Borja Adsuara Varela*

LOS OBSTÁCULOS A LA DIGITALIZACIÓN: EL MARCO REGULATORIO

Uno de los principales obstáculos a la digitalización (o transformación digital) de la economía es el marco regulatorio, que no estaba pensado para las nuevas actividades económicas que han surgido en el entorno digital y que, por tanto, ha habido que ir modificando durante los últimos años. Un marco regulatorio que habrá que seguir ampliando en el futuro para adaptarlo a la nueva realidad social y económica. Hay que tener en cuenta que la economía digital no es una economía nueva que coexiste con la economía tradicional: es la economía del Siglo XXI porque tanto la economía como la sociedad del Siglo XXI son digitales.

Palabras clave: *economía digital, derecho digital, comercio electrónico, propiedad intelectual, protección de datos.*
Clasificación JEL: *K0, K2, K24.*

1. Introducción

La economía digital no es una economía nueva que coexiste con la economía tradicional. La economía digital es la economía del Siglo XXI, porque en el Siglo XXI la sociedad y la economía son digitales. No hay una economía digital y otra que no lo sea, al igual que no hay un comercio electrónico o una Administración electrónica distintos del comercio y de la Administración. El comercio y la Administración de hoy utilizan medios electrónicos.

Podríamos decir que el mejor síntoma de que la economía digital, el comercio electrónico o la Administración electrónica van alcanzando su madurez es que se vayan «cayendo» de sus denominaciones esos adjetivos digital o electrónico y se hable a secas de economía, comercio o Administración. Al igual que ya nadie dice «te llamo a tu móvil digital» o «estoy viendo la TV digital», porque son sectores que ya han terminado su transformación digital.

En las siguientes páginas se pretende hacer un breve repaso del marco regulatorio español de la economía digital, que no es otra cosa que la historia del derecho digital o, a secas, la historia del Derecho de los últimos 25 años, que es, más o menos, cuando empiezan a tener presencia y repercusión en nuestras leyes las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), así como también una previsión de los retos regulatorios futuros.

* Licenciado en Derecho. Experto en Derecho y Estrategia Digital.

2. Historia del derecho digital

Podemos decir que el derecho digital, entendiendo por tal las normas en las que tienen una influencia determinante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (informática y telecomunicaciones), toma carta de naturaleza en España en el año 1992, con la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* (la LORTAD, el antecedente de la LOPD).

Sé que es un punto de partida discutible y que pueden encontrarse antecedentes históricos de otras regulaciones de las telecomunicaciones. Pero, si hablamos de derecho digital, parece que el hecho determinante es la digitalización (es decir, la conversión de cualquier contenido en ceros y unos), que va muy unido al desarrollo de la informática y al tratamiento de datos, primero *offline* y luego *online,* al unirse aquella con las telecomunicaciones.

Pues bien, se han cumplido 25 años de esa primera norma del derecho digital y creo que ya es tiempo suficiente para echar la vista atrás y empezar a escribir una historia de esta nueva área o rama del Derecho. Que en realidad no lo es, porque es algo más que el Derecho de las TIC o del sector TIC. Es el Derecho de la sociedad de la información, que es lo mismo que decir el Derecho de la sociedad del Siglo XXI. Es decir, el Derecho a secas.

Pero, como todo cambio, por muy disruptivo que sea, y toda transformación lleva su tiempo (sobre todo en el ámbito normativo, que siempre va detrás de la realidad con la lengua fuera), creemos que sí es conveniente hablar de «Derecho Digital» como una disciplina transversal, como las propias TIC, que impregnan toda la realidad. Al menos, hasta que este proceso de digitalización termine; momento en el que todo será digital y podrá suprimirse este adjetivo (Recuadro 1).

Se puede observar cómo los aspectos más regulados de la economía digital han sido los relacionados con el comercio electrónico, la propiedad intelectual y la protección de datos y también es curioso cómo el ciclo de 25 años se cierra como empezó, con una norma sobre protección de datos, en este caso un Reglamento europeo de aplicación directa, que abre un nuevo ciclo y pretende impulsar la libre circulación de datos y la «economía de los datos».

