

ANNALES

de la Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

39

2022



Anales de la Facultad de
DERECHO

Anales de la Facultad de
DERECHO

Universidad de La Laguna

DIRECTOR

Andrés Manuel González Sanfiel (ULL)

SUBDIRECTORA

Alicia González Navarro (ULL)

SECRETARIA DE LA REVISTA

Irene Navarro Frías (ULL)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Marcel Bonnet Escuela (ULL), Etelvina de las Casas León (ULL),
Ulises Hernández Plasencia (ULL), Ruth Martinón Quintero (ULL),
Vicente Navarro Marchante (ULL), Margarita I. Ramos Quintana (ULL),
María Elena Sánchez Jordán (ULL).

CONSEJO ASESOR

Andrea Bonomi (Université de Lausanne, Suiza), Martín Diego Farrell (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Antonio Fernández de Buján (Universidad Autónoma de Madrid), Tomás López Frago (Universidad de La Laguna), María Elvira Méndez Pineda (University of Iceland, Islandia), Manuel Carlos Palomeque López (Universidad de Salamanca), María Ángeles Parra Lucán (Universidad de Zaragoza), Johann-Christian Pielow (Ruhr-Universität Bochum, Alemania), Carlos María Romeo Casabona (Universidad del País Vasco), Esteban Sola Reche (Universidad de La Laguna), Rolando Tamayo Salmarán (Universidad Nacional Autónoma de México), Francisco José Villar Rojas (Universidad de La Laguna), Stefan Vogenauer (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Alemania), Katharina Beckemper (Universidad de Leipzig), Juana Pulgar Ezquerro (Universidad Complutense de Madrid).

EDITA

Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna
Campus Central. 38200 La Laguna. Santa Cruz de Tenerife
Tel.: 34 922 31 91 98

DISEÑO EDITORIAL

Jaime H. Vera
Javier Torres/Luis C. Espinosa

MAQUETACIÓN Y PREIMPRESIÓN

Servicio de Publicaciones

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2022.39>

ISSN: 0075-773X (edición impresa) / ISSN: 2530-8319 (edición digital)

Depósito Legal: TF 734/81

Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin permiso del editor.

Anales de la Facultad de
DERECHO

39

SERVICIO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA, 2022

ANALES de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. –La Laguna: Universidad, Servicio de Publicaciones, 1991–

Anual

Es continuación de: Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.

ISSN: 0075-773X (edición papel); e-2530-8319 (edición digital)

1. Derecho-Publicaciones periódicas I. Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho.
34(05)



La Agencia Nacional de evaluación del sistema universitario y de la investigación (AGENZIA NAZIONALE DI VALUTAZIONE DEL SISTEMA UNIVERSITARIO E DELLA RICERCA) ha incluido la Revista *Anales de la Facultad de Derecho* de la Universidad de La Laguna en la clasificación de revistas que computan para las habilitaciones del sistema de profesorado en Italia.

La correspondencia relativa a la revista debe dirigirse a:

Anales de la Facultad de Derecho

Servicio de Publicaciones

UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Campus Central

38200 LA LAGUNA (TENERIFE, ESPAÑA)

SUMARIO / CONTENTS

ARTÍCULOS / ARTICLES

A comparative analysis of the new EU press publishers' right / Análisis comparado del nuevo derecho de los editores de prensa de la UE <i>István Harkai y John Cross</i>	9
Novedades en la protección de consumidores y usuarios a escala europea en la <i>Digital Services Act</i> / Novelty in consumer protection at European level under the <i>Digital Services Act</i> <i>Nora Rodríguez García</i>	29
Digitalización y protección de datos de las personas trabajadoras: especial referencia al delegado de protección de datos / Digitization and data protection of workers' data: particular reference to the data protection officer <i>Laura Melián Chinea</i>	49
Data mining, sui generis right and aggregators. Some reflections after the judgment of the court of justice of the european union in case CV-Online Latvia v Melons / Minería de datos, derecho sui generis y agregadores. Algunas reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso <i>CV-Online Latvia v Melons</i> <i>Gemma Minero Alejandre</i>	63
Deontología profesional de la abogacía, una aproximación comparada. Implicaciones del uso de los nuevos medios de comunicación digitales / Lawyer's professional ethics, a comparative approach. Implications of the use of new digital media <i>Gregorio Alayón Díaz</i>	73
El reto de la imposición sobre la economía digital: deficiencias de la regulación actual del impuesto sobre determinados servicios digitales / The challenges of taxation of the digital economy: deficiencies of the current regulation on the Tax on Certain Digital Services <i>Eduardo Pimentel González</i>	93



ARTÍCULOS / ARTICLES

A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE NEW EU PRESS PUBLISHERS' RIGHT

István Harkai*

University of Szeged (Hungary)

John Cross**

University of Louisville (USA)

ABSTRACT

Platform services in the online space are one of the most innovative and intensive sectors of the global economy, with a significant competitive advantage in technology that gives them deep technological insights into users and user habits. This enables them to deliver targeted advertising to millions of connected end-users. Publishers who make daily news, analysis, interviews, and reports available to their readers in their press releases are at a competitive disadvantage compared to the technology giants mentioned above. The Digital Single Market Directive aims to address this issue by creating a new “press publishing right.” This paper analyses the new press publishers’ related rights from both a policy and a practical perspective, including a brief comparison of the press publishers’ protection and the “hot news” doctrine under the law of some US states.

KEYWORDS: press publishers rights, linking tax, copyright and related rights, European copyright, US copyright law.

ANÁLISIS COMPARADO DEL NUEVO DERECHO DE LOS EDITORES DE PRENSA DE LA UE

RESUMEN

Los servicios de plataforma en el espacio en línea son uno de los sectores más innovadores e intensivos de la economía mundial, con una importante ventaja competitiva en tecnología que les proporciona profundos conocimientos tecnológicos sobre los usuarios y sus hábitos. Esto les permite ofrecer publicidad dirigida a millones de usuarios finales conectados. Los editores que ponen a disposición de sus lectores noticias, análisis, entrevistas e informes diarios en sus notas de prensa se encuentran en desventaja competitiva frente a los gigantes tecnológicos antes mencionados. La Directiva sobre el Mercado Único Digital pretende resolver este problema con un nuevo «derecho de publicación de prensa». Este documento analiza los nuevos derechos relacionados con los editores de prensa desde una perspectiva tanto política como práctica y también comparan la construcción europea de la protección de los editores de prensa con la doctrina de las «noticias calientes» de la legislación de algunos estados de EE. UU.

PALABRAS CLAVE: derechos de los editores de prensa, impuesto de enlace, derechos de autor y derechos afines, derechos de autor europeos, legislación estadounidense sobre derechos de autor.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2022.39.01>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 39; julio 2022, pp. 9-28; ISSN: e-2530-8319



INTRODUCTION

Search engines, news aggregators, media monitoring services and social media platforms¹ operating in the online space are one of the most innovative and capital-intensive sectors of the global economy. The biggest and best-known are Facebook (Meta) and Google, both based in the United States. In particular, they have a significant competitive advantage in technology that provides them *in-depth technological knowledge* about users and user habits.² They can use this information to deliver targeted advertising to millions of end users connected to the internet. Publishers which make everyday news, analyses, interviews and reports available to their readership in their press publications (both print and online), are at a competitive disadvantage compared to the aforementioned technology giants. Facebook, Google, and the like earn significant revenue by collecting and indexing the paths to press publications and articles available on the Internet, mostly by selling advertising space.

In 2019, the European Union issued a directive designed to deal with this issue and related problems arising in the online sector.³ Article 15 of this Directive creates a new “press publisher’s right” [hereinafter “PPR”] in news publications. This right, which augments and exists separately from any copyright that may exist in a news story, is a two-year period of exclusivity held by the original publisher. The press publisher has the exclusive rights to reproduce the story online, and to make the story available to others.⁴

This article analyses the new PPR from both a policy and a practical perspective. While the main focus is on the PPR, the discussion also briefly compares the PPR to the “hot news” doctrine under the law of some US states.

* Senior lecturer, University of Szeged (Hungary), Faculty of Law and Political Sciences Institute of Comparative Law and Legal Theory.

** Grosscurth Professor of Intellectual Property Law and Technology Transfer, University of Louisville (USA) School of Law.

¹ The term platform can refer to several different business models, but they all have in common that they are based on Web 2.0, i.e., the Internet itself is the basis for the existence of the platform. Poell, Nieborg and van Dijck describe the platform as a reprogrammable digital infrastructure that facilitates, and shapes personalized interactions between end-users and service providers. This relationship is characterized by the systematic collection of data, processing it using algorithms and monetizing it. It is extremely cost-effective, but at the same time it has a high social responsibility. Their social and economic position is comparable to that of the railway, telecommunications and electronics monopolies at the turn of the 19th and 20th centuries. See: POELL, Thomas, NIEBORG, David and VAN DIJCK, José: “Platformisation. Internet Policy Review”, vol. 8. Issue 4. 2019. pp. 3-4. (<https://policyreview.info/concepts/platformisation> Last visited: 08 June 2022).

² SENFTLEBEN, Martin, KERK, Maximilian, BUITEN, Miriam and HEINE, Klaus: “New Rights or New Business Models? An Inquiry into the Future of Publishing in the Digital Era.” IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law, 48, 2017. p. 539. Comp.: POELL, NIEBORG and VAN DIJCK, 2019. p. 8.

³ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council, L 130/92.

⁴ *Ibid.* Art. 15(1).

I. POWER DIFFERENCES IN THE MARKET FOR ONLINE NEWS

The new neighboring rights protection seeks to put publishers of press publications in a position to effectively assert their interests in a competitive environment in which the players' objectives intersect⁵ at several points, and the market in which they compete and operate is both fragmented and disrupted in favor of one of the competitors, due to that competitor's technological advantage.⁶

One of these points is the aforementioned advertising market, and another is the target audience. Competitors' toolboxes have different characteristics. With the technology mentioned above, service providers can reach end users much faster and more efficiently by deeply analysing the data they provide and optimizing the technology. Their business model, which collects news categorised by topic as a *one-stop shop*,⁷ would not work without indexed content.⁸ In this way, online intermediary platforms can also control the consumption of content itself, as they determine what the end user sees through the platform's search services.⁹

⁵ In traditional market conditions, press publishers have built a successful business model by serving news readers and advertisers at the same time, by combining them. In the platform economy, the advertising element of their business model is put at a competitive disadvantage by the fact that the news content they produce is not directly provided to the public by them, but by third party companies that are essentially completely independent of them, without permission. These third parties serve a public whose members belong to the potential clientele of the press publication. Meanwhile, advertisers who were also previously part of the publisher's potential customer base are not advertising in the publication, but on the platform that publicizes the news. Yet the phenomenon is two-sided, because while they do siphon advertising revenue away from publishers, they also make it easier for them to reach audiences that they would otherwise be less likely to reach. The operation of the platform is therefore not clearly negative, but also has a gravitational effect on supply and demand. This is illustrated by the figures presented below. It can be seen that the lack of indexing can also have a negative impact on the traffic of and visits to news portals. Comp: POELL, NIEBORG and VAN DIJCK, 2019. p. 7.

⁶ SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. p. 540. Comp. HÖPPNER, Thomas: "EU Copyright Reform: The Case for a Publisher's Right." *Intellectual Property Quarterly*, Issue 1, 2018. p. 4.

⁷ HÖPPNER, 2018. p. 5. Comp: PAPADOPOULOU, Maria-Daphne and MOUSTAKA, Evanthia-Maria: "Copyright and the Press Publishers Right on the Internet: Evolution and Perspectives." In: SYNODINOÛ, Tatiana-Eleni, JOUGLEUX, Philippe, MARKOU, Christina and PRASITTOU, Thalia (ed.): "EU Internet Law in the Digital Era – Regulation and Enforcement." Springer, Nature Switzerland AG 2020. p. 104.

⁸ Several cases in Europe relate to the use of press releases by intermediary service providers: Infopaq cases (C-5/08. *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* ECLI:EU:C:2009:465. C-302/10. *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* ECLI:EU:C:2012:16.), Meltwater case (C-360/13. *Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd et al.* ECLI:EU:C:2014:1195.)

⁹ MOSCON, Valentina: "Neighbouring rights: in search of a dogmatic foundation. The press publishers' case." In: PIHLAJARINNE, Taina, VESALA, Juha and HONKKILA, Olli (ed.): "Online Distribution of Content in the EU", Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2019. pp. 42-43.



The most important tool in the publishers' toolbox is the knowledge that allows them to turn a raw mix of news into meaningful, consumable content for the general public. Publishers organize and oversee this process, while taking responsibility for the content they publish and ensuring that the funding is in place.¹⁰ While publishers know how to produce news for consumption, they do not necessarily have the same expertise concerning how to present it and reach the widest possible audience. This gap has been filled by information society service providers, who are able to deliver content produced by publishers to the public quickly, easily, cost-effectively and in a user-friendly way. Cost-effectiveness is deceptive, however, as they can make a profit from publishing content without having to spend on building and maintaining a network of reporters and publishing infrastructure.¹¹ In essence, then, the information society service providers engage in a certain level of free riding on the efforts of the publishers.

The technological change has also brought with it a very significant paradigm shift. In the analogue world, where a business model has evolved to meet the news needs of the general public, the market has been driven by the *supply side*. In this, the publisher's business decisions were determined by the fact that the larger the volume of its publications, the cheaper they would be to produce per unit. A beneficial arrangement with the printer was key, which is why it was often the case that the publisher ran its own printing press to keep costs at a more economical level. The same applies to published works of authorship. It is up to the publisher to decide, on the basis of its expertise, which works by which authors to put on the market and in what quantities. Cost-effectiveness was also a consideration here, as the publisher could not afford to keep a mass of unsold published works in stock.¹²

In the digital space, the focus has shifted entirely to the *demand side*,¹³ while the cost of production has fallen substantially as printing and warehousing have become less important.¹⁴ A demand side in the online space means a growing mass of users "orbiting" around a platform, committed to it. The goal is now to satisfy them, to increase their number as much as possible, which goes hand in hand with an increase in advertizing revenues and the publisher's digital database (*network effect*).¹⁵ The increased importance of the demand side is illustrated by the fact that 57% of users reach news sites through social media, news aggregators and search

¹⁰ SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. p. 539.

¹¹ HÖPPNER, 2018. pp. 2-3.

¹² SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. p. 542.

¹³ Ibid. p. 540.

¹⁴ Ibid. p. 542.

¹⁵ Ibid. p. 543. Comp: Höppner describes this as the "content-user-advertiser spiral". See: HÖPPNER, 2018. p. 2. Comp: POELL, NIEBORG and VAN DIJCK distinguish between *direct and indirect network effects*. The former is when the benefit to the end user of participating in the network is a function of how many other users are connected to the network at the same time and in parallel. The indirect effect arises when users connected at different points in the network can benefit from the cooperation in a way that is directly proportional to the size and other characteristics of the other party. At the same time, it is important to note that platform operators have created highly



engines. 47% only read the headline of the search result without clicking on the link to view the full content. This is backed up by Google data showing that 44% of users who visit Google News only scan the headline.¹⁶

In other words, the advent of digitalization and the internet has shifted the focus from the supply side to the demand side, with new businesses responding more quickly to the technology available than do the publishers, who are burdened by decades of established business models and practices. Press publishers now recognize that in the online space they too must strive to offer a higher value-added proposition than freely available content online, with the potential for community building,¹⁷ personalization, and user-generated content,¹⁸ where the tools available can be transformed into a database with significant asset value.¹⁹ The aim is now not only to protect the publications and the works of authorship they contain, or the authors who created them, but also to protect the database of news and information created by the publisher with a significant investment and the platform built around it. Protection of that investment and the platform can come not only from copyright and related rights protection,²⁰ but also from sources such as sui generis database protection, competition law,²¹ and trademark law.²²

The table 1 illustrates the legal protection available to publishers.

There have been attempts in Europe to regulate the relationship between publishers and secondary user intermediaries in the online content consumption market. Prior to 2019, however, those attempts were only at a Member State level. The idea of giving legal protection to publishers who organize news in a structured way has been raised before in international copyright law. However, in the negotiations for the revision of the Berne Convention, which preceded the Rome Convention of

concentrated, centralized markets due to their technical and economic position. POELL, NIEBORG AND VAN DIJCK, 2019. p. 5-6.

¹⁶ HÖPPNER, 2018. p. 3.

¹⁷ Examples of platform development include Tolino, a joint platform of the three largest German book publishers Thalia, Weltbild and Bertelsmann, and Kluwer Navigator, a service that acts as an access point for legal journals, court decisions and other literature. See: SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. p. 547.

¹⁸ Ibid. p. 544.

¹⁹ Ibid. p. 549.

²⁰ According to Papadopoulou and Moustaka, the importance of neighboring rights protection lies precisely in its attempt to protect the value chains established for the secondary use of copyright works from unauthorized use by third parties. See: PAPADOPOULOU and MOUTAKA, 2020. p. 123.

²¹ Competition law protects interests that conflict with intellectual property rights. While the former contains the rules of competition between market players, the latter creates a negative legal relationship with an absolute structure over the creation, i.e., a kind of legal monopoly (in the work or invention itself, not necessarily in the market in which that work or invention competes), with limitations and exceptions. At the same time, competition law can also be used to protect the interests of the investor against market behavior that challenges the results of a competitor's investment. See: MOSCON, 2018. p. 54.

²² SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. pp. 549-550.





TABLE 1			
	AUTHOR	PUBLISHER	DIGITAL PLATFORM
Possible means of protection	Copyright in articles that constitute literary works and other works of authorship contained therein, such as photographs, maps, etc.	It acquires exclusive rights over the protected works, whether under a publishing contract or an employment contract.	Neighboring rights protecting press publications under the provisions of the CDSM Directive, sui generis protection for database producers, trademark law, competition law.

1961,²³ the idea of including news in the scope of protection was rejected.²⁴ In fact, the Berne Convention states in Article 2(8) that copyright protection “... shall not apply to news of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information.” This, of course, gives protection to the authors of the articles as creators of literary works, but excludes mere news from copyright protection in view of the right of access to information. The Berlin review of the Berne Convention also found that the commercial interests of publishers should not be protected by copyright.²⁵ Accordingly, the publishers of the press publications could not obtain related legal protection. Despite their efforts, it was concluded that news collecting and similar activities do not meet the threshold for recognition as related right holders, which is the standard for a performer or phonogram producer.²⁶ Recognized related rights holders build their activities and business model on works protected as authors’ works, and on exploiting them as fully as possible and disseminating them to the public.²⁷ Protection of press publications is indeed a borderline area. There is no doubt that publishers invest heavily in producing and publicizing press publications. However, based on the argument that mere news is itself excluded from protection by the Berne Convention, it is difficult to argue that such investment and effort qualifies as a form of authorship. However, the weak point of the argument could be that journalists use the news to create a work of authorship, which becomes part of the press publication, and which could even be protected as a database or collective work.

The relationship between publishers and intermediary service providers seems to reflect a kind of interdependence.²⁸ Publishers argue that without their

²³ Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations.

²⁴ MosCON, 2018. p. 41.

²⁵ Ibid. pp. 42-43.

²⁶ Ibid. p. 45.

²⁷ Ibid. p. 66.

²⁸ The position of the authors who actually produce the content is not an irrelevant factor in this seemingly interdependent relationship. Their reception of the new neighboring right has not been without its critics. The European Federation of Journalists has expressed concern that the

content, news aggregator and media monitoring services would not work, while the other side argues that their services actually benefit publishers by drawing more attention to the publishers' content available online.²⁹ The Spanish and German examples,³⁰ however, reflect the fact that after the introduction of royalties to publishers, service providers stopped indexing content because they did not want to pay royalties. In Spain, for example, Google discontinued its Google News service in 2015. Overall, the fall in indexing has led to a 6.1% drop in traffic to publishers' websites. The figure was 5.8% for the largest news portals, 7.1% for the average and 13.5% for small publishers. The introduction of the German publisher's neighboring rights legislation has similarly reduced traffic to German news portals. For example, Google did not display search results related to VG Media publications or even hid them completely.³¹

The German and Spanish experiences can be cautionary examples. Search providers that dominate the online intermediary market can easily exclude publications from their search results if they have not reached an agreement with publishers on their use. This may reduce the publishers' market opportunities, even vis-à-vis other competitors who have successfully agreed to use the content.³² In the absence of effective rights protection, distorted competitive conditions mean that publishers invest less in producing quality content, resulting in either less content available online and/or the imposition of subscription fees for accessing their online platforms.³³

II. PROTECTION OF PRESS PUBLISHERS UNDER THE EU'S CDSM DIRECTIVE

The secondary, online use of press products is an important and much-debated segment of the CDSM Directive adopted under the EU's Digital Single Market Strategy.³⁴ The directive aims to protect a free and diverse press, which is essential to ensure quality journalism and citizens' access to information. It contributes to public debate and the proper functioning of a democratic society. However, in the competition for content, advertizing space, and users' attention

content they produce will be harder to disseminate to their target audiences, and that publishers will receive extra resources from the licensing of their property rights without having contributed in any creative way to the content. See: PAPADOPOULOU and MOUSTAKA, 2020. p. 127.

²⁹ SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. p. 553.

³⁰ For details of individual national rules, see: ROSATI, Eleonora: "Neighbouring Rights for Publishers: Are National and (Possible) EU Initiatives Lawful?" IIC-International Review of Intellectual Property and Competition, 47, 2016, pp. 571-574.

³¹ SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. pp. 554-555.

³² HÖPPNER, 2018. p. 13.

³³ Ibid. p. 17.

³⁴ Directive 2019/790/EC on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.



and data in the online space, publishers face licensing problems that hinder their return on investment. Recognizing publishers as holders of rights to press publications would facilitate enforcement of rights in the digital environment.³⁵ A key element and rationale for harmonized legal protection for publishers at EU level is the recognition of the organizational and financial efforts made to produce press publications. This legal protection does not affect the use by individual users for private or non-commercial purposes, including online sharing.³⁶ It must also not cover hyperlinking and mere facts published in press releases.³⁷ For online uses, it is therefore necessary to establish a system of related rights protection for publishers established in a European Union Member State, such as news providers and news agencies, for the reproduction and communication to the public (making available to the public) of press publications on the internet. The scope of these two property rights corresponds to the scope of the reproduction and communication to the public property rights set out in the InfoSoc Directive,³⁸ as the exceptions and limitations set out therein apply in full to new related rights, including the exception covering citation for critical or review purposes.³⁹

The term “press publication” includes publications containing literary (journalistic) works published in any mass media in the context of an economic activity considered as the provision of a service. These include, in particular, daily newspapers, weekly or monthly magazines of general or special interest (including subscription-based magazines), and news websites. Press publications mainly contain literary works, often accompanied by photographs, videos and other protected works. The provisions of the Directive should not apply to scientific journals or websites and blogs that are not initiated, edited, and controlled by a service provider.⁴⁰

The use of publications may mean the use of entire publications or articles or parts thereof, but not the use of individual words or very brief excerpts from them.⁴¹ The borders to the free use of certain words and very short extracts are not specifically defined in the CDSM Directive, but in recital 58 it is only indicated that such words and short extracts are collected and used by the service in very large quantities, the use of which can only be excluded if it does not affect the rights guaranteed by the Directive. Such a right is undoubtedly the right of access to the information referred to in recital 54.

The protection of publishers must not affect the rights of authors and other rightholders in published works and other protected subject-matter. In contrast,

³⁵ CDSM Directive, Recital 54.

³⁶ CDSM Directive, Recital 55.

³⁷ According to Papadopoulou and Moutaka, these uses will continue to be governed by EU copyright rules, in cases of free use. See: PAPADOPOULOU and MOUTAKA, 2020. p. 113.

³⁸ Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

³⁹ CDSM Directive, Recital 57.

⁴⁰ CDSM Directive, Recital 56.

⁴¹ CDSM Directive, Recital 58.

publishers cannot rely on the neighboring rights protection afforded to them by the CDSM Directive, except in contractual agreements between them. Authors of works included in publications are entitled to a share of the revenue that publishers earn from the use agreements they conclude with online content providers⁴²

Press publication means, according to Article 2(4), a collection of literary works of a journalistic nature (which may include other works or other protected subject-matter), and which is a single copy of a periodical or regularly updated publication under a single title, such as a newspaper or a general or special interest magazine, intended to inform the public about news or other subjects, or published in any mass media at the initiative, under the responsibility and under the control of the editorial authority of a service provider.

Article 15(1) states, in the context of the protection of press publications for online use, that Member States shall provide publishers of press publications the reproduction and communication to the public rights provided for in the InfoSoc Directive for online use by information society service providers. This provision shall not apply to private or non-commercial use by individual users, or to the acts of hyperlinks and individual words or very short extracts of a press publication. The term of protection of the new neighbouring right shall expire two years after the date of issue, in accordance with Article 15(4). The period shall be calculated from 1 January of the year following the date of issue. The provisions do not apply to publications first published before 6 June 2019.

III. PROTECTION OF NEWS AGENCIES IN THE US UNDER THE “HOT NEWS” DOCTRINE

A. THE BIRTH, LIFE, AND POSSIBLE DEATH OF THE HOT NEWS DOCTRINE

As discussed above, the EU created the PPR to respond to a particular power discrepancy arising in the modern world of digital news. However, while the internet may have aggravated the situation, the basic problem of how to protect professional news agencies existed long before the digital age. This section discusses an earlier attempt to deal with this core issue; namely, the “hot news” doctrine that exists under the laws of several US states.

In 1918—over a century before the EU Directive—the US Supreme Court heard an appeal in *International News Service v. Associated Press*.⁴³ In this dispute between two rival news agencies, the Associated Press [“AP”] had proof that

⁴² CDSM Directive, Recital 59, Article 15(2), (5). This is also in line with Article 1 of the Rome Convention and Article 1(2) of the WPPT, which state that the provisions of neighboring rights do not affect the protection of authors. See: MOSCON, 2018. p. 55.

⁴³ 248 US 215 (1918). *INS* was technically not the first case to recognize a right in the news. In *Kiernan v. The Manhattan Quotation Telegraph Co.*, 50 How. Pr. 194 (NY Sup Ct 1876), a New York court allowed recovery under analogous facts. However, as this was a trial court decision



the International News Service [“INS”] had obtained news stories from AP and distributed that news to INS subscribers, where it was printed in competition with papers obtaining their news from AP.⁴⁴ Because INS rewrote the stories using its own words, AP had no claim for copyright infringement.⁴⁵ AP nevertheless claimed that INS was liable under the judge-made cause of action for “unfair competition” because it had misappropriated the fruits of AP’s newsgathering efforts and used those fruits in direct competition with AP.⁴⁶

The Supreme Court agreed with AP, holding that it was entitled to recover.⁴⁷ The majority agreed with AP’s basic theory of misappropriation. Allowing INS to free ride by using the news gathered by AP, the majority reasoned, would destroy the incentive for news agencies like AP to invest in news gathering efforts, a result that would harm society. Therefore, the Court held that AP was entitled to a period of exclusivity during which only it could use news it had gathered. INS and other agencies could still compete by reporting on the same events, but had to gather the same news themselves.

Although *INS* is a decision of the US Supreme Court, it is no longer binding precedent on any lower court, state or federal. Twenty years after *INS*, the Supreme Court held in the landmark *Erie* case that the federal courts—including the Supreme Court⁴⁸—have no authority to fashion judge-made rules of substantive law like the tort claim recognized in *INS*.⁴⁹ While state courts retain the authority to establish and define judge-made claims, individual states are free to define the contours of the misappropriation claim recognized in *INS*, or indeed reject it altogether.

Nevertheless, even though it is no longer binding precedent, *INS* has had a significant and lasting influence on the states. State courts have almost universally

(in New York, the “Supreme Court” is actually a court of first instance), the decision was of little precedential value.

⁴⁴ Although the case arose well before modern technology, technology played an important role. INS obtained the news from papers printed on the east coast, as well as from public AP bulletin boards. INS then sent the news by telegraph to the west coast. Due to the three-hour time difference, west coast INS papers could print the news at the same time, or even before, papers that obtained the stories directly from AP.

⁴⁵ While the United States does not allow for copyright in the news itself—the facts—it does allow copyright in the wording of a news story.

⁴⁶ Although AP brought the action originally, the reversal of the parties’ names in the case caption reflects the Court’s often-confusing practice of naming first the party seeking review.

⁴⁷ The Court remanded to the trial court to determine an appropriate scope for injunctive relief.

⁴⁸ Unlike the high courts of other nations such as Canada, the US Supreme Court is not truly “supreme.” It is merely a supreme *federal* court, and has no authority to tell states what their law is.

⁴⁹ *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 US 64 (1938). Contrary to a common misperception, *Erie* does not reject *all* federal judge-made law. Federal courts may craft rules to govern procedure in the federal courts. In addition, a considerable amount of *substantive* “federal common law” continues to exist in certain special areas. See *Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 US 630 (1981); Cross, John T., “Contributory and Vicarious Liability for Trademark Dilution”, 80 *Oregon Law Review* 625 (2002).



rejected the concept of a *general* tort of misappropriation, under which a party would be liable for using the efforts of another, even when the parties are in competition. However, courts have consistently imposed liability in certain categories of cases, such as those involving trade secrets and the right of publicity. On occasion—far less commonly but most relevant to this discussion—they have recognized a cause of action in cases like *INS* that involve “hot news.”⁵⁰

Most of the precedent dealing with the hot news exception comes from the federal Second Circuit, the region that includes New York state.⁵¹ These cases deal with hot news misappropriation claims under New York law.⁵² However, this line of authority came to almost a complete end in the Second Circuit Court of Appeals 2011 decision in *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com*.⁵³ *Barclays* did not hold that there was no misappropriation claim under state law (indeed, under *Erie* the court would have no authority so to hold). Rather, it held that as a state-law claim, the hot news doctrine was preempted by the federal Copyright Act.⁵⁴

The court’s opinion in *Barclays* expressly leaves open the possibility that hot news claims might continue to be valid in certain narrow circumstances.⁵⁵ And other courts disagree as to whether federal copyright law preempts a real hot news claim.⁵⁶ Nevertheless, the case seems to have reduced the use of state-law hot news

⁵⁰ *The Associated Press v. All Headline News*, 608 F. Supp.2d 454 (SDNY 2009); *Barclays Capital, Inc. v. Theflyonthewall.com*, 700 F. Supp.2d 310 (SDNY 2010), *reversed on other grounds* 650 F.3d 876 (2nd Cir. 2011); *see also* *National Basketball Assoc. v. Motorola*, 105 F.3d 841 (2nd Cir. 1997) (recognizes cause of action but holds plaintiff not entitled to recovery on facts presented).

⁵¹ *Id.*; *see also* *Dow Jones & Co., inc. v. Real-Time Analysis & News, Ltd.*, 2014 WL 4629967 (SDNY).

Given the *Erie* rule discussed above, it may seem puzzling that most of these cases have been heard in federal court. Although federal courts cannot create a federal substantive law of misappropriation, they may hear certain state misappropriation claims under their “diversity” jurisdiction. 28 USC § 1332. The claims at issue in all these cases arose under state law

⁵² The material in the text should not be read to suggest that New York is the only state to recognize a hot news claim. The influential decision in *Board of Trade of the City of Chicago v. Dow Jones & Co., Inc.*, 98 Ill.2d 109 (1983) recognizes a hot news claim under Illinois law. *See also* *IPOX Schuster, LLC v. Nikko Asset Management Co., Ltd.*, 304 F. Supp.3d 746 (ND IL 2018) (Illinois law). On the other hands, other states have refused to allow hot news claims; *see, e.g.*, *Brainard v. Vassar*, 561 F. Supp.2d 922 (MD Tenn. 2008) (no claim under Tennessee law).

⁵³ 650 F.2d 876 (2nd Cir. 2011) (reversing the district court decision cited *supra*).

⁵⁴ Under the Supremacy Clause of Article VI of the United States Constitution, federal law is supreme, and preempts contrary state law. When Congress enacts a federal statute, it has the authority to define the scope of preemption under that statute. The Copyright Act itself defines the scope of preemption in 17 USC § 301.

⁵⁵ The influential *Restatement (Third) of Unfair Competition*, a secondary source, while quite skeptical about a hot news doctrine, nevertheless grudgingly acknowledges a limited doctrine may continue to exist.

⁵⁶ *Chicago Board Options Exchange, Inc. v. International Securities Exchange, Inc.*, 973 NE2d 390 (II App. 2012); *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 2021 WL 1531172 (ND Cal. 2021) (California law; court holds that under California law a hot news claim may exist even if the parties are not in competition).



claims. Since *Barclays*, few hot news claims have been raised in court, either in the Second Circuit or elsewhere.

However, even if the *Barclays* court is correct that the hot news doctrine is invalid due to preemption, the doctrine can inform the analysis in this paper. The hot news doctrine differs in certain ways from the EU's PPR. These differences may help justify the approach taken by the EU, and possibly also suggest ways in which the EU's current doctrine should be modified or adapted.

B. COMPARING THE EU AND US DOCTRINES

On the surface, the hot news doctrine and the EU PPR seem to be close cousins. The basic purpose of the two rights is certainly the same. Both exist to provide a means for professional news organizations to recoup the costs necessary to engage in news gathering and quality reporting. Both focus on the greatest threat to that incentive; namely, parties who obtain that news from the rightholder and then turn around and distribute it online in a commercial manner.⁵⁷ And both accomplish this goal by creating a legally-enforceable right protecting the news reporting efforts. That new right is largely separate from—and in addition to—any copyright that may exist in an individual news story as well as the collective copyright in an edition of the news report. Moreover, the new right remains in force for a term far less than the term of the copyright.

Notwithstanding these core similarities, there are also many differences between the EU PPR and the US hot news doctrine. Some of these differences relate to technical aspects of the right. Others go to the fundamental nature of the right. In many cases, a difference arise only in particular fact situations.

Many of these differences, however, are of more academic than practical importance. For example, while the EU PPR is a form of intellectual property right, the hot news doctrine is often described as a form of tort liability. But that difference in labels of scant importance.⁵⁸ The hot news exception does not require a showing of negligence or other tort-based concepts. Just as under the PPR, any intentional act of appropriation is actionable.

