

EBERS Martin y NAVAS, Susana (eds.), «*Algorithms and Law*», Cambridge University Press, 2020.

por

ISABEL ESPÍN ALBA

Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

Las implicaciones jurídicas de las tecnologías vinculadas a la Inteligencia Artificial (IA) son objeto de un movimiento exponencial de investigaciones que reflejan la preocupación por las dificultades de adaptación de las normas vigentes y de creación de futuros marcos jurídicos estables. Para un acercamiento a los ejes jurídicos y éticos de dicha tarea investigadora, sale al mercado *Algorithms and Law* de la prestigiosa editorial Cambridge University Press, una obra rigurosa y con vocación de difusión internacional del conocimiento, en cuanto escrita en inglés por destacados profesores e investigadores en IA y Derecho.

Los editores de la obra, los profesores Martín EBERS y Susana NAVAS, llevan años dedicados a muchas de las cuestiones que son desarrolladas en el libro y, por ello, no extraña la precisa y adecuada selección de los trabajos de expertos que permiten abrir nuevas perspectivas de política legislativa, así como satisfacer la curiosidad intelectual de cualquier lector interesado en temas relativos a la IA y a la tecnología que la acompaña.

En pleno avance de la transformación tecnológica 4.0 de la sociedad, ya son visibles los cambios provocados por el uso de los diferentes tipos de algoritmos en el trabajo, las empresas, sectores estratégicos como la agricultura, sanidad, finanzas, logística, consumo doméstico, creación cultural y un largo etcétera. El «Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial» [COM(2020) 65 final], del 19 de febrero de 2020, manifestaba la necesidad de un enfoque europeo coordinado en torno a las implicaciones éticas y humanas de la inteligencia artificial plasmado en un marco normativo que genere un «ecosistema de confianza» exclusivo. En esa línea, dos Resoluciones del Parlamento Europeo del pasado 20 de octubre establecieron recomendaciones destinadas a la Comisión, por un lado, sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 INL) y, por otra parte, sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)).

Pues bien, en *Algorithms and Law*, a lo largo de diez aportaciones, reputados especialistas de diferentes campos del conocimiento comparten la preocupación de cómo debe ser la regulación legal y ética de la IA. Si tomamos como referencia las dos mencionadas resoluciones del Parlamento europeo podremos encontrar en la obra aquí recensionada reflexiones críticas sobre sus principales

recomendaciones en terrenos como seguridad, transparencia, control de riesgos, no discriminación, responsabilidad civil, protección de datos, por citar algunos tópicos.

Una de las mayores dificultades con la que se encuentra un investigador del área de las ciencias sociales y jurídicas al adentrarse en el estudio de las implicaciones éticas y jurídicas de la IA es la comprensión del funcionamiento y potencialidades de las tecnologías implicadas. Por ello, ha sido muy acertado elegir para la apertura de la monografía un capítulo escrito por Sami HADDADIN (Director del TUM, Universidad de Múnich) y Dennis KNOBBE (Doctorando del TUM, Universidad de Múnich) dedicado a la robótica en sus relaciones con la IA. Bajo el título de *Robotics and Artificial Intelligence: The Present and Future Visions*, nos encontramos con la evolución del sentido de inteligencia mecánica y con un repaso sobre las diferentes posibilidades tecnológicas vinculadas a la robótica, con detalladas y didácticas explicaciones que permiten vislumbrar el alcance los problemas teóricos más interesantes planteados por los autores respecto de la inteligencia mecánica, en cuanto disciplina emergente.

Fijados algunos conceptos tecnológicos, Martin EBERS (Universidad de Tartu) abre el grupo de capítulos sobre las cuestiones éticas y jurídicas diseñando un cuadro general de los aspectos más polémicos y que requieren una actuación legislativa más urgente. De todos modos, a pesar de la mencionada urgencia, en ese capítulo 2 —*Regulating AI and Robotics. Ethical and Legal Challenges*— el autor aboga por una política legislativa más reflexiva, que evite una solución uniforme y única para problemas de distinta naturaleza, propugnando un análisis particularizado para cada sector.

Con un sugerente título, *Regulating Algorithms: How to Demystify the Alchemy of Code?*, Mario MARTINI (Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Speyer) propone, en el capítulo 3, diferentes perspectivas que deben estar presentes en el cronograma de las iniciativas legislativas que nos permitan desmitificar los algoritmos y abordar la comercialización de los datos. Presenta un enfoque que tiene en cuenta el usuario final medio que hace un cálculo intuitivo de beneficios en la cesión de sus datos y propugna incentivar regulaciones basadas en la transparencia y en la confianza. En todo caso, queda señalada la advertencia final de que el marco regulatorio no puede actuar como un obstáculo a la innovación tecnológica y que las intervenciones normativas deben centrarse en las cuestiones que representen una auténtica amenaza para los derechos fundamentales.