En las próximas páginas nos centraremos en los aspectos más importantes de estas tres áreas: comercio electrónico, propiedad intelectual y protección de datos, para luego hablar de las normas europeas en tramitación y de los retos futuros que debe abordar el marco regulatorio de la economía digital: economía colaborativa, robótica e inteligencia artificial y normas internacionales, y terminar con unas conclusiones finales.

3. Comercio electrónico

La *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, más conocida como la LSSI (o LSSICE), fue la incorporación al derecho español de la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el comercio electrónico).

Tanto la Directiva europea como la Ley española no pretendían sino una traslación de la eficacia contractual al entorno digital y tenían como principal objetivo dotar a los contratos electrónicos de la misma eficacia que tenían los contratos físicos. Se trataba de fomentar el comercio electrónico y la economía digital, dotando de seguridad jurídica a los prestadores (responsabilidad) y destinatarios (garantías) de servicios de la sociedad de la información.

Desde su aprobación, hace 15 años, ha sido modificada en nueve ocasiones, alterando el sentido o, incluso, vaciando de contenido algunos de sus preceptos originales, por lo que hay autores que se plantean si sigue siendo una correcta incorporación de la

RECUADRO 1

25 AÑOS DEL DERECHO DIGITAL, 1992-2016
LAS 25 PRINCIPALES LEYES SOBRE ECONOMÍA DIGITAL

- Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.
- Ley 20/1992 de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Ley 16/1993 sobre la protección jurídica de programas de ordenador.
- Ley 28/1995 sobre la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable.
- Real Decreto-ley 1/1996 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Ley 05/1998 sobre la protección jurídica de las bases de datos.
- Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal.
- Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.
- Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.
- Ley 59/2003 de firma electrónica.
- Ley 10/2005 de medidas urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre.
- Ley 23/2006 sobre propiedad intelectual en la sociedad de la información.
- Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
- Ley 25/200 de conservación de datos.
- Ley 56/2007 de medidas de impulso de la sociedad de la información.
- Ley 7/2009 de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones.
- Real Decreto-ley 11/2009 de televisión digital terrestre (TDT) de pago.
- Ley 02/2011 de economía sostenible (propiedad intelectual y protección de datos).
- Ley 13/2011 de regulación del juego.
- Ley 18/2011 reguladora del uso de las TIC en la Administración de Justicia.
- Ley 21/2011 de dinero electrónico.
- Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones.
- Ley 21/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.
- Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica el código penal (ciberdelitos).
- RE 2016/679 Reglamento general de protección de datos, de la Unión Europea.

Directiva europea. Aparte, la aplicación de la Ley y su interpretación por los Tribunales se ha separado en algún caso de la «mente del legislador», para, supuestamente, adaptarla a cada momento. (Recuadro 2).

El conocimiento efectivo

Un caso muy claro es la llamada «teoría del conocimiento efectivo» para poder determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que, bien realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, alojan o almacenan datos, o bien facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (artículos 15, 16 y 17 LSSI), pues en la práctica se han invertido la regla y excepciones que se habían previsto en la Ley.

Arts. 16.1 y 17.1:

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el *conocimiento efectivo*

a) cuando un órgano competente haya

— declarado la ilicitud de los datos,

— ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos,

— o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente *resolución*,

RECUADRO 2

MODIFICACIONES DE LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO

- Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.
- Ley 59/2003 de firma electrónica.
- Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas.
- Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.
- Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual.
- Ley 2/2011 de Economía Sostenible.
- Ley 26/2011 adaptación a la Convención Internacional sobre Derechos de Personas con Discapacidad.
- Real Decreto-ley 13/2012 que transpone directiva en materia de comunicaciones electrónicas.
- Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones.

b) sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de *acuerdos voluntarios* y de *otros medios de conocimiento efectivo* que pudieran establecerse.