Second, and more subtly, the PPR and the hot news doctrine differ in exactly what they protect. The PPR protects *publications*. That is, it only comes into play once the news has been released to the public. The hot news doctrine, by contrast, focuses on the news gathering effort, not the ultimate publication. Put differently, the PPR protects news stories, while the hot new doctrine protects the news itself.

⁵⁷ It is useful to point out that the PPR does not apply to private or non-commercial use of the publication.

⁵⁸ Admittedly, treating the hot news claim as a tort may have procedural implications. The statute of limitations on tort claims is usually fairly short, often one year. However, a party who wishes to protect hot news will ordinarily bring its claim even within that shorter limitations period. The difference may also affect damages, as punitive damages may be available for an intentional tort.





This difference in focus has several implications. First, it means that a hot news claim would be available even for unpublished news. Second, while a PPR claim exists only when the defendant borrows significant chunks of the published story, a hot news claim would be possible even when defendant completely rewrites the story (indeed, this was the situation in *INS* itself). And third, in certain cases the difference will affect who can invoke the right. The PPR is available to the *publisher*, while the hot news doctrine is available to news *gatherers*. In a modern world that includes freelance reporters,⁵⁹ the party who gathers the news is often different from the person or entity that publishes it.

But while interesting as a conceptual matter, these differences are of little practical importance. In the modern era of internet news, the real economic threat to the professional news organization comes from entities like Facebook, Google, and other news aggregators. These entities basically take the story as originally published, and provide an alternative route for readers to consume it. It is not economically viable for a news aggregator to rewrite the story in its own words. Similarly, news aggregators will rarely have access to unpublished news. Instead, they use that which has been disseminated by other news organizations.⁶⁰ Finally, in situations where a press publisher obtains a story from an independent reporter or other third party, the press publisher will typically pay for that story. Therefore, allowing the press publisher rather than the reporter to recover makes sense from an economic perspective. The reporter will already have been compensated. It is the publisher—who compensates the reporter—who is threatened by the news aggregator's copying and redistribution. Therefore, the PPR's grant of a right to the press publisher actually makes good sense as a matter of economics.

On the other hand, there are other differences between the PPR and the hot news doctrine that are more significant. This discussion will focus on three of these differences. In all three cases, the result of the difference is that the PPR is stronger than the hot news doctrine.

Term. The most obvious difference between the PPR and the hot news doctrine is the term of protection. The PPR has a fixed term of two years, measured from the date the press publisher publishes the news story.⁶¹ Hot news protection, by contrast, has no precise term. Rather, courts will grant protection only for a period deemed sufficient for the news agency to recoup its investment in news gathering.

⁵⁹ The news industry in 1918 was a very different creature than it is today. In the early 20th century, news gathering was far more likely to be centralized in an entity like the Associated Press, which hires its own reporters.

⁶⁰ Admittedly, in a case like *INS* itself where the defendant has access to the news story before it is published, or to stories that are not published, the hot news doctrine may be more favorable to the professional news organization. Our point is only that the PPR addresses a far more common current-day problem: entities that copy news that is already on the internet.

⁶¹ Art. 15(4). Although not explicitly stated in the text, this reference is almost certainly to the date of first publication. It would be unfair to allow the press publisher to extend the term of protection simply by republishing the news report.

That period will depend on the type of news at issue. In the case of something like a sports score or same-day stock prices, the period might be as short as an hour or two. In the case of an in-depth exposé, the term could be significantly longer, perhaps a month or so. However, regardless of the type of news involved, it is extremely unlikely that a US court would consider news to be “hot” for even six months, much less two years.

Parties bound by the right. Several courts applying the hot news doctrine have indicated that only parties who compete with the news gatherer are liable. This limitation stems from the *INS* decision itself, which is based in the theory of unfair competition.⁶² The PPR, by contrast, extends to all public, commercial uses of a press publication.⁶³ “Commercial” is of course not a synonym for “competition.” If a party uses a business asset of another firm in a different market, it may benefit commercially even though it is not in competition. Markets may differ because they are located in a different space, or because the group of buyers is different.⁶⁴

The market for internet news, of course, is not bound by geographical distance to the same degree as the market for physical goods. However, there can still be different geographical markets. Some nations continue to “firewall” the internet, only allowing certain sources to be viewed. Perhaps more significantly, there can also be different subsets of buyers in the market for news. A publication dealing with financial risk in the banking sector might be distributed to one group of buyers. If another party “repurposes” that news to an entirely different audience, it could be dealing in a market that the original publisher currently does not serve. Nevertheless, because that party is benefitting financially from the repurposing, it would have engaged in a commercial use in violation of the PPR.

Interplay with copyright. The PPR carefully distinguishes between the copyright in a news story and the PPR. The latter is clearly a related right, and will often exist in a different party. The PPR Directive also allows the copyright owner considerable control over her work. If the copyright owner grants only a non-exclusive license to the press publisher, the owner remains free to allow other to publish the same story, in which case the later publishers do not violate the PPR.

The hot news doctrine, by contrast, often fails to distinguish the hot news right from the copyright. This failure may be attributable to the era in which *INS* was decided, a period in which news reporting was a far more integrated industry.⁶⁵

⁶² However, not all courts limit the right to competitors. See *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corp.*, 2021 WL 1531172 (ND Cal.).

⁶³ Art. 15(1) exempts “private or non-commercial uses,” which by negative inference means the right extends to all public, commercial uses.

⁶⁴ As a simple example of the latter, the market for printed books would not include buyers who are blind. A party who produces a Braille translation of that book would be dealing in a different sub-market.

⁶⁵ As noted above, in the early 20th century an organization like the AP had its own reporters as employees. Because the US is one of the nations that follows a “work made for hire” rule, the AP would own the copyright in stories written by those employers. This meant that the AP owned not only the hot news right, but also the copyright.

But regardless of the reason, the unclear line between copyright and the hot news right has led to various issues, most notably the line of cases discussed above holding that federal copyright law preempts the state-law hot news right.

IV. EVALUATION OF THE PRESS PUBLISHER'S RIGHT IN LIGHT OF THE U.S. EXPERIENCE

A. THE POLICY UNDERLYING THE PPR

The primary aim of the new neighboring right, which protects publishers, is to make it easier to act against mass, unauthorized online use of their publications. According to Höppner, the instruments already available (copyright protection for journalists and other authors and protection for database producers) are not able to provide effective protection for publishers. Copyright cannot be an effective instrument because publishers must first prove that they have the right to exercise copyright, either by granting an exclusive license or by transferring the property rights. Moreover, freelance journalists do not always grant an exclusive license for their work. Enforcement⁶⁶ and proving the chain of title is therefore difficult in an environment where many works are used without authorization in a short time. The question of copyright infringement could only be examined on a case-by-case basis.⁶⁷ Copyright is therefore in fact an inadequate tool to ensure that third parties do not use publishers' content without permission. Yet there is a need to give some form of recognition and protection to their efforts and to respond to the undeniable fact that certain services benefit financially from free content that they have not helped to produce. In this context, it is essentially irrelevant whether the use is made in a way that infringes copyright, because the main interest to be protected is not the individual authors' copyright in the work, but the protection of the publisher's investment. A further problem is that freelance journalists often do not grant an exclusive license to publishers for their work. In addition to the problems of licensing, the legal policy justification for copyright is different.⁶⁸ Copyright recognizes and protects the relationship between the author and his or her work, as well as individual originality, rather than capital investment in the compilation of press releases.⁶⁹ The

⁶⁶ According to Moscon, an appropriate solution could have been to amend Article 5 of Directive 2004/48/EC (presumption of authorship or entitlement) to extend the presumption to publishers of press publications. See: MOSCON, 2018. p. 58. Comp: PAPADOPOULOU and MOUSTAKA, 2020. p. 128.

⁶⁷ HÖPPNER, 2018. p. 6.

⁶⁸ According to Pihlajarinne and Vesala, the new related right protection depends on the purpose and form of the publication, not on its quality, including its individual, original character. See: PIHLAJARINNE, Taina and VESALA, Juha: "Proposed right of press publishers: a workable solution?" GRUR International, 3/2018. p. 293.

⁶⁹ HÖPPNER, 2018. pp. 6-7.



interests of authors and publishers may not intersect at this point. Authors should be interested in ensuring that their articles reach as wide an audience as possible and are as widely read as possible.⁷⁰

Protection for databases could be an appropriate means of protecting publishers' investments.⁷¹ Article 7 of the Database Directive provides sui generis protection to database producers whose activities in obtaining, verifying, and producing the contents of the database involve significant expenditure. This is similar to the phrase "under the initiative, editorial responsibility and control of a service provider" in Article 2(4)(c) of the CDSM Directive.⁷² However, Höppner does not consider the sui generis protection of database producers to be adequate, in view of the wording of Article 7(1) of the Database Directive "extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the content of that database". Indeed, news indexing providers, obviously with an eye to the relevant case law, make available on their platforms fragments that are neither whole nor substantial. The three-step test referred to in Article 7(5) cannot be a safe harbor for publishers either, since they have to prove that an insignificant part of the database content is prejudicial to the normal use of the database or unduly prejudices the legitimate interests of producers.⁷³ It should be noted here, however, that the CDSM Directive itself states that the exercise of the new neighboring right must take into account the system of limitations and exceptions of the InfoSoc Directive, where the three-step test is also part of the regulation. Overall, it seems that copyright protection of the database can be an appropriate tool of ensuring the highest possible protection, in combination with other available means of protection.⁷⁴ The rules on limitations and exceptions applicable to the two new property rights refer to the InfoSoc Directive. According to Höppner, citation cannot be invoked in favor of aggregators and media monitoring services, as the display of search results is not for critical or descriptive purposes.⁷⁵

In other words, despite criticisms, the aim of the new legislation is not to duplicate⁷⁶ the layer of copyright protection, but to protect the interests of publishers' investors. The fact that this has been done by guaranteeing them reproduction and communication to the public of their press publications should not be misleading. At

⁷⁰ MOSCON, 2018. p. 58.

⁷¹ Article 1(1) of the 96/9/EC Database Directive defines a database as a collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or other means.

⁷² According to Höppner, this means the legal responsibility of the publisher for the works published, the editorial responsibility for their quality, and the essential organizational and financial efforts. See: HÖPPNER, 2018. p. 12.

⁷³ HÖPPNER, 2018. pp. 7-8. Comp. MOSCON, 2018. p. 49.

⁷⁴ Copyright in the articles, trademark in the news portal as a platform of the publisher's portfolio, as well as in the database, the compilation and arrangement of the content as an individual, original intellectual creation.

⁷⁵ HÖPPNER, 2018. pp. 12-13. Comp. PIHLAJARINNE and VESALA, 2018. p. 291.

⁷⁶ PAPADOPOULOU and MOUTAKA, 2020. p. 121.



the same time as granting the two property rights, the legislator also took into account the established practice of the CJEU with regard to linking.⁷⁷ The appropriate use of limitations and exceptions also seeks to ensure a proper balance between different interests (freedom of expression, protection of the free press, freedom of access to information, freedom to conduct a business, protection of intellectual property). Senftleben, Kerk, Buiten and Heine point out that one of the future drawbacks of the new neighboring right may be that it will no longer be necessary to conclude contracts of usage of works, which have protected authors' interests until now.⁷⁸ This seems to be contradicted by the rule in the Directive that the new right does not affect the rights of authors and other rightholders in works and other subject-matter included in publications. Furthermore, the Directive now requires the authorization of the publisher for only two property rights, reproduction, and communication to the public. Another counter-argument is the almost extreme shortness of the protection period, which is only two years.

B. SOME SUGGESTIONS FOR CHANGE

Part III.B of this article points out some differences between the PPR and far older “hot news” claim under the law of some US states. That discussion identified three main differences; namely (a) the term of the right, (b) whether the right is limited to competitive uses of the news, and (c) the interplay between the copyright in the news story itself and the right granted to the publisher or news organization. Although the PPR and hot news rights were created at different times and in different systems, they nevertheless at their cores deal with the same fundamental concern: protecting professional news organizations from predatory behavior by news aggregators and other free riders. As a result, it is possible each law might learn from the other. The following discussion will address each of the three differences discussed above, although not in the same order.⁷⁹

Interplay with copyright. The PPR's explicit distinction between the related right and the copyright is a clear positive, and should not be changed. It preserves the ability of the independent news reporter to market her story as she best sees fit. It also provides an additional means to deal with unscrupulous online news sources. After all, a third party that uses a news story *without* the permission of the copyright

⁷⁷ PIHLAJARINNE and VESALA, 2018. p. 293.

⁷⁸ SENFTLEBEN, KERK, BUITEN and HEINE, 2017. p. 553.

⁷⁹ In addition to the changes suggested in this section, the EU might want to consider the limitation of the PPR to press publications “established in a Member State” of the EU. This limitation arguably runs afoul of the National Treatment provision of TRIPS Articles 3 and 4. Although Articles 3 and 4 only apply to intellectual property rights, the PPR is clearly intended to be—and may well be in practice—an intellectual property right within the meaning of TRIPS. However, this complex issue is beyond the scope of this paper.



owner is potentially liable not only for copyright infringement (by the copyright owner), but also the press publisher.⁸⁰

Indeed, the US law of hot news misappropriation could benefit from similar careful attention to how copyright interacts with the hot news right. Such attention might help save the hot news right from preemption. Under § 301(a) of the US Copyright Act, a state-law right is only preempted if it provides rights “equivalent” to those granted by copyright law.⁸¹ Drawing clearer lines between the copyright in the reporter and the hot news right in the publisher might make it more likely that courts would find the rights not to be equivalent.

Term. The two-year term of the PPR is far longer than the term of protection available under the hot news doctrine. Indeed, viewed from this light the PPR seems somewhat excessive. From an economic perspective, the news industry is notable for its powerful head start/lead time advantages. A party who is the first to report on a story has a tremendous edge over others. On the other hand, this lead time advantage ordinarily dissipates quite quickly, often within a day or so.

The EU should consider whether a two-year term is too long. A “perfect” approach would consider how long the lead time advantage of a particular story lasts. However, as a practical matter it would be impracticable to set up a sliding scale system like that which exists for the hot news doctrine. A court or other tribunal is not well equipped to calculate the lead time advantage of a news story. An alternative would be a fixed term for all stories of a much shorter period, perhaps a week or two. That period would allow the press publisher to reap the benefits of its lead time advantage.

On the other hand, there may be a broader agenda here. Much of the language of the EU Directive, especially in the recitals, suggests that the PPR is about more than merely protecting a press publisher’s lead time. Instead, it may be a broader effort to preserve the professional news industry. Granting a two-year exclusive right in a story may do little more than a two-week period in preserving the economic benefits of lead time advantage. However, even if it does not directly benefit the professional news industry, it certainly impairs the ability of news aggregators and similar parties to compete.

Imposing liability on noncompetitors. While the PPR applies only to commercial uses of a press publication, that commercial use need not necessarily be in competition with the press publisher. It is difficult to see how that press publisher suffers any direct economic harm from noncompeting uses. If the press publisher is not serving a particular geographic or specialty market, it suffers no loss of sales if others sell the same news story in that market.

⁸⁰ The exception in Art. 15(2) for non-exclusive licenses applies only in cases where the third party is an “authorized” user. In cases where a third party uses a copyright work without permission, the press publisher could accordingly invoke the PPR even though it has only a non-exclusive license.

⁸¹ Although not explicitly set out in that section, a state-law right can also be preempted if it conflicts with the operation of the copyright system. However, it is difficult to see how a hot news right would conflict.



On the other hand, extending liability to noncompetitors is not necessarily a bad thing. First, very few cases are likely to involve commercial, noncompetitive uses. Given the vast reach of the internet, most professional news organizations have a virtually worldwide reach. Second, imposing liability for all public commercial uses saves courts and other tribunals the difficulty of defining the scope of the press publisher's market. As even a brief review of monopoly law makes clear, markets are notoriously difficult to define with any degree of precision. Third, imposing liability on non-competitors does provide an additional benefit to press publishers. The PPR does not prohibit news aggregators from making any use of a news story published by a press publisher. The aggregator can rewrite the story in its own words. However, given the business model of most aggregators, rewriting is rarely likely to be economically viable. In the alternative, the aggregator can summarize the highlights of the story, and then link to the original press publication.⁸² An interested reader can then go to the original site and read the story. Not only does this ensure the press publisher is compensated (in the case of pay-per sites), but also has the benefit of ensuring that the press publisher is acknowledged as the source of the story. This in turn may increase the reputation of the press publisher as well as enhance the accuracy of the news [...] which in itself is a laudable goal.

In short, then, the only significant change we would suggest to the PPR relates to term. While a fixed term makes sense as a pragmatic matter, a two-year term seems too long. While the EU could also consider modifying the PPR to limit liability to competitors, there are also good reasons to impose liability in all commercial cases involving reproduction or distribution of the original story.

CONCLUSION

Overall, we welcome the creation of a new Neighboring Right for a high level of harmonization and for the Digital Single Market. The press publisher's right is an important tool to ensure that professional news organizations can recoup the costs involved in accurate reporting. And dealing with the issue at the EU level makes perfect sense. If the European legislator had not responded to the challenges faced by publishers, it would have been up to the Member States to do so, which would have led to further fragmentation of the already fragmented internal market.⁸³ It would also run counter to both the provisions of the InfoSoc Directive and the relevant CJEU case law. The former precisely delineates the limits of the rights of

⁸² As noted above, the PPR does not apply to linking.

⁸³ Comp. PIHLAJARINNE and VESALA, 2018. p. 295.



reproduction and communication to the public and the beneficiaries. The latter confirms⁸⁴ or clarifies this line in several cases.⁸⁵

Of course, like all legislative efforts, the press publisher's right is imperfect and involves some tradeoffs. However, the only significant change we would recommend is a reduction in the term of the right from the current two years to a period of a few weeks or a month. That reduced term would be more than sufficient to allow the press publisher to leverage its lead time to recoup its costs, while not unduly impairing the ability of news aggregators and others to "re-report" the news. For good or bad, some people prefer to receive their news from these sources.

RECIBIDO: 1/9/2022; ACEPTADO: 19/9/2022



⁸⁴ As regards communication to the public: C-466/12. Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB. ECLI:EU:C:2014:76.; C-348/13. BestWater International GmbH v. Michael Mebes, Stefan Potsch. EU:C:2014:2315.; C-160/15. GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc and Britt Geertruida Dekker. ECLI:EU:C:2016:644. Concerning the rights of the related rights holders and the limits of these rights: C-279/13. C More Entertainment AB v. Linus Sandberg. EU:C:2015:199. For fair compensation to be paid to copyright holders for private copying, see: C-572/13. Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL. EU:C:2015:389.

⁸⁵ For the limitations of certain rights, see: Rosati, 2016. p. 575-578. On national options for related rights holders: Ibid. pp. 578-583.

NOVEDADES EN LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS A ESCALA EUROPEA EN LA *DIGITAL SERVICES ACT**

Nora Rodríguez García**
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La estrategia europea *Shaping Europe's Digital Future* (febrero de 2020) marcó un antes y un después en la construcción y delimitación de los poderes de los intermediarios en línea, a través de dos iniciativas legislativas, de carácter complementario, de actualización y mejora de la seguridad jurídica en las transacciones comerciales digitales: la *Digital Markets Act* (Reglamento de Mercados Digitales, septiembre de 2022) y la *Digital Services Act* (Reglamento de Servicios Digitales, octubre de 2022). La *Digital Services Act* se ocupa de la creación de un compendio común de obligaciones para los intermediarios digitales en aras de aumentar, promover y asegurar los derechos de las personas consumidoras y usuarias en línea, creando un entorno digital más seguro, justo y transparente. Se estudian en este artículo las principales novedades implementadas por esta, tratando de ofrecer algunas conclusiones preliminares en cuanto al alcance del texto adoptado y la previsión de fricciones en el momento de su aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: protección de consumidores, Reglamento de Servicios Digitales, intermediario digital, proveedor de servicios, plataforma en línea.

NOVELTIES IN CONSUMER PROTECTION AT EUROPEAN LEVEL UNDER THE *DIGITAL SERVICES ACT*

ABSTRACT

The European strategy *Shaping Europe's Digital Future*, published in February 2020, marked a turning point in the construction and delimitation of the powers of online intermediaries, through two legislative initiatives, complementary in nature, to update and improve legal certainty in digital business transactions: the *Digital Markets Act* (September 2022), and the *Digital Services Act*, (October 2022). The *Digital Services Act* is concerned with the creation of a common set of obligations for digital intermediaries in order to enhance, promote and secure the rights of consumers and users online, creating a safer, fairer and more transparent digital environment. This article examines the main novelties implemented by this regulation, trying to offer some preliminary conclusions as to the scope of the adopted text and the foreseeable frictions at the time of its practical application.

KEYWORDS: consumer protection, *Digital Services Act*, digital intermediary, service provider, online platform.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2022.39.02>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 39; julio 2022, pp. 29-47; ISSN: e-2530-8319



1. INTRODUCCIÓN

La *Digital Services Act*¹ (en adelante DSA) es el nuevo reglamento europeo, de muy reciente publicación², sobre comercio electrónico, contratación electrónica y protección de consumidores; en concreto, se trata del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)³, que se configuró como una de las dos iniciativas legislativas⁴ presentadas por la Comisión Europea a raíz de la estrategia digital de actuación denominada *Shaping Europe's Digital Future*⁵, anunciada en febrero de 2020. Este Reglamento viene a modificar algunos preceptos de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000⁶, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información (Directiva de comercio electrónico, en adelante DCE), transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico⁷ (en adelante LSSI). Concretamente, suprime los artículos 12 a 15 de la DCE y los sustituye, a su vez, por los artículos 4, 5, 6, y 7 del propio texto⁸, no cambiando el régimen de exenciones condicionadas

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Desafíos actuales del Registro de la Propiedad: Blockchain y protección de datos» (PID2020-113995GB-I00), financiado por MICIN/AEI.

** Profesora ayudante de Derecho civil.

¹ Traducida al español como Reglamento de Servicios Digitales.

² Publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 27 de octubre de 2022.

³ De especial interés para comprender de manera sencilla las fases del procedimiento legislativo ordinario por las que ha pasado la DSA, consultar la infografía proporcionada en el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=uriserv:OJ.L_.2022.277.01.0001.01.SPA.

⁴ La estrategia *Shaping Europe's Digital Future* (Configurar el futuro digital de Europa) presentó como uno de sus pilares fundamentales la creación y adaptación de la normativa europea a las plataformas digitales y el refuerzo de la responsabilidad de tales plataformas. Así, se presenta el *Digital Services Act Package* (Paquete legislativo de la Ley de Servicios Digitales), dentro del cual se contiene la *Digital Services Act* (Reglamento de Servicios Digitales –publicado el 27 de octubre de 2022–) y la *Digital Markets Act* (Reglamento de Mercados Digitales –publicado el 10 de octubre de 2022–).

⁵ Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenidos y Tecnología, *Shaping Europe's digital future*, Oficina de Publicaciones, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/4819>.

⁶ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 17 de julio del 2000.

⁷ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. *BOE* núm. 166, de 12/07/2002.

⁸ Para mayor información acerca de la graduación de control delimitadora de la responsabilidad de las plataformas en línea, se recomienda la consulta de ARROYO I AMAYUELAS, E., «La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, núm. 1, pp. 808-837.

de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, sino aportando mayor claridad a las definiciones y estipulaciones en que se basan.

Recién publicado el texto en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y con las enmiendas finales plasmadas, en él se pueden apreciar las principales modificaciones en materia de protección de personas consumidoras y usuarias y comercio electrónico, distando, en parte, de las contempladas por la DCE en el momento de su aprobación, habida cuenta de los veinte años transcurridos entre la Directiva y el Reglamento. Este trabajo tiene por objeto facilitar la comprensión de las bases sobre las que se asienta este nuevo modelo de protección de las personas consumidoras y usuarias impulsado por la irrupción de la economía de plataformas y la pavimentación de la estrategia europea para la implantación de estos cambios teniendo en cuenta el papel de la UE como actor digital mundial⁹, referente y garante de los derechos tecnológicos¹⁰.

Como resulta de lo expuesto, no se expondrán las novedades legislativas en el acervo comunitario en materia de protección de personas consumidoras y usuarias en términos generales, sino que se aludirá a la protección otorgada por la DCE y ahora complementada (y, una parte, sustituida) por la DSA, es decir, en los supuestos específicos de interacción de estas con prestadores de servicios de intermediación, sea a través de plataformas en línea¹¹ o digitales, pero no con aquellos que prestan el servicio subyacente, de los cuales se encargará, como no puede ser de otra manera, la Directiva de Consumidores y Usuarios¹² y las normativas sectoriales que sean de aplicación al caso concreto¹³.

⁹ Como parte de la estrategia *Shaping Europe's Digital Future*, la UE, como *actor digital mundial*, se propone convertirse en un modelo mundial de economía digital ayudando a la digitalización de las economías en desarrollo e impulsando y elaborando normas digitales a nivel internacional.

¹⁰ Englobando el derecho de las nuevas, y no tan nuevas, tecnologías.

¹¹ En el considerando trece de la DSA, se contiene la siguiente definición de plataforma en línea: «redes sociales o las plataformas en línea que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público, a petición de los destinatarios del servicio [...] los prestadores de servicios de alojamiento de datos no deben ser considerados plataformas en línea cuando la difusión al público sea tan solo una característica menor o meramente accesoria que esté inextricablemente unida a otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal, y dicha característica o funcionalidad no pueda utilizarse, por razones técnicas objetivas, sin ese otro servicio o servicio principal, y la integración de dicha característica o funcionalidad no sea un medio para eludir la aplicabilidad de las disposiciones del presente Reglamento aplicables a las plataformas en línea».

¹² Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

¹³ Como pueden ser las actuales Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE y la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y adminis-



2. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA NORMATIVA EUROPEA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA NECESIDAD DE SU REVISIÓN

Antes de comenzar a examinar el Reglamento, se hace necesario esbozar unas pinceladas sobre la DCE. Esta Directiva, transpuesta por la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, se presentaba como necesaria e imprescindible, pues contenía una serie de reglas «de mínimos», susceptible de ser superada en nivel de protección por los Estados miembros. Fue la primera en definir nuevos conceptos antes no regulados que revistieron una importancia clave: Servicios de la Sociedad de Información¹⁴, prestador de servicios, prestador de servicios definido, destinatario o comunicación, entre otros. También sirvió para establecer los principios y requisitos básicos por los que se ha de regir un agente o prestador de servicios para desarrollar su actividad y fomentar la idea de desarrollo del mercado interior¹⁵.

De esta manera, la DCE centra su actuación en definir los regímenes de responsabilidad¹⁶ (o la exención de la misma) de las plataformas digitales, sean intermediarias o proveedoras de servicios; incorpora normas sobre transparencia e información, publicidad y contratación electrónica; además, incluye la «cláusula de mercado interior»¹⁷, considerada la pieza clave de la directiva.

trativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

¹⁴ Artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

¹⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., «La responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa a la luz de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información», *Anales de la Facultad de Derecho*, 38, 2021, pp. 131-152. <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2021.38.06>.

¹⁶ Para mayor información acerca de los regímenes de responsabilidad de las plataformas digitales, consultar los trabajos de PEGUERA POCH, M., «Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI. Monográfico del «III Congreso Internet, Derecho y Política (IDP). Nuevas perspectivas», *Revista de Internet, política y derecho* n.º 5. 2007, pp. 2-18.; CAVANILLAS MÚGICA, S., «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, 2007, pp. 1-39; JULIÁ-BARCELÓ, R., «Liability of online intermediaries: An european perspective», *European Intellectual Property Review*, n.º 12, 1998, pp. 1-9.; entre otros.

¹⁷ Establecida en los artículos 3 y 4 de la DCE, la cláusula de mercado interior sujeta a los prestadores de servicios digitales a la legislación del país en el que estén establecidos y no a la pluralidad de normativas de los países en los que presten sus actividades. Por consiguiente, este «principio de país de origen» impide que los Estados miembros puedan poner barreras u obstaculizar a prestadores de servicios de la sociedad de la información de otros países para fomentar el comercio a través de los propios, impulsando la idea de un mercado único y transfronterizo.





A pesar de todos los esfuerzos, la DCE se ha enfrentado, a lo largo de sus 20 años de vigencia, a varios problemas que han dificultado que se logre la deseada protección de consumidores a escala europea. Autores como Rodríguez de las Heras Ballell hacen referencia a tres situaciones principales e interconexas¹⁸. En primer lugar, la fragmentación del marco de protección de consumidores debido a las divergencias legislativas en la transposición de la directiva, que ponen de relieve un distanciamiento legislativo que, a su vez, ha redundado en un alejamiento comercial, aumentando los costes de cumplimiento y reduciendo la previsibilidad, lo que promueve aún más disparidad entre normativas nacionales. Además, resalta que estas diferencias legislativas se tornan, en cierto sentido, irreconciliables con la propia naturaleza del entorno digital. Esta fragmentación legislativa resulta en una considerable falta de armonización en el acervo comunitario¹⁹. Principalmente, como señalan Sagar y Hoffman, las divergencias legislativas a nivel estatal en la implementación de la DCE tuvieron que ver con los distintos sistemas de «notificación y retirada» de los datos transmitidos, almacenados de manera automática o transmitidos y, por ende, el régimen de exención condicionada al que queda supeditado el «conocimiento efectivo» y la «debida diligencia» para el caso de los prestadores de servicios de intermediación²⁰.

En segundo lugar, hace referencia a la transformación de la realidad de la economía digital y su choque con la realidad normativa. La autora pone de relieve que las limitaciones de la DCE, a pesar de estar esta configurada como una directiva tecnológicamente neutra, precisamente para evitar la constante supervisión de la normativa que creó debido a la rapidez con la que evoluciona y muta el entorno digital y su desarrollo tecnológico²¹, han derivado en la inadecuación de la misma para dar seguridad jurídica a los nuevos contornos de esta tecnología²², habida cuenta de la abrumadora innovación tecnológica alcanzada en estos veinte años²³.

En consecuencia, los principios clave y básicos establecidos en la DCE deberán perdurar, pero estos no serán ya suficientes para hacer frente a la masiva trans-

¹⁸ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «The background of the Digital Services Act: looking towards a platform economy», *ERA Forum* 22, 2021, pp. 75-86. <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00654-w>.

¹⁹ En este sentido, el propio considerando 16 de la DSA hace referencia a las divergencias en la transposición y aplicación de las disposiciones de la DCE, apelando a la conservación del marco de exenciones condicionadas de la responsabilidad que la DCE establece.

²⁰ HOFFMANN, T. y SAGAR, S., «Intermediary Liability in the EU Digital Common Market—from the E-Commerce Directive to the Digital Services Act», *IDP: revista de Internet, derecho y política*= *revista d'Internet, dret i política*, n.º 34, 2021.

²¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo - Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) /* COM/2003/0702 final */.

²² Tal y como señala la propia autora, debemos pensar en la inteligencia artificial, el análisis de *Big Data* o el *blockchain*, entre otros.

²³ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *op. cit.*, 2021

formación del entorno digital, siendo necesario un nuevo enfoque de los mismos que abarque no solo la actualidad, sino que tenga en cuenta también la previsibilidad de las futuras transformaciones tecnológicas que afecten directamente a la protección de consumidores y a la salvaguarda del entorno digital.

En tercer y último lugar, con respecto al enfoque horizontal normativo, la adopción de normativas sectoriales que complementan la DCE; en este caso, las ya nombradas Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE; y la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), contienen normativa que afecta a los prestadores y proveedores de servicios de la sociedad de la información en cuanto a su régimen de responsabilidad, difiriendo este del que recogen los preceptos de la DCE. Una vez más, se produce la fragmentación del marco legal aplicable a las plataformas digitales, aunque, como señala De Miguel Asensio, dichas directivas se coordinan con el Reglamento dada la especificidad de la materia concreta sobre la que son de aplicación²⁴.

Estas son algunas de las principales razones que hicieron necesaria la revisión normativa del entorno digital europeo y los agentes que en él intervienen. Entre otras consideraciones, no debemos dejar de lado la avalancha de difusión de productos y contenidos ilegales (como, por ejemplo, los discursos de odio o las *fake news* –*noticias falsas o bulos*–) y perjudiciales, o la aceleración producida por los desafíos de la covid-19²⁵, que, irremediablemente, han precipitado la necesidad de actualización y han avivado el debate sobre la regulación de las plataformas digitales²⁶.

Para finalizar con estas notas previas sobre la necesidad de una revisión de la normativa en materia de protección de consumidores, es necesario retomar y exponer la mencionada estrategia *Shaping Europe's Digital Future*, en aras de comprender el punto de partida y puente que traza la UE en el entorno digital, que se basa en tres pilares fundamentales²⁷:

²⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios», *La Ley Unión Europea*, n.º 88, 2021.

²⁵ Para hacerse una idea de las implicaciones que ha tenido la pandemia en términos de plataformas digitales, en el año 2020, Amazon registró una facturación de 386 064 millones de dólares. La Información (2022, 3 de febrero), La pandemia catapultó las ganancias de Amazon y se anota un aumento del 56%. Recuperado de <https://www.lainformacion.com/empresas/pandemia-catapulto-beneficio-amazon/2859149/>.

²⁶ European Economic and Social Committee, *Digital Services Act and Digital Markets Act: stepping stones to a level playing field in Europe*, European Economic and Social Committee, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2864/74293>.

²⁷ Se puede consultar la estrategia completa en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es.



- I. Tecnología al servicio de la sociedad: entendiendo por tal la inversión en competencias digitales, protección contra amenazas cibernéticas, desarrollo de la inteligencia artificial de manera segura, implementación de banda ancha en los hogares europeos, ampliación de la capacidad de supercomputación.
- II. Un entorno de competencia digital económica justa: promoviendo el acceso a financiación para empresas emergentes y pequeñas empresas de innovación, el refuerzo de la responsabilidad de las plataformas digitales (a través de la propuesta de Ley de servicios digitales, tal y como se aludía al texto aprobado previa publicación en el DOUE, que finalmente fue publicado como el Reglamento de Servicios Digitales), la adecuación de la normativa europea a la economía digital, una competencia justa entre empresas y la necesidad de protección de datos sensibles y personales.
- III. Una sociedad digital sostenible, democrática y abierta: con la vista puesta en el objetivo de neutralidad climática para el 2050, reducción de las emisiones de carbono, control y protección de datos, creación de espacios europeos de salud y lucha contra la desinformación para fomentar la fiabilidad de los contenidos de los medios de comunicación.