La protección de datos es la protagonista del capítulo 4, *Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making*, a cargo de Diana SANCHO (Universidad de Leicester), en lo que se refiere a las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. La autora reflexiona sobre el artículo 22 del Reglamento Europeo de Protección de Datos, en particular respecto de las nuevas obligaciones de transparencia y responsabilidad de los supervisores que permitirán mantener niveles adecuados de autonomía y control en la era de los algoritmos de aprendizaje automático y de los datos masivos (*Big Data*), aunque reconoce que el eventual fracaso del sistema puede requerir una intervención reguladora más ambiciosa.

Susana NAVAS, catedrática de Derecho civil en la Universidad de Barcelona, cuida, en el capítulo 5, de la responsabilidad civil en el campo de la robótica (*Robot Machines and Civil Liability*) y empieza cuestionando la aplicación de las normas de la responsabilidad civil —del productor por los productos defectuosos y del propietario— a los robots, a partir de la propia delimitación del producto

analizado, internet de las cosas, robots y otras máquinas inteligentes. Pone el foco, por un lado, en el aspecto positivo de la toma de decisiones inteligentes en la disminución de los accidentes y su impacto en el sector de los seguros y, por otro lado y fundamentalmente, demuestra que es una ocasión inmejorable para la puesta al día de las normas comunitarias sobre la responsabilidad civil extracontractual.

El capítulo 6, *Extra-contractual Liability for Wrongs Committed by Autonomous Systems*, continúa en la senda de la adecuación del sistema de responsabilidad civil, para introducir el análisis de temas centrales como la ilicitud, el daño, la negligencia, los riesgos, el error. En efecto, su autora —Ruth JANAL (Universidad de Bayreuth)— aporta una visión general de los regímenes de responsabilidad civil en Alemania, Reino Unido y Francia, para a continuación reflexionar sobre el encaje de las reglas contenidas en dichos sistemas, con el fin de solucionar problemas relacionados con los productos defectuosos, pero escapando de soluciones que propugnan la aplicación de las normas de la responsabilidad por productos defectuosos o la atribución de personalidad jurídica a los robots.

Gerald SPLINDER (Universidad de Göttingen) trata, en el capítulo 7 —*Control of Algorithms in Financial Markets. The Example of High-Frequency Trading*— aspectos de interés para el mercado financiero. El comercio de alta frecuencia es un sistema en el que los algoritmos y el software realizan múltiples transacciones por segundo alcanzando un volumen de beneficios muy superior respecto de otros sistemas de comercio. El uso de algoritmos está reemplazando más que nunca la toma de decisiones humanas y la complejidad de la regulación de este tipo de comercio, con controles previos y a posteriori, lleva al autor a plantearse como cuestión final si dicho marco regulatorio no podría servir de paradigma para otros campos de actuación de los algoritmos.

Creativity of Algorithms and Copyright Law es el título del capítulo 8 elaborado por Susana NAVAS, en el que la autora despliega un amplio conocimiento de la materia para proponer sugerentes perspectivas de la creatividad en el campo de la robótica tanto desde el punto de vista de los creadores como de los inversores. Con maestría ofrece pautas indispensables para proporcionar soluciones jurídicas a la atribución de la titularidad originaria de los derechos de autor sobre obras creadas por o a partir de la IA.

Tiene especial interés el abordaje de los investigadores de instituciones norteamericanas, Brian SUBIRANA (Director del MIT Auto-ID Lab), Renwick BIVINGS (estudiante Juris Doctor en la Universidad de Harvard) y Sanjay SARMA (MIT), que en el capítulo 9 tratan del tema “*Wake Neutrality*” of Artificial Intelligence Devices, poniendo el énfasis en cómo deben ser las normas que garanticen la neutralidad tecnológica, con especial referencia a los dispositivos de reconocimiento de voz y los altavoces inteligentes.

Cierra la obra, el trabajo de Björn STEINRÖTTER (Universidad de Potsdam), especialista en protección de datos y en la economía de los datos, titulado *The (Envisaged) Legal Framework for Commercialisation of Digital Data within the EU: Data Protection Law and Data Economic Law As a Conflicted Basis for Algorithm-Based Products and Services*, en el que trae a colación una de las cuestiones más candentes en el escenario jurídico del desarrollo de la Agenda Digital Europea, los datos, personales o no, como objeto de comercialización. Destaca las incongruencias entre una política legislativa de estímulo de la circulación de datos (economía de los datos) y el alto nivel de protección de los datos personales en Europa, dentro del marco del Reglamento Europeo de Protección de Datos.

En suma, puede decirse que estamos en presencia de una obra que con la dosis justa de audacia y con marcado rigor científico abre caminos para el estudio del complejo universo de las relaciones entre Algoritmos y Derecho.

