



REVISTA JURÍDICA Y CULTURAL

LATO



SENSU

EDICIÓN 2021-2022



REVISTA ELECTRÓNICA JURÍDICA Y CULTURAL DE LATO SENSU (REJYC)

Edición 2021-2022

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

(Coordinador)

REVISTA ELECTRÓNICA JURÍDICA Y CULTURAL DE LATO SENSU

Edición 2021-2022

IHOR FETSYAK SENKIV

JOSÉ ANTONIO CALZADA ÁNGELES

ÁLVARO ANTOÑANZAS FONSECA

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Diseño de cubierta:

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Autores colaboradores:

HUGO ADRIÁN FERNÁNDEZ

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, y toda la normativa aplicable mediante la cual, se establecen penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios para quienes reprodujeran, plagiaran, distribuyeran o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio sin la preceptiva autorización.

En los primeros compases, *Lato Senu* se concibió con la idea de aportar una visión distinta sobre apartados del mundo del Derecho que, normalmente, no llegaban o no impactaban con la suficiente envergadura en la realidad social. A medida que se han sucedido los meses y este primer año, de esfuerzo, de temporadas largas, de decisiones duras y complejas, de aportaciones e ideas que se han materializado y de otras tantas que se han quedado por el camino.

Sirva esta primera edición como ejemplo de todos los aciertos y errores que hemos cometido así como de guía y referencia para todos los esfuerzos que esperan más adelante.

Quisiera dedicar este apartado para agradecer el apoyo que hemos recibido todos y cada uno de los miembros del equipo de administradores y colaboradores de *Lato Senu* a lo largo de estos dos años. Gracias por dedicar un poco de ese tiempo para leernos, para apoyarnos en redes sociales y compartir el contenido, para enviarnos unas breves palabras comentando cada publicación. Todos esos pequeños contactos, esos gestos, son nuestra motivación y nuestra recompensa.

Gracias a mis compañeros y amigos, a José, a Ihor, a Álvaro, y a Dani quienes me han acompañado en este corto pero intenso periplo. También a aquellas personas que comenzaron en trayecto pero no pudieron continuarlo y, también a las personas que han colaborado con nosotros, como es el caso de Hugo. A todos, muchas gracias.

Que esta pequeña compilación sea la primera de muchas y que, como en este caso, tenga el placer de poder contar con tan maravilloso equipo y apoyo.

Gracias.

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Fundador de *Lato Senu*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PUBLICACIONES JURÍDICAS REALIZADAS EN 2021 8

| | |
|--|----|
| LA NOCIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI)..... | 9 |
| EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN..... | 12 |
| SERVICIOS DE «MERE CONDUIT» | 15 |
| SERVICIOS DE «CACHING»..... | 17 |
| SERVICIOS DE «HOSTING»..... | 19 |
| LA PROBLEMÁTICA DIRECTIVA 790/2019 ¿EL FIN DE INTERNET?..... | 22 |
| ¿QUÉ OCURRE CON MIS DATOS? NUESTRO CV Y LA PROTECCIÓN DE DATOS..... | 25 |
| EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL..... | 28 |
| EL DELITO DE ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD | 31 |
| LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA | 34 |
| DERECHO DE LA COMPETENCIA Y PUBLICIDAD COMPARATIVA..... | 38 |
| LA DENOMINACIÓN SOCIAL | 41 |
| MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS | 46 |

PUBLICACIONES JURÍDICAS REALIZADAS EN 2022..... 50

| | |
|---|-----|
| ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 785/1995, DE 28 DE JULIO..... | 51 |
| DIFERENCIAS ENTRE RENUNCIA Y DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL..... | 54 |
| LA PUBLICIDAD COMPARATIVA (2ª PARTE) | 59 |
| ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 112/2019, DE 3 DE OCTUBRE DE 2019 | 63 |
| ¿QUÉ ES Y COMO SE SOLICITA EL BONO JUVENIL DE ALQUILER? | 78 |
| SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL MODELO 720: ¿CÓMO AFECTA A LAS CRIPTOMONEDAS? | 82 |
| ¿QUÉ SON LAS «COOKIES»? | 86 |
| EL CONCEPTO DE «PROSUMIDOR» EN EL DERECHO DE CONSUMO..... | 90 |
| EL CASO KAMENOVA, CUANDO EL CONSUMIDOR SE CONVIERTE EN COMERCIANTE | 94 |
| LA NUEVA LEY DE CONVIVENCIA UNIVERSITARIA ¿QUÉ CAMBIOS INTRODUCE RESPECTO DEL REGLAMENTO DE DISCIPLINA ACADÉMICA DE 1954? | 100 |
| LA PRUEBA POR INDICIOS Y SU VALIDEZ EN EL PROCESO PENAL..... | 113 |
| LA FISCALIDAD EN EL METAVERSO | 120 |
| LOS DEEPFAKES Y SU USO EN LA PUBLICIDAD | 125 |
| PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN INSTAGRAM. ANÁLISIS Y ESTUDIO DE UN CASO REAL..... | 131 |
| ¿SON LOS E-SPORTS UN VERDADERO DEPORTE?..... | 140 |
| DECLARACIÓN DE LA RENTA CRYPTO. CONSEJOS PRÁCTICOS..... | 145 |
| LA DOCTRINA DEL «FAIR USE»..... | 149 |
| EL CASO GOOGLE ¿APLICAR LA DOCTRINA DEL FAIR USE EN ESPAÑA? | 154 |
| FISCALIDAD DE LOS NFTS EN EL IRPF | 161 |
| EL DERECHO AL OLVIDO DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS..... | 165 |
| ¿CÓMO DECLARAR LAS CRIPTOMONEDAS?..... | 171 |
| LOS DEEPFAKES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS | 176 |

| | |
|---|-----|
| LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN MERCANTIL Y EL CONTRATO DE FRANQUICIA | 184 |
| DESPIDOS CON CAUSA FALSA ¿NULIDAD O IMPROCEDENCIA?..... | 190 |
| EL DELITO DE RECEPCIÓN ¿EN QUE CONSISTE? | 198 |
| LOS HILOS DE TWITTER Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL | 203 |
| LA TRANSFORMACIÓN SOCIETARIA Y LA SALIDA A BOLSA DE UNA SOCIEDAD..... | 209 |
| SOBRE EL TRASLADO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL AL EXTRANJERO. ENUNCIADO PRÁCTICO | 214 |
| EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DE LOS CONSUMIDORES | 221 |
| EL INSULTO EN LAS REDES SOCIALES Y LA..... | 228 |
| INDICIOS PROBATORIOS EN DELITOS TELEMÁTICOS..... | 234 |
| SOBRE EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD PREVISTO EN LA LOTC. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 15/2019. | 253 |
| INFLUENCERS Y LA NUEVA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL | 255 |
| LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL Y SEGURIDAD JURÍDICA..... | 262 |
| DATOS PERSONALES Y EL PLAZO DE CONSERVACIÓN | 271 |
| REFORMA DE LA COTIZACIÓN DE LOS AUTÓNOMOS | 276 |
| CLAVES DE LA LEY DE GARANTÍA INTEGRAL DE LIBERTAD SEXUAL..... | 282 |
| MERGE DE ETHEREUM Y FORK DE ETHPOW. ALGUNOS ASPECTOS FISCALES | 286 |
| LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN | 292 |
| ALGORITMOS Y DERECHO LABORAL..... | 301 |
| ANONIMIZACIÓN DE DATOS PERSONALES EN RESOLUCIONES JUDICIALES | 310 |

ANÁLISIS INTERNACIONAL317

| | |
|--|-----|
| SITUACIÓN DE LA ALIANZA NORATLÁNTICA Y RUSIA EN EL ESPACIO DE EUROPA ORIENTAL | 318 |
| LOS INTERESES EN JUEGO EN UCRANIA: ¿QUÉ QUIERE SACAR RUSIA DE ESTA CRISIS? | 324 |
| RELACIONES EXTERIORES DE ESPAÑA: DEL AISLAMIENTO FRANQUISTA A LA MULTILATERALIDAD (I)..... | 330 |
| ADHESIÓN INMEDIATA DE UCRANIA A LA UNIÓN EUROPEA: ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS | 333 |
| ¿PUEDEN EUROPA Y ESPAÑA REDUCIR SU DEPENDENCIA DEL GAS RUSO? | 337 |
| EL PAPEL DE LAS MUJERES EN LA GUERRA DE UCRANIA | 340 |
| EL ESTADO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. LAS REPÚBLICAS POPULARES DE DONETSK Y LUHANSK | 342 |
| ESPAÑA DEJA DE LADO AL SÁHARA SIN CONSEGUIR COMPROMISOS REALES DE MARRUECOS | 350 |
| ISLA ENERGÉTICA Y ECONOMÍA DE GUERRA: ESPAÑA AFRONTA LA TORMENTA PERFECTA | 354 |
| ¿QUÉ ES UN PUENTE AÉREO MILITAR Y CÓMO SURGIÓ? | 358 |
| CÓMO DOMINAR EL MUNDO: LA TEORÍA DEL HEARTLAND | 361 |
| ¿VIENE TODA LA INFLACIÓN ESPAÑOLA DE LA GUERRA DE UCRANIA? | 366 |
| ¿QUÉ ES EL EURIBOR Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTANTE? | 370 |
| LA CONFERENCIA DE YALTA: CAMINO A LA GUERRA FRÍA TRAS LA DERROTA NAZI | 374 |
| NIETZSCHE Y EL SUPERHOMBRE: MÁS ALLÁ DE LA RELIGIÓN Y LA MORAL TRADICIONAL | 378 |
| ¿POR QUÉ ES IMPROBABLE QUE LA UE VETE LA IMPORTACIÓN DEL GAS RUSO? | 382 |
| ¿QUÉ ES LA PRIMA DE RIESGO Y POR QUÉ NO DEBERÍA DESCONTROLARSE? | 386 |

| | |
|---|-----|
| LA INFLACIÓN SIGUE DISPARADA EN OCCIDENTE: SUBIDA DE TIPOS INMINENTE DEL BCE .. | 389 |
| INTRODUCCIÓN AL ARTE OPERACIONAL..... | 392 |
| (PRIMERA PARTE) | 392 |

ARTÍCULOS DE OPINIÓN395

| | |
|---|-----|
| DEBEMOS ¿VULGARIZAR? EL DERECHO | 396 |
| COMPARTIR CONOCIMIENTO ¿VALE LA PENA?..... | 401 |
| EL ABOGADO ¿PERFECTO? | 403 |
| LA JUSTICIA NO ENTIENDE DE EDADES | 407 |
| HOUSTON, EL PENSAMIENTO CRÍTICO SE NOS VA | 409 |
| LA DESHUMANIZACIÓN CONTEMPORÁNEA: ¿DEJARÍAS MORIR A ALGUIEN EN LA CALLE? .. | 414 |
| ¿DÓNDE QUEDÓ LA ÉTICA PROFESIONAL? | 416 |
| EL MITO DE LA CAVERNA DE PLATÓN: ¿ES LA REALIDAD LO QUE CREEMOS? | 420 |
| EL SÍNDROME DEL IMPOSTOR, ABOGADOS Y ESTUDIANTES..... | 424 |
| DESPACHOS DE ABOGADOS EN PRIMERA LÍNEA | 432 |

**PUBLICACIONES
JURÍDICAS REALIZADAS
EN 2021**

LA NOCIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (PSSI)

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 27 de agosto de 2021

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

Desde el año 2000, el crecimiento del entorno digital pasó de ser un mero fenómeno social a quedar reflejado en las intenciones del legislador europeo a la hora de regular el funcionamiento del comercio electrónico. Para ello, se promulgó la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico (DCE) en la que se refería directamente a unos "prestadores de servicios de la sociedad de la información" (en adelante PSSI).