Pues bien, aunque la intención del legislador era, claramente, establecer como regla general que el medio para que los prestadores de servicios tuvieran «conocimiento efectivo» de una ilegalidad era la resolución oficial de un órgano competente (administrativo o judicial, según la materia), sin embargo, en la práctica, en virtud de la jurisprudencia, se ha venido admitiendo cualquier otro medio de conocimiento efectivo, lo que ha perjudicado a la seguridad jurídica.

Lo cual nos lleva a una reflexión más profunda, sobre los límites de la interpretación de las leyes por los Tribunales, cuando claramente exceden el margen interpretativo y «corrigen» o sustituyen al legislador. Algunos podrían decir que la jurisprudencia ha «flexibilizado» la aplicación de la ley, adaptándola a nuevos supuestos; pero lo cierto es que ni los prestadores de servicios ni los consumidores y usuarios salen beneficiados. Pierde el tráfico mercantil.

4. Propiedad intelectual

La *Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual* (LPI) era una Ley «analógica», ya que en 1987 no se había generalizado el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, ni por la industria de contenidos, ni mucho menos por los usuarios, aunque sí había referencias a dispositivos y soportes electrónicos y procesos de telecomunicaciones, como la radiodifusión (la radio y la televisión por ondas hertzianas), el satélite y el cable.

El artículo 25 de la LPI ya contemplaba una remuneración compensatoria (canon) por copia privada, pero obviamente se refería al entorno analógico (fotocopias y grabaciones de audio y de video en cintas magnéticas). Pero como los acreedores (entidades de gestión) y deudores (industria electrónica) no se pusieron de acuerdo en la negociación de las cantidades, hubo que hacer una *modificación de la LPI* en 1992 para determinarlas por ley.

A partir de 1992 se produjo una intensa actividad de incorporación al Derecho español de cuatro Directivas europeas sobre: la protección jurídica de programas de ordenador (1993), los derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines (1994), el

plazo de protección del derecho de autor y derechos afines (1995) y la radiodifusión vía satélite y distribución por cable (1995), que se integraron todas ellas en el *Texto Refundido* de 1996.

En 1996 se aprobaron también los tratados digitales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que fueron adoptados por la Unión Europea mediante una Directiva de 2001 (cinco años después), que a su vez se incorporó al Derecho español mediante una modificación de la LPI en 2006 (cinco años después de la Directiva europea y diez años después de los Tratados de la OMPI). Pero fue una Ley fallida, que ha habido que modificar por la *Ley 21/2014* y por el *Real Decreto-ley 12/2017*.

Los cánones digitales

La compensación equitativa (canon) por copia privada (*art. 31.2 LPI*) se extendió al ámbito digital en la modificación de la LPI de 2006, pero, como ya hemos dicho, se ha reformado luego dos veces, en 2014 y en 2017. Primero, para imputar su pago contra los Presupuestos Generales del Estado y, después, para volver al pago por la industria electrónica, tras haber sido declarado nulo el sistema anterior por nuestro Tribunal Supremo.

La compensación equitativa por utilización de fragmentos no significativos de contenidos de publicaciones periódicas por los prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos (tasa Google o canon AEDE) se introdujo en la modificación de la LPI de 2014, pero no se ha llegado a aplicar todavía, entre otras cosas porque el principal destinatario de la norma, Google, prefirió cerrar ese año su servicio Google News, antes que tener que pagar.

Mucho se ha escrito sobre la fundamentación objetiva o la arbitrariedad de dichos cánones digitales (o compensaciones equitativas), que, sin duda, afectan a la economía digital (pues suponen un sobreprecio del producto y han llegado, como hemos visto, a cerrar un servicio). Pero, para mí, el aspecto clave es la «irrenunciabilidad» a estos derechos de remuneración, cuando el autor o titular de los derechos, en principio, puede hacer lo que quiera con su obra.

En todo caso, hay una confusión entre la «renuncia» a dichos cánones (o compensaciones) y simplemente su «no aplicación» porque no se dan los supuestos previstos en la propia Ley. Es decir, el derecho de remuneración se configura como una compensación (equitativa) a los autores o titulares de derechos por el uso de obras (o fragmentos de ellas) sin necesidad de pedirles autorización. Pero, si estos dan dicha autorización, ¿los cánones son aplicables?

