navarra de 28 de abril de 1995
- STSJ de Extremadura de 30 de noviembre de 1998
- STSJ del País Vasco de 4 de julio de 2000
- STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001
- STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2002
- STSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2003
- STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2011
- STSJ de Madrid de 23 de enero de 2012
- STSJ de Andalucía de 10 de octubre de 2013
- STSJ de Extremadura de 29 de abril de 2014
- STSJ de Murcia de 10 de septiembre de 2014
- STSJ de Cataluña de 14 de abril de 2015