Pero, ¿Qué entendemos por PSSI? Según el artículo 2 de la DCE, se entiende como PSSI "aquellas personas físicas o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información". El problema viene cuando tenemos que identificar qué es aquello a lo que la DCE refiere como "servicio de la sociedad de la información". La respuesta la encontramos en el art. 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 98/48/CE - que modificaba la Directiva 98/34/CE – que lo define como "todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicio". Llegados a este punto, debemos incorporar un pequeño matiz; y es que no se requiere que la remuneración sea llevada a cabo directamente por el destinatario del servicio, lo que entendemos comúnmente como "usuario", sino que estos servicios pueden obtener rédito económico a través de la publicidad

incorporada a través de *banners* o *headers* integrados en la propia web o plataforma (como la publicidad que aparece en páginas web por las que navegamos y que, normalmente, tiene relación con búsquedas que hemos realizado previamente, aunque esto tiene una explicación mucho más extensa que este corto ejemplo).

Ya podemos diferenciar cada una de las partes implicadas en este pequeño puzzle pero tenemos que seguir avanzando para poder “poner cara” a lo que se entiende como PSSI. Servicios de pago mensual, como *PlayStation Plus*, *Disney+*, *Amazon Prime Video*, entre otros, son fáciles de integrar en la definición de “servicio de la sociedad de la información” mientras que otras plataformas como *Twitter*, *Instagram* o *Facebook*, a pesar de, aparentemente, romper los esquemas conceptuales previstos por la DCE – sobre todo en lo referido a la remuneración – también engarzan con el concepto de SSI, aunque sería necesario hacer una pausa para explicar la importancia del “pago con datos personales”, cuestión que daría para muchas más líneas, líneas de las que ahora mismo carezco.

Con esto ya tenemos los primeros bloques sobre los que cimentar la noción de PSSI. Pero no nos tenemos que quedar únicamente en el entorno europeo. La DCE se transpuso al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI). Esta nueva Ley reproducía el contenido de la DCE, incorporando alguna cuestión adicional – que ya comentaremos en otros post futuros – en relación a la responsabilidad de los prestadores de servicios, más concretamente en los servicios de intermediación.

A modo de resumen:

- Cabe inferir que podrá entenderse por servicios de la sociedad de la información aquellos que ofrezcan información en línea y, por los cuales, el prestador del servicio obtiene su remuneración, no entendida

como exclusiva por parte de los destinatarios del servicio, sino también de aquellos ingresos generados por la publicidad que figura en la página web del servicio en cuestión.

EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 27 de agosto de 2021

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

Como ya hemos comentado en publicaciones anteriores, la DCE (Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico) sienta las bases sobre las que entender el funcionamiento de los PSSI (Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información) y cómo cabe entender la aplicación de un régimen de exención de responsabilidad en aquellos casos en los que, como cita la DCE en su Considerando 42.

¿Por qué es tan importante este Considerando? Pues, precisamente, porque reconoce de forma clara aquellos casos en los que los PSSI, especialmente aquellos cuyo servicio se considere de "intermediación", quedarán "liberados" de toda responsabilidad siempre y cuando su actividad se limite al proceso técnico de explotación y facilitación de acceso a las redes de comunicación, la transmisión de datos facilitados por terceros o el almacenamiento temporal de la misma para hacer más eficiente esta comunicación. Como veremos más adelante, cada uno de estos procesos recibe un trato individualizado en los artículos 12 a 14 de la DCE.

Por lo tanto, como aspectos fundamentales de estos PSSI de intermediación debemos destacar los siguientes:

- Su actividad queda marcada por ser una labor estrictamente **técnica, sin intervención activa** en el servicio que se preste – es decir, de forma pasiva – y que además el servicio se preste de forma automática.
- Esto nos permite ir más allá e incorporar como elemento fundamental la **ausencia de conocimiento efectivo** o control sobre la información transmitida o almacenada en este tipo de servicios.

Sin entrar a valorar cada uno de estos servicios, creo necesario poner algún ejemplo para poder identificar cada uno de estos aspectos y ser capaces de transponerlos en los siguientes post al estudio pormenorizado de los "servicios de intermediación".

Si hablamos de servicios de comunicación y transmisión de información, **Gmail** o **Outlook** serán dos de los servicios que, a priori, nos vendrán a la mente. Por tanto, en un supuesto genérico, estos servicios **NO** podrían quedar exonerados de responsabilidad cuando, por ejemplo, el servicio no fuera una mera transmisión automática de información sino que fuera el propio prestador del servicio quien alterara su contenido o modificara el destinatario de dicha transmisión.

Ejemplo: Persona A envía una serie de datos bancarias a la Persona B a través del servicio de mensajería electrónica X. En la transmisión, el prestador del servicio X altera el destinatario de la transmisión, produciendo que sea la Persona C la que reciba erróneamente los datos de la Persona A. De esta forma, el prestador del servicio X no podrá acogerse a este régimen de exoneración de responsabilidad.

Y seguro que os preguntareis **¿Cómo se configuran estos "safe harbours"?** Eso lo vamos a tratar en las siguientes publicaciones y, pronto, en un nuevo formato más visual. Dejaremos esta publicación con una incógnita abierta ¿Consideráis

posible que, aun en ciertas circunstancias, aun llevando un control activo del contenido, los PSSI puedan quedar exonerados de responsabilidad?

SERVICIOS DE «MERE CONDUIT»

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 27 de agosto de 2021

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

En las anteriores publicaciones ya hemos comenzado a explorar el complejo mundo del entorno digital y los distintos tipos de prestadores de servicios de la sociedad de la información. Sin embargo, no hemos entrado a hablar, pormenorizadamente de cada uno de ellos. Y, es por ello precisamente, por lo que en las siguientes publicaciones entraremos a hablar, de forma sucinta, los aspectos claves sobre cada uno de ellos y cómo se estructuran los conocidos como «puertos seguros» en aquellas circunstancias en las que hubiera de depurarse responsabilidad alguna.

La LSSI incluye tres tipos de prestadores de servicios que, si mantienen su papel de meros intermediarios y cumplen los requisitos vistos, pueden exonerarse de responsabilidad por hechos ilícitos ajenos dentro de su plataforma.

Entre estos servicios encontramos aquellos dedicados al “mere conduit”; o en otras palabras, aquellos servicios a través de los cuales se transmita, a través de una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio; o bien aquellos en los que el prestador del servicio facilite el acceso a una red de comunicaciones, quedarán libres de responsabilidad por el contenido de los datos transmitidos siempre y cuando (i) no fuera el autor de la transmisión, (ii) no seleccione el destinatario de la transmisión y (iii) cuando no seleccione o modifique los datos transmitidos (art. 12.1 DCE).

Ejemplo: Si tenemos que poner nombre a un prestador de servicios de transmisión de datos, lo primero que nos viene a la cabeza pueden ser aquellos enfocados a las aplicaciones de mensajería electrónica, como pueden ser Gmail o Outlook incluso.

La LSSI (artículo 14.1 in fine) aporta una modificación sustantiva al contenido inicial de la DCE al fijar la extensión conceptual de “modificación” aplicada al contexto del art. 12 de la Directiva; hablamos por tanto de modificaciones técnicas, a la neutralidad necesaria por parte de las plataformas intermediarias respecto de posibles cambios que afecten sustancialmente la naturaleza, bien de las transmisiones, bien del contenido de las mismas.

El art. 14.2 LSSI incorpora a las actividades de transmisión y provisión de acceso aquellas dedicadas al almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos, exclusivamente para habilitar su transmisión por la red (atendiendo a la duración necesaria y razonable del almacenamiento de los datos para asegurar el correcto desarrollo del servicio).

SERVICIOS DE «CACHING»

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 28 de agosto de 2021

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

El art. 15 LSSI – y su correlativo art. 13 DCE – integra la limitación de responsabilidad de aquellos servicios de intermediación en los que, a través de una red de comunicación transmitan datos facilitados por el destinatario del servicio, con la finalidad de hacer más eficaz su transmisión posterior a otros destinatarios que los soliciten, mediante el almacenamiento automático, provisional y temporal de los mismos.

Así, quedarán liberados de responsabilidad aquellos prestadores de servicios que (i) no modifiquen la información transmitida o facilitada , (ii) que habiliten el acceso a aquellos destinatarios que cumplan las condiciones impuestas por el servicio y por el destinatario del cual se solicite dicha información , (iii) respeten las normas generales aplicadas por el sector para la actualización de información vinculante para el servicio , (iv) no interfieran en la utilización lícita de tecnología (generalmente aceptada y empleada en el sector) con el fin de obtener datos sobre utilización de información y (v) procedan a la retirada de información que hubieran almacenado – o imposibilitando su acceso – cuando tuvieran conocimiento efectivo de que hubiera sido ya retirada del lugar (web) en el que se encontraba, que se ha imposibilitado su acceso a ella o bien, cuando un Tribunal u órgano administrativo competente hubiera ordenado su retirada o impedido el acceso a ella.

Ejemplo: Lo primero que nos viene a la cabeza cuando hablamos de servicios de *caching* es la famosa “memoria caché” de determinadas aplicaciones en nuestros dispositivos móviles. Este servicio lo que hace, sin entrar en detalle, es almacenar un “segmentos” de información clave del dispositivo o del usuario para poder agilizar el funcionamiento de una web o app. Por ejemplo, el caché almacenado en nuestro buscador de internet predeterminado a la hora de cargar una página web que solemos visitar con cierta asiduidad.

SERVICIOS DE «HOSTING»

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 28 de agosto de 2021

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

Sin duda alguna, los servicios de almacenamiento de datos o *hosting* son un ejemplo a la hora de esclarecer la neutralidad de la actividad del prestador del servicio y los principios de automatismo que caracterizan los servicios de intermediación.

El art. 16 LSSI viene a delimitar la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos para aquellos casos en los que el prestador de dicho servicio (i) no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o (ii) en caso de que tuviera conocimiento del hecho, actúen con la debida diligencia para la retirada de estos datos o imposibiliten el acceso a ellos.

El precepto integra, a su vez, un desarrollo de lo que, a efectos del art. 16 se entenderá como conocimiento efectivo por parte del prestador del servicio (y que viene a indicar que dicho conocimiento se tendrá por conocido en (i) aquellos casos en los que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos almacenados, hubiera requerido la supresión de acceso a ellos o se hubiese declarado la existencia de vulneración de los derechos reconocidos a un tercero; y (ii) en aquellos casos en los que el prestador del servicio tuviera

conocimiento de la resolución emanada del órgano judicial concedor del proceso, con independencia de los mecanismos de detección y retirada que estimase necesarios en aplicación de acuerdos voluntarios – códigos de conducta o acuerdos suplementarios adoptados con carácter vinculante en el sector – así como otros medios que pudieran establecerse).