5. Protección de datos

Como ya dijimos, el derecho digital comenzó con la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* (LORTAD), el antecedente directo de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*. Y, 25 años después, inicia un nuevo ciclo con el *Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea* (RGPD), de aplicación directa a los Estados miembros.

Decimos que el derecho digital inicia un nuevo ciclo, porque el paradigma del tratamiento y la protección de datos ha cambiado diametralmente desde aquella primera norma de 1992. Y en ello tiene mucho que ver, obviamente, la transformación digital, la generalización de la informática, la aparición de Internet y de las redes sociales y la posibilidad del análisis y explotación masiva de datos, que sin duda es hoy uno de los pilares de la economía digital.

Hasta tal punto es cierto, que el título completo del Reglamento general europeo se refiere: «a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos», pues, en definitiva, la razón de ser de las Directivas y Reglamentos de la UE —y de la propia UE— es fomentar la «libre circulación» de personas, mercancías y también datos. Eso sí, con todas las garantías para los derechos de sus titulares.

De hecho, el apartado 3 del artículo 1 del RGPD, dedicado al «objeto», dice textualmente: «La libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales». Es decir, el principio es la libre circulación de los datos, debiéndose adoptar las medidas oportunas para proteger la intimidad de sus titulares.

El interés legítimo

Hay muchas novedades en el RGPD que tienen gran trascendencia en la economía digital, como la exigencia de un consentimiento expreso y específico para el tratamiento de los datos personales (ya no es válido un consentimiento tácito ni general). Pero, justo por eso mismo, un tema clave va a ser el concepto de interés legítimo de las empresas, para poder tratar datos personales sin necesidad de solicitar dicho consentimiento a sus titulares.

Aunque todavía está por ver cómo queda este importante asunto en la reforma de la LOPD que está en marcha para adaptarse al RGPD, ya se van conociendo algunas interpretaciones de este «concepto jurídico indeterminado», como un reciente dictamen del Grupo de Trabajo de las Autoridades europeas de Protección de Datos, que viene a completar o actualizar el *dictamen* que publicó en 2014, interpretando el artículo 7 de la antigua Directiva de 1995.

No obstante, hay una novedad en el RGPD respecto de la antigua Directiva y nuestra LOPD que ha pasado casi desapercibida y que, sin embargo, creemos tiene una gran importancia. Ya no se distingue entre la regla general del consentimiento (del titular) y las excepciones del «interés público» (de las Administraciones) y del «interés legítimo» (de las empresas), sino que se regulan, al mismo nivel, como tres formas de licitud del tratamiento.

Es más, aunque en la traducción al español de la antigua Directiva europea y en la LOPD ya se usaba el término de «interesado» junto con el de «afectado» o el de «titular» de los datos, en la traducción al español del nuevo Reglamento se ha generalizado aquel término, que sin duda provocará conflictos de interpretación, pues interesados en los datos personales hay muchos, pero solo una persona concernida o afectada por ellos, o «titular» de los mismos.

6. Estrategia europea del Mercado Único Digital

El 6 de mayo de 2015 la Comisión Europea presentó su *Estrategia para un Mercado Único Digital* (*Digital Single Market*), cuyo objetivo último es el impulso de la economía digital. Para ello se necesita «derribar los muros reglamentarios y pasar de 28 mercados nacionales a un mercado único digital plenamente funcional, que podría aportar 415.000 millones de euros al año a nuestra economía y crear centenares de miles de nuevos puestos de trabajo».

Esta Estrategia se compone de tres pilares y 16 líneas de acción, algunas de las cuales ya se han ejecutado. Pero, aunque en principio el plazo de ejecución previsto era para 2015-2016, todavía hay algunas medidas que están en tramitación. Especialmente aquellas dirigidas a la modificación del marco regulatorio europeo, pues ya se sabe que es difícil poner de acuerdo en cualquier materia, no solo a los 28 países, sino a la Comisión Europea y al Parlamento.