Sobre estos tres pilares, la UE marca un claro camino para convertirse en actor digital mundial.

Así, 20 años después, la Comisión Europea comenzó los trámites de, en cierto sentido, *jubilación* de algunos parámetros de la DCE abriendo las puertas a una nueva regulación de la contratación electrónica y del comercio electrónico centrado en la economía de las plataformas, con las plataformas en línea y los motores de búsqueda como principales actores del sector, en cuanto a su congruencia con la protección de los consumidores y usuarios que se desenvuelven en el entorno digital cuando las mismas presten, en el caso de la DSA, servicios de intermediación.

3. SOBRE LA DIGITAL SERVICES ACT

La DSA es el Reglamento que tiene como objetivo crear un espacio digital que goce de mayor seguridad jurídica, protegiendo los derechos fundamentales de las personas consumidoras y usuarias de servicios digitales. En el mismo se contempla una nueva batería de derechos y obligaciones para los prestadores de servicios de intermediación, los prestadores de servicios relativos al alojamiento de datos, las plataformas en línea y las plataformas en línea de muy gran tamaño²⁸, también

²⁸ El considerando 76 de la DSA establece que las plataformas de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño entrañan un riesgo para la sociedad una vez que el número de destinatarios de una plataforma asciende a un porcentaje importante de la población de la Unión, que se fija en el 10% de su población, umbral que se deberá mantener actualizado y que será calculado bajo promedio durante un periodo de seis meses.



denominadas VLOP –*very large online platform*–, y los motores de búsqueda de muy gran tamaño, a su vez denominados VLOSE –*very large online search engine*–.

De vital importancia sobre el ámbito de aplicación del Reglamento es que, en línea con la DCE, el mismo se aplica a las actividades de *mera transmisión* –transmitir, en una red de comunicaciones, información facilitada por el destinatario del servicio o facilitar el acceso a una red de comunicaciones–; *memoria caché* –transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por un destinatario del servicio, [...] almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz o más segura la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos–; y *alojamiento de datos* –almacenar información facilitada por un destinatario del servicio–, siempre que se trate de servicios intermediarios prestados a destinatarios del servicio con establecimiento o residencia en la UE, con independencia del lugar de establecimiento del prestador de dicho servicio²⁹.

Otro dato relevante sobre la DSA es la propia elección del instrumento legislativo por parte de la Comisión Europea; así, en virtud del art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³⁰, se escoge el reglamento precisamente para evitar la fragmentación referida anteriormente y que perjudicó anteriores iniciativas legislativas como la DCE. Tal y como se argumenta en el considerando cuarto de la exposición de motivos de la DSA, «a fin de salvaguardar y mejorar el funcionamiento del mercado interior, debe adoptarse un conjunto específico de normas uniformes, eficaces y proporcionadas de obligado cumplimiento en el ámbito de la Unión. En el presente Reglamento se establecen las condiciones para que en el mercado interior surjan y se desarrollen servicios digitales innovadores».

Como ha manifestado abiertamente la doctrina³¹, su antecedente aún en vigor, la DCE, ha sido una directiva acertada y certera; sin embargo, 20 años después de su adopción, los presupuestos sobre los que se basaba han sido superados debido al crecimiento exponencial del comercio electrónico. Siendo la DCE la columna vertebral de la regulación europea en materia de contratación electrónica, como ya se ha expuesto, la DSA se configura como el enlace hacia la nueva regulación de este

²⁹ Art. 2.2 de la DSA: «El presente Reglamento no se aplicará a ningún servicio que no sea un servicio intermediario ni a ningún requisito que se imponga al respecto de un servicio de esa índole, con independencia de si el servicio se presta mediante el uso de un servicio intermediario».

³⁰ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial*, n.º C 326 de 26/10/2012 p. 0001-0390.

³¹ Por todos, véase ARROYO I AMAYUELAS, E., «La necesidad de actualizar la directiva de comercio electrónico», *Revista Del Colegio Notarial de Cataluña* (2-3/2019), 2020, pp. 130-132; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., «Rules for Electronic Platforms: the role of platforms and intermediaries in the digital economy: A Case for Harmonization». *Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development*, n.º 146, 2017; VEGA CLEMENTE, V., «Revolución tecnológica y Derecho Mercantil», *Revista de estudios económicos y empresariales*, n.º 30, 2018, 149-169; ÁLVAREZ MORENO, M.T., *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Editorial Reus, Madrid, 2021.



fenómeno tecnológico, superando los obstáculos que la DCE no pudo prever y ofreciendo un nuevo marco normativo que regule la realidad digital actual³².

La DSA, por tanto, centra sus objetivos en proteger a las personas consumidoras y usuarias y sus derechos fundamentales en línea, establecer un marco de transparencia y rendición de cuentas para las plataformas digitales e impulsar la innovación, crecimiento y competitividad en el mercado único³³. Las disposiciones de la DSA quedan encuadradas en el texto de la siguiente manera:

1. Un primer capítulo donde se contienen las disposiciones generales, objeto y ámbito de actuación y principales definiciones del Reglamento.
2. Un segundo capítulo que abarca las disposiciones sobre responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, siguiendo (y sustituyendo) la ruta establecida por la DCE.
3. Un tercer capítulo que comprende las obligaciones de diligencia debida, aplicables a prestadores de servicios de intermediación, para un entorno en línea transparente y seguro que, a su vez, se divide en seis secciones:
 - a. Obligaciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios.
 - b. Obligaciones aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidos los prestadores de plataformas en línea.
 - c. Obligaciones aplicables a los prestadores de plataformas en línea (adicionales a las dos secciones anteriores). Con respecto a esta sección, se debe aclarar que esta no es aplicable a las plataformas que sean microempresas o pequeñas empresas en el sentido de la recomendación 2003/361/CE³⁴.
 - d. Obligaciones (adicionales) aplicables a los prestadores de plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes. Al igual que en el grupo de obligaciones precedentes, la misma no es aplicable a las microempresas o pequeñas empresas en los términos de la recomendación 2003/361/CE.
 - e. Obligaciones de gestión de riesgos sistémicos (adicionales a las cuatro anteriores) para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño.
 - f. Disposiciones adicionales transversales relativas a obligaciones de diligencia debida.
4. Un cuarto capítulo relativo a la aplicación, cooperación, sanción y ejecución del Reglamento, así como los actos delegados y de ejecución.
5. Un quinto y último capítulo con las disposiciones finales que contienen la modificación de la DCE, la revisión del Reglamento y la importante aplicación

³² Aquí, de nuevo, estaríamos frente a los *smart contracts*, el *blockchain*, la inteligencia artificial, el *deep learning* o la sofisticación de algoritmos, entre otros fenómenos.

³³ La información básica de presentación de la DSA está accesible en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/info/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es.

³⁴ Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas [notificada con el número C(2003) 1422] (2003/361/CE).



anticipada del Reglamento a prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño.

Como hemos señalado, en esta ocasión nos centraremos en las principales disposiciones protectoras de los derechos de los consumidores, que se encuentran en los capítulos segundo y tercero de la DSA, si bien debe tenerse en cuenta que a lo largo del texto del Reglamento se hace referencia a otras formas de protección a través de los mecanismos habilitados por la UE.

A partir del análisis de las disposiciones contenidas en los capítulos mencionados, cabe afirmar que la DSA se propone mejorar significativamente la protección de los usuarios de plataformas que prestan servicios de intermediación a través de cinco medidas principales.

PRIMERA: ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE DETECCIÓN DE CONTENIDO, SERVICIOS O BIENES ILÍCITOS POR PARTE DEL PROPIO INTERMEDIARIO, LOS USUARIOS O LOS DENOMINADOS *TRUSTED FLAGGERS* (ALERTADORES FIABLES)

Configurados en el artículo 16 de la DSA (dentro de la normativa adicional aplicable a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea), estos mecanismos permiten la notificación de la presencia de un contenido que la persona física o entidad que lo notifica considera ilícito. Una vez notificada, la plataforma podrá realizar actuaciones de «moderación de contenidos», entendiéndose por ello «actividades, estén o no automatizadas, realizadas por los prestadores de servicios intermediarios, que estén destinadas, en particular, a detectar, identificar y actuar contra contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones generales, que los destinatarios del servicio hayan proporcionado [...] o que afecten a la capacidad de los destinatarios del servicio de proporcionar dicha información»³⁵. Por tanto, a través de los canales que los prestadores de servicios de alojamiento de datos y las plataformas en línea habiliten, deberán llegar avisos suficientemente precisos y adecuadamente fundados que indiquen la posible presencia de un contenido ilícito. Dichos avisos deberán contener una información mínima, también recogida en el Reglamento, que hace referencia a los siguientes parámetros: una explicación suficientemente motivada del porqué de la consideración como ilícito del contenido, una referencia clara de la localización exacta de dicho contenido (como, por ejemplo, una URL), una correcta identificación de la persona o entidad denunciante y una declaración de buena fe o veracidad. Por tanto, siempre que la notificación de existencia de contenido ilícito reúna los requisitos mínimos indicados, se considerará que el prestador de servicios de intermediación tiene conocimiento efectivo del mismo y, por ello, deberá actuar con diligencia para retirarlos, so pena

³⁵ Art. 3.t) del Reglamento, relativo a la definición de la actividad de «moderación de contenidos».



de ser considerado responsable dentro del régimen de exenciones condicionadas. Como advierte Castelló Pastor, para que el prestador de servicios de intermediación no sea considerado responsable (dentro del régimen de exención condicionada que mantiene la DSA), actuará de manera inmediata (y casi automática) de cara a retirar dicho contenido y no perder el puerto seguro³⁶; pero ¿qué pasa si el contenido informado no era ilícito o no iba en contra de las condiciones generales de la plataforma y, sin embargo, ha sido eliminado? Esta cuestión queda señalada para posteriores análisis, dado que la respuesta requiere de un cierto recorrido práctico de la DSA.

Como método de transparencia y vigilancia adicional para los prestadores de plataformas en línea, la DSA introduce en su art. 22 la figura de los alertadores fiables (*trusted flaggers*), posibilitando que no solo los usuarios puedan notificar sobre la posible presencia de un contenido ilícito o bien que el prestador de servicios de intermediación monitoree el contenido³⁷, sino que, de esta manera, se permite que una entidad habilitada como alertador fiable pueda informar de manera prioritaria a la plataforma sobre el contenido ilícito que la misma aloja, transmite, facilita, etc. Este alertador fiable deberá ser una entidad (y nunca una persona física) con probado conocimiento dentro de su ámbito de especialidad y competencias específicas para luchar contra contenidos ilícitos, representantes de intereses colectivos, que podrán tener carácter público o semipúblico, incluidas las organizaciones gubernamentales³⁸, a través de los mecanismos anteriormente mencionados en el art. 16 de la DSA.

¿Significa esto que la DSA determina lo que es ilegal en el entorno digital? No. La DSA armoniza y proporciona mecanismos para la retirada de los contenidos, bienes o servicios ilícitos alojados o transmitidos por las plataformas o prestadores de servicios de intermediación, siempre de acuerdo a las leyes de la Unión y a las leyes nacionales que los Estados miembros deban hacer cumplir, como establece el art. 3. h) del Reglamento, relativo a la definición propia de contenido ilícito. En palabras de Arroyo i Amayuelas, «la creciente relevancia de las plataformas en línea ha incrementado la tendencia a imponer controles preventivos a los intermediarios, gracias a que los avances tecnológicos permiten la adopción de medidas fiables y proporcionadas para la detección y el bloqueo de contenidos ilícitos»³⁹. Así, se incluyen también medidas relativas a las notificaciones y contranotificaciones abusivas para las plataformas en línea y las plataformas en línea de gran tamaño, e incluso la posibilidad

³⁶ CASTELLÓ PASTOR, J., «Nuevo régimen de responsabilidad de los servicios digitales que actúan como intermediarios a la luz de la propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales», en *Desafíos jurídicos ante la integración digital aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizu Menor, 2021.

³⁷ Se recuerda que en el art. 8 de la DSA se insta a la inexistencia de una obligación general de supervisión o de búsqueda activa de hechos, en línea con la DCE.

³⁸ En el considerando 61 de la DSA se pone como ejemplo a la Europol o la red INHOPE.

³⁹ ARROYO I AMAYUELAS, E., «La necesidad de actualizar la directiva de comercio electrónico», *Revista Del Colegio Notarial de Cataluña* (2-3/2019), 2020, pp. 130-132. Disponible en <http://hdl.handle.net/2445/158598>.



de suspenderle a una entidad la condición de alertador fiable si se inicia una investigación contra la misma, en aras de crear un entorno digital lo más justo y seguro.

Es relevante señalar que, además, la DSA introduce la cláusula del buen samaritano⁴⁰ a través del art. 7 del Reglamento, por la que los prestadores de servicios intermediarios que realicen investigaciones voluntarias por iniciativa propia y en cumplimiento del Derecho para detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos no se verán expulsados de los regímenes de exención condicionada de responsabilidad, sin que ello sirva para eludir obligaciones del Reglamento y, de nuevo, para aumentar la seguridad jurídica del entorno digital. Sin embargo, como evidencia Barata Mir en línea con Castelló Pastor, estas actividades de moderación van a tener un impacto potencial en el ejercicio de la libertad de expresión y derechos conexos, dado que no solo permiten la eliminación de contenidos ilícitos, sino que también se podrán eliminar aquellos contenidos que, siendo lícitos, sean incompatibles con las condiciones generales del intermediario digital⁴¹, tal como permitiría la doctrina del buen samaritano.

SEGUNDA: NUEVAS OBLIGACIONES SOBRE TRAZABILIDAD DE LOS USUARIOS COMERCIALES PARA AYUDAR A LA DETECCIÓN DE POSIBLES VENDEDORES DE PRODUCTOS ILEGALES

A través de la regla recogida en el art. 30 del Reglamento, la trazabilidad de los comerciantes impone importantes esfuerzos a las plataformas en la labor de revelar incongruencias que puedan derivar en un menoscabo de los derechos de los consumidores, siempre que los prestadores de plataformas en línea permitan a consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes. De esta manera, para que un comerciante pueda utilizar los servicios de una plataforma en línea que permita celebrar contratos a distancia –sea para promocionar mensajes o para ofrecer productos o servicios–, la plataforma debe haber obtenido de manera previa la información básica sobre el comerciante, documentos identificativos del mismo, cuentas de pago utilizadas, certificados del Registro mercantil si los hubiere, entre otros extremos. En caso contrario, el comerciante no podrá ofrecer sus servicios,

⁴⁰ Término acuñado en la Ley de Decencia de las Comunicaciones de 1996 de Estados Unidos (Communications Decency Act) en su sección 230, a través de la cual se exime de responsabilidad a las plataformas en todas aquellas acciones que de buena fe «restringan el acceso a disponibilidad de material que el proveedor o usuario considere obsceno, lascivo, sucio, excesivamente violento, acosador o de otro modo objetable, independientemente de que dicho material esté protegido constitucionalmente». Disposición que contiene términos (como obsceno, sucio, lascivo) que a día de hoy quizá resultan chocantes y, desde luego, no casan con el lenguaje que actualmente se utiliza para las plataformas o entornos en línea, pero que permiten hacer analogía con la casuística de estas acciones voluntarias de buena fe tendentes a la eliminación de contenidos que podríamos denominar como improcedentes.

⁴¹ BARATA MIR, J., «Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos», *Teoría & Derecho*, n.º 32, 2022, pp. 88-107. <https://doi.org/10.36151/TD.2022.039>.

lanzar ofertas o promocionar mensajes a los destinatarios del servicio. Una vez que entre en vigor el Reglamento (aplicable a partir del 17 de febrero de 2024⁴²), las plataformas (y aquellas de muy gran tamaño y motores de búsqueda de muy gran tamaño) tendrán un periodo de 12 meses para recoger esta información sobre los comerciantes que actualmente ya disfrutaban de sus servicios de intermediación, y que no son considerados microempresas y pequeñas empresas, como se expresa en el art. 29 del Reglamento.

Sin embargo, como exponen Cauffman y Goanta, esto realmente no supone una novedad implementada por la DSA (estos requerimientos de transparencia aparecen ya en la DCE y en la Directiva de protección de consumidores), aunque sí un cambio en el proceder: es la plataforma la que debe recabar la información de los comerciantes, es la plataforma la que debe realizar esfuerzos razonables para valorar la fiabilidad de los mismos y, por último, la DSA no impone a las plataformas la obligación de desvelar la información después de haberla obtenido⁴³, aunque sí a conservarla, incluido un plazo adicional de seis meses en caso de que cesara la relación contractual entre ambos. En relación con la obligación de comunicar la información obtenida, debe precisarse que esta solo será revelada a terceros cuando así lo requiera el Derecho aplicable, autoridades judiciales o administrativas nacionales competentes de los Estados miembros o bien por la Comisión, aunque esto pudiera acarrear problemas en un futuro en el ámbito de la responsabilidad de las plataformas en la consabida dicotomía proveedor de servicios/intermediario digital⁴⁴ y la información real que llega al consumidor.

TERCERA: NUEVAS (Y MÁS EFICACES) GARANTÍAS PARA LOS USUARIOS Y MEDIDAS ADICIONALES DE TRANSPARENCIA

Contempladas en los considerandos 54 y 58 y en la sección 3 del capítulo III las «Obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro», se comprende dentro de estas nuevas garantías la posibilidad de impugnar decisiones de moderación de contenidos de las plataformas, contando siempre

⁴² Tal como está especificado en el art. 93 de la DSA, a pesar de entrar en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, será aplicable a partir del 17 de febrero de 2024, con las siguientes excepciones que serán de aplicación a partir del 26 de noviembre de 2022: art. 33, sobre la denominación de plataformas y motores de búsqueda como aquellos de muy gran tamaño; art. 40, relativo al acceso a datos y escrutinio de las mismas; art. 43, referente a las tasas de supervisión de dichas plataformas y motores de búsqueda; y el art. 24, relativo a obligaciones de transparencia informativa aplicable a todos los prestadores de plataformas en línea.

⁴³ CAUFFMAN, C. y GOANTA, C., «A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection», *European Journal of Risk Regulation*, 12 (4), 2021. pp. 758-774. <https://doi.org/10.1017/err.2021.8>.

⁴⁴ Un ejemplo de ello sería el caso de un consumidor/a que, adquiriendo un bien en Amazon, no distingue si el bien lo proporciona el propio Amazon o si Amazon solo actúa poniendo en contacto al vendedor con el futuro cliente y/o consumidor/a.





los usuarios con mecanismos o vías de recurso contra tal decisión y, además, sujetos a revisión humana en aquellos casos en los que la decisión se haya tomado a través de medios automáticos. Bajo la rúbrica del art. 20 del Reglamento, este sistema interno de gestión de reclamaciones debe estar abierto al usuario al menos los seis meses siguientes desde que la plataforma en línea emitiera la resolución, y no podrá, en ningún caso, afectar a la posibilidad del usuario de elegir cualquier órgano certificado de resolución extrajudicial de litigios o de interponer un recurso judicial ni, por tanto, afectar al derecho a una tutela judicial efectiva. Así, el usuario podrá utilizar el mecanismo interno de gestión de reclamaciones (tal y como establece el art. 20 del Reglamento), acudir a la resolución extrajudicial de litigios (art. 21 del Reglamento) o bien a la vía judicial pertinente; recordemos la incidencia que puede tener la moderación, denuncia y retirada de contenidos ilícitos que realmente no sean tales en contraposición con la protección de derechos fundamentales.

Estas medidas adicionales hacen referencia a un amplio rango de actuaciones que comprenden desde la emisión de informes por parte de las plataformas digitales de intermediación que contengan información sobre cualquier actividad de moderación de contenidos (incluyendo número de órdenes recibidas por autoridades de los Estados, número de avisos, actividad de moderación realizada por iniciativa propia y número de reclamaciones recibidas), pasando por los mecanismos de notificación y acción para prestadores de servicios de alojamiento de datos, hasta el envío de una exposición motivada al destinatario del servicio cuando se retiren elementos de información o se inhabilite el acceso a la misma como medidas de protección contra usos indebidos, entre otros. Se entienden incluidas dentro de estas medidas adicionales de transparencia las nuevas disposiciones sobre la publicidad en línea y su correcta identificación.

Como se puede deducir (y es una de las muchas preocupaciones que genera la tecnología y su automatización), es posible que esta moderación de contenidos a la que nos venimos refiriendo sea susceptible de generar perjuicios y contenga sesgos (conscientes o inconscientes) que queden incorporados a los sistemas de notificación de los potenciales contenidos ilícitos, a pesar de las intenciones plasmadas en el considerando 58 del Reglamento⁴⁵; para paliar esta posibilidad y proteger a la persona, independientemente de la situación de desventaja o vulnerabilidad en la que se encuentre o se pueda encontrar, se activan sistemas que proporcionan explicaciones, reclamaciones y resoluciones extrajudiciales. A modo de conclusión y haciéndonos eco una vez más de las palabras de Arroyo i Amayuelas, «en el mundo de internet, el reto es proteger a las víctimas, sin incurrir en el riesgo de dañar a los creadores, perjudicar la libertad de expresión e información, o hundir el negocio de las empresas»⁴⁶.

⁴⁵ Las plataformas han de «garantizar que los sistemas sean fácilmente accesibles y produzcan resultados rápidos, no discriminatorios, no arbitrarios y justos, y que estén sujetos a revisión humana cuando se usen medios automáticos».

⁴⁶ ARROYO I AMAYUELAS, E., *op. cit.*, 2020, p. 132.

CUARTA: OBLIGACIONES PARA LAS PLATAFORMAS DE MUY GRAN TAMAÑO Y LOS MOTORES DE BÚSQUEDA DE MUY GRAN TAMAÑO PARA EVITAR ABUSOS EN SUS SISTEMAS Y ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LOS RIESGOS EN LÍNEA

Debido al alcance que las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño tienen dentro de la población de la UE (como se indica en el considerando 76, serán consideradas como tales las que tengan un porcentaje de usuarios o destinatarios igual o superior a un 10% de la población de la UE, parámetro medido mensualmente), la DSA incluye dentro de su normativa labores específicas de estos para proteger el entorno y ecosistema digital. Dentro del elenco de nuevas labores que impone la DSA, las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda de muy gran tamaño están sujetos, entre otras, a las siguientes obligaciones:

En primer lugar, una evaluación anual de lo que el Reglamento considera riesgo sistémico de sus servicios, teniendo en cuenta su gravedad y probabilidad. Con ello, el art. 34 de la DSA hace referencia a la difusión de contenido ilícito (como la difusión de materiales de abuso sexual de menores o delitos de odio), a los efectos negativos para el ejercicio de derechos fundamentales (libertad de expresión o información, derecho a la vida privada, derecho a la no discriminación o derechos del niño) o a la manipulación deliberada del servicio (que afecte a cuestiones como la salud pública, los menores, el discurso cívico o efectos relacionados con procesos electorales y seguridad pública). Como manifiesta Pérez Galindo, pensemos en la capacidad de viralizar que tienen este tipo de plataformas⁴⁷, habida cuenta del número de usuarios que utilizan, disfrutan o emplean sus servicios. Estos riesgos sistémicos se pueden ver desencadenados por la creación de cuentas falsas, uso de bots⁴⁸ y otro tipo de comportamientos parcial o totalmente automatizados que, como establece el considerando 84 de la DSA, «pueden dar lugar a la difusión rápida y extendida de información que sea un contenido ilícito o incompatible con las condiciones de una plataforma en línea o un motor de búsqueda en línea y que contribuya a campañas de desinformación».

En segundo lugar, obligaciones sobre medidas de reducción del riesgo adaptadas a la detección de la probabilidad de la existencia del riesgo sistémico antes descrito. Dichas actuaciones pueden pasar por la adaptación del diseño de la plataforma y de las características y funcionamiento de sus servicios, la adaptación de sistemas algorítmicos, el refuerzo de procesos internos, la

⁴⁷ PÉREZ GALINDO, R., «La nueva regulación europea de intermediarios digitales: Digital services act». Información Comercial Española, ICE: *Revista de economía*, n.º 925, 2022, pp. 41-51.

⁴⁸ La voz *bot* –acortamiento por aféresis de la palabra, ya también española, *robot*– se usa en referencia a un programa informático que efectúa automáticamente determinadas tareas. Su uso es plenamente válido y está ya extendido en español.



puesta en marcha de alertadores fiables o la adopción de códigos de conducta, entre otros.

En tercer lugar, el art. 36 hace referencia a la adopción de mecanismos de respuesta a las crisis, una vez producidas, que viene a mantener lo establecido en las medidas de reducción de riesgos, pero aplicado a escenarios graves de amenaza de la seguridad pública o de la salud pública de la UE, por lo que se añaden obligaciones de informe a la Comisión de manera periódica y regular de las medidas finalmente adoptadas. El art. 37 hace referencia a la responsabilidad de cumplimiento de las disposiciones que esta contiene y la obligatoriedad de una auditoría externa que evalúe dicho cumplimiento.

Todo ello, en cooperación con la Comisión y con el denominado coordinador de servicios digitales⁴⁹, ya que siendo el papel de este último el asegurar la efectividad de los derechos y obligaciones que se establecen en el Reglamento, las plataformas de muy gran tamaño y los motores de búsqueda de muy gran tamaño proporcionarán el acceso y escrutinio de datos significativos a dicho coordinador, bajo previa petición motivada, lo cual le permitirá a este analizar el cumplimiento de la DSA y la evolución y aparición de riesgos en línea que afecten a la protección de los derechos antes descritos de las personas consumidoras y usuarias.

QUINTA: UNA NUEVA ESTRUCTURA DE SUPERVISIÓN DE LAS PLATAFORMAS MUY GRANDES ADECUADA A LA ACTUAL COMPLEJIDAD DEL CIBERESPACIO

Este nuevo formato de inspección viene dado en un nivel doble: supervisión y supervisión reforzada. La supervisión, en el primer nivel, pasa por comprobaciones sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la DSA a través de auditorías independientes o por proporcionar datos que permitan el escrutinio del cumplimiento, previa petición de la Comisión o del coordinador de servicios digitales⁵⁰. Por otro lado, la supervisión reforzada, en el segundo nivel, hace referencia al descubrimiento de un incumplimiento de las obligaciones relativas al riesgo sistémico detectado en el primer nivel de supervisión, es decir, una vez que se comprueba que la plataforma infringe algunas de las disposiciones del capítulo III, sección 5. Esta

⁴⁹ Autoridad encargada de supervisar la aplicación y ejecución del Reglamento. Se distingue entre el coordinador de servicios digitales de establecimiento (coordinador del Estado miembro donde el intermediario se encuentre establecido) y de destino (coordinador del Estado miembro donde se preste el servicio intermediario).

⁵⁰ Miembro integrante de la Junta Europea de Servicios Digitales. Este organismo se configura como grupo consultivo independiente que adopta dictámenes, solicitudes y recomendaciones no vinculantes legalmente, cuya función es velar por la correcta aplicación del Reglamento.



doble supervisión activará los mecanismos de sanción y multa para las plataformas de muy gran tamaño⁵¹.

En términos generales para todos los prestadores de servicios de intermediación en línea –y al contrario que en la DCE, donde el deber de diligencia esperable de los prestadores de servicios de intermediación debía ser establecido por el Derecho nacional aplicable al caso concreto, como establece su considerando 38–, la DSA rechaza la previsión genérica y establece un articulado de obligaciones de debida diligencia cuyas sanciones en caso de incumplimiento quedarían al arbitrio de los Estados miembros y no del propio Reglamento, que se limita a exigir que sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias»⁵². Por tanto, es posible que, a pesar de huir de la fragmentación de la aplicación de la normativa que contiene, como ocurrió con la DCE, la DSA pueda también generar una cierta segmentación debido a la disparidad en la aplicación de su contenido sancionador. Además, deja claro que el incumplimiento de las obligaciones que impone a los prestadores de servicios de intermediación en línea no significará la pérdida del puerto seguro, sino simplemente la aplicación de una sanción, como expresa Martínez Nadal⁵³.

Las medidas señaladas anteriormente condensan los esfuerzos de la UE de cara a paliar los nocivos efectos de la asimetría⁵⁴ de la información tan presente en la contratación con plataformas en línea, y a evitar que las plataformas de muy gran tamaño y los motores de búsqueda de muy gran tamaño puedan moldear el mercado y redefinir soluciones a la problemática que plantea la actualidad del marco jurídico del comercio electrónico.

4. CONCLUSIONES FINALES

La transformación tecnológica hacia lo digital ha experimentado un importante crecimiento, en algunos casos exponencial, a lo largo de los últimos 20 años. No es de extrañar que durante este tiempo se haya acrecentado la necesidad de regular el comportamiento de los prestadores de servicios de intermediación, de las pla-

⁵¹ Una vez que sea aplicable la DSA, será necesario dejar un tiempo prudente de ejecución de la misma para poder ver el alcance de la fuerza coercitiva de la Comisión y de la imposición de sanciones y control de las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño. Mereciendo este tema un estudio aparte, se esbozan en este artículo los trazos más sencillos sobre el Reglamento que la constelación casuística de las plataformas en línea puede arrojar.

⁵² Art. 54 DSA.

⁵³ MARTÍNEZ NADAL, A., «Naturaleza (y responsabilidad) de las plataformas digitales: de la directiva de comercio electrónico a la propuesta de reglamento de servicios digitales», en *Derecho digital y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Cizu Menor, 2022, pp. 387-416.

⁵⁴ Señala Tapia Hermida varios tipos de asimetrías: la general, en cuanto a la posición que ocupan los empresarios frente a los consumidores; y la de la información en lo referente a las plataformas de alojamiento de datos y las autoridades públicas. Véase TAPIA HERMIDA, A.J., «La Ley Europea de Servicios Digitales. La adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea», *La Ley Unión Europea*, n.º 99, 2022.



taformas digitales en general, y de las nuevas formas de comercio electrónico que han ido surgiendo. Este cierto nerviosismo –y su expresión y manifestación– ha impulsado proyectos a escala europea, como el mencionado *Shaping Europe's Digital Future*, que sirve de base a la presentación de una de las iniciativas legislativas de mayor actualidad, la DSA.

Tras la DCE, y aprendiendo de los desafíos a los que se enfrentó, la DSA mantiene las bases y pilares fundamentales que sentó la DCE, al tiempo que actualiza e incluye normativa que promueve un entorno digital más competitivo, democrático y seguro; a la vez, frena, en cierto sentido, el galopante crecimiento que caracteriza a las plataformas digitales hoy en día, en aras de promover la entrada de pequeñas y medianas empresas al mercado. Ello queda constatado en las propias excepciones que se plasman para las mismas a lo largo del articulado de la DSA, eximiéndolas de algunas obligaciones ya consideradas «básicas» dentro del cuerpo legislativo.

Entre las distintas disposiciones que contiene la DSA, especial preocupación generan las relativas a la detección y eliminación de contenidos, servicios o productos en línea, sobre todo en lo concerniente a los posibles contenidos ilícitos. En el eterno debate entre la libertad de expresión e información en confrontación con la protección de otros derechos fundamentales, es latente la preocupación de la doctrina acerca de la letra de la DSA en cuanto a que las plataformas en línea actúen con una «debida diligencia» y «de buena fe» en la moderación, retirada, bloqueo o acceso a contenidos ilícitos o contenidos contrarios a las condiciones generales de la plataforma. En este sentido, queda en evidencia la inquietud acerca de que las plataformas en línea y los motores de búsqueda en línea especialmente los de muy gran tamaño, debido al control que podrían ejercer sobre el mercado en su afán de tratar de manera preventiva una posible futura lesión de derechos fundamentales y la publicación de contenidos ilícitos, vean aumentada su potestad para eliminar el contenido que alojan, transmiten o difunden –entre otras actividades–, pudiendo derivar en una manipulación que afecte a un importante porcentaje de la población de la UE; pero también, a un pequeño porcentaje de la población (como pueden ser los grupos minoritarios que han visto la defensa de sus derechos históricamente mermada). Contra esta preocupación, la DSA añade medidas sobre transparencia que afectan directamente a la moderación de contenidos y que obligan a la debida justificación de su eliminación; sin embargo, es necesario que la DSA actúe durante un cierto tiempo para que luego se pueda analizar el impacto de su aplicación.

Con el firme propósito de aumentar la transparencia de las transacciones que se desarrollan en el entorno digital, y para promover el fácil acceso de la información a las personas consumidoras y usuarias de servicios digitales, la DSA presta atención y retorna al eje central de la contratación a través de plataformas digitales: al consumidor, como no puede ser de otra manera, especialmente hacia una visión consumidor-centrista. Sin embargo, no solo las personas consumidoras «plenas», en los términos del art. 3 del TRLGDCU, serán destinatarios de esta protección, sino también los usuarios profesionales. Mediante distintas medidas, se incluyen importantes garantías para el consumidor que, pese a no haber sido creadas por la DSA, redefinen, siquiera vagamente, los términos en los que se debe entender la «debida diligencia» en la actuación por parte de las plataformas. De esta manera, el marco



normativo que ofrece la DSA incluye un grado superior en materia de seguridad a través de la invitación a tener un rol más activo a las plataformas, sin que esto afecte al régimen de responsabilidad que se plantea a través del «grado de control» que ellas mismas ejerzan sobre el contenido que transmiten o alojan, entre otros. Esta debida diligencia a través de la voluntariedad e iniciativa propia de los intermediarios digitales, que también podría denominarse doctrina o cláusula del buen samaritano, encuentra sus límites en los regímenes de exención condicionada de responsabilidad establecidos en la DCE, y ahora actualizados en la DSA.