Además, el art. 16.2 excluye la posibilidad de exonerar al prestador del servicio en aquellos casos en los que el destinatario infractor actúe bajo su dirección o control.

La DCE, ya en su art. 21 prevé el examen de los contenidos de la Directiva para la implementación de un régimen especial aplicable a los servicios de compartición de enlaces y motores de búsqueda, cuestión que el legislador español aprovechó para incorporar en la LSSI (art. 17 LSSI) adoptando un régimen de exclusión de la responsabilidad idéntico al planteado para los servicios de *hosting* en su art. 16 LSSI al requerir el conocimiento efectivo del prestador del servicio de la existencia del ilícito material y, en consecuencia, su actuación diligente encaminada a su eliminación y supresión. (Art. 17. 1, letras a) y b))

Ejemplo: Por un lado, los servicios de “hosting” son los más comunes de encontrar. Servicios como el ya famoso *Megaupload*, *Dropbox* o *Drive* permiten al usuario cargar y almacenar contenido en la “nube”. La cuestión principal a la hora de estudiar el régimen de responsabilidad exigible a este tipo de prestadores de servicios viene encaminada a la hora de tratar el concepto de “CONOCIMIENTO EFECTIVO” de los proveedores de servicios sobre el contenido que se cargan a estas plataformas.

Mientras que, como ejemplo de motor de búsqueda por antonomasia contamos con el ofrecido por *Google* o por *Yahoo!*, entre otros muchos y que, al igual que

el ejemplo anterior, también gira en torno al concepto de "CONOCIMIENTO EFECTIVO" sobre el contenido al que se refieran estas búsquedas.

LA PROBLEMÁTICA DIRECTIVA 790/2019 ¿EL FIN DE INTERNET?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 28 de agosto de 2021

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

Desde 2014 (y hasta la actualidad) el entorno económico europeo enfocó sus esfuerzos legislativos principales en el estudio del impacto de las grandes plataformas de difusión de contenido en el entorno digital y en la protección de los derechos de autor. Estos se habían visto bastante afectados por la compartición desenfrenada de sus obras en plataformas como *YouTube* o *Facebook* sin poder exigir responsabilidad alguna a las mismas. Aunque, como en todo, esta afirmación tiene sus matices.

En 2015 prosperó la iniciativa legislativa europea a través de la Propuesta que recibiría la denominación común de "**Derechos de Autor**". Ya desde un comienzo la publicación de su borrador supuso un temblor absoluto social. Un terremoto que se viralizó como la espuma entre los creadores de contenido de estas nuevas "redes sociales" y que llevó, en muchas ocasiones, a denominar este documento inicial como "**el fin de Internet**". Se vendía una imagen desgarradora que iba a llegar a afectar a la libertad de expresión de los usuarios y de los creadores, un paso hacia una censura "previa e indiscriminada". Ahora, en 2021, vemos como todos los cambios legislativos que se han ido sucediendo han dado lugar a la Directiva 790/2019, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, cuyo plazo de transposición al marco normativo español finalizó el pasado mes de junio de 2021.

Pero ¿Por qué tanto movimiento social en torno a esta Directiva? Los denominados "Creadores de Contenido", a menudo, utilizan contenido y creaciones ya existentes y protegidas por derechos de autor. Canciones, logotipos, iconos, caligrafías, fotografías, ilustraciones y un largo listado de creaciones que pueden llegar a estar protegidas y que, sin embargo, vemos repetidas una y otra vez en este tipo de redes sociales y plataformas. Con la promulgación de la Directiva 790/2019 se trataba de dar seguridad y confianza a estos autores frente a la utilización de sus obras y creaciones; darles una seguridad acerca del sistema de uso, expedición de licencias y pago por utilización de sus obras, lo que, a su vez, daba mecanismos alternativos de litigios entre particulares que permitan llegar a puntos de acuerdo sobre la utilización de este tipo de materiales.

Varios son los puntos que tratar a lo largo de la Directiva 790/2019. Enumeramos, sucintamente, algunos apuntes clave en relación a la defensa de la propiedad intelectual y los derechos de autor:

- Consolidación de un nuevo "Puerto Seguro" o *Safe Harbour* para los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI) enfocados a la compartición de contenido de forma masiva.
- Imposición a estos PSSI de un sistema de expedición y solicitud de licencias de uso sobre los materiales protegidos por derechos de autor para intentar salvar el "Value Gap" (concepto que abordaremos en otro post individual)
- Implementación de un sistema mejorado para la pervivencia de la concesión de licencias colectivas sobre obras protegidas y la mejora del acceso y disponibilidad de producciones audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta (*Netflix, HULU, Amazon Prime Video*)

- Consolidación de un mecanismo de resolución de conflictos entre particulares que imita los procesos de "notice and take down" y "notice and stay down" (ya existentes en la *Digital Millenium Copyright Act* de Estados Unidos) para agilizar la aparición de mecanismos de defensa de la propiedad intelectual y derechos de autor (aunque esta es una de las cuestiones que todavía tienen mucho trabajo pendiente en temas de adaptación a la realidad material).
- Además, se habla de la utilización de contenido con fines comerciales en este tipo de plataformas como una referencia directa a la labor que desempeñan los *influencers* y creadores de contenido en este tipo de plataformas a través de la compartición de contenidos; y precisamente, cómo este contenido afecta los patrones de consumo de las nuevas generaciones de consumidores.

Cada una de estas *notas* en profundidad se convierte en un *acorde* propio a medida que se profundiza en el impacto que tendrán cada una de estas medidas una vez se consolide la transposición a nivel nacional, aunque, dadas las circunstancias, resulta difícil poder acotar una fecha "límite" para ver el impacto que tendrá en nuestro marco normativo. Como usuarios de plataformas como *Instagram* y *Tik-Tok* ¿Cómo creéis que estos cambios os podrán afectar?

¿QUÉ OCURRE CON MIS DATOS? NUESTRO CV Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 9 de septiembre de 2021

#Derecho #ProtecciónDeDatosPersonales

Hace ya unos días, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicó una resolución (**Resolución de Procedimiento N°:PS/00237/2021**) sobre un procedimiento sancionador que entraba a resolver una cuestión común que en muchas ocasiones se puede llegar a pasar desapercibido.

¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE MI CURRÍCULUM SI ACCEDO A UNA OFERTA DE EMPLEO A TRAVÉS DE MÉTODOS EXTERNOS A PLATAFORMAS COMO INFOJOBS?

Es una realidad común para todas aquellas personas que hemos optado en realizar una búsqueda activa de empleo a través de medios no tan "tradicionales" y también es cierto que, a menudo, no somos conocedores, o no nos percatamos de si nuestros derechos como interesados quedan o no salvaguardados. Precisamente, el pasado 23 de agosto de 2021, la AEPD resolvió un procedimiento sancionador contra el responsable de una empresa por incumplimiento de los derechos de información de los interesados. Os hacemos un breve resumen de los hechos:

El demandante (Usuario 1) se puso en contacto con la Empresa X a través de la página web vsofertasserias.com dónde se encontraba publicada la oferta de trabajo a la que el demandante aplicaba. Éste remitió a través del teléfono que figuraba disponible en la web su currículum (vía WhatsApp) sin recibir respuesta acerca del responsable del tratamiento de sus datos y los derechos ante dicho responsable.

¿Cuál es entonces la importancia de este asunto? Bueno, normalmente, cuando utilizamos portales como *Infojobs* o plataformas similares, conocemos las políticas de privacidad sobre las que se configura el servicio (que justamente en

este caso, despliega toda la información acerca del responsable del tratamiento de los datos y la finalidades que se les dará a los datos recabados de los usuarios, el plazo de conservación de esos datos y la legitimación para el tratamiento, los derechos de los usuarios y la política de cookies). Si nos vamos directamente al Reglamento (UE) 2016/679, de Protección de Datos (**RGPD**), su artículo 13 despliega la información que el responsable, en este caso la Empresa X debería haber puesto a disposición del Usuario 1, y que justamente coincide con el contenido general con el que ha de contar cualquier Política de Privacidad. A destacar, entre otras cuestiones:

- La identidad y los datos de contacto del Responsable y, en su caso, del representante.
- Los datos de contacto del Delegado de Protección de Datos.
- La finalidad del tratamiento de los datos recabados del usuario.
- El plazo de conservación de dichos datos personales.
- Los derechos reconocidos al interesado para suprimir, rectificar o limitar su tratamiento.

Si reconducimos al marco jurídico nacional, esto mismo se expone en el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que aborda de una forma mucho más "comedida" (en cuanto a extensión se refiere) lo relativo a la transparencia e información acerca de la recogida y tratamiento de los datos recabados de un usuario. Por curioso que pudiera parecer, la contravención de las exigencias de transparencia e información y el choque con el correcto funcionamiento y respeto de los derechos de los usuarios de este tipo de plataformas no tiene la consideración de "falta grave". El RGPD, en su artículo 83, fija las condiciones generales para la imposición de multas administrativas (que funciona a modo de guía estructural para que la autoridad de control de cada Estado – en nuestro caso la AEPD – proceda al estudio de medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias con arreglo a las infracciones indicadas en el Reglamento).

Para poder conocer la gradación que se le otorga a cada una de estas infracciones debemos descender nuevamente a la LOPD (artículos 71 a 74).

Resulta curioso como la ausencia de transparencia e información al usuario, como en este caso, no suponga una infracción grave por la afectación de los derechos del propio usuario. Al contrario, en virtud de lo establecido por la LOPD [artículo 74 letra a)] esto tendrá la consideración de "infracción leve". Os dejamos el enlace a la resolución aquí debajo para que podáis consultar los fundamentos de derecho en profundidad. Y lanzamos una pequeña conclusión.

Ya en el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018 se antojaba necesaria una reforma de la Constitución para la incorporación “expresa” de los derechos digitales al manto protector de los derechos fundamentales reconocidos al ciudadano. No obstante, el legislador integró un “giro de tuerca” lo suficientemente flexible como para poder amparar el derecho a la protección de datos en el artículo 18.4 de la Constitución Española, salvando – de aquella forma – las distancias con los avances tecnológicos del momento.

Dada la importancia que le presta la propia LOPD parece algo poco coherente que el respeto al deber de información y transparencia pase de perfil como una infracción leve cuando puede llevar a confusión al usuario, hasta el punto de poder ver vulnerada la legitimación otorgada para el tratamiento de los datos en un primer lugar. Dicho esto, ya sabéis, ante cualquier duda, tened a mano el RGPD y la LOPD para que no utilicen vuestros datos sin vuestro consentimiento.

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 5 de octubre de 2021

#Derecho #DerechoPenal

Cuando hablamos del principio de culpabilidad lo primero que tenemos que recordar es su aparición en el artículo 5 del Código Penal. Este artículo delimita la extensión de la culpabilidad en el ámbito penal de tal forma que *"no hay pena si no media dolo o imprudencia"*. Esta es la premisa nuclear de la que debemos partir a la hora de examinar el concepto de "culpabilidad", el principio de culpabilidad y su interrelación dentro del marco penal.