CRESPO GARRIDO, María, «*Fiscalidad post beps: localización del establecimiento permanente de las corporaciones, economía digital e intercambio de información*», Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2020.

por

CARMEN MUÑOZ DELGADO

*Profesora asociada Doctora de Derecho mercantil UNED
Equipo de coordinación y secretaría académica del Programa de Doctorado
en Derecho y Ciencias Sociales*

La profesora de Hacienda Pública, María CRESPO GARRIDO, publica una nueva monografía de gran interés, la *Fiscalidad post BEPS: Localización del establecimiento permanente de las corporaciones, economía digital e intercambio de información*. En su obra se enfrenta a una materia siempre debatida en distintos foros, que tras la aprobación por la OCDE del Plan para Evitar la Erosión de Bases impositibles que dio lugar a la publicación de las Acciones BEPS, ha centrado aún más la atención de la doctrina y los operadores jurídicos y económicos en intentar determinar un concepto de establecimiento permanente que contemple todas o al menos el mayor número posible de situaciones, que se manifiestan en la economía actual, de localización del lugar de prestación del servicio.

En este sentido, la autora lleva a cabo un análisis riguroso de la crisis en la que se encuentra la definición del concepto de establecimiento permanente, para todas las empresas, pero especialmente para las que operan digitalmente.

El libro se divide en tres partes. En la primera se analizan los principios rectores de la residencia fiscal, tanto en el ámbito español como en el entorno internacional. En ella se da un amplio repaso a la jurisprudencia española y europea y se aporta una recopilación de doctrina administrativa a través de la cual se exponen los aspectos más cuestionados sobre la residencia fiscal y los casos en los que se aplica la presunción de residencia. Especialmente relevante es la definición del lugar de tributación de las empresas que operan en el ámbito digital, y es a lo que se dedica el segundo capítulo. La monografía concluye con un capítulo dedicado a las buenas prácticas puestas en marcha en el ámbito internacional, que tratan de reducir la erosión de bases impositibles, dirigiéndolas hacia territorios de baja o nula tributación.

La obra que se presenta ofrece una visión panorámica de las principales repercusiones fiscales de las nuevas realidades empresariales que exigen una reformulación del concepto de establecimiento permanente adoptado en la mayoría de las legislaciones tributarias, y en concreto la española. Tras un breve repaso a los tradicionales principios rectores determinantes de la residencia fiscal de personas físicas y jurídicas en la legislación española, se reflejan los puntos más relevantes que ponen en cuestión la validez de los criterios tradicionales. En concreto, se cuestiona si el concepto de núcleo principal de las actividades puede constituir un elemento válido para la localización del lugar de residencia

de ciertas personas físicas, que desarrollan actividades económicas. La autora estudia la jurisprudencia reciente relacionada con el tema, y se centra en casos concretos, como es el de la cantante Shakira, a quien se le cuestionó su residencia fuera del territorio español, a pesar de haber constituido una serie de empresas en territorios *off shore*, a través de las cuales percibía la mayor parte de sus rendimientos.

Por otro lado, en la obra se lleva a cabo un repaso prolijo de la doctrina de la Dirección General de Tributos sobre el tema, estudiando con especial énfasis los casos en los que se producen ausencias temporales del territorio español y se consideran como esporádicas, a efectos del cómputo de los 183 días para que el contribuyente sea considerado como residente en territorio español.

Estas ausencias temporales de los contribuyentes atraen especial atención de las autoridades fiscales, cuando el contribuyente fija su residencia en un territorio de baja o nula tributación.

Por otro lado, se da un repaso a las diferentes circunstancias tratadas en la Acción 7 de BEPS, y especialmente se estudia el lugar de localización del establecimiento permanente cuando se realiza una fragmentación artificiosa de las operaciones, a través de operaciones de carácter auxiliar o preparatorio. El análisis de la Acción 7 de BEPS y del apartado 4 del artículo 5 del Modelo de Convenio OCDE le facilitan a la autora los elementos necesarios para valorar el lugar en el que efectivamente se han producido los rendimientos.

Tras un análisis de la jurisprudencia europea, en la que se estudian el caso Roche, el caso Borax y el caso Dell, y bajo la interpretación dinámica de los Convenios para evitar la doble tributación internacional, la autora analiza en qué lugar deben tributar los resultados de las filiales que actúan bajo la figura de un agente independiente y aquellas que cuentan con un establecimiento permanente virtual en un país distinto al de residencia de su matriz.