A este respecto y acertadamente, la DSA recoge normativa específica aplicable a las plataformas consideradas de muy gran tamaño y los motores de búsqueda de muy gran tamaño, en cuanto a los riesgos sistémicos que el contenido que incorpora puede generar. En un plano de actuación coordinada con las autoridades y los cuerpos creados para ello, la constante cooperación entre la plataforma y los agentes externos (independientes) promueve una cierta sensación de seguridad respecto de la supervisión de las plataformas, que, tal y como manifiesta Rodríguez de las Heras Ballell, tienden a emular un (micro) «sistema legal privado propio»⁵⁵. Además, con respecto a las labores de supervisión e incumplimiento, se deberá comprobar la capacidad (y músculo) real de la UE y sus agentes para realizar estas actividades. Por todo ello, se podría aventurar que la denominación y el régimen adicional atribuido a las plataformas que cumplan con la condición de ser consideradas de muy gran tamaño generarán grandes fricciones una vez que el texto sea aplicable.

El nuevo entramado de obligaciones para los intermediarios digitales, y, por ende, el aumento de protección para las personas consumidoras y usuarias de servicios digitales que establece la DSA, deberá venir acompañado de una necesaria campaña de información y concienciación para estos últimos. El ejercicio de derechos de protección del uso de internet por parte de las personas consumidoras tiene como prerequisite el conocimiento de los mismos; pese a que las plataformas en línea y los intermediarios digitales estén sujetos, una vez que el Reglamento sea de obligatoria aplicación, a un conjunto de obligaciones para la mejora del uso de sus servicios, los usuarios deberán conocer las nuevas reglas del juego, dado que están diseñadas para la salvaguarda de sus derechos.

Conviene recordar, por último, que, dada la horizontalidad normativa de la UE con respecto a los servicios digitales, este reglamento es complementario a la legislación sectorial vigente.

RECIBIDO: 24/11/2022; ACEPTADO 20/12/2022

⁵⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *op. cit.*, 2021, p. 77.



DIGITALIZACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: ESPECIAL REFERENCIA AL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS

Laura Melián China*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La mayoría de las empresas, con independencia de su tamaño o sector al que pertenecen, digitalizan las relaciones laborales. Las organizaciones operan en una economía datificada, donde los trabajadores digitales no solo prestan servicios bajo la dirección y control de empresas virtuales, sino que ceden gratuitamente su información personal en beneficio de estas entidades. Debido a los nuevos desafíos que presenta la inteligencia artificial en la gestión de los recursos humanos, el presente estudio analiza el marco normativo vigente a nivel europeo y nacional que trata de preservar la privacidad en el entorno laboral y garantizar la autonomía individual de la persona trabajadora, la cual inspira todo sistema democrático de relaciones laborales. Para un tratamiento adecuado de los datos personales de las personas trabajadoras se ha creado la figura del delegado de protección de datos, cuyo nombramiento es fundamental para evitar que plataformas digitales operen al margen de la legalidad.

PALABRAS CLAVE: digitalización, relaciones laborales, plataformas digitales, protección de datos, derechos fundamentales.

DIGITIZATION AND DATA PROTECTION OF WORKERS' DATA:
PARTICULAR REFERENCE TO THE DATA PROTECTION OFFICER

ABSTRACT

Most companies, regardless of their size or sector, digitize labor relations and operate in an economy of data. Digital workers not only provide services under the management and control of virtual companies, but also freely give away personal information for the benefit of these organizations. Due to the new challenges presented by artificial intelligence in human resource management, this study analyzes the current international and national regulatory framework that seeks to preserve privacy in the work environment and guarantee the individual autonomy of the worker, which inspires any democratic system of labor relations. For an effective treatment of employees' personal data, the figure of the data protection officer has been created, whose appointment is essential to prevent digital platforms operate outside the law.

KEYWORDS: Digitization, labor relations, digital platforms, data protection, fundamental rights.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2022.39.03>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 39; julio 2022, pp. 49-61; ISSN: e-2530-8319



1. LA MERCANTILIZACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA ERA DEL TRABAJO DIGITAL

El mercado global actual se caracteriza por la interacción constante entre Estado, capital y sociedad en un contexto de hipertecnologización¹. El auge de las *Big Tech*² ha propiciado la creación de un nuevo modelo productivo que radica en la extracción y sistematización de datos. Este modelo, denominado capitalismo de la vigilancia o de la información, da a luz a una nueva especie de poder instrumental que tiene la capacidad de conocer el comportamiento humano y orientarlo hacia los fines de otros³. En la actualidad, los capitalistas conciben al individuo como un agente económico cuyas decisiones generan *per se* riqueza⁴.

La información personal es una fuente de ingresos y «las compañías que recolectan y procesan nuestros datos tienen las valoraciones económicas más altas de la historia»⁵. Ante este escenario, se ha considerado desde las instancias europeas que la transferencia de datos debería estar sujeta a tipos impositivos en la medida en que constituyen auténticos beneficios monetarios⁶.

La digitalización de las relaciones laborales favorece al capitalismo de la información. Por ello, la mayoría de las empresas, con independencia de su tamaño o sector al que pertenecen, digitalizan las relaciones laborales y operan en una economía datificada⁷. La analítica de las personas es una subciencia de la minería de

* Profesora ayudante doctora de Derecho del trabajo y de la seguridad social de la Universidad de La Laguna.

¹ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, A. y MENÉNDEZ DE LLANO, C.R., «Capitalismo digital: fragilidad social, explotación y solucionismo tecnológico», *Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, n.º 17, 2020, p. 98.

² Es el caso de «gigantes informáticos» como Google, Facebook, Uber, Glovo, Apple, Deliveroo, Amazon, Microsoft, entre otros.

³ SOSHANA, Z., *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2020, p. 22.

⁴ HARARI, Y., *21 lecciones para el siglo XXI*, PRHGE, Barcelona, 2022, p. 77.

⁵ Informe de UGT, *Guía para comprender el nuevo capitalismo de datos, la economía de plataformas y sus riesgos*, 2021, disponible en https://www.ugt.es/sites/default/files/guia-algoritmos_ediciondigital.pdf.

⁶ La propuesta de Directiva del Consejo Europeo en el año 2018 refleja la preocupación por la contribución personal de los usuarios en las empresas «Big Tech», que se traducen en la creación de riqueza empresarial no sujeta a ningún tipo de gravamen. Propuesta de Directiva del Consejo relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales, Bruselas, 21.3.2018 COM (2018) 148 final. En este sentido, véase la ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales.

⁷ Según un informe detallado sobre la economía de plataformas elaborado por el Instituto Sindical Europeo (2022) se estima que, tras varias encuestas realizadas en el año 2021, prestaron servicios digitales 47,5 millones de trabajadores en Internet y 12 millones de trabajadores prestaron servicios de forma exclusiva para plataformas. El informe «Deep Digital Journey» aporta numerosas evidencias relevantes para conocer la evolución del proceso de digitalización de grandes compañías con sedes repartidas en diferentes partes del mundo. El 45% de las empresas encuestadas afirma disponer de datos en la nube para activar sus estrategias y tomar decisiones, Véase el informe *Deep Digital*



datos que permite la gestión y evaluación de los recursos humanos⁸. El tratamiento de datos personales se produce durante todo el proceso de la relación laboral, desde la fase previa a la contratación hasta la extinción del contrato de trabajo. La experiencia humana de las personas trabajadoras se convierte así en una materia prima gratuita para el incremento de los beneficios empresariales.

La transformación de las empresas en el marco de la quinta revolución industrial es una cuestión de competitividad en un mundo marcado por la globalización y por las consecuencias negativas de la pandemia. De hecho, las organizaciones que se encuentran en una fase avanzada de la digitalización crecen de forma vertiginosa, al contrario que otras empresas⁹. Además, entre las compañías más exitosas, las líderes del sector son aquellas que tienen un mayor número de trabajadores digitales¹⁰, pues el éxito empresarial responde a una doble prestación por la parte más débil del contrato de trabajo: en primer lugar, la realización de una obra o servicio; en segundo lugar, la transmisión inconsciente de información privada. En otros términos, los trabajadores digitales no solo prestan un servicio por cuenta ajena en las plataformas (empresario virtual), sino que ceden gratuitamente información personal, incrementando los beneficios de la empresa para la cual ya trabajan.

Por otro lado, la datificación del mercado laboral permite un control mucho más incisivo que va más allá de la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales¹¹. A modo de ejemplo, la instalación de dispositivos de seguimiento es muy habitual en organizaciones cuya actividad incluya el transporte. Diversas aplicaciones informáticas incorporan sistemas de localización que informan detalladamente sobre la ubicación de la persona trabajadora, además de proporcionar otra información relativa a la conducción, como el trayecto y la velocidad. Los registradores de datos son especialmente invasivos cuando informan al empleador sobre acontecimientos muy concretos. Ante esta situación, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) ha manifestado, en la guía de protección de datos (2021), que la geolocalización es un mecanismo lícito de vigilancia siempre que: a) permita

Journey. El viaje hacia la transformación digital de las compañías, Madrid, 2021, disponible en https://www.itseller.cl/wp-content/uploads/2021/11/211022_Deep-Digital-Journey_ES.pdf.

⁸ RIVAS VALLEJO, P., «La gestión analítica de personas en la era digital: su impacto sobre los derechos fundamentales», en AA. VV., *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva* (dir. por MOLINA NAVARRETE y VALLECILLO GÁMEZ), Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 263.

⁹ El informe realiza esta distinción: las personas trabajadoras de internet prestan un servicio digital más amplio, su actividad no se limita a una plataforma en concreto; las personas trabajadoras de plataformas desarrollan una actividad más específica, realizando un tipo de trabajo en una específica plataforma, PIASNA, A., DRAHOKOUPIL, J. y ZWYSEN, W., *The platform economy in Europe*, Results from the second ETUI Internet and Platform Work Survey, Bruselas, 2022, p. 52.

¹⁰ «Las empresas de sectores líderes tienen una fuerza de trabajo 13 veces más digitalizada que el resto de la competencia», en VIDAL, M., *La era de la humanidad. Hacia la quinta revolución industrial*, Deusto, Barcelona, 2020, p. 197.

¹¹ LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUE, F., «Control empresarial del uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral desde la perspectiva del derecho a la protección de datos y a la intimidad», *LexSocial*, vol. 10, n.º 2, p. 509.



hacer un seguimiento sobre las herramientas que sean propiedad de la empresa como vehículos y dispositivos móviles, b) el tratamiento de datos responda a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, c) persiga un fin profesional específico y d) se informe sobre su utilización a las personas trabajadoras¹².

Debido a la mencionada datificación impulsada por el capitalismo de la vigilancia, la digitalización de las relaciones laborales podría colisionar con la protección de determinados derechos fundamentales. El recurso a las nuevas tecnologías, especialmente la aplicación de sistemas algorítmicos, propicia un nuevo conflicto entre la libertad de empresa y el derecho a la privacidad en el marco de la era digital. El Derecho del Trabajo se enfrenta a una sociedad digital que impacta sobre un conjunto de derechos y libertades de la persona. De conformidad con el compromiso de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de la persona sean reales y efectivas, el primer paso sería garantizar y hacer extensibles en el entorno digital los derechos fundamentales reconocidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución española, así como los principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo Tercero del mismo título¹³.

2. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

2.1. LA INTIMIDAD INFORMÁTICA: UN DERECHO FUNDAMENTAL INESPECÍFICO

Los diversos cambios políticos, sociales, económicos y fundamentalmente tecnológicos han amenazado la esfera privada de la persona. La intimidad no puede ser entendida como un concepto hermético, sino abierto a las circunstancias del tiempo y del espacio donde se inserta¹⁴. Con independencia de la evolución del concepto del derecho a la intimidad, su contenido implica dos poderes: por un lado, la facultad de la persona de impedir la obtención de información personal injustificada o intrusiva; y, por otro lado, la facultad de oponerse a la divulgación ilegítima de sus datos¹⁵.

En el marco de la digitalización de las relaciones laborales, las personas trabajadoras tienen derecho a preservar su intimidad ante las nuevas facultades de dirección y control empresarial favorecidas por las innovaciones tecnológicas. Ante

¹² Guía para la protección de datos en las relaciones laborales, elaborada por la Agencia Española de Protección de Datos en las Relaciones Laborales (AEPD), 2021, p. 56.

¹³ PIÑAR MAÑAS, J.L., «Derecho e innovación. Privacidad y otros derechos en la sociedad digital», en AA. VV., *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad digital* (coord. por Casas Baamonde), Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020, p. 43.

¹⁴ CARDONA RUBERT, M.B., «El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador», *Ius et Praxis*, n.º 4, 1998, p. 108.

¹⁵ GOÑI SEIN, J.L., «El SIDA y el lugar de trabajo», *Relaciones Laborales*, n.º 17, 1997, p. 52.

este escenario, surge el derecho a la intimidad informática como un derecho de tercera generación¹⁶, autónomo e independiente –imbricado, a su vez, en el derecho constitucional a la intimidad– que responde a las nuevas amenazas, retos y desafíos en la era del *Big Data*.

La norma suprema del ordenamiento jurídico español reconoce en su art. 18.4 el derecho a la protección de datos personales y garantiza el control personal de los mismos, al establecer que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». De la definición constitucional de dicho art. 18.4 CE, emerge, de su núcleo esencial, «el derecho del afectado a ser informado de quién posee los datos personales y, especialmente por lo que a los presentes efectos interesa, con qué fin son utilizados»¹⁷. A pesar de compartir contenido con el derecho a la intimidad previsto en el art. 18.1 CE, cuya finalidad es proteger a la persona frente a cualquier invasión que pueda realizar en el ámbito de la vida personal y familiar, el derecho a la intimidad informática constituye una garantía adicional al asegurar a la persona un control de sus datos personales (*habeas data*)¹⁸. Como así ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre:

con la inclusión del vigente art. 18.4 C.E. el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía «como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona».

La protección de la privacidad en la era digital preserva la autonomía individual que inspira todo sistema democrático de relaciones laborales. Debido a que su tutela es el presupuesto fundacional de una sociedad libre¹⁹, la intimidad informática debe configurarse como un derecho fundamental inespecífico que requiere de la máxima protección jurídica. De conformidad con el art. 53.2 CE, cualquier ciudadano puede recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

¹⁶ OLARTE ENCABO, S., «La aplicación de inteligencia artificial a los procesos de selección de personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación», *Documentación Laboral*, n.º 119, 2020, p. 84.

¹⁷ La STS 889/2022, de 8 de marzo (rec. 130/2019) recoge la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 57/1994; 18/1999; 98/2000; 292/2000; 308/2000 y 29/2013).

¹⁸ Véase el comentario de sentencia realizado por RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., «El derecho a la intimidad informática del trabajador: un límite más al poder de dirección del empresario», *Temas laborales*, n.º 128, 2015, p. 212.

¹⁹ NIEVES SALDAÑA, M., «El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego», *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, 2011, p. 287.



Ahora bien, tal y como ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional²⁰, el derecho fundamental a la intimidad informática no es absoluto

como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.

2.2. EL REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 27 DE ABRIL DE 2016, GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8.1) como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 16.1) manifiestan, en los mismos términos, que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal. Además, el segundo texto realiza un llamamiento al Parlamento Europeo y al Consejo para que establezcan, a través del procedimiento legislativo correspondiente, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros. Con objeto de proporcionar una regulación homogénea en toda la Unión Europea, se aprueba el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, general de protección de datos (en adelante, RGPD). Esta normativa europea proporciona seguridad jurídica, pues además exige que cada Estado miembro se dote de una infraestructura administrativa que permita controlar adecuadamente su cumplimiento (art. 57 RGPD). En España, la condición de autoridad la ostenta la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD).

De conformidad con el art. 4.1 del RGPD, se considera «dato personal» toda aquella información que puede asociarse a una persona identificada o identificable, como el nombre y apellido, nacimiento, domicilio, estado civil, número de identificación, entre otros. Una persona es identificada cuando el dato permita distinguir a la misma dentro de un grupo o colectivo. En cambio, una persona es identificable cuando el dato permite determinar la identidad²¹. Por tanto, como así ha declarado el TJUE en su Sentencia de 6 de noviembre de 2003 (asunto C-101/01),

La conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales».

²⁰ Véase la STC 186/2000, de 10 de julio.

²¹ DE VAL TENA, A.L., «La protección de datos personales en los procesos de selección de los trabajadores; en particular, aquellos datos especiales», *Documentación laboral*, n.º 119, 2020, p. 109 y ss.

En el marco de los datos personales, merecen especial atención aquellos datos previstos en el art. 9.1 del RGPD. Estos integran la categoría de «datos especiales» por revelar el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los datos genéticos, los datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física como imágenes faciales o huellas dactilares y los datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física.

Se trata de información sensible por pertenecer a la esfera privada de la persona y que, por ende, requiere de una mayor protección jurídica. Por este motivo, su tratamiento está expresamente prohibido por la normativa europea con carácter general, salvo que el interesado consienta de manera explícita su tratamiento para fines determinados o se requiera para atender supuestos específicos, destacando en el ámbito de las relaciones de trabajo los siguientes: el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado; el ejercicio de funciones sindicales en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, siempre que el tratamiento de datos se refiera exclusivamente a los afiliados y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados; y la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial. En estas circunstancias deben aplicarse los principios generales y otras normas del presente Reglamento como la licitud del tratamiento. En todo caso, el Reglamento no excluye el Derecho de los Estados miembros a mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive restricciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud.

La relevancia de la protección de datos en el entorno de trabajo merece una regulación concreta en el Reglamento. El art. 88 RGPD se limita a realizar un llamamiento a los Estados miembros para que, a través de sus disposiciones legislativas o convenios colectivos, incluyan medidas específicas con el fin de preservar la privacidad de las personas trabajadoras con respecto al tratamiento y transferencia de los datos personales, en particular a efectos de la contratación, de la ejecución del contrato laboral²² y de la extinción de la relación laboral. El tratamiento de los datos personales de las personas trabajadoras debe inspirarse en los principios generales declarados por el Reglamento europeo en su art. 5: licitud, lealtad y transpa-

²² «Incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo», art. 88 RGPD.



rencia; limitación de la finalidad; minimización de datos; exactitud; limitación del plazo de conservación; e integridad y confidencialidad.

2.3. LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES

Siguiendo las instrucciones europeas se aprobó la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de datos (en adelante LOPD) con el objeto de incorporar garantías adicionales que salvaguarden el derecho fundamental a la intimidad informática de las personas trabajadoras.

La protección de datos personales en el entorno laboral encuentra su regulación en el artículo 28 (obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento), en el artículo 87 (derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral), en el artículo 88 (derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral), y en el artículo 89 (derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo).

El tratamiento de datos en la empresa y la adopción de medidas obliga al responsable a tener en cuenta los mayores riesgos que implica una evaluación de información personal con el objetivo de crear perfiles, mediante el análisis o la predicción de aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, el comportamiento, la localización o los movimientos.

Con el fin de proteger la intimidad de la persona trabajadora, el legislador regula el uso de dispositivos digitales facilitados por la empresa (art. 87 LOPD), permitiendo exclusivamente el acceso a la información a los efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y preservar la integridad del dispositivo. En aquellos supuestos en los que el dispositivo se utilice para fines privados, se deberán autorizar estos de forma específica. El tratamiento de los datos será adecuado cuando los trabajadores estén informados de los criterios empleados.

Es posible establecer otros dispositivos que permitan la videovigilancia, la grabación de sonidos y la geolocalización. Solo se permite la instalación de cámaras o videocámaras cuando su objetivo sea controlar la prestación de servicios de conformidad con lo previsto en el art. 20.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, siempre que los empleadores informen previamente, y de forma clara y expresa, a los trabajadores y representantes sobre la medida (art. 89 LOPD). La instalación de sistemas de grabación, tanto de imágenes como de sonidos, en lugares destinados al descanso o esparcimiento está prohibida legalmente. Solo se admitirá la grabación de sonidos en aquellos espacios que sean relevantes por los riesgos para la seguridad de las instalaciones, los bienes y las personas en relación con la actividad que se desarrolle en el centro y siempre que se atiendan los límites de proporcionalidad, intervención mínima y otras garantías ya comentadas (art. 89.3 LOPD). Por otro lado, el establecimiento lícito de sistemas de geolocalización dependerá de que el empleador informe previamente, de forma clara e inequívoca, a las personas trabajadoras y a sus representantes sobre los criterios de utilización de este dispositivo. Igualmente, deberá informar sobre los derechos de acceso, rectificación, limitación y supresión.



La protección específica del derecho a la desconexión digital es particularmente relevante en esta ley (art. 88 LOPD). Esta regulación no solo permite el ejercicio de otros derechos como la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, sino que su efectividad permitirá una mayor protección de los datos personales, especialmente cuando la prestación de servicios esté vinculada con herramientas tecnológicas. En otros términos, garantizando una desconexión digital de la plantilla que trabaja en plataformas digitales, se compartirán menos datos personales y por ende se propiciará una mayor seguridad en la esfera privada de la persona.

A pesar de los avances normativos expuestos, tanto a nivel internacional como nacional, el régimen jurídico actual difícilmente puede proteger con efectividad el derecho a la intimidad informática en la empresa. Constantemente, aparecen nuevas lagunas jurídicas inherentes a un mercado de trabajo versátil y favorecido por el avance fugaz de la inteligencia artificial. Por este motivo, el legislador debe realizar un llamamiento directo a los agentes sociales con el fin de elaborar acuerdos de naturaleza sectorial que, entre otras cuestiones, especifiquen cuáles son los datos personales de las personas trabajadoras que pueden ser objeto de tratamiento por parte de la empresa y con qué finalidad.

3. LA FIGURA DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA EMPRESA

3.1. COMPETENCIAS Y GARANTÍAS

La norma suprema del ordenamiento jurídico español obliga a limitar por ley el uso de la informática para preservar diversos derechos fundamentales de las personas trabajadoras. Con el objetivo de cumplir con el mandato constitucional, surge la necesidad de nombrar en la empresa a un profesional que vele por el control de los datos almacenados. En este sentido, el delegado de protección de datos (*Data protection officer*) –DPD, en adelante– es una figura de creación legal que ejerce una función de naturaleza constitucional.

De conformidad con el art. 37 RGPD, cuando el responsable o encargado de los datos en una organización realice, entre sus actividades principales o primarias (no auxiliares), operaciones de tratamiento que requieran de una observación habitual y sistemática de la información, este tiene la obligación de nombrar a un delegado para la protección de los datos²³. En todo caso, el art. 34 LOPD recoge

²³ La figura del DPD no es novedosa, pues su actividad se encontraba regulada en el derogado Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Especial mención realiza el considerando 24 del citado reglamento, al exponer lo siguiente: «Deberán adoptarse las medidas técnicas necesarias para permitir el acceso a los registros de los tratamientos efectuados por los delegados de la protección de datos a través de la autoridad de control independiente».



un listado de entidades que se encuentran expresamente obligadas a nombrar a un DPD, destacando, entre otras²⁴, las plataformas digitales por prestar servicios de comunicaciones electrónicas y manipular datos a gran escala.

El delegado de protección de datos puede ser una persona trabajadora de la empresa y formar parte de su plantilla o bien puede ser un tercero que desempeña su actividad en el marco de un contrato de servicios. Con independencia del vínculo contractual, el DPD es aquella «persona que, en el seno de un responsable o un encargado del tratamiento, supervisa y monitorea de forma independiente la aplicación interna y el respeto de las normas sobre protección de datos»²⁵. Para su elección, es indispensable que el delegado o delegada cuente con las cualidades profesionales necesarias y, en particular, con los conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos, así como con la capacidad para desempeñar de forma exclusiva las competencias previstas en la normativa vigente²⁶. Esta figura no debe confundirse con el responsable de seguridad, pues se trata de un profesional que es nombrado por acreditar sus conocimientos especializados y para ejercer exclusivamente sus funciones²⁷.

El delegado de protección de datos tendrá, como mínimo, las siguientes competencias previstas en el art. 39 RGPD: a) informar y asesorar al responsable o al encargado del tratamiento y a los empleados que se ocupen del tratamiento; b) supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa comunitaria y nacional en materia de protección de datos personales; c) ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos y supervisar su aplicación; d) cooperar con la autoridad de control; y e) actuar como punto de contacto de la autoridad de control para cuestiones relativas al tratamiento.

Con el fin de proteger las enumeradas competencias, la normativa europea (art. 38.3 RGPD) y especialmente la estatal (art. 36 LOPD) reconocen la garantía de indemnidad del delegado, al no poder ser removido ni sancionado por desempeñar sus actividades, salvo que incurriera en dolo o negligencia. Para ello, es imprescindible reconocer el principio de independencia funcional que inspira la actuación de este profesional dentro de la organización, el cual sólo rendirá cuentas al más alto nivel jerárquico. Asimismo, en el desarrollo de sus funciones, el delegado de pro-

²⁴ Como los establecimientos financieros de crédito; las entidades aseguradoras y reaseguradoras; los centros sanitarios legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes; etc. En definitiva, están obligadas a nombrar un delegado de protección de datos todas aquellas empresas enumeradas en el art. 34.1 LOPD.

²⁵ Véase Comisión Europea, Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, SEC (2012) 72 final, de 25 de enero de 2012.

²⁶ Debido a que la normativa europea exige una formación específica para ser designado como DPO, la Agencia Española de Protección, en colaboración con la Entidad Nacional de Acreditación y un Comité Técnico de Expertos, ha elaborado un sistema de certificación para ofrecer una mayor seguridad a los profesionales en la materia y las entidades que incorporen esta figura en su plantilla.

²⁷ SIERRA BENÍTEZ, E.M., «El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, n.º 1, 2018, p. 244 y ss.



tección de datos está sujeto al deber de sigilo, manteniendo en secreto y de forma confidencial toda información que recoge en el desempeño de su cargo.

3.2. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS: LA STJUE DE 22 DE JUNIO DE 2022, *LEISTRITZ AG* CONTRA *LH*, ASUNTO C-534/20

La STJUE (Sala Primera) de 22 de junio de 2022, *Leistritz AG* contra *LH*, asunto C-534/20, resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Laboral de Alemania (*Bundesarbeitsgericht*). Atendiendo a la normativa alemana, las empresas están obligadas a designar un delegado/a de protección de datos. La trabajadora de la empresa, que responde a las siglas LH, prestó servicios en la empresa como directora del servicio de asuntos jurídicos, a partir del 15 de enero de 2018; y como delegada de protección de datos, a partir del 1 de febrero de 2018. El día 13 de julio de 2018, LH recibió un escrito de la empresa que declaraba la rescisión del contrato de trabajo por cuestiones de reestructuración empresarial al externalizar ambas actividades, tanto el servicio de asesoramiento jurídico como el servicio de protección de datos.

La trabajadora impugnó judicialmente el despido, aconteciendo que al propio órgano jurisdiccional se le presentó un conflicto en el que no existía doctrina pacífica. Por un lado, la opinión doctrinal mayoritaria consideraba que la protección especial contra el despido de la trabajadora prevista en la Ley alemana constituye una normativa material de Derecho laboral, respecto de la cual la Unión carece de competencia legislativa. Por otro lado, la opinión minoritaria defendía que los vínculos entre la protección y la función del delegado de protección de datos entran en conflicto con el Derecho de la Unión Europea.

Ante esta situación, el *Bundesarbeitsgericht* suspendió el procedimiento, para plantear la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el alcance del art. 38 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. El apartado tercero del art. 38 del citado Reglamento general de protección de datos dispone lo siguiente:

El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones. El delegado de protección de datos rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado.

La referida cuestión prejudicial versa sobre la interpretación y el alcance del art. 38.3 RGPD, a fin de evitar que la normativa nacional entre en contradicción con el Derecho de la Unión. En concreto, el Alto Tribunal pregunta si el artículo mencionado se opone a una ley estatal que permita despedir a un delegado de pro-



tección de datos por causa grave, aun cuando el despido no esté relacionado con el ejercicio de sus funciones. Para resolver esta cuestión, el Tribunal de Justicia manifestó diversas consideraciones, destacando por su trascendencia las siguientes.

En primer lugar, el art. 38 RGPD protege al delegado de protección de datos contra cualquier decisión que ponga fin a sus funciones, le sea desfavorable o constituya una sanción. Por su parte, el Reglamento (UE) 2016/679 trata de preservar la independencia funcional del delegado de protección de datos, así como garantizar la efectividad de las disposiciones previstas. En este sentido, el Considerando núm. 97 del Reglamento afirma que «tales delegados de protección de datos, sean o no empleados del responsable del tratamiento, deben estar en condiciones de desempeñar sus funciones y cometidos de manera independiente». Pues bien, una de las principales características de la implantación de un DPD en la empresa es la creación de un nuevo puesto con las siguientes peculiaridades: 1) autonomía en el ejercicio de la actividad; 2) relación directa con el nivel superior de la organización; y 3) obligación del responsable o encargado de facilitar al DPO todos los recursos necesarios para el ejercicio de sus funciones²⁸.

En segundo lugar, de conformidad con el apartado segundo del art. 153 TFUE, el Parlamento y el Consejo pueden adoptar disposiciones mínimas mediante directivas europeas, no pudiendo el TJUE impedir a los Estados miembros que mantengan o introduzcan medidas de protección más estrictas que las previstas en los Tratados. En palabras de la STJUE de 19 de noviembre de 2019, *Terveys-ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry y Hyvinvointialan liitto ry*, asuntos acumulados C-609/17 y C-610/17, «los Estados miembros conservan la facultad, en ejercicio de la competencia que mantienen, de adoptar tales normas, más rigurosas que las que son objeto de la intervención del legislador de la Unión, siempre que no afecten negativamente a la coherencia de tal intervención». Lo que quiere decir que cada Estado tiene libertad para aprobar una normativa nacional específica en materia de protección de datos, siempre que la misma sea compatible con el Derecho de la Unión Europea y en particular con las disposiciones citadas del RGPD. Ahora bien, la protección reforzada que puede garantizar un Estado no es absoluta y tiene como límite no poner en peligro la consecución de los objetivos previstos en el Reglamento.

Para finalizar, en virtud de todo lo expuesto, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial al declarar que el referido apartado tercero del art. 38.3 del Reglamento europeo de Protección de datos

no se opone a una normativa nacional que establece que un responsable o un encargado del tratamiento solo puede despedir a un delegado de protección de datos que forme parte de su plantilla por causa grave, aun cuando el despido no esté relacionado con el ejercicio de las funciones de dicho delegado, siempre que esa normativa no ponga en peligro la consecución de los objetivos de ese Reglamento.

²⁸ SIERRA BENÍTEZ, E.M., «El delegado de protección de datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del empleo*, n.º 1, 2018, p. 256.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El auge de las *Big Tech* ha propiciado la creación de un nuevo modelo productivo que radica en la extracción y sistematización de datos. Las compañías más exitosas son aquellas que tienen un mayor número de trabajadores digitales, pues el éxito empresarial responde a una doble prestación por la parte más débil del contrato de trabajo: en primer lugar, la realización de una obra o servicio por cuenta ajena; en segundo lugar, la transmisión inconsciente de información privada que incrementa los ingresos económicos de las compañías.

La digitalización de las relaciones laborales, impulsada por el capitalismo de datos o de la vigilancia, colisiona con la protección de determinados derechos fundamentales. El recurso a las nuevas tecnologías, y especialmente la aplicación de sistemas algorítmicos, propicia un nuevo conflicto entre la libertad de empresa y el derecho a la privacidad en el marco de la era digital.

Las personas trabajadoras tienen derecho a preservar su intimidad ante las nuevas facultades de dirección y control empresarial favorecidas por las innovaciones tecnológicas. Ante este escenario, surge el derecho a la intimidad informática como un derecho fundamental de tercera generación, autónomo e independiente que responde a las nuevas amenazas, retos y desafíos.

A pesar de los avances normativos, tanto a nivel europeo (Reglamento general de protección de datos) como a nivel nacional (Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), el régimen jurídico actual difícilmente puede proteger con efectividad el derecho a la intimidad informática de las personas trabajadoras en la empresa. Constantemente, aparecen nuevas lagunas inherentes a un mercado de trabajo versátil y favorecido por el avance fugaz de la inteligencia artificial. Por este motivo, el legislador debe realizar un llamamiento directo a los agentes sociales con el fin de elaborar acuerdos que aborden esta materia a nivel sectorial.

Por último, es imprescindible la protección de la figura del delegado/a de protección de datos en las organizaciones, pues este profesional acreditado tiene como función garantizar la aplicación interna y el respeto de la normativa vigente en la materia.

RECIBIDO: 28/11/2022; ACEPTADO: 23/01/2023



DATA MINING, SUI GENERIS RIGHT AND AGGREGATORS. SOME REFLECTIONS AFTER THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN CASE CV-ONLINE LATVIA V MELONS

Gemma Minero Alejandre*

Universidad Autónoma de Madrid

ABSTRACT

European Intellectual Property Law provides a special intellectual property (IP) right—the sui generis right— for those database makers that made a substantial investment when creating the database. This IP right is infringed in those cases where the defendant creates a risk that the database maker will lose incomes, thereby depriving that database maker of revenue which should have enabled him to redeem the cost of the investment in setting up and operating the database. However, in recent Melons case, the Court of Justice of the European Union redefines the sui generis right in relation to online aggregators. It highlights the fact that access to information and competition concerns have to enter the sui generis right's infringement test. It is the first time that this Court balances the interest of the database maker and those of the other parties, as part of the infringement test. We have to keep in mind European caselaw on aggregators and scraping since scraping tools are playing and will play a key role in the development of artificial intelligence.

KEYWORDS: data mining, databases, aggregators, investment.