Si bien es cierto que la Constitución española no refiere de forma directa a la existencia de este principio de culpabilidad, ello no implica su no existencia dentro de los principios rectores contenidos en ésta. El legislador queda sometido a los mandatos constitucionales y es precisamente de esta sumisión que la política criminal que persiga deberá quedar sometida al cumplimiento de los parámetros constitucionales, entendiendo por parámetro la extensión interpretativa de lo dispuesto por el legislador con el límite último de los preceptos constitucionales fundamentales.

De igual forma, la culpabilidad no se ha manifestado de forma homogénea en el tiempo dentro del orden penal, no siendo muy distinta en el caso de la pugna doctrinal mantenida hasta nuestros días. Esta constante evolución interpretativa se ha visto reflejada en los sucesivos cambios normativos, ya

desde el Código Penal de 1944, pasando por la reforma penal de 1983 hasta el vigente Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) arrastrando consigo, cambios en cómo la relación causal entre el sujeto activo y el daño producido por la acción típica pasaba a diluirse en tanto la presencia de culpabilidad en delitos cualificados dejaba atrás el elemento preterintencional clásico importado del Código Penal italiano.

Así, cuando hablamos de una acción delictual, típica y antijurídica, el siguiente juicio que procederemos a realizar es el correspondiente a la culpabilidad ¿Media dolo o imprudencia para poder hablar de un sujeto activo culpable? Tres son los elementos que nos ocupan en este plano:

- En primer lugar, la **imputabilidad del sujeto activo**. En esta fase procede identificar si el sujeto activo está, o no, privado de su normal estado cognitivo, psicológico, de raciocinio o si, en otro caso, se trata de personas inimputables por mandato imperativo (como pudiera ser el caso de determinados menores de edad, o de personas con discapacidad, así como en los casos en los que se pueda dar la *actio libera in causa*)
- Seguidamente, la **cognoscibilidad de la norma**, su desarrollo y consecuencias previstas en caso de contravención por parte del sujeto activo. En otras palabras, la capacidad que tiene el sujeto activo, como miembro de un conglomerado social de conocer la norma que sirve como horizonte/límite frente al desvalor producido al bien jurídico protegido. En este aspecto es necesario retomar otro de los principios sobre los que se asienta la Constitución que no es otro que la seguridad jurídica (Artículo 9.3 de la CE) ¿Hasta qué punto se puede presumir que el sujeto activo de un hecho típico es conocedor de las medidas preventivas generales consideradas por el legislador penal?

- Y finalmente, el tercero de estos aspectos recae sobre la **exigencia de una actuación distinta**. La mera existencia de la norma debería ser motivación suficiente para que el sujeto activo no lleve a cabo la acción típica. Aquí que se pueda llegar a considerar como un efecto “invertido”, es decir, la mera existencia de la norma obliga a que la acción, una vez conocida la consecuencia posterior en caso de consumir o afectar al bien jurídico protegido penalmente, quede afectada o “desmotivada”, exigiendo un comportamiento “no lesivo” al ciudadano. Un comportamiento que se presume no imposible y que tiene origen en la protección del bien jurídico a través de la utilización de elementos positivos por parte del legislador penal.

En relación con ello, entiendo necesario proceder a valorar la que entiendo es, uno de los ejemplos claros en los que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la interpretación del principio de culpabilidad con arreglo a los parámetros constitucionales. Sin embargo, el análisis jurisprudencial de la **STC 150/1991, de 4 de julio de 1991** deberá esperar hasta la siguiente publicación, en la que entraremos a analizar el desglose argumentativo que desempeña el TC con arreglo a la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Juzgado de Instrucción de Daroca.

EL DELITO DE ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD

ÁLVARO ANTOÑANZAS FONSECA

Publicado el día 21 de octubre de 2021

#Derecho #DerechoPenal

Artículo 550. del Código Penal

1. Son **reos de atentado** los que agredieren o, **con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren**, cuando se hallen **en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas**.

En todo caso, **se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas**.

2. Los atentados serán castigados con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de seis meses a tres años en los demás casos.

3. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Fiscal, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Nuestro Código Penal (CP en adelante) considera la salud como uno de los principales bienes jurídicos a proteger, castigando con carácter general aquellas conductas que puedan provocar algún tipo de daño o lesión, ergo afectando incluso a nuestra propia integridad física. Sin embargo, el legislador considera que los agentes de la autoridad, y no solo hablamos de policías, que es lo que seguro muchos habremos pensado, sino también de funcionarios públicos, sanitarios o incluso docentes; deben merecer una especial protección, siendo esto último el fundamento del delito de atentado contra la autoridad, sus agentes y funcionarios (art. 550 CP), al que se hace mención inclusive en el artículo 138 como un agravante del homicidio.

Artículo 138 del Código Penal

1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:

a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o

b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.

Pero debemos hacer una pequeña precisión: puede generar cierta confusión saber diferenciar entre lesiones y atentado contra la autoridad, puesto que lo más frecuente es que las lesiones se utilicen como un medio para agredir, oponerse o acometer al agente de la autoridades. En consecuencia, a la hora de juzgar el caso seguramente nos encontremos un concurso de delito medial de lesiones con atentado contra la autoridad, castigando el delito más grave en su mitad superior.

Además, el precepto solo castiga el atentado contra la autoridad cuando dicha autoridad esté ejerciendo las funciones propias de su cargo, no se refiere a cualquier situación. Por ejemplo, si un ciudadano comienza una discusión con

un policía que no esté de servicio y acaban provocándose lesiones, el Juez tendrá que valorar ese supuesto de hecho desde la óptica del delito de lesiones, no desde el delito de atentado contra la autoridad.

Tipos agravados (artículo 551 CP):

1.º *Haciendo uso de **armas** u otros **objetos peligrosos**.*

2.º *Cuando el acto de violencia ejecutado resulte **potencialmente peligroso para la vida** de las personas o **pueda causar lesiones graves**. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.*

3.º ***Acometiendo** a la autoridad, a su agente o al funcionario público haciendo **uso de un vehículo de motor**.*

4.º *Cuando los hechos se lleven a cabo con ocasión de un **motín, plante o incidente colectivo** en el interior de un centro penitenciario.*

En los últimos días, se ha publicado la **STS 750/2021**, que condena a un Diputado del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Comú, como autor de un delito de atentado contra la autoridad con la atenuante muy cualificada (lo que supone una reducción importante de la pena) de dilaciones indebidas, a la pena de 1 mes y 15 días, que será sustituida por una multa de 540€. Ante dicha situación, el sujeto condenado ha decidido recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 26 de octubre de 2021

#Derecho #DerechoCivil

Puede resultar poco práctico estudiar la condición de consumidor cuando nos referimos a una persona física, pero, ¿Quién de nosotros no ha ido a comprar un electrodoméstico o un producto electrónico y ha tenido algún problema? En situaciones tan comunes como esta, nos preguntamos *¿Qué puedo hacer como consumidor?* Pero, antes de todo esto, primero es necesario pararse a valorar la siguiente cuestión: ¿realmente soy un consumidor?

¿DÓNDE ENCONTRAMOS LA DEFINICIÓN DE “CONSUMIDOR”?

El artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (al que nos referiremos, en adelante, como TR-LGDCU) delimita el concepto de **consumidor**:

- *Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

Pero, además, el propio artículo 3.1 amplía la noción de **consumidor** a :

- *Las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

Adelantamos que este concepto tiene una extensión muy superior al que aquí se plantea pero resulta necesario tener un punto de partida para continuar, más adelante el despliegue doctrinal y jurisprudencial que entre a valorar y a entender la condición de consumidor en cada caso concreto.

Al hilo de esto, precisamente, parece posible engarzar la noción de consumidor presentada en el artículo 3.1 del TR-LGDCU con un claro componente contractual. Por un lado, en el párrafo primero del artículo 3.1, se presenta al consumidor como persona física que actúa con un fin dissociado de su actividad profesional o empresarial.

Veamos un ejemplo:

Sergio, que tiene un afán loco por degustar café de importación, acude a un local comercial especializado para adquirir granos de café de variedad 100% Arábica (su preferido). Una vez allí, adquiere 2 kilos de granos de café y un molinillo de café, ya que el que tenía en casa era viejo y ya no funcionaba como antes. En este caso, ¿Sergio entraría dentro de la noción de consumidor?

*La respuesta es **SÍ**, pero ¿por qué?:*

- **Se trata de una persona física**
- **Suscribe un contrato de compraventa cuya finalidad no está relacionada con su actividad comercial o empresarial.**

Si en vez de realizar la compra para sí mismo, ésta hubiera sido para la cafetería de la que es dueño, **ENTONCES**, rompe con el esquema previsto en el párrafo primero del artículo 3.1 del TR-LGDCU. Al existir una finalidad o destino

empresarial/profesional, no cabe conceder la condición de consumidor a Sergio.

El párrafo segundo del artículo 3.1 del TR-LGDCU apuesta por ampliar la condición de consumidor a las personas jurídicas y a aquellas entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro.

Pongamos un ejemplo:

*La Fundación Camino de la Lengua Castellana (cuyos fines son la promoción y difusión del conocimiento de la lengua castellana) compra a la empresa Factoría Vending S.L, por un total de 1.346 euros, una máquina de venta de snacks salados, para su sede, sita en Calle Portales núm. 2, en Logroño, La Rioja. ¿Gozaría de la protección del TR-LGDCU en calidad de **consumidora**?*

De nuevo, *la respuesta es **SÍ**.*

- **Se trata de una persona jurídica** (artículo 35. 1º del Código Civil)
- **El contrato suscrito con la mercantil Factoría Vending S.L. está fuera de su ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial.**

No resulta difícil forzar los límites de esta suerte de definición, sobre todo si entramos a hablar de aquellos negocios jurídicos en los que la persona que celebra un negocio jurídico, por ejemplo una adquisición de una serie de bienes materiales, dispondrá de los mismos tanto en el ámbito privado como en el ámbito profesional. Son lo que se denomina **contratos mixtos**, que abordaremos más adelante.

En suma con todo lo anterior, el artículo 3.2 del TR-LGDCU, introduce (a través del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica) la noción

de **persona consumidora vulnerable**, que no hace sino **ampliar más aun** lo que podemos llegar a entender como **consumidor** a efectos del TR-LGDCU. Pero de esta cuestión nos ocuparemos en otro post sobre las diversas interpretaciones que pueden emanar del contenido añadido al artículo 3.2 del TR-LGDCU.

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y PUBLICIDAD COMPARATIVA

ÁLVARO ANTOÑANZAS FONSECA

Publicado el día 2 de noviembre de 2021

#Derecho #DerechoMercantil

En el plano económico, vivimos en una sociedad capitalista, de libre mercado, en la que, por ende, se garantiza la libre competencia. Pero el legislador ha sido bastante previsor en la materia, dotándola de un amplio elenco de normativa para garantizar la actividad ordinaria del mercado, evitando, en la medida de lo posible, aquellas empresas que puedan operar en régimen de monopolio o similar, esto es, limitando esa libre competencia. Por ello, dentro del Derecho Mercantil, uno de los sectores más relevantes a efectos teórico-prácticos lo encontramos en el Derecho de la Competencia, cuyo fundamento constitucional encaja con lo dispuesto en el artículo 38 CE.