Entre las medidas legislativas que están en tramitación y que esperemos pronto vean la luz, hay propuestas de Directivas y Reglamentos sobre las tres materias que hemos destacado:

— *Propuesta de Reglamento sobre las medidas contra el bloqueo geográfico*,

— *Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital,*

— *Propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas*.

Esto quiere decir que el marco regulatorio europeo y español de la economía digital seguirá cambiando en los próximos meses, incluso en materias recién reformadas, por lo que habrá un riesgo de solapamiento o contradicción. Pero lo peor no es eso, sino que, cuando por fin se aprueben, gran parte de esas normas estarán obsoletas

por la velocidad a la que va Internet. Mientras que EE UU y Asia, no tan reglamentistas, serán cada vez más competitivos.

La portabilidad de contenidos

La propuesta de Reglamento «sobre las medidas contra el bloqueo geográfico (injustificado) y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior» pretendía, como su propio nombre indicaba, la libre circulación de bienes y servicios o el libre acceso de los ciudadanos a ellos, evitando una segmentación artificial del mercado, por razón del país de residencia de estos.

En el mercado de contenidos (industrias creativas o culturales: libros, música, audiovisual) esta propuesta de Reglamento iba contra uno de sus pilares tradicionales, que es la venta de derechos por territorios (el otro, sobre todo en el cine, era la venta sucesiva de los derechos por ventanas de explotación o distintas pantallas: cine, video, TV codificada, TV en abierto). Pudiendo tener un impacto de miles de millones de pérdidas para dichas industrias.

Por eso, finalmente, y tras una ardua negociación, se ha publicado (30 de junio de 2017) un *Reglamento relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*, que no es lo mismo que el acceso transfronterizo a los contenidos. La portabilidad de un servicio de contenidos en línea implica que los abonados puedan acceder, de forma efectiva, cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro.

Como dice el Reglamento en sus considerandos: «Dichas barreras derivan del hecho de que las licencias de derechos relativos a la transmisión de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos afines, como las obras audiovisuales, se conceden a menudo sobre una base territorial». Por tanto, el Reglamento supone una modificación del mercado y de las prácticas contractuales en materia de propiedad intelectual, más que de la propia Ley.

Derecho de seguimiento digital

La propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital no parece que vaya a ser la norma que ayude a modernizar la industria cultural europea de contenidos, para hacerla más competitiva en un mercado global de derechos. Sino más bien, de nuevo, una componenda entre los distintos sectores afectados, para no romper el delicado equilibrio que ha habido tradicionalmente en estos temas.

De hecho, más que destacar por los asuntos que trata, destaca por los asuntos que no trata; como, por ejemplo, la armonización del canon por copia privada digital, que tiene distintas regulaciones en los Estados miembros. Y algunos de ellos quieren que esto siga siendo así, pese a las *Recomendaciones sobre las compensaciones por copia privada y reprografía*, que el 31 de enero de 2013 entregó Antonio Vitorino a la Comisión Europea.

Respecto a la compensación equitativa para los editores de prensa por el uso de fragmentos de sus contenidos, hay una propuesta para que se eleve a rango europeo el sistema español. Pero en las últimas redacciones no aparecía ya la «irrenunciabilidad» de tal compensación, por lo que dicho derecho sería tan solo «declarativo», pues hay editores que están dispuestos a autorizar dicho uso gratuito, y todo el sector terminará haciendo lo mismo.

En cuanto al objetivo de una remuneración (más) justa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos, es sin duda una aspiración noble, igual que la transparencia. Pero se echa de menos una apuesta valiente por un sistema que garantice que, efectivamente, los autores y artistas siguen la suerte de sus obras y prestaciones, reconociéndoles un nuevo *derecho de seguimiento digital* de estas, aprovechando la trazabilidad de Internet (*tracking*).