MINERÍA DE DATOS, DERECHO SUI GENERIS Y AGREGADORES.
ALGUNAS REFLEXIONES TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO CV-ONLINE LATVIA V MELONS

RESUMEN

En el Derecho europeo de la Propiedad intelectual se regula un derecho especial —el llamado derecho sui generis— para aquellos fabricantes de bases de datos que llevaron a cabo una inversión sustancial en la creación de esa base de datos. Este derecho de propiedad intelectual se ve infringido en aquellos supuestos en los que el demandado priva al fabricante de los ingresos que le permitirían amortizar el coste de la inversión hecha en la constitución de la base de datos y en su funcionamiento. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en una reciente sentencia en el caso Melons, ha redefinido el derecho sui generis en relación con los agregadores en línea. Considera que tanto el acceso a la información como los intereses de sujetos competidores han de ser parámetros a tener en cuenta cuando se analiza si ha existido o no una infracción del derecho sui generis. Es la primera vez que introduce entre los parámetros del análisis de la infracción la necesidad de ponderar los intereses del fabricante de la base de datos y los intereses de terceros. Este pronunciamiento habrá de tenerse muy presente, toda vez que los agregadores y las herramientas de *scraping* jugarán un papel clave en el desarrollo de proyectos de inteligencia artificial.

PALABRAS CLAVE: minería de datos, bases de datos, agregadores, inversión.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2022.39.04>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 39; julio 2022, pp. 63-72; ISSN: e-2530-8319



1. CONTEXT OF DATABASES PRODUCTION AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE DEVELOPMENT AMONG THE EUROPEAN UNION

In the EU context we have a special –and only European– IP right –the sui generis right– for those database makers that made a substantial investment when creating the database, whether it contains works or not, and whether it contains personal or non-personal data.¹

That substantial investment can be made by just one person, but, in many cases, it is the result of the activities of many people and/or some undertakings processing and aggregating data. In some cases, the database created is the result of a data mining process.

On the other hand, we all have in mind that data mining technologies are fundamental for the ongoing of our current digital society. This is the reason why the legal framework of data mining has become a current topic. The Single Market Directive contains a specific regulation of two kinds of data mining exceptions to the sui generis right in Articles 3 and 4.² One for research purpose and a second one for other aims. However, this second one is not a real exception as such since the right holder can decide to opt out. Exceptions to IP rights, by definition, are mandatory for the right holders.

In the modern digital economy, data are being considered the ‘new oil’ and the sui generis right might be used to control any access to the database, thus having an undeniable relevance. That is why current legal debate about data economy as well as databases protection discussions get increasing attention. In particular, this paper is focused on the database protection debate.

* Profesora contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ This right was harmonized by Database Directive (Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council, of 1 March 1996, on the legal protection of databases).

² Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council, of 17 April 2019, on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. Exceptions for data mining contained within articles 3 and 4 of this Directive have been studied by GEIGER, CH., FROSIO, G. and BULAYENKO, O., “Text and Data Mining: Articles 3 and 4 of the Directive 2019/790/EU” in SAIZ GARCÍA, C. and EVANGELIO LLORCA, R. (dir.) *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 36-45; JIMÉNEZ SERRANÍA, V., “Datos, minería e innovación: ¿Qvo Vadis, Europa? Análisis sobre las nuevas excepciones para la minería de textos y datos,” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, n. 1; SÁNCHEZ ARISTI, R. y OYARZABAL OYONARTE, N. “Decadencia y caída del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: la transposición de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital por el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre,” *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, N-69, September-December 2021; HILTY, R. and RICHTER, H., “Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules Part B Exceptions and Limitations (Art. 3-Text and Data Mining),” 14 January 2017. *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, n. 17-02; and GONZÁLEZ OTERO, B., “Las excepciones de minería de textos y datos más allá de los derechos de autor: la ordenación privada contraataca,” in SAIZ GARCÍA, C. and EVANGELIO LLORCA, R. (dir.) *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant-lo-Blanch, 2020, p. 98.

The explanation is complex, since databases protection and data mining are like a snake eating its own tail. If an artificial intelligence project uses a database that is already protected by the sui generis right, the rightsholders' authorization is needed. However, in some cases, data mining exceptions apply, and that authorization will not be needed. In any case, if the company managing that artificial intelligence project makes data mining, the result of that process could be the creation of a new database, in order to create trends and correlations, and that new database could be also eligible for new sui generis right, provided a substantial investment was made. Taking all these elements into account, a first conclusion is that databases production is a kind of eternal process under construction. In our economies, different actors produce data, some others collect them and create databases and some others analyse them using algorithms thus enabling new insights (and new databases).

According to definition contained within Article 2 of Digital Single Market Directive, data mining means any “automated analytical technique aimed at analysing text and data in digital form in order to generate information which includes but is not limited to patterns, trends and correlations.” Text data mining turns texts (or images or audio-video) into data. It is essential for any kind of search engine; it is essential for any kind of statistical analysis of large bodies of content; and it underpins many machine learning applications. It is fundamental for feeding AI initiatives. They all need large amounts of data. Machines cannot “learn” unless the things they want to learn about have already been rendered into data, and that involves data mining.

Not only machines, but also humans need data mining. No researcher can read all relevant research papers that are published in his field of interest. Even if he or she could, he would not be able to find patterns in the research results that emerge only from data mining. Data mining makes the analysis of vast amounts of information possible, that would not otherwise be possible. Through data mining, researchers can discover new knowledge from existing knowledge. Therefore, it is an important research tool.

That makes the EU a strategic place to invest, a strategic place to create a company if we want to develop an artificial intelligence project that requires the use of data mining technologies and that implies the creation of a second database.

2. AN APPROACH TO THE EUROPEAN PROTECTION OF DATABASES

The so-called sui generis right is a special European intellectual property right on databases, which was harmonized in 1996. It is currently one of the main tools for databases protection.

The rightholder of sui generis right is the person who takes the initiative and the risk of investing. Considering that this special protection provides no moral rights to the database maker—such as the paternity right or the integrity right of authors—, the European legislator decided to recognize this protection both to natural persons and companies that bear the risk of the investment, provided they have a direct link



with the European territory. In the case of natural persons, the nationality of an EU Member State or the residence in the EU territory are required. In relation to undertakings, it is required that the company was formed in accordance with the law of an EU Member State and having the registered office, central administration or principal place of business within the EU.³

According to Article 7 of the Database Directive, sui generis right arises when there has been a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents of the database. It is irrelevant whether the contents are already protected by copyright or by a related IP right or not. The right holder has the right to decide whether to authorize or not extractions of contents and reutilizations and to decide the conditions, such as time and price. However, this right holder has no right to impede the creation of new comparable or competitor databases containing the same or similar contents in those cases where the second maker does not use his/her database as the source of the new dataset.

Artificial intelligence databases and databases containing machine-generated data are eligible for the sui generis right, provided there is a substantial investment. This conclusion follows the logic of the non-authorship or no human characterization allowed by the Database Directive. Copyright protection requires human authorship. On the contrary, sui generis protection just requires investment, so that it is irrelevant whether the activities of obtaining, verification or presentation of the contents are done by a natural person or by an algorithm.

The substantial nature of the investment could be quantitative or qualitative, either in resources, efforts, or time. It has to be analysed in a case-by-case decision, since the Database Directive does not provide a concrete minimum quantity of money. There is no doubt that many current artificial intelligence tools used for the data processing imply substantial investment eligible for the sui generis protection.

The Court of Justice of the European Union has narrowed the scope of sui generis right by considering that investment in the creation ex novo of data or contents of the database is not protected by the sui generis right. The database maker has to invest resources on processing data that already existed, that is, resources in pre-existing data, since those resources made on the preliminary phase of generation of data are excluded from protection.

The Court of Justice of the European Union has highlighted this idea in the *Fixture Marketing saga* and in the *Football Dataco saga* that were handed down in 2004 and in 2012. The company creating data, such as sport fixtures, does not own sui generis right because the investment made was only referred to the creation of data.⁴ In those cases, the database maker will only be protected by the sui generis right provided there was an additional investment in the resources used for the

³ The sui generis right is currently just a European special IP right. There is no equivalent IP protection in other countries around the world. It has not been harmonized worldwide in any international treaty and it is no longer in the World Intellectual Property Organization's agenda.

⁴ Judgments of the Court of Justice of the European Union of 9 November 2004, *Fixtures Marketing Ltd v. Oy Veikkaus Ab*; *Fixtures Marketing Ltd v. Svenska Spel AB*; and *Fixtures Marketing*



verification or presentation of the contents or for processing contents that already exist, for example, using some data mining tools.⁵ Investment in data mining tools for the creation of new contents is also excluded from protection.⁶

The right holder of the sui generis right has to be aware that he or she is part of a data value chain, so other stakeholders of that chain will be interested on buying a licence of that database in order to use the contents together with other data processing tools, such as their own algorithms, for the creation of new enriched data and a new database containing them. Provided the new database implies a new substantial investment, the licensees will have new and independent sui generis right. The fee that was paid for the licence to use the contents of the first database will be eligible for the sui generis protection provided it is a substantial investment and it does not refer to the creation of contents, but to the processing of contents that already exist.

When analysing potential sui generis right infringements, good or bad faith of the users is irrelevant. The traditional logic of copyright is also applicable to the sui generis right. Consequently, the right holder can sue any unlawful user –any person that has no right to access to the database– or any lawful user that used the database in a manner or for a purpose that goes beyond the authorization or licence given by the right holder in such a way that it prejudices the right holder’s legitimate interests or conflicts with normal exploitation of the database, that is, in such a way that deprives the database maker of revenue which should have enabled him/her to redeem the cost of the investment in setting up and operating the database.

According to Article 10 of the Database Directive, the term of protection of the sui generis right is only fifteen years. Such a short term of protection is

Ltd v. OPAP; and Judgment of the Court of Justice of the European Union of 1 March 2012, Football Dataco Ltd and Others v. Yahoo! UK Ltd and Others.

⁵ That additional substantial investment was satisfied in the facts of the judgment of the Court of Justice of the European Union 18 Oct. 2012, Football Dataco v. Sportradar. The claimants alleged infringement by the defendants of the sui generis right, which the claimants claimed to have in a database relating to football matches in progress. That database was a product different to just football fixtures. It was a compilation of data about football matches in progress (goals and scorers, yellow and red cards and which players were given them and when, penalties and substitutions, etc.). The data was said not to be created, but just collected, mainly by ex-professional footballers who worked for Football Dataco and attended the matches for this purpose.

⁶ Derclaye and Husovec have highlighted the fact that the notion of substantial investment is one of the most problematic provisions of the Database Directive. “Two databases of the same kind created by two companies can lead to entirely diverging outcomes. One might be protected as a result of the relevant investments, while the other might not. For instance, a dataset of flight connections created by airlines selling the flights, will not enjoy protection. However, purchasing the same data set could qualify as relevant investment.” See DERCLAYE, E. and HUSOVEC, M., “Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms,” *European Intellectual Property Review*, 2022, 44(6), p. 325. It is noteworthy that the Evaluation Report made by the European Commission in 2018 concludes that the exclusion of investment related to the creation of contents of the database should also apply to machine generated databases and databases automatically generated by Internet of Things devices.



remarkable if we compare it with other IP rights. However, any new substantial investment will be eligible for new independent sui generis right, with its own term of protection, that is, for another fifteen years from the date of the new investment. This potential nearly eternal renewal possibility is controversial. In particular, in sole source data situations.

3. THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN MELONS CASE

It is not the first time that the Court of Justice of the European Union talks about web scraping and aggregators and sui generis right, but it is the first time that it says what it has said. We have to keep in mind European caselaw on scraping since scraping tools are playing and will play a key role in the development of artificial intelligence.

The question of the application of sui generis right to results provided by metasearch engines was raised before the Court of Justice of the European Union in *Innoweb v. Wegner* case in 2013.⁷ The Court gave an affirmative answer: the sui generis right may be used to protect the investment made in a website which provides access to an online collection of car advertisements and contains an internal search engine. According to the ECJ, the right holder of the sui generis right can implement technical measures to block bots commonly used for web-scraping, since web-scraping implies extraction and reutilization of the contents of the database and, therefore, the right holder of the sui generis right can decide not to authorize these uses, and to avoid them with technological protection measures.

The defendant was the operator of a dedicated meta-search engine that makes it possible to search the entire contents of a database in real time, by entering an end user's query in the search engine of the database. Therefore, the defendant uses the plaintiff's internal search engine.

The judgment found against the meta-search engine, even though it displayed hyperlinks to the contents of the plaintiff's website. According to the Court of Justice of the European Union, the defendant came close to becoming a 'parasitic competing product', since many end users no longer have any need to go to the plaintiff's website. Consequently, it creates a risk that the database maker will lose income, in particular the income from advertising on his website, thereby depriving that database maker of revenue which should have enabled him to redeem the cost of the investment in setting up and operating the database. According to the Court of Justice, the investment made by the database maker will be affected, since the number of visits to his website will decrease and, consequently, the publicity

⁷ Judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 December 2013, *Innoweb BV v Wegener ICT Media BV and Wegener Mediaventions BV*.



revenues will also decrease.⁸ Taking all these elements into consideration, the Court of Justice concluded that the act of making available on the Internet a dedicated meta search engine re-utilises the whole or a substantial part of the contents of a database protected by the sui generis right. Therefore, it infringes the sui generis right.

On the contrary, in recent *Melons* case, the Court of Justice of the European Union redefines the sui generis right.⁹ It highlights the fact that access to information and competition concerns have to enter the sui generis right's infringement test.

In a nutshell, the facts of the case were the following: a specialist search engine engaging in re-use of substantial parts of the database of a job adverts website was accused of violating sui generis database right.¹⁰ Unlike in *Innoweb* case, in *Melons* case, the defendant –this specialist search engine or aggregator– does not use the search function of the plaintiff's website but develops its own way to explore the database. Moreover, the user is only offered deep links.

According to the Court of Justice of the European Union, the defendant extracts and reutilises the database. It implies previous copies and indexes of the content of the plaintiff's database. However, the Court of Justice of the European Union says that an extraction or reutilization of the contents is not enough for concluding that there was an infringement. It only constitutes sui generis right infringement provided such uses deprive the database maker or endanger its right to redeem the cost of his investment. This important aspect introduces the leitmotiv of the database protection into the infringement test. For the Court, the infringing must imply "significant detriment" to the database maker's investment. If there is not such a detriment, then there is no infringement. The Court of Justice does not say it directly, but it can be inferred that in the case the defendant creates a new product, the risk for the plaintiff that his or her investment may not be redeemed must be high or evident, not just potential and the plaintiff must prove it.

Moreover, while analysing whether there is a significant detriment to the investment, national courts must balance the interest of the database maker and of the other parties, as part of the infringement test. The court explicitly mentions the legitimate interests of "users" to have access to information contained in the database

⁸ In this case, the Court of Justice pointed out that the defendant's activity undermines the sui generis right, since the user no longer has any need to proceed via the homepage –the plaintiff's homepage–, since he can explore that database directly using the service of the operator of the meta search engine –the defendant's service–.

⁹ Judgment of the Court of Justice of the European Union of 3 June 2021, case CV-Online Latvia v Melons. About the alteration of the trajectory of sui generis right that this recent judgment introduces, see DERCLAYE, E. and HUSOVEC, M., "Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms," *opus cit.*, pp. 323-331. According to these authors, the Court of Justice gives a more measured and mature view of the sui generis right.

¹⁰ A search engine such as that at issue in the proceedings makes it possible to explore all the contents of the website and provides its users access to the entirety of the contents, but using means other than that provided for by the maker of the first database.



and “competitors” to create innovative products based on that information.¹¹ The Court notes that aggregators contribute to the creation and distribution of new and better products and services with added value in the information sector. By offering their users a unified interface enabling them to search several databases, they allow the information on the internet to be better structured and to be searched more efficiently. They also contribute to the smooth functioning of competition and to the transparency of offers and prices. Finally, the Court notes that it is up to the national court to apply competition law to the case at hand.¹² We must keep an eye on whether the Court of Justice of the European Union confirms this doctrine.

As for the future, taking into account Melons doctrine, it could be noted that very innovative products producing strong consumer benefits or socially important re-use of data that do not have significant impact on the investments made are likely to prevail. However, in other not so innovative cases where there is a high-risk for database makers and low gain for users, could be considered parasitic or close to parasitic products.

4. SOME REFLECTIONS ABOUT NEW DATA MINING EXCEPTIONS

As it was stated before, the Digital Single Market Directive regulates two different exceptions for data mining: one specific scientific research exception and a general data mining exception. The European legislator is aware of the leading role of data mining technologies in current digital economy and, in particular, of its benefits for the research community.

In particular, Recital 8 of the Digital Single Market Directive mentions universities and other research organisations and cultural heritage institutions, such as archives, libraries and museums, as the main beneficiaries of the first data mining exception, that is, the exception contained within Article 3 of this Directive. I am referring to data mining for scientific research exception.

According to Recital 12, these beneficiaries have in common that they act either on a not-for-profit basis or in the context of a public-interest mission. Such a

¹¹ The Court of Justice has introduced the fair balance parameter, so that the sui generis right has to be balanced with other rights. Contrary to recitals 4 and 9 of Directive 2001/29, of 22 May 2001, on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, the Database Directive does not state that the protection of databases must be high.

¹² We cannot forget that Article 13 of the Database Directive states the provisions of this Directive are without prejudice to the competition rules of EU law or that of the Member States. This conclusion of the Court of Justice has been strongly criticized by Derclaye and Husovec, which state: “It should be clarified that sui generis database protection pre-empts national slavish imitation/ parasitism.” “Such a provision would make it clear that it is impossible to cumulate slavish imitation or parasitism with the sui generis right, or even extend it beyond the EU Law.” See DERCLAYE, E. and HUSOVEC, M., “Sui Generis Database Protection 2.0: Judicial and Legislative Reforms,” *opus cit.*, p. 330.



public-interest mission could, for example, be reflected through public funding. For example, a public hospital using data mining for optimizing medical treatments and organizing beds, surgery rooms and other spaces. On the contrary, organisations upon which commercial undertakings have a decisive influence are excluded. For example, insurance companies using data mining for finding abuses and frauds.

However, recital 11 also states: in line with private sector's collaboration policies, research and cultural organisations also benefit from this exception when their "research activities are carried out in the framework of public-private partnerships." Therefore, research organizations can also apply this exception when using private technological tools for data mining.

In any case, the Directive requires lawful access. It covers access to content based on an open access policy, or through contractual arrangements between rightholders and the beneficiaries of this exception, such as subscriptions.

Taking into account that this exception is limited to entities carrying out scientific research, any potential harm created to right holders would be minimal. This is the reason why the Directive does not require compensation.

Apart from this mandatory exception contained in article 3 and referred to scientific research, the Directive also regulates a second data mining exception in Article 4. Therefore, by definition, this second kind of data mining applies to the private sector or to public entities, but for aims different to scientific research, such as developing governmental services.

Actually, it is not a real exception as such, but a reminder for rightsholders. This optional data mining exception applies on condition that the use of the database has not been expressly reserved by their rightsholders. For example, rightsholders can decide to do this reservation in the conditions of the website or in the text of the contractual agreements and, of course, rightsholders can apply technological measures to ensure this reservation. Consequently, the right holder of the sui generis right on a database can decide to reserve the extraction right for data mining or he can also decide to allow data mining of the whole or of a part of his or her database, in exchange of a price or under other conditions. The right holder is not obliged to allow data mining of his or her database to any kind of users for any kind of aim.

To sum up the European approach, there is not a broad exception for data mining for purposes others than research that could play a fostering role for artificial intelligence development among the European countries. That despite the fact that some artificial intelligence techniques work in a similar way to aggregators. Besides, we cannot forget that any exception and limitation must be interpreted narrowly.¹³

¹³ WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, prepared by S. Ricketson, April 2003, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.doc.



5. SOME CONCLUSIONS

In a recent judgment, the Court of Justice of the European Union has redefined the sui generis right, in order to get a balance between IP rights and Competition Law. It is the first time that the Court of Justice does it, so we still have to wait and see whether it continues this interpretation or, on the contrary, whether it comes back to its previous doctrine. There is no doubt that with this ruling the Court of Justice has narrowed the sui generis right.

This result might have a double effect. On the one hand, this interpretation might be used to foster artificial intelligence, whose creation needs previous data mining activities. On the hand, we cannot deny that the European sui generis right is also a reason fostering artificial intelligence, since the datasets that are created when doing data mining might be eligible for the sui generis protection among the European countries.

In those cases where the Court of Justice has understood that there is no infringement of the sui generis right, then there is no reason to study whether the new data mining exceptions apply or not. If there is no infringement, the use is legal and, therefore, there is no need to apply any exception.

Moreover, we cannot forget one important detail: the database in dispute in *Melons* case did not contain works or other subject-matter. It contains mere data or information. Maybe the answer would not be the same if the defendant would have used a database containing works for the creation of a second database. In that case, it would be less probable that the Court of Justice states that it is necessary to strike a balance between, on the one hand, the legitimate interest of the makers of the database in being able to redeem their substantial investment and, on the other hand, that of competitors in having access to works contained in the previous database and the possibility of creating new products based on that contents. In other words, in this hypothetical case, the resulting product would not contribute to the development of the information market. Let's see if the Court of Justice agrees with us or not...

RECIBIDO: 01/09/2022; ACEPTADO: 20/09/2022



DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA, UNA APROXIMACIÓN COMPARADA. IMPLICACIONES DEL USO DE LOS NUEVOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DIGITALES

Gregorio Alayón Díaz*
Universidad de La Laguna

RESUMEN

En ocasiones el buen funcionamiento de un sistema complejo depende de un elemento aparentemente intrascendente. La abogacía constituye para la tutela de los derechos y el mantenimiento del Estado de Derecho uno de estos elementos aparentemente triviales que son, en realidad, imprescindibles. De ahí la importancia de la deontología como piedra de toque del buen hacer profesional. En este trabajo se estudia desde una perspectiva comparada cómo se aborda esta cuestión a nivel internacional y en los dos grandes espacios jurídicos de nuestro entorno: la Unión Europea y Estados Unidos, en relación con el ordenamiento español. Así mismo, se analiza el tratamiento deontológico de la digitalización en la práctica profesional de la abogacía.

PALABRAS CLAVE: derecho comparado, ética profesional, deontología, profesiones colegiadas, abogacía, publicidad de servicios legales, digitalización.

LAWYER'S PROFESSIONAL ETHICS, A COMPARATIVE APPROACH.
IMPLICATIONS OF THE USE OF NEW DIGITAL MEDIA

ABSTRACT

It is not uncommon that the proper operation of a complex system depends on an element seemingly irrelevant. Private law practice is one of these apparently trivial elements that, actually, are essential for proper legal protection and rule of law. Hence, the importance of deontology as a touchstone of good professional practice. This paper studies from a comparative perspective how this issue is addressed at the international level and within both main surrounding legal systems: European Union and United States with regard to Spanish Legal System. Likewise, deontological treatment of digitization in the professional practice of law will be analysed.

KEYWORDS: comparative law, professional ethics, deontology, regulated professions, advocacy, law practice, information about legal services, digitalization.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2022.39.05>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 39; julio 2022, pp. 73-92; ISSN: e-2530-8319



1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL E HISTÓRICA

La deontología¹ pretende discernir cuáles son las obligaciones éticas mínimas imprescindibles que debe asumir necesariamente cualquier persona que desempeñe una labor profesional. La naturaleza de esos deberes aplicados a una labor concreta en unas circunstancias singulares hace que vayan más allá de la moral y que aparezcan principios derivados de cuestiones de orden público o de organización que no son predicables para todo el mundo pero que resultan esenciales para el colectivo profesional de que se trate.

Naturalmente, la ética personal y profesional es un atributo que debiera informar todos los ámbitos de la vida social con independencia de la actividad que cada uno desempeñe. Lo cierto es que, sin dejar de aspirar a lo mejor al regular la realidad de las cosas, la norma debe limitarse a lo necesario. De ahí que, además del sometimiento a las obligaciones sociales generales recogidas en la legislación general, para algunas profesiones, que tienen una especial repercusión cuestiones capitales para las personas y para la sociedad, la regulación sea especialmente exigente.

La ordenación deontológica es una de las manifestaciones, aunque no la única, de estos deberes reforzados para algunos sectores profesionales de los que la sociedad espera y reclama una conducta especialmente celosa. El ejemplo más evidente de la exigencia social de un complemento de diligencia y rectitud se encuentra en los colectivos que por su particular estatuto jurídico están sometidos a un derecho penal especial como los militares. Otra manifestación la constituyen los delitos especiales que solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos y autoridades (prevaricación, cohecho...).

Fuera del ámbito del ejercicio de poder público y de los eventuales abusos que en ese sector pudieran acontecer, existen profesiones que de modo ordinario se enfrentan a situaciones que inciden radicalmente en aspectos mercedores de un cuidado extraordinario por afectar a la misma vida, la intimidad personal y familiar, la libertad... Son profesiones como las sanitarias, con una indudable vinculación con la dignidad personal, la integridad física o la vida, o algunas profesiones técnicas (ingenierías, arquitectura...) de cuyo recto obrar depende la seguridad física de los usuarios de las infraestructuras (edificios, transportes, viales...) en las que se desarrolla la vida social.

No puede separarse de esta relación al conjunto de las profesiones jurídicas que desempeñan una función central en cualquier sociedad, tanto para el efectivo ejercicio de los derechos más básicos (libertad, vida...) como para llevar a cabo las construcciones culturales más elevadas. Desde esta perspectiva cobra sentido el

* Profesor ayudante de Historia del Derecho de la Universidad de La Laguna.

¹ El diccionario de la Real Academia recoge la etimología de raíz griega de la palabra *deontología*, que remite a la *ciencia*, de «lo que es necesario», y da acepciones que afinan la definición: «... 1.- Parte de la ética que trata de los deberes, especialmente de los que rigen una actividad profesional. 2.- Conjunto de deberes relacionados con el ejercicio de una determinada profesión...».



trato particular que reciben las profesiones jurídicas, aun en aquellas facetas, como la abogacía, que no se encuentran investidas de poder público.

La abogacía, la procura o los graduados sociales se encuentran dentro de las denominadas *profesiones colegiadas*, que son aquellas cuyo ejercicio debe llevarse a cabo necesariamente a través de la pertenencia a un colegio profesional. Nótese que no todas las profesiones para las que existe colegio profesional son de colegiación obligatoria, sino únicamente aquellas cuya función alcanza una gran relevancia social como las ya mencionadas profesiones jurídicas, las sanitarias o las ingenierías, cuyo objeto y función social de interés general justifica esta peculiar circunstancia².

Con carácter general, en relación con el régimen legal del ejercicio de distintas actividades técnicas en España se puede distinguir entre tres clases de profesiones: las colegiadas, las tituladas y las libres. Las profesiones libres pueden ser ejercidas por cualquier persona sin necesidad de cumplir con requisitos especiales más allá de los correspondientes a las disposiciones generales de tipo fiscal, urbanístico o de policía urbana. Para desempeñar una profesión titulada es necesario estar en posesión de un título habilitante como puede ser un grado académico específico o una habilitación oficial, *e.g.*, un permiso de conducir. Adicionalmente, para las profesiones colegiadas, además de estar en posesión del grado académico correspondiente, es preciso integrarse en una corporación de derecho semipúblico a la que preceptivamente pertenecen todas las personas que desarrollen esa actividad en una demarcación, esto es, en el respectivo colegio profesional³.

La pertenencia a un colegio profesional de colegiación obligatoria implica el sometimiento a las normas que lo rigen y a la potestad disciplinaria del mismo. De entre estas normas tienen un lugar, no menor, las deontológicas como expresión elemental de las pautas de conducta que determinan el común denominador de un desempeño profesional ético e íntegro que únicamente desde la experiencia acumulada en el ejercicio de la profesión puede apreciarse en pureza⁴.

El control deontológico de la actividad profesional no solo es una necesidad común de las profesiones liberales de colegiación obligatoria en España, sino que también es una constante a nivel internacional como se desprende de la atención que le han prestado a esta materia los colegios profesionales y las principales organizaciones profesionales nacionales e internacionales en general y, particularmente, las de la abogacía.

La profesión de abogado se generaliza en Castilla a partir de la recepción del Derecho Común y ya desde el s. XIII existen antecedentes en la regulación del ofi-

² GONZÁLEZ CUETO, T., «Las competencias de los colegios en relación con la ordenación y el ejercicio de la profesión», en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S., dir.), *Historia de la abogacía española*, vol II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1679.

³ *Ibidem*, pp. 1673-1677.

⁴ *Ibidem*, p. 1691.



cio de «vocero» en el Fuero Real, el Espéculo y en Las Partidas⁵. En sentido amplio, la regulación del acceso a la profesión de abogado en términos casi equivalentes a los actuales se remonta al inicio de la Edad Moderna⁶ cuando la habilitación para el ejercicio de la abogacía en Castilla se configura en torno a tres ejes: la condición de graduado, el examen y la matrícula⁷. En el resto de territorios de la monarquía hispánica se exigían requisitos similares⁸.

La condición de graduado alude a que el aspirante debía estar en posesión de un título universitario en leyes y cánones, habitualmente el de bachiller (al que correspondían cinco años de estudios), aunque en los tribunales superiores sí se daba una mayor presencia de licenciados y doctores⁹. Otro requisito, hoy en día ampliamente exigido en derecho comparado¹⁰, que fue usual en el pasado en los distintos territorios españoles en el proceso de habilitación para el ejercicio de la abogacía era la exigencia de una pasantía como mecanismo para garantizar el conocimiento práctico del derecho que de hecho se practicaba en los tribunales¹¹. Tanto en Castilla como en la Corona de Aragón y Navarra, aquellos que siendo graduados y que hubieran superado la pasantía, para poder practicar la abogacía debían someterse al examen de recepción ante el organismo ante el que fueran a ejercer (Consejo de Castilla o Audiencia que fuera, Consejo de Navarra...) ¹².

Finalmente, cumplidos los requerimientos previos y superado el examen de admisión, el nuevo abogado debía prestar juramento para inscribirse en la «*mátrícula*» de abogados del tribunal que fuera. A partir de la constitución de las primeras corporaciones de abogados en los distintos territorios de la monarquía, la integración en un colegio pronto devino obligatoria. *E.g.*, por auto acordado de 23-11-1617 se estableció que quien ejerciera ante los Reales Consejos debía estar incorporado en la Congregación y Hermandad de Abogados de Madrid¹³.

Desde la primera regulación alfonsina en las Partidas, la deontología, es decir, la preocupación por el recto actuar de los abogados y su control disciplinario cons-

⁵ ALONSO ROMERO, M.P. y GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, pp. 11-13, consultado 27-6-22. Descargado de <http://hdl.handle.net/10016/16884>.

⁶ Los Reyes Católicos dictan, en Madrid, a 14 de febrero de 1495, el «Ordenamiento de los Abogados», en el que, entre otras cuestiones, regulan el «... examen, aprobación y otros requisitos para usar el oficio de abogado...» ordenando que no se admitiese abogar ante «... nuestro Consejo ni en la nuestra Corte ni Chacillería, ni ante las Justicias de nuestros Reynos...» a nadie que no fuere graduado, debidamente examinado y matriculado. *Vid.* nota que sigue.

⁷ Novísima recopilación de las leyes de España, tomo II, libros V, título XXII, ley I.

⁸ BERMÚDEZ AZNAR, A., «La abogacía en el ámbito de la monarquía hispánica de los siglos XVI y XVII», en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S., dir.), *Historia de la abogacía española*, vol II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 595-596.

⁹ *Ibidem*, pp. 597-600.

¹⁰ MARTÍN BERNAL, J.M., *Abogados y procuradores en y ante la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 162-164.

¹¹ BERMÚDEZ AZNAR, A., «La abogacía en el ámbito de la monarquía...», *op. cit.*, p. 600.

¹² *Ibidem*, pp. 600-601.

¹³ *Ibidem*, p. 602.



tituye una constante en la normativa relativa a la abogacía¹⁴. Algunas disposiciones tradicionales, y en vigor hasta fechas muy recientes, como la prohibición del pacto de *quota litis*, datan de esta época¹⁵. Otras, como el secreto profesional, siguen aún hoy en vigor y configuran, desde entonces, el núcleo de la regulación deontológica¹⁶.

Más de cuatrocientos años después la colegiación sigue siendo obligatoria para el ejercicio de la abogacía, aunque algunas voces doctrinales lo cuestionan. La razón, entonces como hoy, se relaciona directamente con el objeto de este trabajo: la deontología profesional y el control disciplinario. Sin embargo, la cuestión no se reduce a la regulación deontológica en sí, sino al motivo que justifica que la función disciplinaria se canalice a través de los colegios de abogados y no dependa de otras administraciones públicas. La respuesta, en palabras del Tribunal Constitucional en el FJ 6.º de su Sentencia de 17-1-2013, es que

... La razón de atribuir a estas entidades, y no a la Administración, las funciones públicas sobre la profesión, de las que constituyen el principal exponente la deontología y ética profesional y, con ello, el control de las desviaciones en la práctica profesional, estriba en la pericia y experiencia de los profesionales que constituyen su base corporativa...¹⁷.

En este trabajo se abordará un estudio preliminar sobre la regulación de la ética profesional en la abogacía internacional, europea y norteamericana a través de sus textos de referencia: el «International Principles on Conduct for the Legal Profession» de la International Bar Association (IBA), el «Código de deontología de los abogados europeos» aprobado por el *Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea*, en adelante CCBE, y las «Model Rules of Professional Conduct»¹⁸ de la *American Bar Association*, en adelante ABA, que al ser comparadas entre sí y con el *Código Deontológico de la Abogacía Española* y el *Estatuto General de la Abogacía Española* permitirán entresacar los principios compartidos, las particularidades propias del ejercicio de la abogacía en España y analizar la incidencia en la deontología de la irrupción de los nuevos medios de comunicación digitales.

¹⁴ ALONSO ROMERO, M.P. y GARRIGA ACOSTA, C., *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 77-90.

¹⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁶ *Ibidem*, p. 81.

¹⁷ GONZÁLEZ CUETO, T., «La colegiación del abogado es obligatoria», en *Diario La Ley* –Sección Tribuna–, núm. 9079, Editorial Wolters Kluwer, 13 de noviembre de 2017, pp. 4-7. Consultado el 5-7-2022. Descargado de https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_13/pdfs/35.pdf.

¹⁸ Las *Model Rules of Professional Conduct* de la ABA han sido consultadas desde la web de la propia institución en el apartado *Model Rules of Professional Conduct-Table of Contents*. Disponible en https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/.