Artículo 38 CE

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

A su vez, dentro del Derecho de la Competencia, uno de los subsectores más importantes reside en la publicidad comparativa, que en España, a diferencia de lo que sucede en el Derecho privado alemán, se permite siempre y cuando aquello que se ponga de manifiesto en la publicidad frente al consumidor sea

leal, veraz, honesto, y leal. Para garantizar que se cumplan estas condiciones, tenemos un organismo independiente creado en 1995, la **Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial** (AUTOCONTROL), que ha dictado una gran cantidad de resoluciones a través del Jurado Central de Publicidad en estos términos.

Normativa aplicable:

-
- Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP)

¿Qué es la “publicidad comparativa”? En una primera aproximación, podríamos entenderlo como aquella actuación consistente en “presentar las ventajas de mis productos o servicios frente a los productos o servicios de mis competidores (art. 2 LGP) **¿Cuáles son sus elementos esenciales?**

1. Por un lado, la referencia a mis productos o servicios, ya sea de forma explícita o implícita; en este último caso, es necesario la referencia inequívoca para que los consumidores entiendan indudablemente de quién o de qué empresa y producto estamos hablando.

***Por ejemplo:** imaginemos que Antonio es propietario de una empresa que vende zumo de piña y Bernabé es su competidor directo en el mercado, puesto que también vende zumo de piña y ambos se dirigen al mismo público objetivo. Entonces, si Antonio decide poner un anuncio sobre su producto de calidad, para incitar al consumidor a comprar, concurre este primer elemento esencial.*

2. Por otro lado, la **comparativa** entre mis productos/servicios y los de mis competidores en el mercado.

Siguiendo el ejemplo anterior, si Antonio hace referencia a la diferencia entre su producto, zumo de piña obtenido de forma natural sin conservantes ni aditivos, frente al producto de Bernabé, zumo de piña obtenido de forma natural, pero añadiendo conservantes para garantizar su preservación.

Algunos casos jurisprudenciales más señalados en materia de publicidad comparativa:

1. Caso Coca-Cola vs. Pepsi
2. Caso Corte Inglés vs. Engel
3. Caso Granini vs. Don Simón
4. Caso Heineken vs. Mahou
5. Caso McDonald's vs. Burger King
6. Caso Nike vs. Adidas
7. Caso Samsung vs. Apple

LA DENOMINACIÓN SOCIAL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 4 de noviembre de 2021

#Derecho #DerechoMercantil

Seguro que en más de una ocasión se nos ha planteado la duda acerca de un nombre ideal para una empresa. O quizá nos hemos planteado si acaso una mercantil puede tener el nombre de "La Pollería" más allá de un mero contrato de franquicia. Son preguntas que, en algún momento, o incluso partiendo de la mera curiosidad, nos han venido a la cabeza mientras pensamos como vamos a llamar a nuestro futuro despacho de abogados de éxito internacional. Tiembla Garrigues.

Precisamente en el post de hoy vamos a responder a una serie de preguntas que se nos pueden llegar a plantear, tanto a nosotros como a futuros clientes, acerca de la denominación social de una mercantil en constitución:

¿QUÉ ES LA DENOMINACIÓN SOCIAL?

La denominación social se corresponde con la identidad de una sociedad dentro del tráfico mercantil – la designación de la denominación ha de hacerse en los estatutos de la sociedad. Cada tipo de sociedad tendrá aparejada una denominación específica atendiendo a la forma que hubiera adoptado.

Por ejemplo; algunos de los ejemplos más típicos son aquellas sociedades que se constituyen como Sociedad de Responsabilidad Limitada y en cuya denominación figura las siglas "S.L". o "S.R.L."; o aquellas que se constituyen

como Sociedad Anónima y que incluyen las siglas "S.A." en su denominación más allá de la denominación que hubieran escogido.

Todo esto queda regulado, con carácter general en el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC), en los correspondientes artículos del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM) en las distintas secciones que tratan los tipos societarios y, finalmente, en los artículos 398 y siguientes del RRM respecto de la sección de denominaciones de sociedades y entidades inscritas.

¿HAY DISTINTAS CLASES DE DENOMINACIONES?

Existen, a su vez, distintas clases de denominaciones (art. 400 RMM) que se corresponden con el tipo societario que se haya elegido. De esta forma:

- Las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada pueden tener una denominación subjetiva o razón social, o denominación objetiva.
- Las sociedades colectivas o comanditarias simples DEBERÁN tener una denominación subjetiva o razón social, en la que figurarán nombres y apellidos de todos o alguno de los socios colectivos, que irán acompañados de la expresión "y compañía" o la abreviatura " y cía.". Puede, a su vez, incluirse alguna denominación que haga referencia a las actividades incluidas en el objeto social.
- Las sociedades comanditarias por acciones podrán tener una denominación subjetiva o razón social, al igual que las sociedades colectivas o bien una denominación objetiva.

Dicho esto, cabe aclarar que, **denominación subjetiva** refiere a la remisión que se hace dentro de la denominación a los sujetos que constituyen la sociedad en cuestión (cómo es el caso de las sociedades colectivas en las que los nombres y apellidos de los socios configuran la propia denominación societaria),

quedando regulada en el artículo 401 del RRM. Asimismo, **denominación objetiva** vincula, en esencia, la denominación de la sociedad a las actividades que figuren dentro del objeto social, como indica el artículo 402 del RRM.

¿ES POSIBLE ADOPTAR UNA DENOMINACIÓN SOCIAL DE FANTASÍA?

Las denominaciones de "fantasía" están vinculadas a lo que el RRM refiere como denominación objetiva, es decir, que no tiene relación alguna con la denominación de los sujetos sino con el objeto social contenido en los estatutos societarios, o bien, como dice el artículo 402 del Reglamento del Registro Mercantil, de fantasía.

A través de lo dispuesto en el artículo 402 del RRM podemos extraer dos puntos clave.

1º- La posibilidad que se da a los socios de amplificar la explotación comercial de la denominación de una sociedad más allá de la identificación clara con el objeto social contenido en los estatutos.

Por ejemplo: *Que se utilice la denominación "IGLÚ" (S.L. o S.A.) para una mercantil que se dedique a la elaboración, distribución y venta de textiles inteligentes termoregulativos.*

2º- En ningún caso podrá identificarse, como denominación objetiva, una actividad que no esté reflejada en el objeto social de la mercantil.

¿SE PUEDE SELECCIONAR, POR TANTO, CUALQUIER TIPO DE DENOMINACIÓN ?

El proceso por el cual se viene a establecer la denominación de una sociedad no es algo que deba tomarse a la ligera, ya no solo por las implicaciones comerciales que va a tener para la mercantil una vez entre al tráfico sino porque

tenemos que valorar que la identidad de la propia sociedad debe de hacerse valer dentro del sector en el que pretenda desempeñar sus actividades.

Para ello, el RRM dedica sus artículos 404 a 407 a exponer las prohibiciones en sede de denominación social que vendrían a ser las siguientes:

- 404 RRM = Prohibición general, es decir, no podrán incluirse dentro de la denominación expresiones o términos contrarios a la Ley, a las buenas costumbre o al orden público.
- 405 RRM = Prohibición de denominaciones oficiales, como aquellas denominaciones que hagan referencia a España, determinadas Comunidades Autónomas, provincias, administraciones públicas o Estados, entre otras. No obstante, los apartados 2 y 3 de este artículo incluyen excepciones a la prohibición de uso que resulta conveniente tener en cuenta.
- 406 RRM = Prohibición de denominaciones que induzcan a error sobre la identidad de la mercantil, de la sociedad o sobre otras que ya se encuentren inmersas dentro del tráfico.
- 407 RRM = Prohibición de identidad, que, básicamente, protege a las sociedades ya constituidas frente a aquellas de nueva constitución o inscripción que tengan una denominación idéntica.

Esta limitación pretende una doble protección, en favor de la empresa; para que ésta pueda ser identificable en el tráfico mercantil, y en favor de sociedades ya inscritas en el Registro Mercantil; para que no se vean privadas de uno de sus principales elementos de identidad como es su denominación social.

TENGO LA DENOMINACIÓN ¿AHORA QUÉ DEBO HACER?

Es necesario, además de lógico, que antes de proceder a solicitar la inscripción de la denominación social consultemos si, a pesar de haber tenido en cuenta las consideraciones antes expuestas, la denominación que hayamos escogido está en uso.

Para ello, tendremos que solicitar al Registro Mercantil una nota simple de denominaciones que nos permitirá saber si:

- Las denominaciones ya se encuentran inscritas por otras sociedades o entidades jurídicas.
- Si las denominaciones se encuentran ya reservadas (mediante reserva de denominación, que se encuentra regulada en el artículo 412 RRM)

Por el contrario, si que es obligatoria la obtención de la certificación negativa de la denominación social, que consiste, grosso modo, en un documento que acredita la no existencia de una sociedad con la misma denominación dentro del Registro Mercantil, cuya vigencia será de tres meses (a contar desde la fecha de expedición, artículo 414 del RRM).

Una vez obtenida la certificación de que no figura registrada la denominación que se hubiera solicitado, con carácter provisional, ésta quedará registrada durante un plazo de seis meses. De no haberse procedido a la inscripción en el Registro Mercantil correspondiente en un plazo de seis meses desde que se hubiera producido la reserva de denominación (regulada en el art. 412 RMM), la denominación causará baja de la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central.

Estas son algunas de las cuestiones más generales a la hora de abordar la elección de una denominación e identidad para una sociedad. Es necesario tener en consideración que la denominación, en la mayoría de las ocasiones, va a ser la "carta de presentación" de una empresa dentro del sector de actividad en el que se va a ver inmerso y, por tanto, ha de buscar la atención de los potenciales clientes. Por esto, entre otras razones, la elección de la denominación social es, junto a la concreción del objeto social, uno de los pilares fundamentales de la constitución de sociedades.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 18 de noviembre de 2021

#Derecho #DerechoProcesal #ProcesalCivil #ProcesalLaboral #ProcesalPenal
#DerechoySociedad

Todos conocemos los métodos de resolución de conflictos a través de la tutela judicial, pero, no debemos olvidar que, más allá de este método más "tradicional" cabe acudir a otros métodos alternativos, como por ejemplo los ADR (*alternative dispute resolution*) que, a menudo, se presentan como una alternativa más rápida, eficaz y menos costosa que la vía judicial para tutelar con un mayor grado de certidumbre determinado tipo de conflictos.