En el capítulo dos se abordan los problemas relacionados con el creciente desarrollo de las actividades en red y su repercusión en la localización del establecimiento permanente de estas corporaciones. Microsoft, Apple, Amazon, Facebook, Alibaba, Alphabet y Tencent, generan rendimientos susceptibles de tributación sin que el lugar en el que deban tributar esté claramente determinado. Como se sabe, la fiscalidad tradicionalmente estaba vinculada al lugar en el que se realizan parcial o totalmente las actividades comerciales, y la Acción 1 de BEPS contempla las nuevas formas de gravamen de estas empresas pero, al estar en cuestión el criterio de establecimiento permanente para estas entidades. Habrá que esperar a finales de 2020 cuando se hayan publicado las medidas consensuadas sobre la iniciativa de Pilar 1 y Pilar 2, para tener un criterio unánime. La autora aporta una serie de argumentos que avalan la necesidad de reformular el concepto de establecimiento permanente para las empresas que operan en el ámbito virtual, y que sintetiza en la obra bajo el argumento de que es necesario establecer medidas globales que respondan a los nuevos retos, surgidos en la economía digital, que provocan la deslocalización de rentas, y que puso de manifiesto la obsolescencia de los criterios tradicionales de gravamen.

No obstante, la autora afirma que los problemas específicos relacionados con la economía digital no necesariamente se corregirán por la aplicación de BEPS, pues es imprescindible una coordinación internacional, que en este momento no existe, y una coordinación entre Administraciones que facilite la transparencia. Este asunto se trata en el capítulo tercero de la monografía.

Pero recuperando uno de los argumentos más solventes del texto, es necesario reflexionar sobre la definición del llamado «nexo». Y, aunque es muy complicado

determinar cuál es el nexo que une las empresas de economía digital con un lugar físico estable, es imprescindible establecer un criterio claro para conocer en qué lugar deben tributar las empresas sin necesidad de que exista presencia física. La autora pone en cuestión algunos de los elementos sustantivos para la determinación del lugar de tributación, como son: el valor que tienen los datos intercambiados en la red, cuáles son y cómo se computan las rentas en la red, si este intercambio podría justificar la creación de un nexo y cómo se puede realizar la atribución de beneficios. Cuestión aparte es el gravamen por IVA de las operaciones B2C, ya que se necesita conocer si se realizan compras online de bienes, de bajo valor añadido y los servicios e intangibles vendidos sin IVA o con un IVA inferior al debido.

Finalmente, y tras un análisis exhaustivo de la Directiva 2018/0072(CSN) de 21 de marzo de 2018 (147) por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa, la autora afirma que se debe tributar en el lugar en el que se genera valor. La obra concluye que los criterios para la atribución del beneficio depende del umbral de ingresos, que sea superior a 7 millones de euros, que el número de usuarios llegue a los 100 000 y que el número de contratos empresariales sea igual o superior a 3000.

En definitiva, el criterio para la localización del lugar de tributación está ligado a la llamada «presencia digital significativa».

Los nuevos desarrollos legislativos y jurisprudenciales en la Unión Europea se estudian a través del análisis de algunos de los regímenes preferenciales más relevantes, tanto por la cuantía de la cuota tributaria puesta en cuestión, como por el carácter mediático de las empresas afectadas. Se analiza el caso de la tributación de Apple en Irlanda, el caso de Amazon en Luxemburgo y el llamado Tax lease español.

En el ámbito español, la obra le dedica un apartado al recientemente aprobado Impuesto español sobre transacciones digitales, que obliga a que se produzcan modificaciones en la forma de tributación de los ingresos procedentes de los servicios digitales. Aprobado por Ley 4/2020, de 15 de octubre, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, responde a la realidad económica en la que las nuevas maneras de hacer negocios se basan en las actividades desarrolladas a distancia, pues la presencia física de los actuales modelos de negocio ha pasado a un segundo plano.

Se estudia la naturaleza indirecta, del impuesto, que grava las prestaciones de determinados servicios digitales en que exista intervención de usuarios situados en el territorio de aplicación del impuesto. Se define el hecho imponible como las prestaciones de servicios digitales realizadas en el territorio de aplicación del impuesto. Y la base imponible está constituida, según el artículo 10, por el importe de los ingresos (excluido el IVA) obtenidos por el contribuyente por cada una de las prestaciones de servicios digitales, que se hayan realizado en el territorio de aplicación del impuesto.

Los anexos son esclarecedores ya que se recoge toda la normativa de referencia de la obra. Y, además, se aporta un prolijo aporte bibliográfico actualizado y amplio, que favorece enormemente la consulta de doctrina relacionada con el tema.

En definitiva, la obra aborda de una manera completa los principales aspectos por los que el concepto de establecimiento permanente está en crisis y analiza algunas de las soluciones que, desde la legislación nacional e internacional, se han aportado para la solución del problema.

Se puede concluir, por tanto, que la profesora CRESPO GARRIDO contribuye con su estudio a la discusión jurídica que esta cuestión ha generado y aporta en su investigación argumentos a tener en cuenta en la evolución del concepto de establecimiento permanente.