2. ESTUDIO PARTICULARIZADO DE LOS TEXTOS DE REFERENCIA

A continuación, se procederá al análisis y contextualización de los códigos deontológicos arriba indicados haciendo especial hincapié en las características de la entidad productora y en si se trata de textos vinculantes o de meras recomendaciones.

2.1. «INTERNATIONAL PRINCIPLES ON CONDUCT FOR THE LEGAL PROFESSION» DE LA *INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION* (IBA)

La *International Bar Association* (IBA) es una asociación que agrupa a más de 80 000 profesionales del derecho (abogados, jueces, académicos...) a título personal y a 188 organizaciones profesionales (colegios profesionales, asociaciones de abogados, Bar Associations...) de 170 países¹⁹. Fue fundada en 1947, influida por los principios fundacionales de la ONU. Entre sus fines destacan la protección y el fomento del «Estado de Derecho», la independencia judicial y derecho de defensa, junto al compromiso, más instrumental, para con la reforma, el avance y la armonización del derecho internacional²⁰.

Los «International Principles on Conduct for the Legal Profession» constituyen un breve decálogo con el que la *International Bar Association* (IBA) intenta instituir un patrón mínimo de conducta común, que pueda servir de cimiento para las regulaciones deontológicas que las autoridades competentes en cada país pudieran establecer. Por la propia naturaleza de la asociación, los «International Principles on Conduct for the Legal Profession» no tienen valor normativo ni se pretende que se empleen como criterio a la hora de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria en el ejercicio de la abogacía, si bien es cierto que la IBA no esconde el ánimo de que sirvan de inspiración y base para ulteriores desarrollos normativos en las concretas jurisdicciones en que actúan los profesionales del Derecho, especialmente, en lo que hace a las relaciones con los clientes²¹.

¹⁹ IBA, *Brochure 2021*, p. 14. Consultado el 26-4-2022. Descargado de <https://www.ibanet.org/medias/IBA-Brochure-2021.pdf?context=bWFzdGVyfGFzc2V0c3wxMDA5MDIyN3xcHB-saWNhdGlvbi9wZGZ8aDI3L2g2Yy84ODA3MjA2NDUzMjc4L0lCQSIcCm9jaHVyZS0yMDIxL-nBkZnwyY2NlMzFjM2UxOGQyOWRiZTdhYW15YmNhZWZhZmU1OTJhM2IwMTg3OD-Y1YTMwMjkzMmRkYzE3NDI3MmFiNjlk&attachment=true>.

²⁰ *Ibidem*, p. 9.

²¹ KARNAVAS, M.G., *Lawyer 's ethics*, Skopje, OSCE, 2016, p. 14. Consultado el 7-4-2022. Descargado de <https://www.osce.org/files/f/documents/a/e/315081.pdf>.



2.2. «CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA DE LOS ABOGADOS EUROPEOS» (CCBE)

El *Consejo de los Colegios de Abogados de la Unión Europea* (CCBE), en su denominación más frecuente y oficialmente *Consejo de la Abogacía Europea*²², es la organización representativa de la abogacía en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, a la que además pertenecen abogados y colegios de otros países europeos como Suiza. De conformidad con la información disponible en su página web, en abril de 2022 estaba formada por 32 países miembros de pleno derecho y otros 13 asociados u observadores²³.

Esta corporación nació en 1960 como comité de otra asociación de abogados de diversos países, la *Union Internationale des Avocats* (UIA), para estudiar las implicaciones derivadas del establecimiento de la Comunidad Económica Europea (1957) tras el Tratado de Roma de 1957. A lo largo de las décadas el CCBE tomó entidad propia e integró a las principales agrupaciones representativas de la abogacía de los países miembros de modo que devino en el interlocutor entre la abogacía y las instituciones de la Unión Europea²⁴.

El «Código de deontología de los abogados europeos» fue aprobado en 1988 y, aunque ha sufrido a lo largo de estos años algunas reformas parciales, sigue en vigor. A diferencia de los «International Principles on Conduct for the Legal Profession», este texto sí tiene valor normativo y en determinadas circunstancias (fundamentalmente en la práctica transfronteriza entre estados miembros la Unión Europea, Espacio Económico Europeo o Suiza) constituye la norma básica en materia deontológico-disciplinaria de la abogacía²⁵.

2.3. MODEL RULES OF PROFESSIONAL CONDUCT (2009)

El modelo organizativo de la abogacía en Estados Unidos, en adelante EE. UU., es distinto al europeo, no se trata de una cuestión de familia jurídica, pues se aprecian diferencias tanto respecto de los sistemas de *common law* como de derecho continental.

En Europa resulta habitual que el ejercicio de las profesiones jurídicas en general, y de la abogacía en particular, se articule en torno a organizaciones corpo-

²² CCBE, *Estatutos*, p.1. Consultado el 26-4-2022. Descargado de https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/STATUTS/EN_statutes.pdf.

²³ CCBE, *Who we are*. Consultado el 26-4-2022. Disponible en <https://www.ccbe.eu/about/who-we-are/>.

²⁴ CCBE, *The history of the CCB*, 2005, pp. 6-11. Consultado el 26-4-2022. Descargado de https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EN_history_ccbe.pdf.

²⁵ CCBE, *Carta de principios esenciales de la abogacía europea y código deontológico de los abogados europeos*, Bruselas, 2008, p. 3. Consultado el 26-4-2022. Descargado de https://www.ccbe.eu/NTCdocument/10_11_10_Booklet_Cd3_1290438847.pdf.



rativas profesionales²⁶, generalmente de adscripción obligatoria cuya existencia no es extraño que se remonte a varios siglos²⁷.

En EE. UU., las corporaciones que agrupan a los profesionales del Derecho, con independencia de su naturaleza jurídica, son mucho más recientes y no es hasta la década de 1870 cuando aparecen las actuales «Bar Associations» entre las que se encuentra la ABA²⁸.

Se conoce como «Bar Association» a dos tipos de instituciones cuya característica común es que sus miembros son, en su mayor parte, abogados: las «Unified and integrated Bar Associations» y las «Voluntary Bar Associations». Las primeras son organizaciones de adscripción forzosa, cuyo régimen se encuentra legalmente establecido, en las que debe integrarse toda persona que quiera ejercer la abogacía en una determinada jurisdicción. Mientras que las «Voluntary Bar Associations» son meras asociaciones privadas²⁹ en las que los profesionales de la abogacía se agrupan en tanto que individuos particulares para defender sus intereses comunes.

La *State Bar Association of North Dakota* fue, en 1921, la primera «Unified Bar Association». En la actualidad, en tres quintas partes de los EE. UU.³⁰ se ha legislado como requisito indispensable para ejercer la abogacía la pertenencia a la respectiva «Bar Associations»³¹. En cambio, en algunos de los estados con mayor importancia y peso económico, como Nueva York, la habilitación para el ejercicio de la abogacía no está condicionada a la pertenencia a una «Bar Association»³².

Esta diversidad de situaciones deriva de la naturaleza federal de EE. UU., que implica que cada uno de los estados que conforman la unión sea soberano en todas aquellas cuestiones que la Constitución Federal –y las sentencias del Tribunal Supremo (*US Supreme Court*) que la interpretan– no establezca específicamente

²⁶ PEREZ BUSTAMANTE, R., «El origen de los colegios de abogados de España», en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S., dir.), *Historia de la abogacía española*, vol. II, Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1599-1600. SCHOECK, R.J., «Aspects of the Inns of Court», en *Canadian Catholic Historical Association (CCHA) Report*, núm. 32, 1965, p. 37. Consultado el 04-05-2022. Descargado de https://www.umanitoba.ca/colleges/st_pauls/ccha/Back%20Issues/CCHA1965/Schoeck.pdf.

²⁷ De los actuales colegios de abogados españoles, el más antiguo es el *Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza (REICAZ)*, del que se desconoce la fecha de fundación pero cuya existencia consta documentada desde 1546. Mientras que en el ámbito anglosajón de los *Inns Of Court* londinenses, se cree que ya en siglo XIII eran instituciones pujantes, si bien los primeros registros escritos, los «Black Books» del *Lincoln's Inn*, datan de 1422.

²⁸ LEVIN, L.C., «The End of Mandatory State Bars?», en *The Georgetown Law Journal*, núm. 109, 2020, p. 3. Consultado el 27-4-2022. Descargado de https://www.law.georgetown.edu/georgetown-law-journal/wp-content/uploads/sites/26/2020/04/Levin_The-End-of-Mandatory-State-Bars.pdf.

²⁹ *Ibidem*, pp. 3-5.

³⁰ Concretamente en treinta y un estados y el Distrito de Columbia.

³¹ LEVIN, L.C., «The End of Mandatory...», *op. cit.*, pp. 5-8.

³² *Ibidem*, pp. 8-11.

que corresponden al ámbito federal³³. En consecuencia, la jurisdicción ordinaria es estatal en primera y ulteriores instancias salvo, en materias con conexión federal³⁴. De ahí, que cada estado pueda seguir y siga políticas diversas a las hora de ordenar el ejercicio de la abogacía en su respectiva jurisdicción, entre las cuales puede estar la pertenencia a la *State Bar Association*³⁵.

De las materias de competencia federal conocen juzgados y tribunales federales que, en paralelo a la mencionada organización judicial estatal, se organizan territorial y jerárquicamente para cubrir todo el territorio de los EE. UU., de manera que existen 94 tribunales de distrito (*district level trial courts*), 13 tribunales de apelaciones (*courts of appeals*) regionales y en la cúspide el Tribunal Supremo (*Supreme Court*). A los tribunales de distrito deben añadirse algunas jurisdicciones especiales con una organización diferente cuya competencia se determina por razón de la materia y no del territorio, como son las quiebras, la jurisdicción militar o la tributaria³⁶. El ejercicio de la abogacía ante esos tribunales federales requiere que el profesional interesado sea admitido a litigar ante esa jurisdicción en particular³⁷.

A la vista de esta peculiar organización, la ordenación deontológica y la potestad disciplinaria de los abogados en ese país depende de la/s jurisdicción/es estatal/es en la que estén habilitados para actuar y de los tribunales federales a cuya práctica hayan sido admitidos. De este modo se da una múltiple dependencia deontológico-disciplinaria de los tribunales, de las entidades federales y estatales con esta competencia y, en los estados con «Unified and integrated Bar Associations», de estas organizaciones³⁸.

³³ AJANI, G., *Sistemas Jurídicos Comparados. Lecciones y materiales*, Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona, 2010, p. 218.

³⁴ UNITED STATES COURTS: *Comparing Federal & State Courts*. Consultado el 28-4-2022. Disponible en <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts>.

³⁵ National Conference of Bar Examiners (NCBE), ABA Section of Legal Education and Admissions to the Bar, *Comprehensive Guide to Bar Admission Requirements 2021*, pp. 19-38. Consultado el 28-4-2022. Descargado de https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2021-comp-guide.pdf.

³⁶ UNITED STATES COURTS, *Court Role and Structure*. Consultado el 28-4-2022. Disponible en <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure>.

³⁷ Por ejemplo, el Tribunal Supremo dispone, en sus *Supreme Court Bar Admissions Instructions*, que para poder litigar ante ese órgano es preciso solicitar la admisión y cumplir con una serie de requisitos como haber estado admitido a la práctica ante la más alta instancia del estado o territorio —«... the highest court of a State, Commonwealth, Territory or Possession, or the District of Columbia...»— donde ejerce el solicitante durante al menos tres años, no haber sido sancionado disciplinariamente en los últimos tres años y ser propuesto por un miembro de la *Supreme Court Bar* y patrocinado por otros dos que no guarden relación por parentesco o afinidad con el candidato. US SUPREME COURT, *Supreme Court Bar Admissions Instructions*. Consultado el 28-4-2022. Descargado de <https://www.supremecourt.gov/bar/UpdatedAdmissionInstructions.pdf>.

³⁸ LEVIN, L.C., «The End of Mandatory State Bars?...», *op. cit.*, pp. 2-3 y 5-7.



La ABA pertenece a la categoría de las agrupaciones voluntarias de profesionales del Derecho³⁹, fundamentalmente pero no exclusivamente abogados, que ejercen en EE. UU.⁴⁰. Por tanto, la ABA no tiene competencias regulatorias ni disciplinarias pero sí posee una gran influencia y capacidad prescriptora. No solo por el peso específico que le otorga agrupar –como miembros de pleno derecho que pagan su cuota de afiliación– a cerca de doscientos mil abogados (en 2017), esto es, más del 14% de de la profesión en EE. UU.⁴¹, que se distribuyen por todo el país, sino por haber trabajado desde su fundación en favor de la independencia de la abogacía y el derecho de defensa⁴².

Entre otros muchos asuntos, la ABA lleva más de un siglo ocupándose de la deontología profesional de los abogados. Fruto de esa preocupación han ido publicando y actualizando varios reglamentos, como las vigentes *Model Rules of Professional Conduct*, cuya última versión data del año 2009. Sus más lejanos antecedentes, los *Canons of Professional Ethics*, se remontan a 1908 y, desde entonces, ante la repercusión en el mundo jurídico de los cambios sociales, económicos y culturales que se dieron en las décadas que siguieron, se fueron elaborando textos como el «Code of Professional Responsibility (1969)» o las «Model Rules of Professional Conduct (1983)»⁴³.

Las *Model Rules of Professional Conduct (2009)*, en adelante *MRPC*, como sus precedentes, no son aplicables por los órganos con competencia disciplinaria para los profesionales de la abogacía en EE. UU., salvo que se acuerde mediante una disposición específica. Aun así, junto con otras fuentes como el *Restatement*⁴⁴ (*Third of the Law Governing Lawyers* y algunas normas legales federales⁴⁵, sí establecen un

³⁹ ABA, *ABA policy and procedures handbook 2021-2022*, Chicago, 2021, p. 1. Consultado el 28-4-2022. Descargado de https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/board_of_governors/greenbook/greenbook.pdf.

⁴⁰ ABA, *ABA constitution and bylaws rules of procedure of House of Delegates 2021-2022*, Chicago, 2021, pp. 13-14. Consultado el 28-4-2022. Descargado de https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/house_of_delegates/constitution-and-bylaws/constitution-and-bylaw/2021-2022-constitution-and-bylaws-final.pdf.

⁴¹ COE, A, «ABA Decline: Why Are Fewer Lawyers Joining The Club?», en *Law360*, 24-07-2018, p. 2. Consultado 28-4-2022. Descargado de <https://www.legalmosaic.com/wp-content/uploads/2018/07/ABA-Story.pdf>.

⁴² ABA's Governmental Affairs Office, «ABA lobbying efforts are an important member service», *ABA Journal*, 01-08-2021. Consultado el 28-4-2022. Descargado de <https://www.abajournal.com/magazine/article/aba-lobbying-efforts-are-an-important-member-service>.

⁴³ PARLEY, L., «A Brief History of Legal Ethics», en *Family Law Quarterly*, Fall 1999, vol. 33, núm. 3, Ed. American Bar Association Stable, pp. 637-641. Consultado el 28-4-2022. Descargado de <https://www.jstor.org/stable/25740231>.

⁴⁴ Los *Restatement* son compendios de materias concretas elaborados por el *American Law Institute* en los que sintetizan los principios generales del derecho sobre una materia. No tienen valor normativo sino prescriptivo, ya que se emplean como argumento de autoridad y sirven de guía a muchos jueces a la hora de preparar sus resoluciones.

⁴⁵ Como las *Rules of professional responsibility for attorneys (Sarbanes-Oxley Act)* para cuestiones societarias (contenidas U.S. CODE, título 15, capítulo 98, sección 7245) o las reglas sobre

marco general a nivel nacional que influye decisivamente en la creación de las normas deontológico-disciplinarias que efectivamente se aplican por las «Unified and integrated Bar Associations», los tribunales y los organismos estatales con competencias similares⁴⁶.

2.4. CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

El *Consejo General de los Ilustres Colegios de Abogados de España*, antecedente directo del *Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)*, resulta ser mucho más reciente que la mayoría de los colegios de abogados que se distribuyen por toda la geografía nacional. Fue creado en peculiares circunstancias, en plena posguerra, mediante el *Decreto de 19 de junio de 1943 por el que se crea el Consejo General de los Ilustres Colegios de Abogados de España*. Se trata de un texto muy breve en el que, a pesar de indicar que «... Su misión consistirá en representar a la profesión con carácter nacional...», se atribuyen sus dos principales oficios (presidente y secretario) a los del Colegio de Madrid. En la década siguiente, las nuevas circunstancias internacionales e internas, tras la aproximación política a los EE. UU. en el contexto de la Guerra Fría, propiciaron algunos cambios en la organización institucional española, que, entre otros organismos, afectaron a los colegios de abogados, cuyos cargos pasaron a ser electivos a finales de 1951. No sería el caso para el *Consejo General* que mantuvo el sistema de cargos natos, previsto por el *Decreto de 19 de junio de 1943*, hasta la llegada de la democracia⁴⁷.

El *Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*, en adelante *EGAE (2021)*, regula el ejercicio de la abogacía en España, entre otras funciones, atribuye al *CGAE* la facultad de «... art. 90.c) *Ordenar el ejercicio profesional de la Abogacía en España...*» y, al respecto, señala que corresponde al Pleno del *CGAE* adoptar acuerdos en materia de «... art. 103.c) *Ordenación de la actividad profesional de los profesionales de la Abogacía, su ejercicio profesional, acceso a la profesión, deontología y publicidad...*».

El *EGAE (2021)* regula en su *Título XI, del Régimen de responsabilidad de los profesionales de la Abogacía y de las sociedades profesionales* –arts. 119 a 141–, en el que se establecen los principios y el procedimiento disciplinario, los órganos competentes para conocer y se tipifican las infracciones y sanciones.

la actuación procesal de los abogados contenidas en el capítulo 73 «OBSTRUCTION OF JUSTICE», del título 18 del U.S. CODE.

⁴⁶ MARTYN, S.R., *The Law Governing Lawyers: National Rules, Standards, Statutes, and State Lawyer Codes*, Wolter Klubers, New York, 2011, p. ix y pp. 1-5. Consultado el 28-4-2022. Descargado de <https://www.law.uh.edu/faculty/adjunct/dstevenson/2019/Restatement%203rd%20Law%20of%20Lawyers.pdf>.

⁴⁷ GAY MONTALVO, E., «El Consejo General de la Abogacía Española (aproximación histórica)», en AA. VV. (MUÑOZ MACHADO, S., dir.), *Historia de la abogacía española*, vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1946-1948.



El *Código Deontológico de la Abogacía Española*, en adelante *CDAE*, fue aprobado por el Pleno del CGAE el 6 de marzo de 2019, según se expresa en su preámbulo –p. 11–, con el objetivo de solventar algunas deficiencias advertidas desde la aprobación de la anterior versión de 2002 y de adaptar el reglamento a los cambios acaecidos desde entonces. Sin embargo, a continuación, afirma que «... perviven como valores fundamentales en el ejercicio de la profesión de abogado la independencia, la libertad, la dignidad, la integridad, el servicio, el secreto profesional, la transparencia y la colegialidad...» destacando la continuidad del código en lo fundamental. Por lo demás, como no podría ser de otra manera, se indica que este texto hace suyo el «Código de deontología de los abogados europeos» del CCBE.

La aprobación del *EGAE (2021)*, en cierta medida, ha restado protagonismo al *CDAE*, toda vez que la nueva redacción del título dedicado a la «disciplina profesional» resulta mucho más cerrada y reduce las menciones a la normativa deontológica a las que sí se refería el derogado *Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española*, en adelante *EGAE (2001)*.

Al comparar ambas redacciones, resulta que la versión de 2001 del *EGAE* incorpora explícitamente y de manera completa como infracción disciplinaria el incumplimiento de las obligaciones deontológicas⁴⁸ cuya manifestación textual más acabada resulta ser el *CDAE*. Mientras que la nueva redacción del *EGAE (2021)* restringe las referencias a las prescripciones deontológicas y, a cambio, traslada de manera pormenorizada las principales normas ético-profesionales a concretos preceptos tipificados como infracciones disciplinarias, en lo que parece un cambio de paradigma en la reglamentación. Frente a la tradicional concepción de la ordenación deontológico-disciplinaria como un asunto propio e interno de la corporación, se introduce un sistema normativo extraño directamente emanado del legislador sin intervención de los órganos representativos de la abogacía. En lo que, según parece, es un nuevo episodio de la voraz administrativización de la regulación jurídica de la inmensa mayoría de los aspectos de la vida pública y privada en la forma concreta del alumbramiento de una nueva pseudorrma del derecho administrativo sancionador.

Cabe plantearse si esta nueva concepción de la deontología profesional de la abogacía redundaría en un bien social o si, por el contrario, con la excusa de una mal entendida seguridad jurídica, se insertan elementos que pudieran minar alguno de los fundamentos esenciales de la profesión como la independencia. No se puede obviar que la independencia en el ejercicio de la abogacía es un elemento imprescindible para que, de forma efectiva, exista el Estado de Derecho, pues sin ella resulta harto dudoso que sea posible administrar justicia. Pese al interés de la cuestión, que dejamos esbozada para otra ocasión, se debe volver al objeto principal de este trabajo: los principios deontológicos compartidos y las particularidades propias del ejercicio de la abogacía en España a partir de los textos se han ido presentando en los puntos anteriores.

⁴⁸ Artículos 84.k) y 86.c) *EGAE (2001)*.

3. PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS COMPARTIDOS

Como se adelantaba en el punto correspondiente a la presentación de los «International Principles on Conduct for the Legal Profession», este texto define diez principios éticos que deben regir distintos aspectos de la conducta profesional de los abogados, a saber:

- *Independence* - Independencia.
- *Honesty, integrity and fairness* - Honestidad, integridad y rectitud.
- *Conflicts of interest* - Conflictos de interés.
- *Confidentiality/professional secrecy* - Confidencialidad/secreto profesional.
- *Clients' interest* - Interés del cliente.
- *Lawyers' undertaking* - Encargo profesional.
- *Clients' freedom* - Libertad de elección de abogado.
- *Property of clients and third parties* - Fondos de clientes y terceros.
- *Competence* - Competencia profesional.
- *Fees* - Honorarios profesionales.

Todas estas cuestiones, salvo una *Competence* - Competencia profesional, se encuentran recogidas de forma explícita en los otros tres textos analizados y reciben un tratamiento coherente con las pautas consensuadas en el seno de la IBA. La cuestión de la «*Competence* - Competencia profesional» resulta ser un tema central en las *MRPC* de la ABA, que comienza su articulado con este asunto⁴⁹ e insiste en aspectos muy relacionados en otros epígrafes⁵⁰.

Por el contrario, el «Código de deontología de los abogados europeos» y el «Código Deontológico de la Abogacía Española» parecen dar por supuesta esta cuestión, aunque de manera implícita y tangencial pueden verse algunas menciones relacionadas, a este respecto, cabe citar los artículos art 4.3 y art. 12.8 del EGAE (2021).

Con la salvedad –posiblemente terminológico-cultural⁵¹– advertida, parece claro que existe un mínimo común en la manera de entender el ejercicio libre de la

⁴⁹ «... *RULE 1.1 MRPC: COMPETENCE*. A lawyer shall provide competent representation to a client. Competent representation requires the legal knowledge, skill, thoroughness and preparation reasonably necessary for the representation...»

⁵⁰ E.g. *RULE 1.3 MRPC: DILIGENCE*.

⁵¹ Nótese que la lengua inglesa, debido a las peculiaridades de su desarrollo histórico –base germánica con fuerte influencia en ambientes educados y cortesanos de términos procedentes del latín y del francés de distintas épocas–, atesora una duplicidad entre términos de *uso común* y términos *elitistas* que es especialmente patente en el ámbito jurídico. Dicha peculiaridad justifica las habituales repeticiones de términos de significado similar que resultan innecesarias en nuestra lengua. HAWES, J.: *The shortest history of England*, 2 ed., Old Street Publishing, Exeter (RU), 2020, pp. 55-57, 90-91, 144-147.



abogacía compartido ampliamente a nivel internacional, al menos, entre los sistemas de *Common Law* y de Derecho Continental⁵².

4. DIVERGENCIAS Y CONTINUIDADES ENTRE LOS CÓDIGOS

Desde un punto de vista sistemático, de entre los principios que deben informar la actuación de los profesionales de la abogacía, destaca la importancia de la *independencia*, la *honestidad e integridad*, la necesidad de evitar *conflictos de interés* y la *confidencialidad* o *secreto profesional*, aspectos que, en gran medida, aparecen en una posición destacada en todos los textos analizados y que se tratan de modo semejante. Probablemente, la justificación se encuentra en que son cualidades morales, profundamente interrelacionadas entre sí, que deben informar y permear toda la actividad del abogado. Si, a la luz de estos principios, se hiciera un ejercicio ético-filosófico de análisis de las circunstancias concretas del ejercicio de la abogacía en cada una de las jurisdicciones en las que se han desarrollado estos códigos para abstraer un conjunto de reglas básicas de comportamiento, resultarían muchas de las postuladas y, especialmente, aquellas que continúan en el decálogo de la IBA.

Resulta claro, por ejemplo, que la *independencia* difícilmente puede darse si existe un *conflicto de interés* con el cliente o su contraparte. O no será fácil sostener que un profesional íntegro y honesto no guarde el *secreto profesional*. Igualmente, la *honestidad, confianza e integridad* son atributos necesarios para quien maneja fondos ajenos y tiene a su cuidado intereses de gran importancia en la vida de su cliente como pueden ser las cuestiones íntimas y familiares, las de gran trascendencia económica o incluso aquellas que pudieran afectar a su libertad o a otros derechos fundamentales.

Ciertamente, al avanzar de lo general a lo particular, los textos analizados van ganando en detalle y a partir de los principios más generales se van desglosando postulados más concretos. Esto puede verse en cualquiera de los principios de la lista de la IBA. Sirva de muestra la regulación del derecho a percibir honorarios justos recogido en la máxima que sigue: «... 10. Fees: Lawyers are entitled to a reasonable fee for their work, and shall not charge an unreasonable fee. A lawyer shall not generate unnecessary work...».

En el «Código de deontología de los abogados europeos», la cuestión de los honorarios se incorpora en el apartado que habla de las «relaciones con los clien-

⁵² Dada la dimensión preliminar de este estudio, el origen europeo y norteamericano de la mayoría de las fuentes y desconociendo el nivel de penetración y representatividad de la IBA en otros espacios culturales y sistemas jurídicos, no se puede más que poner en cuarentena la «universalidad» de estos principios, sin que ello suponga discutir el consenso general que suscitan en las distintas familias de Derecho angloamericano y continental.

tes»⁵³, que desarrolla la fórmula básica al añadir aspectos relacionados como criterios para la fijación de honorarios –incluso del *Pacto de quota litis*–, provisiones de fondos, reparto de honorarios con personas ajenas a la profesión de abogado o asistencia jurídica gratuita.

El nivel de detalle de las *MRPC* –cuyo destino es servir de modelo para la normativa deontológica de las *State Bar Associations* o, incluso, ser aplicadas en algunas jurisdicciones–, o el *CDAE* –de aplicación directa en los procedimientos disciplinarios–, es significativamente mayor que en el «Código de deontología de los abogados europeos» o en los muy escuetos «International Principles on Conduct for the Legal Profession».

Al comparar las *MRPC* y el *CDAE*, textos con un mayor nivel de detalle, se aprecian divergencias sustanciales. No en los principios informadores pero sí en la forma concreta en que se sustentan las distintas materias y en las cuestiones a las que se da mayor importancia.

5. EJEMPLOS DE REGULACIÓN DIVERGENTE Y CONVERGENTE ENTRE ESPAÑA Y EE. UU.

Es muy ilustrativo, el caso de la publicidad, regulada en el *art. 6* del *CDAE*, que en términos generales equivale a la *Regla 7 MRPC*, denominada «Information About Legal Services» –Información sobre servicios legales–. Estas disposiciones permiten observar muy claramente el juego de convergencia en los principios y divergencia en aspectos concretos debido a las singularidades de los distintos sistemas jurídicos.

La primera de las divergencias advertidas se encuentra en el *art. 6.3.b)* que prohíbe «... la incitación genérica o concreta al pleito o conflicto...» que contrasta con la libertad genérica de información incluida en la *regla 7.2:(a)* «... A lawyer may communicate information regarding the lawyer 's services through any media...». En general, en EE. UU. –sin perjuicio de las especialidades que pudieran existir en determinadas jurisdicciones– el contenido de la temática de la publicidad de los abogados no está regulado, pues se entiende que valorar el buen gusto y adecuación se trata de una cuestión subjetiva⁵⁴, siempre y cuando el anuncio cumpla con los requisitos generales –ser veraz, no afectar al secreto profesional, identificar al profesional o despacho...–.

Curiosamente, en el siguiente párrafo (*art. 6.3.c. CDAE*) el ordenamiento español resulta ser más laxo que el americano, que, en la *regla 7.3 Solicitation of Clients*, contiene una prohibición genérica de la oferta de servicios profesionales

⁵³ CCBE, *Carta de principios esenciales de la abogacía europea y código deontológico de los abogados europeos*, Bruselas, 2008, pp. 14-16. Consultado el 26-4-2022. Descargado de https://www.cbce.eu/NTCdocument/10_11_10_Booklet_Cd3_1290438847.pdf.

⁵⁴ MARTYN, S.R., *The Law Governing Lawyers...*, *op. cit.*, p. 89.



individualizada a particulares, con algunas excepciones relacionadas fundamentalmente con profesiones y personas cercanas al abogado. En cambio, en España se admite dicha práctica, aunque se limita por un lapso de 45 días para acontecimientos como catástrofes, calamidades públicas o fenómenos análogos que generen gran número de víctimas. Igualmente, tampoco se deberá contactar con las víctimas de accidentes o infortunios recientes –ni con sus herederos– «que carezcan de la plena y serena libertad de elección».

A este respecto, la norma americana valora el potencial de abuso que la oferta de servicios profesionales individualizada a particulares puede suponer. Probablemente la experiencia americana con una amplia libertad de publicidad haya llevado a limitar prácticas abusivas⁵⁵, en contraste con la prohibición genérica en España de que los profesionales de la abogacía se publicitasen en medios públicos, vigente hasta la aprobación del *Reglamento de Publicidad* aprobado por el CGAE el día 19 de diciembre de 1997⁵⁶. Por eso, en España, la publicidad, en tanto que libertad recientemente adquirida, se limita tímidamente y únicamente en casos sangrantes en los que resulta muy evidente el riesgo de malas prácticas, pues el bien jurídico que se pretende proteger es la libre competencia⁵⁷.

En EE. UU., por su parte, se pretende proteger a los consumidores, de modo que se prohíbe como regla general dirigirse directamente a potenciales clientes –*solicit professional employment by live person-to-person*–, y nada más se admite en supuestos tasados de relaciones con interlocutores profesionales, como otros abogados o profesionales de otros ámbitos que generalmente tengan relación de negocios con el abogado.

De los aspectos regulados en España o en EE. UU. que no tienen una correspondencia en el otro país, destacan aquellos que tienen origen en las particularidades propias de la arquitectura de cada sistema jurídico.

En España, los *art. 6.5 a 6.8 del CDAE*, que regulan las condiciones del ejercicio transfronterizo de la abogacía en aspectos como las traducciones de las denominaciones de las profesiones jurídicas o las competencias profesionales, derivan la pertenencia a la UE, cuya legislación, que ya desde tiempos de la *Comunidad Económica Europea*, reconoce la posibilidad de prestación de servicios legales por parte de profesionales en otros países miembros distintos al de residencia⁵⁸.

⁵⁵ MARTYN, S.R., *The Law Governing Lawyers...*, *op. cit.*, pp. 91-92.

⁵⁶ RÖMHELD, S.A., *La publicidad de los servicios profesionales de abogado en Europa (Un estudio comparado de España y Alemania)*, tesis doctoral inédita, Univ. Salamanca, 2014, pp. 35-38. Consultada el 11-5-2022. Descargada de <https://summa.upsa.es/high.raw?id=0000037034&name=00000001.original.pdf>.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 47-49.

⁵⁸ A este respecto, entre otras, destacan la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, «dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados», la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, «destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título y la Directiva» (Bolkestein) 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.



No existen preceptos equivalentes en las *MRPC*, pues en EE. UU. no se dan conflictos a este nivel por no permitirse el ejercicio de profesionales de otros países que no se hayan habilitado previamente para ello. Además, a nivel interno, pese a las diferencias entre estados, el sistema judicial responde a un mismo patrón de organización y funciona en un mismo idioma –con la excepción de los tribunales no federales de Puerto Rico– de modo que no acontecen los problemas que en la UE se derivan de la convivencia de sistemas judiciales pertenecientes a tradiciones y familias distintas, que operan en distintas lenguas y en los que existen diversas profesiones jurídicas con competencias diversas dentro de la propia jurisdicción de origen (abogados, procuradores, graduados sociales, *solicitors*, *barristers*, *avocats*, *huissiers de justice*, *Rechtsanwalt*...).

A la inversa, la *regla 7.6 MRPC: Political Contributions to Obtain Legal Engagements or Appointments by Judges* no tiene equivalente en España, pues es una consecuencia de la estructura de la planta judicial y del particular sistema de acceso a la carrera judicial en EE. UU. En ese país, la designación de jueces para los tribunales de las distintas jurisdicciones admite una gran diversidad de fórmulas que varían según los estados y las instancias, pero que van desde la elección popular directa hasta la designación por parte de una autoridad política del poder ejecutivo o legislativo, pasando por la selección por parte de un comité técnico, o por complejos sistemas que combinan elementos de los anteriores, de entre profesionales del ámbito legal (abogados, fiscales, profesorado universitario...)⁵⁹. Este carácter político del nombramiento de muchos cargos judiciales y la vinculación de muchos jueces con la abogacía, que en muchos casos han ejercido, explica que se imponga un deber de abstención al abogado para asuntos relacionados con jueces en cuya designación haya intervenido de algún modo.