Si atendemos a la naturaleza de estos métodos, podemos diferenciar **dos tipologías** diferentes:

- Los **métodos heterocompositivos**, en los que las partes que se hubieran visto afectadas y sometidas a este método dejan en manos de una tercera persona, ajena a las mismas, fuera del ámbito judicial, la capacidad para resolver la controversia surgida. Quizá, la categoría más reconocible dentro de esta tipología sea el **arbitraje**, en el que un árbitro tercero impone la solución a través de un laudo arbitral (que además tiene carácter de cosa juzgada, así lo recoge el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

- Los **métodos autocompositivos**, que son aquellos en los que las partes mantienen el poder de decisión, gestión y control sobre la controversia y el fondo del asunto. Ello no obsta para que puedan determinarse terceras personas que faciliten la comunicación entre las partes con el objetivo de resolver, de acuerdo a un principio constructivo, el conflicto, aportando soluciones que fueran aceptables para cada una de las partes. Al contrario que en los métodos heterocompositivos, la solución nace de la voluntariedad de las partes y no viene impuesta por un tercero ajeno a las mismas. Los métodos autocompositivos de mayor renombre son la **mediación** y la **facilitación**.

Dicho esto, podemos entender que su aplicación no se supedita a una primera interacción con el sistema judicial, sino que, más allá de quedar amparada su viabilidad dentro del ordenamiento jurídico español, también cabe entender la aplicación de esta suerte de mecanismos alternativos al ámbito donde la voluntad de las partes sea uno de los elementos clave de las controversias, lo que nos permite afirmar su utilidad dentro del marco de Derecho Privado. En este punto cabe añadir que existen ciertas reticencias a la introducción de estos sistemas dentro del fuero penal, aunque, progresivamente, se va dando un espacio cada vez mayor a los mecanismos de soluciones alternativas como es el caso de la mediación penal, basada en el principio de la Justicia restaurativa.

Como ya hemos adelantado antes, son varios los métodos protagonistas de uno y otro tipo de ADR, en especial, destacan la mediación y el arbitraje; siendo dos de los métodos que mayor desarrollo normativo y práctico han tenido dentro del ordenamiento jurídico español.

Sin ánimo de entrar a valorar cada uno de ellos, la **mediación** se encuentra regulada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que vino a ser desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (si bien es cierto que en lo sucesivo se ha venido modificando la Ley 5/2012, de 6 de julio, por ejemplo, a través de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de

cooperación jurídica internacional en materia civil, y la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que incorporó al ordenamiento jurídico nacional la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo).

Y, de igual modo, el **arbitraje** está regulado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre que, también, se ha visto modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que venía a reformar la regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado; y por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, que vino a ser la modificación de mayor sustantividad en lo que refiere a arbitraje.

A día de hoy son varias las asociaciones cuyo objetivo es fomentar el acceso y la tramitación de la resolución de controversias a través de estos nuevos métodos, como pudiera ser la Asociación Humanizando la Justicia, que, como apunta en su objeto fundacional, *"su objetivo es promover el fomento y respeto de la dignidad del ser humano en el ámbito jurídico y conseguir, entre otras cosas, que los operadores jurídicos, cada uno desde su responsabilidad y función, actúen siendo conscientes de sus decisiones y la afección que éstas pudieran tener sobre los valores fundamentales del ser humano"*.

Como decíamos antes, estos ADRs trasladan el foco del conflicto lejos del entorno judicial, lejos del protagonismo de los operadores jurídicos tradicionales y sitúa el foco de la controversia sobre las partes quienes, en última instancia, van a ser quienes van a tener que dirimir sobre el conflicto y los intereses de cada uno. Así, cabe sostener que la humanización del proceso se refiere a una mayor participación de las personas en el método de resolución, un método que se aparta de lo negro sobre blanco, de lo dispuesto en la normativa y que se somete a la voluntad de las partes (en el caso de la mediación) o bien a un laudo arbitral que trata de conjugarse como una solución

idónea para ambas partes, en la medida en la que se exige su cumplimiento una vez adoptado.

**PUBLICACIONES
JURÍDICAS REALIZADAS
EN 2022**

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 785/1995, DE 28 DE JULIO

ÁLVARO ANTOÑANZAS FONSECA

Publicado el día 2 de enero de 2022

#Derecho #DerechoProcesal #ProcesalCivil #ProcesalLaboral #ProcesalPenal #DerechoySociedad

Hoy en día, gracias a los cambios sociales, se puede distinguir un amplio y variado elenco de modelos familiares: desde el modelo tradicional de unión matrimonial entre varón y mujer, hasta la unión entre personas del mismo sexo, incluso las conocidas como "parejas de hecho", cuya regulación sigue siendo algo discutida en los tribunales en la actualidad. Por lo tanto, el modelo de familia del siglo XXI ha cambiado por completo respecto al modelo "cuasi único" de familia que teníamos el siglo pasado.

Cuando uno comienza a estudiar el Derecho de Familia (un amplio elenco de materias como persona, filiación, patria potestad, tutela, curatela, etc.) como uno de los sectores del Derecho Civil, surgen de forma indudable relaciones entre las diversas "patas" de una misma mesa. Lejos queda ya, en sede de nacimiento, el entero desprendimiento del seno materno a efectos de adquirir personalidad y poder ser una persona, como tal persona.

Algunos sectores del Derecho de Familia

- Matrimonio
 - Matrimonio religioso (cristiano, musulmán, judío)
 - Matrimonio civil
- Instituciones de tutela y guarda

- Derecho de la Persona (nacimiento, adopción, patria potestad)
- Derecho de Sucesiones

En cualquier caso, una de esas conexiones la podemos encontrar en la filiación de hijos habidos dentro y fuera del matrimonio con el derecho sucesorio, particularmente analizando qué ocurre en el momento en que fallece un sujeto (causante) y se suceden las diversas fases de la herencia entre los hijos, cuando resulta que alguno de ellos fue concebido fuera del patrimonio.

Ahora bien, uno de los cambios más importantes en la materia se produce tras la entrada en vigor de la Constitución Española, puesto que se introduce sin paliativos el principio de igualdad (art. 14 CE) entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, modificando la anterior redacción que distinguía entre hijos “legítimos” e “ilegítimos”, de claro tenor discriminatorio.

Desde un punto de vista jurisprudencial, una de las resoluciones más relevantes en la materia es la **STS de 28 de julio de 1995**.

Cronología de hechos:

- Testamento: hija reconocida como heredera universal
- Después 1976 (pero antes de 1978): hay otros 3 hijos no matrimoniales que ejercitan acción de determinación de filiación, con el propósito de convertirse en herederos
- 4 de febrero de 1978. Fallecimiento del causante.
- Reconocimiento de la filiación de esos otros 3 hijos no matrimoniales.

Aquí, nos surgen las siguientes dudas: ¿son herederos junto con la hija aunque sean no matrimoniales? ¿Tiene algo que ver la entrada en vigor de la Constitución de 1978? ¿Hay algún cambio normativo? ¿Cómo solucionamos esta herencia?

- STS de 28 de julio: el Tribunal Supremo sigue admitiendo que esos 3 hijos lo son del causante fallecido, puesto que así lo demuestra la acción de filiación ejercitada con anterioridad. Ahora bien, que sea considerado hijo no significa que sea llamado a la herencia.

¿Por qué? Muy sencillo. A la muerte del causante en 1976, cuando todavía no había entrado en vigor la CE, por lo que la ley aplicable será la vigente en el momento de su muerte (art. 9.8 CC).

En concreto, se aplicó la **Disposición Adicional 8ª** de la **Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil** en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

El TS aplicó la **DA 8ª** de la Ley 11/1981, que disponía:

"Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación".

En definitiva, el Tribunal Supremo se vio obligado a aplicar una norma preconstitucional claramente discriminatoria, viéndose particularmente afectados los hijos concebidos fuera del matrimonio.

DIFERENCIAS ENTRE RENUNCIA Y DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 12 de enero de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoySociedad

Siempre que pensamos en la apertura de un proceso lo primero que se nos viene a la cabeza es su resultado. ¿Qué pretensión se verá desestimada? ¿Cuándo recaerá sentencia sobre el asunto? Son cuestiones que son generales y que se presentan como una constante cuando hablamos del proceso. Pero como todos sabemos, no todos los procesos han de finalizar con una sentencia pronunciándose sobre el fondo del asunto sino que existen distintos métodos de terminación anormal del procedimiento. Si nos centramos en el proceso civil, los artículos 19 a 22 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en sede de reconocimiento del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sus pretensiones, podemos encontrar la regulación de estas figuras.

SOBRE LA CAPACIDAD RECONOCIDA DE LAS PARTES

El artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) reconoce la capacidad a las partes para disponer sobre el objeto del proceso y podrán, en su caso, renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. De igual forma, el apartado segundo del ya citado artículo (19 de la LEC) aborda una posible transacción judicial. ¿De que se trata este modo de terminación anormal del proceso? Tal y como establece el **artículo**

1.809 del Código Civil, es un contrato por el cual, las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitando la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Asimismo, el artículo 21 de la LEC regula el allanamiento del demandado y, seguidamente, el artículo 22 (LEC) la terminación anormal del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevinida del objeto. Cada una de estas figuras posee características propias que permite diferenciar entre unas y otras, y, consecuentemente, los efectos que de ellas derivan. Pero para no extendernos demasiado, esta vez nos centraremos en la renuncia y en el desistimiento, ambos desarrollados en el artículo 20 de la LEC.

DIFERENCIAS ENTRE RENUNCIA Y DESISTIMIENTO

Centremos el tiro. El artículo 20 de la LEC encuadra la renuncia y el desistimiento como métodos aparentemente similares de terminación anormal del proceso. No obstante, cada una de estas figuras actúa y produce efectos procesales diferentes. **RENUNCIA** El artículo 20.1 de la LEC hace referencia a la renuncia manifestada por el actor de forma que, mediante su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en el que se funda su pretensión, el Tribunal que esté conociendo dictará sentencia absolviendo al demandado, salvo que la renuncia fuera legalmente inadmisibile, en cuyo caso, se dictará un auto mandando seguir el proceso. De la dicción literal de este artículo podemos extraer las siguientes claves:

- **PRIMERO**, la renuncia se produce respecto de la pretensión o el derecho en el que se funda. **NO ES UNA RENUNCIA AL PROCESO**, sino una **RENUNCIA A UN DERECHO** que posee el actor frente al demandado. Por tanto, supone abandonar esta pretensión con vistas a futuro, imposibilitando al actor para ejercerlos nuevamente contra el demandado.
- **SEGUNDO**, la renuncia se puede producir en cualquiera de las fases del proceso; por tanto, **cabe la renuncia del actor una vez se encuentre el proceso abierto**.

- **TERCERO**, la renuncia a la pretensión por parte del actor conlleva que el Tribunal se pronuncie – mediante **SENTENCIA** – sobre el fondo del asunto, absolviendo al demandado y produciendo efectos de **cosa juzgada MATERIAL** (art. 222 de la LEC).
- **CUARTO**, cuando el artículo 20.1 se refiere a que la renuncia “no fuera legalmente admisible” debemos girar la focal hacia el artículo 6.2 del Código Civil; así, la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. Tampoco tendrá cabida la renuncia en los casos que describe el artículo 751.1 de la LEC (procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores). Se establecen así los límites a la disposición de las partes sobre el fondo del asunto encontrando como horizonte el interés de terceros o el orden público.