Las *cookies*

Los programas para captar y almacenar datos de los usuarios durante la navegación web (más conocidos

popularmente como *cookies*) están regulados en España, por ahora, en el apartado 2 del artículo 22 de la LSSI, bajo el curioso rótulo: «Derechos de los destinatarios de servicios». Como si el hecho de que una empresa (un prestador de servicios de la sociedad de la información) te instale en tu terminal un robot para captar tus datos fuera «tu» derecho.

Los prestadores de servicios podrán utilizar *dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos* en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su *consentimiento* después de que se les haya facilitado *información* clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos,…

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.

Esta regulación es la razón de los molestos avisos sobre *cookies* cuando abrimos una web, que además no han demostrado su eficacia, puesto que la mayoría de los usuarios aceptan la instalación de las *cookies* en sus terminales, sin informarse de qué datos captan y para qué se van a utilizar. Por eso la Comisión Europea pretende simplificar este tema en la propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (privacidad *online*).

No obstante, aunque todavía no hay un texto definitivo, han saltado todas las alarmas ante la propuesta de que, para simplificar la aceptación de las *cookies*, solo haya que hacerlo una vez, cuando se abre un navegador. Eso implicaría que las únicas que conocerían los datos de los usuarios serían las empresas de los navegadores y no las empresas de las páginas web, lo que ha provocado el inmediato rechazo; en especial, de los editores de medios digitales.

7. Los retos regulatorios de la economía digital

Al mismo tiempo que se tramitan las nuevas propuestas de Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, que, en la mayoría de los casos, no son sino revisiones de los ya existentes, hay nuevas realidades que están surgiendo en la economía digital, que no cuentan con un marco regulatorio adecuado y que, por tanto, tienen que enfrentarse a normativas sectoriales tradicionales, que suponen un obstáculo, a veces insalvable, para su transformación digital.

— Una de las actividades emergentes más importantes de la economía digital es la llamada economía colaborativa, aunque bajo esta denominación se engloban distintos negocios. Según los casos, se trata de meros intermediarios entre particulares, a través de plataformas digitales (sujetos a la LSSI), o de auténticos proveedores de servicios (sujetos a la regulación sectorial y laboral). Tanto la UE como los Estados miembros y las CC AA quieren regularla.

— Otra de las áreas de expansión futura y de los retos regulatorios de la economía digital será la robótica e inteligencia artificial, que no solo requiere un marco jurídico sino ético. El Parlamento Europeo aprobó un *informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica* (enero de 2017), pero ya se está debatiendo en algunos Estados la oportunidad de previsiones fiscales, laborales y de seguridad social.

— Por último, el mayor reto, sin duda, en la regulación de la economía digital, para que los marcos regulatorios no sean un obstáculo en la transformación digital de la economía, es llegar a acuerdos internacionales con estándares mínimos (de fomento y de protección) en las diferentes materias: comercio electrónico, propiedad intelectual, libre circulación y protección de datos, fiscalidad, etc. Lo importante es «jugar todos con las mismas reglas».

La laboralidad

La economía colaborativa o el consumo colaborativo (*sharing economy*) incluye modelos de negocio muy diferentes, que van desde la compartición de bienes o la prestación de servicios entre particulares a la economía

bajo demanda o la economía de acceso, según el recomendable informe de la Asociación Española de Economía Digital (Adigital) y *Sharing* España: *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales* (2017).

Aunque poco a poco se va abordando, tanto por el Estado como, sobre todo, por las CC AA, la regulación de algunos sectores en los que ha irrumpido la economía colaborativa (alquiler de viviendas, vehículos con conductor, etc.), todavía no existe una regulación definitiva ni homogénea en España ni en la UE, sino solo unas recomendaciones de la Comisión Europea en su Comunicación: *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* (2016).

Por un lado hay que distinguir las actividades sin ánimo de lucro (intercambio de casas, viajes compartidos, etc.) de las actividades económicas, que se hacen a cambio de un precio. Y, dentro de estas, conviene diferenciar las actividades ocasionales de las más habituales o profesionales y si estas se prestan como autónomos o dentro de una relación de laboralidad, respecto de las plataformas digitales que sirven para contratar dichos servicios.