Casi a título de curiosidad, en España existen dos supuestos que podrían asimilarse a la situación norteamericana en cuanto a la intervención política para el nombramiento como magistrados de juristas ajenos a la carrera judicial, que se prevén respectivamente en los artículos 330.4 y 345 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El primero regula la designación, a partir de una terna propuesta por los respectivos parlamentos autonómicos, de los denominados «magistrados autonómicos» de los Tribunales Superiores de Justicia para la *Sala de los Civil y lo Penal*. El segundo regula el nombramiento directo de juristas de reconocido prestigio con más de 15 años de ejercicio como magistrados del Tribunal Supremo, por parte del Consejo General del Poder Judicial.

A diferencia del sistema norteamericano, estas formas de designación no son ni numérica ni sustancialmente significativas para el conjunto del sistema judicial español y no se articulan en torno a campañas políticas para obtener el favor de los votantes de una circunscripción. Tampoco resulta relevante la participación de la abogacía en el proceso de selección, aunque las personas designadas frecuen-

⁵⁹ AJANI, G., *Sistemas Jurídicos Comparados...*, op. cit., p. 217.



temente pertenezcan a este colectivo. Se explica, así, que no existan en el *CDAE* ni en el *EGAE* menciones equivalentes a la *regla 7.6*.

Ahora bien, en otros elementos del *art. 6* del *CDAE* y de *Regla 7* de las *MRPC*, pese a las diferencias propias de la retórica y modo de expresión de cada cultura jurídica, se observa que cuanto más generales son los principios se da un mayor grado de correspondencia entre ambos ordenamientos, ya que el fondo es idéntico: que se informe al público de manera «... objetiva, veraz y digna, tanto por su contenido como por los medios empleados...»⁶⁰.

De todo lo anterior puede afirmarse que en los sistemas de derecho occidentales, tanto de Derecho Continental como de Common Law, existe una amplia correspondencia en los principios informadores de la ética profesional en el ejercicio de la abogacía. Con todo, algunos aspectos concretos de la regulación deontológica difieren en función de las especiales características de cada jurisdicción y a las circunstancias históricas y sociales de cada lugar.

6. APUNTE FINAL SOBRE LAS IMPLICACIONES DEONTOLÓGICAS DEL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

Llegados a este punto queda por analizar la cuestión del fenómeno de la digitalización y su impacto en el ejercicio de la abogacía a nivel deontológico. Con carácter general, los textos estudiados no contienen menciones específicas al fenómeno de la digitalización, salvo el *CDAE 2019*.

El *art. 21* del *CDAE 2019* se intitula «Empleo de las tecnologías de la información y la comunicación» y se limita a expresar que «... El uso de las tecnologías de la información y la comunicación no exime de cumplir las normas deontológicas...». Afirmación que, probablemente, resulte innecesaria por evidente. Además, continúa subrayando que deben extremarse las precauciones en relación con dos aspectos que, sin duda, son los que se ven más afectados por las nuevas tecnologías: «... la preservación de la confidencialidad y del secreto profesional...» y las comunicaciones dirigidas a terceros. Con respecto a esto último matiza que en todo caso deberán permitir la correcta identificación del remitente (nombre o razón social, colegio de adscripción y número de colegiación) y en las privadas deberá garantizarse que únicamente las reciba el destinatario.

En las *MRPC* de la ABA, la *regla 7.2 (a)* señala «... A lawyer may communicate information regarding the lawyer's services through any media...» y es la única expresión que se relaciona con el fenómeno de la digitalización.

La ausencia de menciones a los medios de comunicación digitales o a otros instrumentos digitales puede parecer sorprendente desde la perspectiva de la omnipresencia de dichos dispositivos en nuestra vida cotidiana. Esta omisión adquiere

⁶⁰ Art. 6.2 *CDAE*.



un carácter más razonable en un análisis más detenido. Por una parte, los «International Principles on Conduct for the Legal Profession» y el «Código de deontología de los abogados europeos» tienen cierta antigüedad y, además, una estructura pensada para orientar –en tanto que principios generales de actuación– las regulaciones concretas de cada país (o colegio). No pretenden descender al detalle, que debe ser definido de acuerdo a las características propias de cada jurisdicción. Por otra parte, en cuanto al fondo, la ausencia de regulación en las *MRPC* o en *EGAE 2021* puede explicarse a la vista del *CDAE 2019*, cuyos preceptos sobre la cuestión digital resultan lógicos pero no necesarios. Lógicos porque extienden expresamente los deberes deontológicos a las comunicaciones y aplicaciones digitales pero innecesarios porque la naturaleza de las obligaciones deontológicas no depende del soporte sino del acto u omisión del profesional. Desde una perspectiva histórica, en el último siglo y medio, las comunicaciones se han visto transformadas en varias ocasiones, no solo por la irrupción de internet en las últimas décadas –véase la aparición telégrafo, teléfono, fax...–, sin que ello haya alterado el deber básico de secreto profesional, confidencialidad y secreto de las comunicaciones. Cosa distinta serán los medios concretos que un profesional diligente deba emplear para responder a los retos que cada nuevo salto tecnológico le imponga. La clave, en las comunicaciones digitales, estará en ser diligente conforme al estado actual de la técnica poniendo los medios oportunos, sin que ello suponga alteración alguna en el ámbito de la deontología en tanto que deber abstracto que se impone.

La escasa incidencia, aparentemente contraintuitiva, de la digitalización en la responsabilidad disciplinaria se explica en su fundamento deontológico. No se trata de que la digitalización no afecte al ejercicio de la abogacía ni de que no pueda tener consecuencias con implicaciones éticas. De hecho, existen agrias polémicas en torno a temas como la aplicación de la inteligencia artificial, la «industrialización» de la profesión mediante la atención en remoto –modelo «call center»– y la consecuente despersonalización de la atención al cliente, pérdida de independencia y proletarización del profesional.

De estos, y otros asuntos, con múltiples derivadas e implicaciones que entran dentro del campo de la ética, de la política y, en definitiva, de a dónde se quiere llegar como sociedad no se ocupa la deontología, pues su enfoque es mucho menos amplio. La deontología, como ética profesional aplicada, se manifiesta en la disciplina profesional –que es *ius puniendi*–. Por consiguiente, de manera similar al Derecho Penal, no puede entenderse la acción disciplinaria y su regulación de manera extensiva, sino restrictiva y excepcional. Por ello, la digitalización, aunque pueda tener efectos en el aumento de determinado tipo de infracciones –*e.g.*, al facilitar la difusión de información confidencial–, no conlleva necesariamente cambios significativos en la regulación deontológica, pues no afecta a sus fundamentos.

El debate en torno a las consecuencias de la digitalización para la abogacía no puede ser obviado, pero sus implicaciones exceden con mucho el marco deontológico y alcanza ámbitos, incluso, de trascendencia constitucional por afectar, entre otros bienes jurídicos dignos de protección, a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa, la competencia o la libertad de empresa. En suma, muchas de las preguntas en torno a la digitalización de la abogacía entroncan con cuestiones



de gran interés pero que, de momento, tienen una incidencia reducida en la disciplina colegial.

RECIBIDO: 29/11/2022; ACEPTADO: 17/04/2023



EL RETO DE LA IMPOSICIÓN SOBRE LA ECONOMÍA DIGITAL: DEFICIENCIAS DE LA REGULACIÓN ACTUAL DEL IMPUESTO SOBRE DETERMINADOS SERVICIOS DIGITALES

Eduardo Pimentel González*
Universidad Internacional de la Rioja

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar el estado actual de la imposición sobre determinados servicios digitales, como aproximación al gravamen de las empresas digitales. Desde el Plan BEPS ha existido una voluntad latente de los estados y organizaciones internacionales por adaptar el sistema de tributación societaria tradicional al nuevo modelo de mercado digital. Como primer paso, los estados han establecido sus propios impuestos sobre servicios digitales a la espera del desarrollo de un acuerdo multilateral que permita afrontar la tributación de la economía digital de forma conjunta. La implementación de este acuerdo se pronostica para fechas no muy lejanas, mas, entretanto, en el contexto actual sobreviven los impuestos unilaterales. En el caso de España, la regulación del impuesto sobre determinados servicios digitales plantea dudas en torno a sus elementos configuradores y naturaleza que requieren ser despejadas para su mejora en caso de que el desarrollo del acuerdo multilateral se retrase. A tal finalidad se destinan las páginas que siguen, centrando el objeto de este estudio en el examen de los puntos débiles de la regulación vigente.

PALABRAS CLAVE: tributación, economía digital, impuestos, servicios digitales.

THE CHALLENGES OF TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMY:
DEFICIENCIES OF THE CURRENT REGULATION ON THE TAX
ON CERTAIN DIGITAL SERVICES

ABSTRACT

This article aims to analyze the current state of taxation on certain digital services as an approach to the taxation of digital companies. Since the BEPS Plan, there has been a latent willingness of States and International Organizations to adapt the traditional corporate taxation system to the new digital market model. As a first step, States have enacted their own taxes on digital services until the final proposal for an agreement that would allow them to jointly address the taxation of the digital economy is made available. The development of these agreements is expected in the not too distant future, but in the meantime, unilateral taxes survive in the current context. In the case of Spain, the Tax on Certain Digital Services raises certain reflections on its essential elements that need to be discussed in order to improve them in the event that the multilateral agreement doesn't arrive in due course.

KEYWORDS: digital services, tax, deficiencies, challenges, global taxation.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2022.39.06>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 39; julio 2022, pp. 93-111; ISSN: e-2530-8319



1. PRIMEROS PASOS EN LA SENDA DEL GRAVAMEN DE LOS SERVICIOS DIGITALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

La economía digital¹ suscita en la actualidad numerosos interrogantes en torno a la competencia fiscal y la regulación impositiva interna de cada Estado sobre operaciones acontecidas en un entorno intangible de difícil localización, como es el mundo digital, que escapa de los medios de control tradicionales. Como resultado, surge una voluntad común y manifiesta de los estados y las organizaciones internacionales en favor de la delimitación territorial de las operaciones de comercio de bienes y prestación de servicios por medios digitales, la distribución consensuada de la potestad tributaria sobre los rendimientos obtenidos en estas operaciones y la constitución de sistemas de imposición a nivel internacional que superen la configuración tradicional del gravamen de los beneficios societarios, dando cabida a la imposición sobre operaciones comprendidas en el heterogéneo concepto de la economía digital.

La economía digital, concebida desde un punto de vista estrictamente económico para las empresas—especialmente las de gran dimensión—, permite proyectar en el mundo digital un nuevo modelo de negocio redituable y en expansión, dotado de un amplio margen para la especulación y con escasa delimitación legislativa sobre sus operaciones y tributación, toda vez que supera los criterios tradicionales del sistema fiscal para ser sometida a imposición.

Consecuentemente, ha sido foco de esfuerzos por parte de estados y organizaciones internacionales encuadrar el fenómeno digital en una regulación transnacional que defina sus perfiles. Los intentos por acotar fiscalmente este campo y su regulación nacen con el Plan BEPS (*Bases Erosion and Profit Shifting*) y han evolucionado hacia acuerdos globales en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) y del G20 que luego señalaremos. A los efectos de centrar el estudio en el impuesto que aquí nos ocupa, se puede establecer la primera ‘carta de intenciones’ en la Propuesta de Directiva del Consejo 2018/0073, de 21 de marzo, relativa al sistema común del impuesto sobre los servicios digitales que grava los ingresos procedentes de la prestación de determinados servicios digitales (en adelante, Propuesta de Directiva).

Con ella se evidencia la voluntad de la Unión Europea de someter a regulación al mercado único digital, como una prioridad para la Comisión², y se propone un modelo impositivo sobre ciertas operaciones o servicios digitales que, a falta de su aprobación comunitaria, ha sido acogido unilateralmente por la normativa interna de numerosos estados con carácter transitorio.

* Estudiante de posgrado en la Universidad Internacional de la Rioja.

¹ No es posible ofrecer una definición unánime de ‘economía digital’, pero sí, al menos, circunscribirla, en palabras de Nocete Correa, a «las tiendas de aplicaciones, la publicidad en línea, la computación de la nube, los servicios de pago en línea, las plataformas participativas en la red, la negociación de alta frecuencia y el comercio electrónico». NOCETE CORREA, F.J., *La tributación de la economía digital en el contexto internacional, europeo y español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 19.

² Véanse los objetivos expuestos en la Propuesta de Directiva de 21 de marzo de 2018.



En el caso de España, la imposición sobre estos ingresos se materializa con la promulgación de la Ley 4/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (en adelante, LIDSD). Este impuesto tiene por objeto gravar las operaciones de publicidad, de intermediación y de transmisión de datos en línea realizadas en España. De esta forma, a nivel legislativo, España inicia el proceso de imposición sobre el mercado digital con la formulación de un impuesto específico sobre las empresas digitales que reúnan los requisitos subjetivos para ser contribuyentes y que realicen los servicios indicados en el territorio español.

Desde la implantación del Plan BEPS, se ha querido superar la configuración fiscal clásica para corregir las incongruencias que comporta el sistema tradicional de atribución de competencias por la más que habitual generación de beneficios en lugares distintos al de residencia. Sin embargo, no se alcanzó propiamente un acuerdo hasta el 1 de julio de 2021, el cual sirvió de base para la adhesión de ulteriores estados. Posteriormente, con fecha de 8 de octubre de 2021, Italia, España, Austria, Reino Unido, Francia y Estados Unidos se adhieren al acuerdo multilateral para afrontar la transición desde los actuales impuestos sobre servicios digitales hacia una decisión global en el marco de la OCDE y el G20³: la «Declaración sobre el enfoque de dos pilares para abordar los desafíos fiscales derivados de la economía digital». Este acuerdo contaba ya con 136 estados del Marco Inclusivo del Plan BEPS de la OCDE y G20 y otorgaba el ansiado resultado de una política fiscal internacional conjunta ante la evolución de la economía digital.

La regulación tributaria desarrollada hasta ahora en materia digital dará paso a un nuevo modelo de imposición transnacional que no retoma estrictamente la configuración del impuesto regulado en la Propuesta de Directiva, sino que reelabora un nuevo paradigma de imposición apartándose de la base estructural que han seguido los impuestos internos y unilaterales exigidos por los estados. La Declaración contiene dos postulados⁴ sobre los que gravitará la tributación de las multinacionales, los cuales podrían ser someramente⁵ conceptualizados con base en el objeto de cada uno de sus pilares.

En primer lugar, se establece un *Pilar 1*, que pretende gravar en los estados de la fuente a las empresas multinacionales (EMN) con un volumen de negocios global superior a 20 000 millones de euros y una rentabilidad superior al 10% —que deberá ser calculada mediante un mecanismo de promedios resultante de dividir los beneficios antes de impuestos entre los ingresos— y con el límite del 25% del exceso

³ Véase la nota de prensa del Ministerio de Hacienda y Función Pública, disponible en <https://bit.ly/3FfgRTn> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

⁴ Véase la Declaración, disponible en <https://bit.ly/3Nx4cU> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

⁵ Para mayor profundización, véase CALVO VÉRGEZ, J., «Idas y venidas en el diseño de un Impuesto que someta a gravamen la prestación de determinados servicios digitales en el seno de la OCDE», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n.º 20, 2022; y GONZÁLEZ BURGOS, V. y GONZÁLEZ DE FRUTOS, U., «Luces y sombras del impuesto digital», *Revista de contabilidad y tributación* (CEF), n.º 451, 2020.



sobre ese 10%. Con este pilar, incompatible con los impuestos digitales unilaterales, se pretende redefinir el sistema de imposición societaria internacional para permitir mayor participación en el gravamen de los estados de donde procedan los ingresos.

Por otro lado, se regula un *Pilar 2*, estableciendo un tipo de gravamen mínimo. Con él se impone una tributación mínima global del 15% sobre las multinacionales cuya cifra de negocios supere los 750 millones de euros. Con este Pilar se pretende homogeneizar la tributación por los impuestos nacionales que gravan los beneficios societarios, de tal forma que se reduzca la planificación fiscal agresiva o el *treaty shopping*.

Esta regulación, a través de ambos pilares, favorecerá una redistribución de la competencia fiscal para el gravamen en aquellos estados en que se prestaban los servicios y no podían ser sometidos a tributación y dotará a las empresas de mayor seguridad jurídica ante un marco normativo global. No obstante, al objeto de garantizar esta última afirmación, el acuerdo también incide en la situación de las sociedades que hayan tributado por los impuestos unilaterales. Para paliar los efectos de la modificación y adaptar la tributación soportada por estas multinacionales durante los años de vigencia de los impuestos estatales, se pretende configurar un sistema de créditos⁶ que permita deducir las cantidades ya abonadas y así facilitar la adaptación gradual de las empresas a la nueva regulación.

Pese a todo lo comentado anteriormente, existen serias dudas en torno al cumplimiento de los plazos para la implementación de este novedoso acuerdo multilateral. En noviembre de 2021 ya se habían adherido 136 países y se esperaba su entrada en vigor en 2023⁷. Sin embargo, en la fecha en la que se redactan las presentes líneas, aún no se ha obtenido la implementación de los pilares, ni se ha priorizado la forma en que se estructurarán algunos de sus extremos⁸.

Ante esta incertidumbre, algunos estados, como Canadá⁹, han desarrollado borradores del impuesto que entrarán en vigor el 1 de enero de 2024 si no se implementa el acuerdo multilateral; *ergo* podemos estimar que se prevé la implementación durante el año 2023 como fecha límite o se extenderá la tendencia impositiva unilateral sobre estos ingresos.

⁶ Véase el documento del Ministerio de Hacienda en que se relatan los acuerdos a los que llegaron los señalados estados para el tiempo transitorio en que hayan estado vigentes sus impuestos unilaterales: <https://bit.ly/3FHwAIG> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

⁷ Véase la información de la OCDE que analiza el acuerdo y sus plazos, disponible en <https://bit.ly/3zZ1WDm> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

⁸ En la fecha de edición del presente artículo ya se han dado los primeros pasos hacia la implementación del acuerdo multilateral con la publicación de la Directiva 2022/2523 del Consejo, de 15 de diciembre de 2022, relativa a la garantía de un nivel mínimo global de imposición para los grupos de empresas multinacionales y los grupos nacionales de gran magnitud en la Unión, que tiene por objeto la introducción del *Pilar 2*. No obstante, los impuestos unilaterales continuarán en vigor hasta la implementación del *Pilar 1*.

⁹ Véase la información oficial del Gobierno canadiense: <https://bit.ly/3T1qdwD> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

Por ello, estando el desarrollo del acuerdo aún en fase política, conviene analizar la regulación actual, advertir las deficiencias que contiene en su estructura el impuesto y así extraer posibilidades de mejora en esta clase de imposición en caso de que el acuerdo multilateral no se desarrolle o se dilate mucho su implementación.

2. CONTEXTO ACTUAL: DEFICIENCIAS DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE

A pesar del esfuerzo de nuestro legislador por acondicionar el marco legal impositivo al surgimiento y evolución de la economía digital, la LIDSD presenta una configuración que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina. De hecho, y como antesala a los comentarios relativos a esta ley, cabe anticipar que la LIDSD asume el modelo de la Propuesta de Directiva –con los mismos defectos de los que esta adolecía– y, por tanto, dista mucho del marco normativo en el que se integrará la regulación de la economía digital una vez que se implemente el acuerdo multilateral.

En vista de las incógnitas sobre la entrada en vigor del acuerdo, conviene analizar el impuesto sobre determinados servicios digitales (en adelante, IDSD) en su regulación actual, prestando atención a los elementos controvertidos de este impuesto, para poner de manifiesto posibles deficiencias y puntos débiles y proponer mejoras en su regulación actual o futura, precedentes al desarrollo del acuerdo multilateral o en defecto de este.

2.1. NATURALEZA DEL IMPUESTO

La principal controversia suscitada por este impuesto recae sobre su naturaleza. El artículo 1 de la LIDSD califica a este impuesto como un tributo de naturaleza indirecta. Sin embargo, como resulta de los servicios que constituyen el objeto del impuesto y su método de cuantificación, la LIDSD establece la tributación de las sociedades que presten servicios digitales a partir de sus ingresos totales percibidos.

Adelantándose al posible debate que podría originarse en torno a dicha calificación, el preámbulo de la LIDSD justifica la misma de la siguiente manera:

Al centrarse en los servicios prestados, sin tener en cuenta las características del prestador de los mismos, entre ellas su capacidad económica, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales no es un impuesto sobre la renta o el patrimonio, y por tanto no queda comprendido en los convenios de doble imposición, según establece el reiterado Informe intermedio del G20/OCDE sobre los retos fiscales derivados de la digitalización. Se configura, por tanto, como un tributo de carácter indirecto, que es por lo demás compatible con el Impuesto sobre el Valor Añadido.

Basta la mera lectura del párrafo para encontrar insuficiencias en su razonamiento. En primer lugar, se fundamenta el carácter indirecto del impuesto en la falta de vinculación del gravamen a prestadores de servicios digitales con caracte-



rísticas específicas. A este respecto, el artículo 8, como se estudiará más adelante, exige requisitos concretos basados en la cifra de negocios e ingresos del prestador de los servicios para poder ser considerado sujeto pasivo del impuesto. Con ello, no solo se tienen en cuenta las características de su prestador, sino que, de entre ellas, se toma la relativa a la manifestación de su capacidad económica¹⁰ más directa: sus ingresos.

De hecho, las características que permiten diferenciar a las sociedades que quedan sujetas no podrían ser menos apropiadas para justificar el carácter indirecto. Parece cuestionable pensar que, porque el prestador tenga mayor o menor cifra de negocios o ingresos, el acto pueda responder más a un acto del tráfico comercial o de consumo y que esa diferenciación pueda desnaturalizar que el objeto imponible es la obtención de ingresos por el prestador a través de determinados servicios digitales.

La naturaleza de impuesto indirecto, atribuida por la ley, requeriría una estructura que permita el gravamen de la actividad de consumo, debiendo ser el consumidor final en quien recaiga, en último término, la carga tributaria. En ningún caso podemos entender que la imposición de un tipo de gravamen –en este caso, el 3%– sobre una base imponible constituida por la totalidad de los ingresos pueda responder a tal finalidad¹¹. Es más, incluso aunque pudiéramos otorgar dicho carácter indirecto a esta construcción impositiva amparándonos en la voluntad implícita de gravar el aumento de valor experimentado a raíz de la participación de los usuarios, la LIDSD no regula un mecanismo para calcular de forma efectiva ese aumento de valor; solo atiende a los ingresos percibidos, dando por hecho que la totalidad de estos responden a la utilización de los datos y su consecuente aumento de valor.

Amén de todo ello, nuestro juicio coincide con el de un amplio sector doctrinal, ejemplificado en autores como Banacloche Palao¹², Bonell Colmenero¹³, Cruz

¹⁰ El desacierto del legislador al desvincular el gravamen sobre el contribuyente del principio de capacidad económica da fe del error conceptual que se predica con este impuesto, interpretando que en un impuesto indirecto no se grava manifestación de riqueza, cuando este principio se predica del sistema tributario en su conjunto; cuestión tratada en profundidad en SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., «El impuesto sobre determinados servicios digitales en España», en *La tributación de los servicios digitales en España y en Europa*, Aranzadi, 2020 (consultado electrónicamente).

¹¹ Cfr. FUSTER GÓMEZ, M., «¿Qué está mal en el Impuesto sobre Servicios Digitales español? Un análisis de Derecho Fiscal Internacional», *Quincena Fiscal*, n.º 5, 2021 (consultado electrónicamente).

¹² BANACLOCHE PALAO, C., «El nuevo Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales (Ley 4/2020, de 15 de octubre): su incorrecta calificación como impuesto indirecto y sus consecuencias», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n.º 16, 2021 (consultado electrónicamente).

¹³ BONELL COLMENERO, R., «Capítulo 11. Operaciones en red, impacto del blockchain y los smartcontract: Oportunidades de negocio, uso de las plataformas en red en la era de las aplicaciones y la tecnología 5G», en Serrano Antón, F. (dir.), *Fiscalidad e inteligencia artificial: Administración Tributaria y contribuyentes en la era digital*, Aranzadi, Navarra, 2020, p. 374.



Amorós¹⁴ y Jiménez Vargas¹⁵, que niega el carácter indirecto de este impuesto y considera que se trata de un impuesto directo; pudiendo considerarlo, todo lo más, al objeto de intentar aproximarnos a la concepción del legislador *gratia argumentandi*, un «falso híbrido»¹⁶.

Cabe plantearse, en consecuencia, el motivo subyacente para señalar en el artículo 4 que se trata de un impuesto indirecto. La respuesta radica en el propio párrafo del preámbulo: eludir la aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición (en adelante, CDI). Como señalábamos, la manifestación de capacidad económica que aquí se grava son los ingresos percibidos por las sociedades digitales, lo cual podría originar problemas de doble imposición con respecto a los beneficios empresariales.

Con base en la normativa extranjera que se examina en el presente artículo, los ordenamientos de nuestro entorno –Francia, Italia y Reino Unido¹⁷– contemplan impuestos similares a España, variando en algunos elementos como las operaciones subsumidas, los requisitos para ser contribuyentes o el tipo de gravamen. La configuración de estos impuestos coincide con la española, por lo que, en el caso de estimarse como directos, nos encontraríamos ante supuestos de doble imposición entre impuestos sobre la renta, con la consecuente aplicación de los CDI.

Debemos recordar que no se trata de una elección desafortunada de nuestro legislador, sino que la propia consideración de impuesto indirecto se encuentra implantada en la Propuesta de Directiva anteriormente citada para justificar la competencia para armonizar, conforme al artículo 113 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la imposición indirecta de los estados miembros. El impuesto español es operativamente idéntico al propuesto por la Directiva, siendo este último clasificado por autores como Martín Jiménez como un impuesto sobre determinados elementos de la renta empresarial¹⁸ y, por tanto, objeto de los CDI.

Desde nuestro punto de vista, basándonos en la dogmática de la distinción de los impuestos directos e indirectos¹⁹, entendemos que no cabe duda de que se

¹⁴ CRUZ AMORÓS, M., «Nuestro impuesto sobre determinados servicios digitales», disponible en <https://bit.ly/3DRkuE1> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

¹⁵ JIMÉNEZ VARGAS, P.J., «La nueva fiscalidad de la economía digital: primer paso para una verdadera armonización fiscal internacional», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, n.º 1, 2022, p. 347.

¹⁶ SOLER ROCH, M.T., «La imposición sobre sociedades en la encrucijada. ¿Hacia un escenario de inmunidad fiscal?», *Documentos–Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 10, 2018, p. 20.

¹⁷ También podemos citar otros como Canadá, con una propuesta equiparable pendiente de entrar en vigor.

¹⁸ MARTÍN JIMÉNEZ, A., «BEPS, the digital(ized) economy and the taxation of services and royalties», *Tax Law Department Working Papers*, 2018, p. 43 (*apud* ALONSO MURILLO, F., «El nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales», en Cazorla González-Serrano, L. (dir.), *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto (vol. 1)*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 1061 y 1062).

¹⁹ Véase el análisis realizado en MACARRO OSUNA, J.M., «La compatibilidad del Impuesto sobre Servicios Digitales con los convenios de doble imposición a la luz del modelo OCDE», *Quincena Fiscal*, n.º 6, 2020 (consultado electrónicamente).



trata de un impuesto directo que, para poder abordar su armonización, se ha revestido de justificaciones contradictorias para encuadrarlo en la tributación indirecta. El IDSD nace, desde la perspectiva europea, con el ánimo de sujetar a gravamen el aumento de valor que experimenta una sociedad por los datos y activos intangibles que adquiere de la participación de los usuarios en su interfaz. Debemos entender que esta nueva estructura de negocio, debido a la expansión del mundo digital, persistirá *in crescendo* con el desarrollo de la tecnología y con la expansión del fenómeno digital en torno al metaverso. En consecuencia, este aumento de valor generalizado constituirá un rendimiento para las empresas con presencia virtual, siendo inapropiado el mecanismo de gravamen indirecto para su imposición.

La propia Propuesta de Directiva, en su introducción, fundamenta el nacimiento de este impuesto ante las deficiencias del sistema impositivo societario tradicional. En consecuencia, adaptemos la tributación societaria en la senda que marca el acuerdo multilateral, configuremos el aumento de tipo de gravamen ante esos rendimientos y permitamos, con carácter limitado, participar a los estados de la fuente en el gravamen de estos servicios, sin necesidad de que sea mediante imposición indirecta.

2.2. EL HECHO IMPONIBLE

2.2.1. *Elemento material del hecho imponible: servicios sobre los que recae el impuesto*

La LIDSD define este impuesto como un tributo de naturaleza indirecta (artículo 1) cuyo hecho imponible consiste en «las prestaciones de los servicios digitales» realizadas en el territorio de aplicación del impuesto y efectuadas por los contribuyentes del mismo (artículo 5). Concretamente, el IDSD somete a imposición tres específicas operaciones características de las plataformas digitales: los servicios de intermediación en línea, transmisión de datos en línea y de publicidad en línea.

En los servicios de intermediación en línea, para que se entienda realizado el hecho imponible se requiere poner a disposición de los consumidores una interfaz que facilite la entrega de bienes y la prestación de servicios, o bien, que permita a los usuarios localizarse o interactuar entre sí (artículo 4.7). La LIDSD define con excesiva amplitud este supuesto dado que permite incluir en su marco prácticamente cualquier labor de intermediación a través de una plataforma. La forma en que podremos delimitar en su totalidad el marco normativo de esta definición y de los supuestos comprendidos en ella será a través de su interpretación conjunta con el artículo 6, que regula los supuestos de no sujeción, y con la Resolución de 25 de junio de 2021 de la Dirección General de Tributos²⁰.

²⁰ No obstante, aun con ambos preceptos y la doctrina de la DGT, la falta de concreción sobre esta definición sigue dando lugar a Consultas Vinculantes, como las Consultas V-0272/22, de 14 de febrero; V-2535/21, de 14 de octubre; V-2214/21, de 2 de agosto; y, V-2153/21, de 28 de julio.

Por su parte, los servicios de transmisión de datos en línea consisten en la transmisión con contraprestación de los datos recopilados de los usuarios en las actividades desarrolladas por estos en las interfaces (artículo 4.8). Como se desprende de su definición, este servicio consta de dos presupuestos necesarios: la transmisión de los datos debe ser onerosa y referirse a datos pertenecientes a los usuarios que se hayan registrado en la actividad de la interfaz²¹.

No basta, por tanto, la mera recopilación de datos, con lo que, si el fin del impuesto consiste en gravar el aumento o creación de valor que experimente una empresa por la participación de los usuarios, constituye un claro déficit en la dimensión impositiva del gravamen. En otras palabras, la sola recopilación de datos ya aumenta el valor de la sociedad por la mejora que implicará en la prestación de sus servicios y la generación de mayores beneficios. Teleológicamente, incluso, la necesidad de un acto de transmisión para que se imponga el gravamen contradice el objeto que, según el preámbulo de la ley, pretende proteger esta: «el papel que desempeñan los usuarios en la generación de valor para las empresas más digitalizadas mediante el suministro de datos o la generación de contenidos o como componentes de las redes en que se basan muchos modelos de negocio digitales». Si este es el sustrato sobre el que se quiere construir el impuesto, no cabe duda de que la propia recopilación de datos constituye el verdadero hecho imponible sobre el que debería recaer el gravamen.

En tercer lugar, los servicios de publicidad en línea se prestarán cuando en la interfaz digital se exponga publicidad dirigida a los usuarios (artículo 4.6). Sin embargo, es posible que no sea la misma empresa la propietaria de la interfaz y la prestadora del servicio de publicidad. El artículo 4 disocia las figuras del propietario de la interfaz y del proveedor de la publicidad, siendo contribuyente del impuesto este último en los casos en que ambos conceptos no coincidan en el mismo sujeto. En líneas generales se puede considerar que, aunque esta interrelación del propietario, el prestador del servicio y los terceros que quieran publicitarse genera una variada casuística²², será contribuyente aquel que use efectivamente la interfaz para el anuncio publicitario, sea o no propietario.

En cualquier caso, debemos precisar, a los efectos que se indicarán más adelante, que la publicidad ha de ser «dirigida», esto es, requiere del tratamiento de datos para generar una publicidad adaptada a los intereses del consumidor. Es

²¹ Así lo destaca la doctrina. Véase ALONSO MURILLO, F., *op. cit.*, p. 1071; y ESCRIBANO LÓPEZ, E., «La tributación de los ingresos derivados de la transmisión de datos de usuarios y de la prestación de servicio de intermediación en plataformas digitales de interacción social, contenido digital y comercio de bienes y servicios bajo el paraguas del impuesto sobre determinados servicios digitales», en Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (coord.), *La tributación del comercio electrónico. Modelos de negocio altamente digitalizados*, La Ley, Madrid, 2022, p. 123.

²² Cfr. ÁLAMO CERRILLO, R., «Tributación de los servicios de publicidad en línea en el Impuesto sobre Servicios Digitales», en Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (coord.), *La tributación del comercio electrónico. Modelos de negocios altamente digitalizados*, La Ley, Madrid, 2022, pp. 106-109.



por ello por lo que, si bien su definición no parece relacionar estos servicios con la utilización de datos, subyace en su funcionamiento el tratamiento de los mismos.

En conclusión, a pesar de que la LIDSD restringe el gravamen a tres clases de operaciones, su delimitación no es, en absoluto, precisa a los efectos de su sujeción; como tampoco lo es la finalidad perseguida por el legislador al establecer únicamente estos servicios. De hecho, pueden existir ciertas incompatibilidades entre algunos de ellos.

El artículo 4 de la LIDSD define estos servicios en un orden distinto al utilizado en el presente estudio. El motivo de esta alteración no es otro que dar pie a nuestra reflexión, suscitada por Belda Reig, en cuanto a la existencia de doble imposición entre dos de los servicios.

Desde el momento en que una sociedad digital comienza a prestar estos servicios, recopila datos relativos a sus usuarios. Cabría entender que, al gravar la intermediación *online*, el aumento de valor que experimenta trae causa de la participación de los usuarios y este acrecimiento podría responder al objeto que se pretende gravar en dicha modalidad del hecho imponible. Sin embargo, es cuestionable que esto sea así con los otros servicios.