Con lo cual, en caso de que el Juez que conozca de la renuncia considere que concurren alguna o algunas de estas circunstancias, **habrá de dictar AUTO que dicte la tramitación ordinaria del proceso. DESISTIMIENTO** El punto 2 y 3 del artículo 20 de la LEC se destinan a la regulación de la institución procesal del desistimiento. La redacción de estos puntos es, sin duda alguna, mucho más clarificadora. Y, como con la institución de la renuncia, vamos a extraer una serie de puntos clave:

- **PRIMERO**, el desistimiento por parte del demandante puede ejercitarse antes del emplazamiento del demandado para la contestación de la demanda o citación del juicio, o en cualquier momento del proceso en tanto el demandado se hubiera declarado en rebeldía. De esta forma, la LEC establece el momento procesal en el que ha de producirse el desistimiento, cuestión distinta a la que nos encontramos en la institución procesal de la renuncia.
- **SEGUNDO**. El artículo 20.2 de la LEC delimita el desistimiento unilateral por parte del demandante. Cuestión distinta se aborda en el art. 20.3

de la LEC puesto que aborda el desistimiento bilateral – aunque no lo refiera de tal forma – esto es, cuando el demandado ya está personado en el proceso. Diferenciamos, entonces, entre un posible desistimiento unilateral o bilateral. ¿Qué ocurre si el demandado ya se encuentra personado en el proceso? Se le dará traslado, en un plazo de 10 días, del escrito por el cual se formule el desistimiento.

Y en este punto diferenciamos dos resultados posibles:

– **Si el demandado presta conformidad con el desistimiento**; dentro del plazo de 10 días del art. 20.3, párrafo primero, se dictará un DECRETO por el Letrado de la Administración de Justicia acordando el sobreseimiento. **Este decreto no tendrá condición de cosa juzgada material.**

– **Si el demandado se opone** – no presta conformidad – con el desistimiento; el Juez resolverá de acuerdo a las circunstancias del proceso.

El desistimiento del demandante no produce, en ningún momento, un abandono de las pretensiones o del derecho en el que se fundan. Es una declaración del actor mediante la cual manifiesta no querer continuar con el procedimiento de forma que, la consecuencia lógica sea una terminación “anormal” del proceso sin que recaiga pronunciamiento judicial con fuerza de cosa juzgada que imposibilite el ejercicio posterior de esta misma pretensión en otro procedimiento posterior.

A continuación dejamos una tabla-resumen con las principales claves de la presente publicación:

DIFERENCIAS ENTRE LA RENUNCIA Y EL DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL

| | CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS | EFFECTOS PROCESALES |
|---|--|---|
| <p align="center">RENUNCIA</p> <p>(Artículo 20.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)</p> | <p>La renuncia se produce respecto de la pretensión o el derecho en el que se funda; esto es la RENUNCIA A UN DERECHO que posee el actor frente al demandado. Supone imposibilitar al actor para ejercitarlos nuevamente contra el demandado.</p> <p>Los LÍMITES A LA RENUNCIA se encuentran en los artículos 6.2 del Código Civil y 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En caso de que el Juez que conozca de la renuncia considere que concurren alguna o algunas de estas circunstancias, habrá de dictar AUTO que dicte la tramitación ordinaria del proceso.</p> | <p>La renuncia a la pretensión por parte del actor conlleva que el Tribunal se pronuncie – mediante SENTENCIA - sobre el fondo del asunto, absolviendo al demandado y produciendo efectos de cosa juzgada MATERIAL (art. 222 de la LEC). + STS de 8 de julio de 2005 (Rec. 1597/2002) en relación a la renuncia en fase de recurso.</p> |
| <p align="center">DESISTIMIENTO</p> <p>(Artículo 20.2 y 20.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)</p> | <p>Manifestación de la voluntad del demandante de abandonar la continuación del proceso, pero NO ABANDONA la PRETENSIÓN NI el DERECHO que la funda. Habilita la apertura de un nuevo procedimiento sobre el mismo fondo.</p> <p>Posible desistimiento unilateral (art. 20.2 LEC) o bilateral (art. 20.3 LEC).</p> <p>El desistimiento puede suponer el abandono del proceso respecto de la totalidad de las pretensiones (desistimiento total) o respecto de alguna de ellas (desistimiento parcial). En este último caso, el proceso continúa por los cauces ordinarios previstos en la LEC.</p> | <p>Si el demandado presta conformidad con el desistimiento; dentro del plazo de 10 días del art. 20.3, párrafo primero, se dictará un DECRETO por el Letrado de la Administración de Justicia acordando el sobreseimiento. Este decreto no tendrá condición de cosa juzgada material.</p> <p>Si el demandado se opone – no presta conformidad – con el desistimiento; el Juez resolverá de acuerdo a las circunstancias del proceso.</p> |

LA PUBLICIDAD COMPARATIVA (2ª PARTE)

ÁLVARO ANTOÑANZAS FONSECA

Publicado el día 12 de enero de 2022

#Derecho #DerechoMercantil

Continuamos con el análisis crítico de la publicidad comparativa que ya presentamos en publicaciones anteriores. Así, **¿Cuáles son los requisitos de licitud de la publicidad comparativa?** Antes de exponer los requisitos, debo hacer una pequeña matización: aunque hoy en día la publicidad comparativa se regula en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal (que reproducen, en buena medida, lo dispuesto por la normativa comunitaria), al igual que otros autores de la doctrina mercantilista, utilizaré de referencia el artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE, al que, jurisprudencialmente, debemos acudir a efectos interpretativos (STJUE 18.11.2010). Tenemos que diferenciar 3 categorías de requisitos:

Requisitos relativos al objeto:

- Los bienes o servicios del empresario anunciante y del anunciado deben satisfacer la misma necesidad (art. 4 b) Directiva; STJUE 19.9.2006), en base a la relación de competencia que les vincula dentro del mismo sector en el mercado.

Retomando el ejemplo del anterior post¹, Antonio y Bernabé se dedican a la fabricación de zumos, por lo que sus productos satisfacen la misma necesidad

- Los productos con denominación de origen solo pueden compararse con otros productos con denominación (art. 4 e) Directiva)

Imaginemos, por ejemplo, que un vino con Denominación de Origen Rioja es comparado por una empresa de reciente creación dedicada el sector vitivinícola, pero que todavía no ha logrado una denominación de origen (estaría totalmente prohibido)

- Prohibición de obtener una ventaja injusta de la empresa competidora (art. 4 f) Directiva).

Por ejemplo, no sería ético que las empresas de Antonio y Bernabé se aprovechen del prestigio de las empresas más poderosas del sector del zumo, como Don Simón.

Requisitos relativos al parámetro:

1. Por un lado, el carácter análogo y esencial de los bienes o servicios y su repercusión en el proceso de compra del consumidor.
2. Por otro lado, se debe ofrecer información objetiva y veraz al consumidor (STJUE 19.9.2006)ç

Requisitos relativos al contenido:

1. La comparación no puede ser engañosa (art. 4 a) Directiva), no podemos hacer creer al consumidor un origen del

¹ Vid. ANTOÑANZAS FONSECA, A., "DERECHO DE LA COMPETENCIA Y PUBLICIDAD COMPARATIVA", *Lato Sensus*, publicado el 2 de noviembre de 2021. Recuperado de: <https://latosensu.es/derecho-de-la-competencia-y-publicidad-comparativa-i/>

producto que no se corresponde con la realidad (STJUE 12.6.2008)

2. La comparación no puede ser denigratoria (art. 4 d) Directiva), aunque la mera mención a la marca ajena no provoca per se la ilicitud de la publicidad comparativa (STJUE 23.1.2006)
3. La comparación no puede suponer la obtención de una ventaja injusta (art. 4 f) Directiva)

De cara a un posible debate, podemos sustanciar argumentos a favor y en contra, como planteamos a continuación:

Argumentos a favor:

- Mayor información al consumidor
- Fomento de la competencia
- Comportamiento más dinámico en el mercado
- Instrumento especialmente relevante para empresas de nueva o reciente creación
- Inexistencia de barreras de entrada
- Menor posibilidad de comportamiento monopolístico

Argumentos en contra:

- Confusión al consumidor
- Sobrecarga de información
- Necesidad de control ético para diferenciar publicidad comparativa y publicidad denigratoria
- ¿Existe cierta coacción de las empresas líderes?
- Fuertes barreras de entrada en determinados sectores
- Mayor posibilidad de comportamiento monopolístico

Conclusión: Desde mi punto de vista, considero que la publicidad comparativa puede resultar ciertamente útil siempre y cuando cumplan los requisitos

previstos legalmente. No obstante, dada la importancia de dicha modalidad publicitaria, considero que, en base a que los requisitos están previstos tanto en la LCD como en la Directiva de 2006, no sería baladí entrar a valorar una hipotética ley nacional de publicidad comparativa que indicara con todo lujo de detalles todos los elementos que forman parte del marco teórico de la publicidad comparativa.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 112/2019, DE 3 DE OCTUBRE DE 2019

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 13 de enero de 2022

#Derecho #DerechoConstitucional

1. INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente escrito radica en el estudio y análisis jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 112/2019, de 3 de octubre de 2019 en la que entra a valorar y modificar la doctrina que venía manteniendo respecto del incidente de nulidad de actuaciones. De esta forma, la interposición del incidente de nulidad de actuaciones deja de ser un requisito previo indispensable para ser una instancia potestativa en aquellas situaciones dónde la vulneración de derechos fundamentales recayera sobre la instancia anterior a aquella en la que se inadmitiera el recurso originado por esta afección siempre y cuando esta inadmisión no trajera causa en una defectuosa actuación procesal por parte del recurrente.

2. HECHOS:

I. Con fecha de 9 de agosto de 2011, la Mazzuchelli López solicita la autorización del traslado provisional del establecimiento de farmacia, del que era titular, con motivo del terremoto acaecido en el municipio de Lorca.

II. El 14 de septiembre de 2011, recae resolución sobre dicha solicitud, autorizando el traslado del establecimiento a otro inmueble del municipio por un plazo inicial de dos años.

III. Con fecha de 5 de agosto de 2013, la Sra. Mazzuchelli solicita una prórroga del plazo inicialmente autorizado con motivo en los retrasos de la reconstrucción del inmueble dónde originalmente se encontraba sito la oficina de farmacia. En esta situación, la Sra. Castiñeiras, ahora recurrente en amparo, se persona como interesada en el proceso instando la declaración de caducidad del traslado.

IV. El día 11 de octubre de 2013, se autoriza, nuevamente, la prórroga del plazo fijado para el traslado al establecimiento original por un plazo de seis meses.

V. La Sra. Castiñeiras, con fecha de 8 de abril de 2014, solicita se incoe de oficio el cierre definitivo de la oficina de farmacia alegando que, al haber transcurrido el plazo inicialmente fijado y la prórroga que se autorizó, no tiene cabida el retorno al establecimiento primigenio y, por ende, ha de instarse el cierre definitivo de la oficina de farmacia de la que la Sra. Mazzuchelli era titular.