El *debate actual sobre las condiciones de trabajo* que ofrecen algunas de estas plataformas digitales es, en realidad, un debate sobre el trabajo en el Siglo XXI, pues el mercado laboral va a ser, cada vez, menos por cuenta ajena (empleo) y más por cuenta propia (autónomo). Se configura ya como una bolsa de servicios que se contratarán, por tiempo o por proyecto, a través de Internet, debiendo repensarse, por lo tanto, las garantías laborales y la fiscalidad.

¿El código es el nuevo Derecho?

Uno de los debates más apasionantes del derecho digital es si el código informático acabará sustituyendo, al menos en algunas áreas, al Código Jurídico (o incluso si ya lo está haciendo). Dicho en otras palabras, si *los algoritmos son las nuevas normas*. En algunos casos, como los coches autónomos, una vez programados para que cumplan las normas de circulación y ya no exista la posibilidad de que las infrinja el hombre, ¿será necesaria esa área del Derecho?

Un segundo debate es el de la vigilancia del cumplimiento de las normas por las máquinas. Hasta que llegue la sustitución de las normas por los algoritmos y como una forma, sin duda, de acelerar ese proceso, para vigilar, de forma exhaustiva, el cumplimiento de las normas y sancionar las infracciones se utilizarán (ya se está haciendo) cada vez más máquinas y robots y cada vez más inteligentes e implacables (cámaras, radares, sensores…).

El resultado de la vigilancia exhaustiva por máquinas perfectas del cumplimiento de leyes imperfectas (muchas veces, de imposible cumplimiento) por seres humanos imperfectos nos colocará a todos (a ciudadanos y empresas) en el lado de la ilegalidad. Lo que nos debe llevar a reflexionar sobre cuál es el sentido de las normas y de las sanciones, y si una aplicación rigurosa de las normas, en vez de justicia, produce injusticia (*summum ius, summa iniuria*).

Un tercer debate es la aplicación de la inteligencia artificial a la administración de justicia. ¿Podría juzgar y dictar sentencia una inteligencia artificial que conozca toda la legislación y jurisprudencia aplicable a un caso? En principio, parece posible e incluso deseable enseñar y entrenar a una máquina para que resuelva trámites y procesos sencillos y automatizables, pero lo que una máquina nunca podrá hacer es el juicio de equidad que hacen los jueces.

Los términos y condiciones de uso (TyC)

Enlazando con el tema de la ausencia de unas reglas internacionales comunes de gobernanza de Internet y, por tanto, de un marco regulatorio global de la economía digital, ocurre que los términos y condiciones de uso de las principales multinacionales del sector se están convirtiendo, de hecho, en una fuente de derecho internacional, con mayor trascendencia en muchos casos que las

legislaciones nacionales o regionales, como las de la Unión Europea.

Sin embargo, estas normas unilaterales no son verdaderos contratos, que acepta el usuario libre y conscientemente, sino auténticos «contratos de adhesión» cuyas cláusulas el usuario no puede negociar y que, la mayoría de las veces, «acepta» sin leerlas, porque da lo mismo. La cuestión es qué ocurre cuando los TyC contienen cláusulas abusivas, en el sentido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (arts. 82 y 83):

— Se considerarán *cláusulas abusivas*: todas aquellas estipulaciones *no negociadas individualmente* y todas aquéllas prácticas *no consentidas expresamente* que, *en contra de las exigencias de la buena fe*, causen, *en perjuicio del consumidor y usuario*, un *desequilibrio importante* de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

— Las cláusulas abusivas serán *nulas de pleno derecho* y se tendrán por no puestas.

Lo que se echa de menos es que las autoridades y asociaciones de consumidores y usuarios no hagan un seguimiento de los TyC, al menos, de las principales plataformas de Internet y aplicaciones más utilizadas. Algunas de estas cláusulas, en especial en temas de propiedad intelectual y protección de datos, son claramente expropiatorias, porque les conceden a estas plataformas una licencia de uso ilimitada, a cambio y por el hecho de utilizar esos servicios.