Los servicios de publicidad y de transmisión no basan su beneficio en la creación de valor por la participación de usuarios y la tenencia de datos, sino en el uso efectivo y comercial de la recopilación de estos: con el uso de datos en la publicidad dirigida se obtendrán mayores ingresos debido a su mayor precisión respecto a los intereses del usuario receptor de la publicidad y con la transmisión onerosa se obtiene una ganancia patrimonial. Así, desde nuestro punto de vista, Belda Reig plantea acertadamente una cuestión: para emitir una publicidad dirigida se requiere el tratamiento de datos como parte del desarrollo de un proceso de *big data*, pero si esos datos se adquieren de otra plataforma para utilizarlos y su transmisión ya ha sido gravada, podemos encontrarnos ante un supuesto de doble imposición al afectar a «las dos caras del mismo objeto de negocio»: el *big data*²³.

Para resolver esta cuestión, Belda Reig justifica la inexistencia de la doble imposición argumentando que, al menos, uno de los dos hechos imposables tiene una finalidad extrafiscal —el gravamen sobre «la recopilación masiva de datos»—, lo cual ampara su doble imposición conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional²⁴.

En relación con tal planteamiento, caben dos consideraciones. En primer lugar, entendemos que, con su tesis, Belda Reig identifica en el gravamen del servicio de transmisión de datos el ánimo de gravar la recopilación de datos en general y su explotación económica última de comercialización; mas, con base en la doctrina anteriormente expuesta, el servicio de transmisión de datos requiere la transmisión de datos onerosa, sin la que no habrá gravamen, de tal forma que la mera recopilación de datos no será sometida a imposición. En consecuencia, no observamos que

²³ BELDA REIG, I., «Consideraciones en torno a la (in)constitucionalidad del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales», *Quincena Fiscal*, n.º 8, 2021 (consultado electrónicamente).

²⁴ BELDA REIG, I., «Consideraciones en torno a la (in)constitucionalidad...», *op. cit.*

se cumpla dicho fin extrafiscal; el legislador quiere gravar la transmisión, es decir, la transacción económica de los datos recopilados y, por tanto, al gravar después la publicidad dirigida proveniente de los mismos datos, somete a gravamen dos fases de una misma cadena productiva de análisis y explotación de datos.

Desde la perspectiva del Derecho Comparado, no todos los países de nuestro entorno han optado por incluir estos tipos de servicios. El ordenamiento francés somete a imposición menos prestaciones que el Derecho español²⁵, limitándose el artículo 299 del Código de Impuestos, modificado por la Ley n.º 759 de 24 de julio de 2019, a someter a gravamen las operaciones de intermediación y de publicidad²⁶. El impuesto francés incluye entre estos servicios de publicidad los servicios de compra y transmisión de datos de los usuarios, constituyendo prueba, respecto de la controversia planteada anteriormente, de que comportan un mismo servicio –con una misma finalidad fiscal– habida cuenta de su mismo tratamiento y naturaleza, como servicios de explotación de datos.

Del mismo modo, Reino Unido contempla una extensión más general del hecho imponible en torno a todas aquellas plataformas que promuevan la interacción de los usuarios y tengan el contenido creado por los mismos como una importante característica del servicio (además de las especialidades del *search engine* y *marketplace*)²⁷, sin distinguir los servicios de publicidad y transmisión de datos y fundamentando, a nuestro juicio, una auténtica finalidad extrafiscal de gravar la recopilación de los datos de los usuarios para controlar su explotación.

A nuestro modo de ver, en vista de la regulación de otros ordenamientos, no se trata de una auténtica incompatibilidad. Más que un supuesto de doble imposición constituye un defecto técnico legislativo. Su justificación no reside en la existencia de un fin extrafiscal, sino que se trata del gravamen de dos realidades distintas, aunque orientadas a un mismo fin económico: la explotación de los datos.

Si lo que se pretendía era incluir un fin extrafiscal, se podría haber optado, en la línea de lo expuesto anteriormente, por haber constituido un hecho imponible similar al británico en cuanto a su amplitud. Así, habría bastado que el legislador, conforme a su voluntad manifestada en el preámbulo, hubiera sujeto a tributación la

²⁵ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E.M., «El impuesto sobre determinados servicios digitales y su encuadre en la fiscalidad internacional», *Revista de Contabilidad y Tributación* (CEF), n.º 463, 2021, p. 14.

²⁶ El artículo 299 del Código General de Impuestos francés señala dos servicios gravables: 1.º la puesta a disposición por vía electrónica de una interfaz que permita la comunicación e interacción entre usuarios, especialmente para concertar la entrega de bienes o prestación de servicios entre los mismos, y 2.º los servicios comerciales de publicidad a anunciantes, incluidos otros servicios como servicios de compra, de almacenamiento y publicidad de mensaje publicitarios, de control publicitario y medición de resultados y de gestión y transmisión de datos de los usuarios. Disponible en <https://bit.ly/3DYqbkK> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

²⁷ Véase el *Finance Act 2020* y la normativa de la web del Gobierno británico, disponible en <https://bit.ly/3FHYkqf> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).



mera recopilación de datos²⁸, configurando este tributo como un auténtico impuesto *pigouviano* de control y protección de las garantías de los usuarios ante los procesos de recopilación de su *data*.

En segundo lugar, el planteamiento de Belda Reig parte de no integrar en los servicios de publicidad la exigencia de que los datos, para generar la publicidad dirigida, deban provenir de la misma interfaz²⁹. Por su parte, en la transmisión de datos, el artículo 6 sí requiere que sean recopilados por las interfaces. Con esta exigencia, ¿pueden ser gravados los ulteriores servicios de transmisión de datos adquiridos previamente de otras plataformas/interfaces? Mientras que las normativas de otros estados, por su amplitud, podrían permitirlo, en España, al tenor del citado artículo, no se podrían gravar estos servicios sobre datos adquiridos, pudiendo quedar no sujetas operaciones por la difícil delimitación del origen de los datos³⁰.

De esta forma, no puede ser otra la conclusión que la necesidad de articular una mejor delimitación de los servicios constitutivos del hecho imponible del impuesto, ajustándose más al objeto real que se pretende gravar.

2.2.2. Elemento espacial del hecho imponible: la utilización de la dirección del Protocolo de Internet (IP) como elemento localizador de la prestación del servicio

La dirección del Protocolo de Internet (IP) es definida en el artículo 4 como el «código que se asigna a los dispositivos interconectados para posibilitar su comunicación a través de Internet». Sobre esta IP recae la presunción *iuris tantum* de localización del dispositivo del usuario, conformando el elemento localizador de la prestación del servicio y, por tanto, de la realización del hecho imponible.

Como cláusula de cierre, la LIDSD permite desvirtuar dicha presunción cuando se pruebe que el lugar de prestación del servicio es otro por cualquier medio de prueba admitido en derecho (artículo 7.4).

²⁸ Recordemos el pronunciamiento de Belda Reig: para estimar procedente el gravamen de una «renta virtual o potencial» —como podría ser el aumento de valor por actividad de usuarios—, se requiere que el gravamen responda a una «tercera función de los tributos». *Cfr.* BELDA REIG, I., «La constitucionalidad de los gravámenes sobre las rentas virtuales o potenciales en contraposición a los gravámenes sobre las rentas ficticias o inexistentes», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2019.

²⁹ Véase el apartado II de la Resolución de 25 de junio de 2021 de la DGT; ÁLAMO CERRILLO, *op. cit.* p. 105.

³⁰ La imposibilidad de gravar los servicios de transmisión de datos sobre datos adquiridos —no recopilados por el transmitente— devendría en un auténtico obstáculo en el control de estos servicios por parte de la Administración por la dificultad que integra diferenciar datos recopilados de datos adquiridos por una plataforma digital a los efectos de comprender tales actos sujetos o no a gravamen. Imagínese la transmisión de datos de un usuario del que previamente se han adquirido datos provenientes de otra interfaz, ¿de qué medios dispone la Administración para diferenciar si esa información de data transmitida es recopilada por el transmitente o fruto de una adquisición anterior? Aun pudiendo valorarlo, ¿qué nivel de información privada del usuario sin contenido económico deberá obrar en poder de nuestra Hacienda a tal efecto?



En materia de localización de la operación, el IDSD español también replica el sistema de la Propuesta de Directiva³¹. Ya en el momento de la entrada en vigor de la LIDSD, existieron voces disconformes con el uso de la IP como medio de localización³². Recordemos que una IP, sin profundizar en sus debilidades técnicas, puede ser redirigida mediante el uso de un servidor proxy o de una VPN (*Virtual Private Network*) u otros *anonymizers*³³ hacia una red o localización distinta de aquella en la que se encuentre el dispositivo. Sin más garantías, la presunción del artículo 4 no evita la elusión relativamente sencilla de aquellos servicios que se presten empleando medios digitales.

Más de un año después, lejos de modificarse el artículo 7 de la Ley, se introduce el Real Decreto 400/2021, de 8 de junio, por el que desarrollan las reglas de localización de los dispositivos de los usuarios y las obligaciones formales del IDSD y se modifican algunos preceptos del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio. Este reglamento contempla en su artículo 1.2 una enumeración ejemplificativa de otros medios de prueba a través de los que determinar la localización del usuario y, por ende, de la operación:

A tales efectos, se podrá utilizar la geolocalización basada en la identificación de redes (*WiFi*, *Ethernet* u otras), la geolocalización física por satélite (con sistemas tales como GPS-Sistema de Posicionamiento Global, GLONASS, Galileo o Beidou) o por medio de información proporcionada por sistemas de comunicaciones inalámbricas terrestres (como las del GSM –Sistema Global de Comunicaciones Móviles– o las de LPWAN), o por balizas (*WiFi* o *Bluetooth*), o cualquier otra combinación de tecnologías existentes o futuras.

Este *numerus apertus* no soluciona en absoluto la determinación del lugar de la prestación³⁴. Los medios enunciados permiten completar la geolocalización de los usuarios en el momento de conectarse a las interfaces a través de las cuales reciban los servicios, pero no solucionan el problema de basar la presunción en un mecanismo cuya elusión, incluso para alguien no versado en la informática, es relativamente sencilla³⁵, ni imponen la utilización de un medio obligatorio por parte de los contribuyentes.

En el fondo se esconde un problema circular: la ley pretende controlar a los contribuyentes a través de la presunción de la dirección IP, señalando otros medios de prueba para casos contradictorios, pero permite al contribuyente elegir el medio por el que georreferenciará sus operaciones, el cual será la IP porque es aquel en que

³¹ Artículo 5 de la Propuesta de Directiva de 21 de marzo de 2018.

³² SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., *op. cit.*

³³ *Cfr.* ESCRIBANO LÓPEZ, E., «La tributación de los ingresos derivados...», *op. cit.*, p. 131.

³⁴ Sin entrar a valorar en este artículo si la Administración tiene medios para la comprobación de datos obtenidos por las fuentes tecnológicas expuestas.

³⁵ En el momento de la realización de este artículo, basta una simple búsqueda en Internet acerca de «cómo conectarse a una VPN extranjera» para obtener numerosas webs y programas que permitan redireccionar la IP a una VPN extranjera.



pueden quedar registrados menos usuarios; de tal forma que el fin perseguido con la presunción deviene en su perjuicio y será la Administración la que deba organizar sus propios sistemas de geolocalización para contradecir los datos que reflejen las direcciones IP, esto es, desvirtuar su propia presunción.

No obstante, esta crítica no es unánime en la doctrina y existen posturas favorables hacia la utilización de la dirección IP³⁶. A nuestro juicio, ante las posibles insuficiencias que puedan plantear el uso de medios electrónicos en la localización de los usuarios, invitamos a reflexionar acerca de si el legislador podía haber optado por un sistema de geolocalización distinto.

A este respecto, todos los medios formulados en el IDSD emplean un sistema de localización individual, es decir, son dispositivos que permiten identificar la localización del individuo en el momento de acceso a los servicios digitales. Este sistema de localización del lugar de la prestación a través de datos informáticos excluye la aplicación de cualquier otro medio ajeno a esta tecnología. El artículo 7.3 de la LIDSD excluye la posibilidad de entender prestado el servicio en el lugar donde se lleve a cabo la entrega de bienes o prestación de servicios subyacente, en los casos de servicios de intermediación en línea con dichos negocios, y en el lugar desde el cual se efectúe cualquier pago relacionado con un servicio digital; con lo que se rechaza la posibilidad de asumir elementos físicos mucho más sencillos para enmarcar territorialmente la prestación del servicio, como sí realizan otros ordenamientos extranjeros.

La propuesta de impuesto sobre servicios digitales de Canadá (*Digital Service Act Proposal*) se encuentra pendiente de entrar en vigor en 2024, en caso de no consumarse los acuerdos globales en esta materia. El impuesto canadiense establecerá un sistema de localización del usuario en base a un conjunto probatorio como la facturación, la dirección de envío, área a la que corresponda el número de teléfono facilitado en últimas operaciones, posición por satélite y la dirección IP. Permite, por tanto, localizar la prestación mediante elementos fijos –que no puedan alterarse por la localización accidental de un usuario en un momento determinado– tales como el lugar de facturación, la dirección de envío y el área al que pertenezca el número de teléfono.

El impuesto británico, por su parte, es más tajante en la localización de los usuarios. El impuesto se limita a gravar las prestaciones realizadas a usuarios británicos, entendiéndose por tales a los que se encuentran normalmente en el Reino Unido o a las empresas también establecidas en territorio británico. Esta estructura constituye una auténtica presunción, señalando la misma normativa que el hecho de estar un usuario normalmente situado en Reino Unido podrá ser probada mediante

³⁶ Escribano López destaca, entre sus ventajas, su simplicidad y fiabilidad, así como su utilización en sede de IVA. Cfr. ESCRIBANO LÓPEZ, E. «A preliminary Assessment of the EU Proposal on Significant Digital Presence: A Brave Attempt Requires and Deserves Further Analysis», en Almudí Cid, J.M., Ferreras Gutiérrez, J.A. y Hernández González-Barreda, P.A., *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and cooperation in direct taxation*, Kluwer Law International, Netherlands, 2019, pp. 587 y 588.

la dirección de envío, la información del pago, el lugar donde se desarrollen los contratos celebrados como consecuencia de la publicidad emitida, la localización de propiedades arrendadas y la dirección IP.

A través de estos medios podemos obtener una presunción de la localización del usuario y se puede dotar de más medios a la Administración para la recaudación del tributo, ya que siempre será más fácil que, una vez detectada la operación, se pueda vincular al territorio español a través de un dato fijo como puede ser la residencia habitual del usuario, la dirección de envío o la que conste en la documentación del pago.

Desde nuestro punto de vista, siguiendo el modelo canadiense y británico, el legislador podía haber optado por sistemas de localización fijos que permitirían establecer una verdadera presunción –si bien *iuris tantum*– de localización del usuario y la operación. Esta solución, además, evitaría posibles conflictos con derechos fundamentales por la utilización de medios tan invasivos de la privacidad de una persona³⁷.

Tampoco nos encontraríamos ante esta problemática si efectivamente se hubiera dotado al impuesto de carácter directo. En ese caso, la introducción de la dirección IP por el legislador tributario debería haber sido precursora de una regulación española del Establecimiento Permanente Virtual o de la presencia económica digital significativa.

2.3. CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO

El artículo 8 de la LIDSD exige dos requisitos para ser considerado contribuyente³⁸. Respecto al primero de ellos, la exigencia de una cifra de negocios global superior a 750 millones de euros no otorga margen de dudas; coincide con la cantidad establecida en la propuesta de Directiva a los efectos de identificar a las empresas de gran dimensión y, del mismo modo, se sostendrá como criterio para la aplicación de un tipo de gravamen mínimo en el *Pilar 2* del nuevo acuerdo multilateral.

³⁷ Por razones de extensión no podremos analizar también la incidencia de este sistema de geolocalización en la esfera de los derechos fundamentales del usuario –que desde luego se ven afectados– como la intimidad y la protección de datos, en tanto que, entre los deberes formales del contribuyente, se encuentra facilitar a la Administración información relativa a los servicios y su geolocalización (artículo 13). Si usar Google o una red social puede constituir un servicio gravado, debemos plantearnos cuántas veces al día accede un usuario medio, obteniendo la Administración un registro de datos de su localización en cada momento de acceso, permitiendo reconstruir su vida íntima más allá del ámbito estrictamente económico.

³⁸ Artículo 8.1: Son contribuyentes de este impuesto las personas jurídicas y entidades a las que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, que el primer día del periodo de liquidación superen los dos umbrales siguientes: a) que el importe neto de su cifra de negocios en el año natural anterior supere 750 millones de euros; y b) que el importe total de sus ingresos derivados de prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, una vez aplicadas las reglas previstas en el artículo 10, correspondientes al año natural anterior, supere 3 millones de euros.



Mayores dudas entraña, sin embargo, la decisión de establecer como segundo requisito la obtención de 3 millones de euros por ingresos de servicios prestados en España. La propuesta de Directiva, en su nacimiento, condicionaba la sujeción a la obtención de ingresos por valor de 50 millones de euros en el mercado europeo. En la fecha de entrada en vigor del impuesto español, en Europa residían 447 millones de personas³⁹. Considerando a los residentes como potenciales usuarios, para que una empresa quedase sujeta a imposición en base a la Propuesta de Directiva, cada usuario europeo debería generar algo más de 0,11 euros de ingresos (110 000 euros por cada millón de usuarios). Sin embargo, en España, en una proporción de 3 millones de euros de ingresos por algo más de 47 millones de residentes⁴⁰, la empresa tributaría si percibe un ingreso medio por usuario de 0,06 euros (60 000 euros por cada millón de usuarios). De este modo, una sociedad española queda sujeta al impuesto español con una ratio de ingresos por usuario casi del 50% de la ratio europea propuesta.

Esta comparativa no pretende en modo alguno extraer una conclusión económica definitiva sobre la desproporción con respecto a la propuesta europea del requisito subjetivo de nuestro impuesto; habida cuenta de que en el cálculo de ingresos medios por usuarios de un Estado respecto al europeo intervendrían muchos otros factores, como el desarrollo tecnológico del país o la presencia digital de una sociedad en cuestión en ese Estado con respecto a los restantes de la Unión Europea. Sin embargo, este dato puramente objetivo de ratios nos debería hacer reflexionar sobre si la opción española tiene alguna base económica particular; especialmente, considerando que otros estados próximos de cultura latina y con un desarrollo tecnológico similar establecen criterios más bajos, como Francia, que exige 25 millones de euros de ingresos en su territorio por estos servicios⁴¹, o como Italia, que lo fija en 5,5 millones⁴².

2.4. BASE IMPONIBLE DEL IDSD

De acuerdo con el artículo 10 de la LIDSD⁴³, la base imponible de los servicios digitales se calculará sobre los ingresos totales obtenidos –por tanto, el rendimiento bruto, únicamente deducido el IVA– por cada tipo de servicio en la proporción

³⁹ INE, «Demografía de Europa. Estadísticas visualizadas», 2021, p. 4, disponible en <https://bit.ly/3FGxoHs> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

⁴⁰ Datos del INE, disponibles en <https://bit.ly/3A1Olcl> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

⁴¹ Artículo 299 del Código General de Impuestos francés.

⁴² Artículo 1,36 de la Ley Italiana n.º 145 de 30 de diciembre de 2018, modificado por la Ley n.º 160 de 27 diciembre de 2019, disponible en <https://bit.ly/3tQ4Vbf> (consultado por última vez el 24 de noviembre de 2022).

⁴³ Artículo 10.1: «La base imponible del impuesto estará constituida por el importe de los ingresos, excluidos, en su caso, el Impuesto sobre el Valor Añadido u otros impuestos equivalentes».



que representen los ingresos obtenidos por servicios prestados a usuarios presentes en el territorio español con relación al total de usuarios en cualquier localización, dentro y fuera del ámbito del impuesto.

Como reglas especiales, la ley diferencia los servicios de publicidad y los servicios de intermediación que no se dirijan a facilitar la entrega de bienes o la prestación de servicios, en los que se fijará la proporción en función del número de veces que aparezca la publicidad en dispositivos localizados en España o del número de usuarios que tuvieran acceso a una cuenta registrada a través de un dispositivo localizado en el territorio del impuesto, respectivamente.

En síntesis, el artículo 10 articula el gravamen sobre los rendimientos brutos ponderando la proporción de ingresos que corresponda a los usuarios situados en España con relación al total global de la empresa. En la doctrina encontramos críticas cualificadas en contra de la imposición sobre los ingresos brutos, como la de Ortiz Espejo, quien critica que su base imponible se fije sobre el total de los ingresos obtenidos por estos servicios si efectivamente el objeto de este impuesto recae teóricamente «sobre el valor añadido generado para los consumidores finales por estos servicios»⁴⁴.

Consecuentemente, de este esquema de liquidación se deduce una máxima: la recaudación del impuesto aumentará en la medida en que se exponga más publicidad, se realicen más operaciones de intermediación o se transmitan más datos de usuarios ubicados en el territorio español, o bien, en que disminuyan la prestación de estos servicios a usuarios situados fuera del ámbito territorial. Esta consecuencia contradice en cierta forma el espíritu del impuesto.

La configuración del IDSD responde a la voluntad de la Propuesta de Directiva de remodelar el sistema tributario para gravar en el Estado de la fuente ingresos que se obtienen por la participación de usuarios ubicados en dicho Estado y que no pueden ser gravados conforme al modelo tradicional de imposición societaria basado en la residencia⁴⁵. Sin embargo, esta premisa suscita enormes riesgos para sociedades españolas que solo presten tales servicios en España –o al menos, que tengan su actividad principal en nuestro territorio– respecto de las cuales no se establece un supuesto de no sujeción o de exención.

En tales casos, una relación entre ingresos en España e ingresos totales cercana al 100% puede suponer un gravio exorbitante ante el gravamen de los rendimientos de la empresa por este impuesto y el de sociedades. El único freno a esta problemática reside en los elevados estándares requeridos para ser contribuyente, pero ello no obsta para que sea un elemento desincentivador para aquellas *start-ups*

tes, obtenidos por el contribuyente por cada una de las prestaciones de servicios digitales sujetas al impuesto, realizadas en el territorio de aplicación del mismo».

⁴⁴ ORTIZ ESPEJO, D., «Capítulo xv: El Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales», en Cazorla Prieto, L.M. y Chico de la Cámara, P. (coords.), *Introducción al Sistema Tributario Español*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 809 y 810.

⁴⁵ Así resulta de la Propuesta de Directiva de 21 de marzo de 2018.



o emprendedores que quieran establecerse en España, proyectando en nuestro territorio su particular *Silicon Valley*.

Por otra parte, esta no es la única reflexión que se infiere de la estructura del impuesto. La base imponible del impuesto se fija tomando como numerador del porcentaje los ingresos obtenidos por servicios prestados a usuarios localizados en España. Sin embargo, la prestación de estos servicios en nuestro territorio implica consecuentemente gastos logísticos en el desarrollo de la actividad, por lo que la proporción fijada por la ley no responde a una proporción real de la correlación entre el rédito que otorga la prestación de servicios en España con respecto a los demás estados donde actúe la sociedad. Así, una empresa puede prestar en España servicios gravados por este impuesto y obtener muchos ingresos en proporción con los que obtiene en otros estados y, a pesar de ello, ser económicamente menos beneficiosa por suponer más gastos que los ocasionados por la actividad en otros estados. De este modo, el gravamen se impone en una magnitud que no refleja la rentabilidad real generada a una sociedad digital por la prestación de servicios en España y, por ende, no grava su manifestación de riqueza real.

Esto nuevamente nos remite a la problemática acerca de la naturaleza del impuesto. Si la imposición se realizase sobre el beneficio, articulando medios para calcular qué proporción de este corresponde a la intervención de usuarios localizados en España, esta deficiencia se subsanaría. Sin embargo, bajo el paraguas de la configuración indirecta, se desarrolla un sistema de liquidación del impuesto que en nada refleja el fin último que persigue la creación de este impuesto y que además puede generar riesgo de traslación de los costes del tributo a los usuarios⁴⁶.

Es más, estimándolo como un impuesto indirecto, ante la complejidad para enmarcar materialmente los servicios en cuestión, resulta inasumible discernir en aquellas sociedades que presten otros servicios, además de los comprendidos en el ámbito de este impuesto, qué ingresos provienen de estos últimos con causa en la interacción de usuarios españoles y cuál es su proporción en relación con un indeterminable número de usuarios mundiales⁴⁷. Especialmente, como señala Menéndez Moreno, debemos tener en cuenta la dificultad que entraña la cuantificación de los ingresos por estos servicios cuando se prestan sin presencia física, siendo la única vinculación con el territorio español la presencia de los usuarios en el mismo, y sin la posibilidad de determinarlos en base a los actos de repercusión a los consumidores⁴⁸.

Quizás todos estos problemas podrían haberse solucionado a través de otro método de determinación de la base imponible. Si bien es cierto que las operaciones digitales son difíciles de cuantificar individualmente, el elevado número de perso-

⁴⁶ NOCETE CORREA, F.J., *op. cit.*, pp. 118 y 119.

⁴⁷ *Cfr.* BELDA REIG, I., «La difícil comprobación del Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales proyectado en contraposición a otras soluciones adoptadas en el derecho internacional», *Quincena Fiscal*, n.º 17, 2019 (consultado electrónicamente).

⁴⁸ MENÉNDEZ MORENO, A., «El nuevo Impuesto sobre determinados servicios digitales. O la conjunción de dos enigmas: la informática y los impuestos», *Quincena Fiscal*, n.º 6, 2019 (consultado electrónicamente).



nas susceptibles de convertirse en usuarios permite obtener datos estadísticos suficientemente fiables. El legislador podía haber optado por establecer una modalidad de estimación objetiva a través de la cual se pueda estimar mediante datos medios de consumo de sus residentes, en función del sector económico en que presten los servicios digitales y el tipo de servicio, el ingreso bruto o beneficio neto promedio por operación que brinda la prestación de estos servicios.

Esta forma de estimación objetiva generaría previsiblemente menores ingresos, pero también menores gastos para la Administración en cuanto a medios de control y evitaría las incidencias expuestas en torno a la necesidad de concretar medios de geolocalización de los servicios digitales y la consecuente invasión de la privacidad de los usuarios.

CONCLUSIONES

El IDSD, como primer intento de imposición sobre los servicios de intermediación, de publicidad y de transmisión de datos en línea, presenta varios elementos que resultan impropios para el fin que persigue. A nuestro juicio, no cabe duda de que la naturaleza del impuesto responde una estructura de imposición directa. Sin embargo, para evitar la aplicación de los CDI, se dota de una configuración inapropiada que permita justificar su carácter indirecto. A partir de esta concepción, se concatenan incongruencias en la formulación de los elementos estructurales –tales como su hecho imponible, requisitos y medios de control– que son susceptibles de reforma.

Por ello, sin perjuicio de la previsible aparición de un nuevo modelo tributario de gravamen a las empresas multinacionales a través del acuerdo multilateral, conviene remarcar la necesidad, mientras este impuesto permanezca vigente, de adaptar su configuración a los fines que persigue.

Su naturaleza y estructura son merecedores de revisión y denotan la falta de previsión en el gravamen que se ha querido imponer; pudiendo, incluso, afirmar que su subsistencia, con las deficiencias de las que adolece, solo puede justificarse por el reducido número de contribuyentes afectados y por la considerable recaudación que ha supuesto en sus primeros años de vida.

En nuestra opinión, el devenir del gravamen tributario sobre la economía digital debe discurrir por políticas conjuntas transnacionales que lo delimiten y que permitan acotar esta realidad intangible y en continua evolución. Ante el desarrollo de este nuevo mercado digital, el Derecho Tributario debe responder en consecuencia y formular mecanismos conjuntos para su imposición y control.

RECIBIDO: 25/11/2022; ACEPTADO: 07/02/2023



REVISORES / REVIEWS

María Aránzazu CALZADILLA MEDINA

Lucía Dans ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR

Carlos TRUJILLO CABRERA

Juan Antonio GARCÍA GARCÍA

María Teresa MANESCAU MARTÍN

Luis Javier CAPOTE PÉREZ

Ana AFONSO BARRERA

Adriana Fabiola MARTÍN CÁCERES

María José MESA GONZÁLEZ

Gemma MINERO ALEJANDRE

INFORME DEL PROCESO EDITORIAL DE *ANALES DE LA FACULTAD
DE DERECHO* DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA 39, 2022

El equipo de dirección se reunió a finales del mes de diciembre de 2022 para tomar decisiones sobre el proceso editorial del número 39 de AFDULL.

Estadística:

Núm. de trabajos recibidos: 8.

Núm. de trabajos aceptados para publicación: 7 (87,5%).

Media de revisores por trabajo: 2.

Media de tiempo entre envío y aceptación: 3 meses.

Media de tiempo entre aceptación y publicación: 6 meses.

Los revisores varían en cada número, en atención al tema de los trabajos presentados.

NORMAS DE SELECCIÓN DE ORIGINALES PARA SU PUBLICACIÓN EN LOS ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA ULL

(Adoptadas por el Consejo de Redacción en su sesión de 9 de abril de 2018;
pendientes de ratificación por la Junta de la Facultad de Derecho)

PRIMERA. La revista se publica en formato digital, en un número anual, con dos fascículos semestrales a través de la plataforma de gestión de revistas *on line* de la Universidad de La Laguna: <http://revistas.webs.ull.es/index.php/derecho>. Los trabajos que se presenten al proceso de selección para su publicación deberán cumplir las siguientes normas:

- a) *Plazo y forma de presentación*. La revista tiene permanentemente abierta su convocatoria de propuestas de publicación. Las propuestas podrán ser sometidas a consideración por sus autores a través de la plataforma de gestión de revistas *on line* de la Universidad de La Laguna: <http://revistas.webs.ull.es/index.php/derecho>.
- b) *Autores*. Solo podrán presentar trabajos en la revista aquellas personas que reúnan la cualidad de tituladas en alguna de las enseñanzas universitarias oficiales de grado, máster y doctorado, o categorías equivalentes. Los autores deberán identificar su categoría académica y/o profesional, así como cuál es la institución a la que pertenecen.
- c) *Temática*. Los trabajos deben ser investigaciones de contenido jurídico. Excepcionalmente y de manera subsidiaria podrán incluirse trabajos de materias afines si los miembros del Consejo de Redacción asistentes unánimemente así lo consideran.
- d) *Estructura y formato de los trabajos*.

I. Para la sección Artículos: los trabajos no deben exceder de los 60 000 caracteres con espacios (unas 20 páginas) y tendrán un título (en español e inglés), como mínimo tres palabras clave (en español e inglés) y un resumen (en español e inglés). No deberá incluirse ni sumario ni bibliografía final. Las propuestas de publicación se presentarán en archivo en formato editable: Word o rtf.

II. Para la sección Comentarios, de legislación y jurisprudencia: los trabajos no deben exceder de los 30 000 caracteres con espacios (unas 10 páginas) y tendrán un título (en español e inglés), como mínimo tres palabras clave (en español e inglés) y un resumen (en español e inglés). No deberá incluirse ni sumario ni bibliografía final. Las propuestas de publicación se presentarán en archivo en formato editable: Word o rtf.

III. El formato del texto principal será Times New Roman, a espacio y medio, tamaño de letra 12; y para las notas a pie de página es Times New Roman, a un espacio y con tamaño de letra 10. Las normas para las citas son las siguientes: A) artículos de revistas. Ejemplo: SAAVEDRA RUIZ, J., «La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 10, 1994, p. 13 y ss. B) libros/monografías. Ejemplo: ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1997.

- e) *Idioma*. Los trabajos deberán estar escritos en lengua española, o en alguna lengua extranjera de relevancia en el ámbito jurídico siempre que la revista cuente con revisores que conozcan la lengua extranjera y sean expertos en el área de conocimiento de la propuesta presentada. En todo caso, el título, las palabras clave y el *abstract* deberán presentarse en español e inglés.

- f) *Originalidad de los trabajos.* Todos deben ser inéditos y no deben estar pendientes de publicación en otra revista o libro.

SEGUNDA. La presentación de un trabajo en la revista *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna* conlleva el conocimiento y la aceptación de las siguientes normas por parte de los autores:

1. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción, así como que consientan su inclusión en bases de datos, catálogos, bibliotecas, índices o servidores que permitan la mayor difusión de las investigaciones. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.
2. De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. La publicación de los diferentes artículos no implica adhesión ni conformidad de la revista con las opiniones mantenidas por los autores.

TERCERA. Se asignará uno o dos evaluadores, preferiblemente externos, por cada uno de los originales presentados, según la materia sobre la que versen los mismos, para que informen en el plazo que se establezca sobre la conveniencia de su publicación. La evaluación será anónima en todo momento, de manera que los autores no conocerán quién evaluó su trabajo ni el evaluador conocerá quién es el autor.

CUARTA. Pese a ser la evaluación anónima, en el caso de concurrir causa de abstención en alguno de los miembros propuestos o cuando este lo proponga de manera motivada, se podrá designar a otro/s evaluador/es experto/s en la materia que se evalúa.

QUINTA. Cada evaluador rendirá su informe teniendo en cuenta los siguientes criterios: la calidad y rigor de los argumentos presentados; la oportunidad y relevancia del artículo; la creatividad, metodología, propuestas y aportaciones; así como la adecuación a las normas de publicación. Los informes tendrán carácter confidencial y reservado.

SEXTA. Una vez transcurrido el plazo para presentar los informes de evaluación, se reunirá el Consejo de Redacción, al que se dará cuenta del punto en el que se encuentra el proceso, llevándose a cabo la valoración del resultado de las evaluaciones. Cuando exista contradicción entre los informes emitidos, el Consejo de Redacción designará a un tercer experto en la materia, para que proceda a una nueva evaluación.

SÉPTIMA. Se trasladará al autor el resultado de la evaluación y, en su caso, las modificaciones sugeridas por los expertos, con la advertencia de que el Consejo de Redacción se reserva el derecho a no publicar el original presentado cuando no se observaren las modificaciones propuestas por los expertos.

OCTAVA. Cuando algún miembro del Consejo de Redacción fuere autor del original presentado deberá ausentarse de las votaciones.



Servicio de Publicaciones
Universidad de La Laguna