8. Conclusiones

A modo de conclusiones, sobre el marco regulatorio como obstáculo para la digitalización, tanto de los ciudadanos y de la sociedad en general, como de la economía y las empresas, en particular, podemos destacar:

— En una economía globalizada, en la que Internet no conoce de fronteras, no solo compiten las empresas, sino también los sistemas jurídicos y los marcos regulatorios, y el derecho continental europeo (de código cerrado, excesivamente reglamentista) es mucho menos flexible y, por tanto, competitivo que el sistema abierto anglosajón, mucho más propicio para la innovación y digitalización de los modelos de negocio.

— Es necesario llegar a acuerdos internacionales para establecer unas «reglas de juego» comunes para todas las empresas en Internet, tanto en comercio electrónico, como en propiedad intelectual, protección de datos, fiscalidad, laboralidad, etc. Porque las empresas europeas no pueden competir en igualdad de condiciones con las empresas norteamericanas o asiáticas, al estar sujetas a unas normas más estrictas.

— Mientras tanto, se tiene que ir avanzando dentro de Europa en la digitalización de la economía y, para ello, es imprescindible modernizar y flexibilizar la regulación de, ya no tanto los sectores tradicionales, sino de los servicios. Porque ahora cualquier empresa innovadora de Internet puede prestar de forma más eficiente un determinado servicio tradicional, como ya ha ocurrido y seguirá ocurriendo en muchos sectores.

Referencias legislativas

Comercio electrónico

[1] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (2002). *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (12/07/2002).

[2] DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA (2017). *Reglamento relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior* (30/06/9017).

Propiedad Intelectual

[3] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (2017). *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (Texto consolidado con la última modificación del Real Decreto-ley 12/2017 (04/07/2017).

[4] PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2016). *Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital* (14/09/2016).

[5] VITORINO, A. (2013). *Recomendaciones sobre las compensaciones por copia privada y reprografía* (31/01/2013).

Protección de datos

[6] BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (1999). *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (14/12/1999).

[7] ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA (2017). *Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOPD* (07/07/2017).

[8] PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2016). *Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea* (27/04/2016).

[9] PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2017). *Propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas* (10/01/2017).

Economía colaborativa

[10] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ECONOMÍA DIGITAL (2017). *Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales* (Adigital) (17/03/2017).

[11] ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ECONOMÍA DIGITAL (2017). *El trabajo en plataformas digitales. Análisis y propuestas de regulación* (Adigital) (julio 2017).

[12] COMISIÓN EUROPEA (2016). *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* (02/06/2016).

Robótica e inteligencia artificial

[13] PARLAMENTO EUROPEO (2017). *Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica* (enero 2017).

En el próximo número de
Información Comercial Española. Revista de Economía

La economía digital en España

Emilio Ontiveros y Diego Vizcaíno	La digitalización de la economía española
Borja Foncillas García	El sector financiero ante el reto digital
Jorge Alvar Villegas	Digitalización y mercados de exportación
Edmundo Bal Francés	La digitalización de las Administraciones Públicas: un largo y tortuoso camino
Pedro A. Pernías Peco	Nuevos empleos, nuevas habilidades ¿Estamos preparando el talento para la cuarta revolución industrial?
Pilar Sánchez Núñez	La implementación de la Agenda Digital en España
Mario Buisán y Fernando Valdés	La industria conectada 4.0
Juan Carlos Rodriguez Ibarra	El Parlamento y los partidos políticos ante el reto digital
Fernando Ballestero y Martín Pérez	El papel del Estado ante la digitalización de la economía: estrategia digital y políticas públicas
Mónica de Oriol e Icaza, coordinadora de la Mesa de Expertos	Oportunidades para España. Recomendaciones de una Mesa de Expertos: Consejo Asesor de ADEI (Observatorio para el desarrollo económico)

Últimos números publicados:

Hacia un nuevo modelo de mercado gasista en España

Globalización, integración y desarrrollo económico

Números en preparación

Economía de las migraciones

Las migraciones euromediterráneas: impacto socioecómico y políticas

Coordinadores: Fernando Ballestero y Andrés Pedreño