VI. Con fecha de 7 de mayo de 2014, se autoriza el retorno al emplazamiento original de la oficina de farmacia.

VII. Ese mismo día, la Sra. Castiñeiras recurre dicha resolución, por vía de recurso contencioso-administrativo, alegando no haber sido notificada de dicha resolución en forma.

VIII. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, número 757/2016, de 4 de noviembre de 2016, inadmite el recurso contencioso-administrativo presentado por la Sra. Castiñeiras pues considera que, por vía del art. 69, letra c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el acto impugnado, en tanto resulta recurrible por vía de recurso de alzada ante la Consejería de Sanidad, no agotaba vía administrativa.

IX. Por auto de 21 de diciembre de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia tuvo por presentado recurso de casación y se emplazó a las partes para que comparecieran en el plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

X. Con fecha de 6 de abril de 2017, el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación al no apreciar interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y la ausencia de concurrencia de lo dispuesto en el artículo 88.3, letra b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3. MARCO JURÍDICO.

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 6/2007, de 23 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

4. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STC 112/2019, de 3 de octubre de 2019
- STC 135/2017, de 27 de noviembre de 2017
- STC 155/2009, de 25 de junio de 2009
- STC 140/2006, de 8 de mayo de 2006
- ATC 211/2005, de 12 de mayo de 2005
- STC 39/2003, de 27 de febrero de 2003
- STC 54/2000, de 28 de febrero de 2000

5. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

En un contexto como el que abordamos, resulta indispensable conocer los cambios normativos que operan al respecto. Así, debemos tomar como punto de inflexión la modificación que operó la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

A tenor de esta modificación, es de vital importancia conocer los cambios que se introdujeron así como la afección que tuvieron en el ordenamiento jurídico nacional, más concretamente respecto de la regulación de la figura del recurso de amparo. Si bien es cierto que, como pone de manifiesto el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, uno de los aspectos destacables en la actividad del Tribunal Constitucional radica en un crecimiento considerable del número de recursos de amparo interpuestos hasta el punto de cuasi-colapsar los recursos temporales y materiales con los que cuenta el propio Tribunal (Constitucional); no resulta menos importante aludir a los cambios que se introdujeron respecto del incidente de nulidad de actuaciones, regulado en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ)

De esta forma, la redacción primigenia del artículo 241.1 de la LOPJ disponía lo siguiente:

"1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones **fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo**, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario"

Con la nueva redacción introducida por la Ley Orgánica 6/2007, el artículo 241.1 de la LOPJ pasó a disponer lo siguiente:

"1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones **fundada en cualquier vulneración de un**

derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario."

Este cambio trae causa en la incorporación de una configuración del incidente de nulidad de actuaciones más amplia, que no parta con carácter exclusivo de defectos procesales sino que permita su solicitud con base en cualquier vulneración de derechos fundamentales a los que hace referencia el artículo 53.2 de la Constitución Española – dejando de lado la alegación de indefensión o incongruencia prevista en la LOPJ hasta el momento. Como transcripción de la *voluntas legislatoris*², ello no busca sino otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales de los ciudadanos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, procedemos con el análisis de la **STC 112/2019, de 3 de octubre**, objeto del presente documento.

A) TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

En primer lugar, si bien es cierto que la STC 112/2019, de 3 de octubre, admite la especial relevancia de la cuestión a efectos de especial trascendencia constitucional, no es menos cierto que la STC 155/2009, de 25 de junio, presenta, en su Fundamento Jurídico Segundo, la nueva redacción del artículo 50.1, letra b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC) en relación con la admisión del recurso de amparo.

De esta forma, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente una mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente

² Contexto y motivación de los cambios operados por la LO 6/2007 extraído de los apartados II y III de la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica. Permite entender el porqué de los cambios y modificaciones de la regulación del recurso de amparo y del incidente de nulidad de actuaciones previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (ex. art. 241.1 LOPJ).

tutelable en amparo (en atención a los arts. 53.2 y 161.1, letra b) de la Constitución Española – en adelante CE – y art. 41 de la LOTC), sino que habrá de sumarse, por su naturaleza indispensable, la especial trascendencia constitucional del recurso – que se presenta en el artículo 50.1, letra b) de la LOT.

En palabras del Tribunal Constitucional; mediante esta nueva redacción introducida por la LO 6/2007, el legislador busca dar un mayor protagonismo a los Tribunales ordinarios en la defensa de las libertades y derechos público, construyendo así un sistema en cuyo pináculo se encuentra el Tribunal Constitucional como garante último de estas libertades.

Desde mi perspectiva personal, esta interpretación es de doble sentido. De un lado, el Tribunal trata de desprenderse de la carga de trabajo que supone la admisión constante de recursos de amparo a través de un sistema que relega este recurso a un plano más oscuro frente a dos instancias previas que han de sucederse consecutiva y concurrentemente y que no son otras que la interposición del incidente de nulidad de actuaciones y la consideración de la especial trascendencia constitucional (art. 241.1 LOPJ y art. 50.1, letra b) de la LOTC). De otro lado, si bien se dice que “se dota de mayor protagonismo al resto de Tribunales de la vía ordinaria, el Tribunal Constitucional se arroga, a su vez, la prerrogativa de ser el pináculo de este nuevo sistema de subsidiariedad” mientras que mantiene un perfil mucho más bajo frente a la interposición de “filtros previos” para evitar el colapso del sistema por el aumento exponencial de los recursos de amparo.

A esto hay que sumar un aspecto fundamental, que no es otro que lo dispuesto por el artículo 49.1 *in fine* de la LOTC, que, más allá de imponer a la parte recurrente la carga de justificar en la demanda la “especial trascendencia constitucional” no será sino el propio Tribunal Constitucional el encargado de apreciar si consta o no dicha trascendencia, entendida como “ (ex. art. 50.1, letra b) de la LOTC) el contexto del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia

constitucional" ello partiendo de "*su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*". Es más, en esta misma resolución (STC 155/2009, de 25 de junio) el propio Tribunal Constitucional establece la apertura de estos términos con motivo fundado en "*la mayor libertad y margen decisorio para estimar cuando el contenido del recurso de amparo cumple [...]*" con los requisitos antes mencionados³.

Finalmente, por cerrar el círculo, la STC 115/2009, de 25 de junio, prevé la incorporación de nuevos supuestos al listado *numerus clausus* que emana del art. 50.1 de la LOTC hasta el punto de introducir, a efectos de apreciación de contenido susceptible de ser admitido por vía de recurso de amparo, aquellas ocasiones en las que se *capacite al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los Tratados y Acuerdos Internacionales a los que refiere el art. 10.2 de la CE*⁴.

Constante lo anterior, la STC 112/2019, de 3 de octubre, aduce, respecto de la apreciación del Tribunal Constitucional, la especial trascendencia constitucional (por vía del art. 50.1, letra b) de la LOTC) que motiva la admisión del recurso puesto que, esencialmente, habilita la posibilidad de matizar o aclarar la doctrina en relación con la interposición del incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial (en consonancia con lo dispuesto por el artículo 44.1, letra a) de la LOTC) para aquellos casos en los que, siguiendo el tenor del artículo ya citado, la vulneración de un derecho fundamental no fuera imputable a la última resolución judicial vertida sino a la inmediatamente

³ A modo de añadido, la STC 70/2009, de 23 de marzo entra a valorar la posibilidad de que el Tribunal Constitucional aprecie "especial trascendencia constitucional" respecto de aquellas materias en las que no hubiera sentado o no constare doctrina alguna.

⁴ STC 115/2009, de 25 de junio, Fundamento Jurídico Segundo *in fine*.

anterior y, además, esta vulneración de libertades fundamentales hubiese quedado imprejuizada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva hubiera sido inadmitido por razones procesales no achacables/imputables a la diligencia exigida a la parte recurrente⁵.

Con lo cual, así queda introducido uno de los aspectos fundamentales sobre los que se pronuncia el Tribunal Supremo y que viene a ser la apertura a la vía de modificación doctrinal, como se ha mencionado anteriormente. Procedemos, por lo tanto, al tratamiento que motiva la resolución aquí estudiada y que entraña un cambio doctrinal respecto de la interpretación que el Tribunal Constitucional venía dando respecto de la interposición del incidente de nulidad de actuaciones.

B) MOTIVO DEL CAMBIO DOCTRINAL.

I. Antes de valorar el cambio de rumbo doctrinal apreciado por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 112/2019, de 3 de octubre de 2019, consideramos razonable conocer la situación anterior y el motivo en virtud del cual se consigna este volteo interpretativo.

Para ello podemos acudir, a modo de referencia, al ATC 211/2005, de 12 de mayo de 2005 o a la STC 140/2006, de 8 de mayo, entre otras, anteriores a la modificación operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que ponen de manifiesto la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional frente a la interposición del incidente de nulidad de actuaciones por incongruencia procesal en aquellos casos donde se incumpliese el requisito procesal de agotamiento de la vía previa (art. 44.1, letra a) de la LOTC).

⁵ En este punto, el Tribunal Constitucional hace un híbrido entre lo contenido en el art. 44.1, 49.1 y 50.1 de la LOTC en sede de recurso de amparo para motivar, de un lado, que se cumplen los procedimientos exigidos mientras que, de otro lado, entra a valorar la especial trascendencia constitucional del asunto y la admisión del recurso de amparo en atención al cumplimiento de los requisitos procesales previamente exigidos (interposición del incidente de nulidad de actuaciones ex. art. 44.1 LOTC).

El ATC 211/2005, de 12 de mayo, aborda una queja fundada en incongruencia omisiva de Sentencia en suplicación que incumple ese requisito procesal de agotamiento de la vía previa que ya hemos comentado (art. 44.1, letra a) de la LOTC).

“Artículo cuarenta y cuatro:

1. *Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:*
2. *a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. [...]*

Así, el Auto considera que, al alegar un vicio por incongruencia omisiva por parte de la Sentencia recurrida, los demandantes de amparo debieron haber interpuesto, una vez dictado el auto de inadmisión del recurso de casación presentado para la unificación de doctrina, el consecuente incidente de nulidad de actuaciones (por aquel entonces regulado en el art. 240.3 de la LOPJ y que ahora se encuentra en el artículo 241 de esta misma Ley Orgánica) contra la Sentencia de suplicación. En tanto no se cumple este requisito previo, el recurso de amparo solicitado no tiene cabida ni, en palabras del propio Tribunal, no podrá ser analizada de conformidad con lo dispuesto por el art. 50.1, letra a) de la LOTC⁶.

La STC 140/2006, de 8 de mayo, es aún más clarificadora. Referenciado a la **STC 39/2003, de 27 de febrero**, establece que; antes de impetrar el amparo

⁶ En consonancia con esto, cabe hacer referencia a las SSTC 108/1999, de 14 de junio y 105/2001, de 23 de abril. Siguiendo este mismo cauce, el Tribunal, en el mismo Auto, asevera que este requisito previo no es baladí sino que responde a, como ya mencionó con posterioridad la LO 6/2007 en su Exposición de Motivos, la finalidad de dar a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de reparar las vulneraciones de derechos fundamentales que puedan cometerse en vía judicial y de reservar al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le atribuye la Constitución (a renglón seguido adiciona las SSTC 72/2002, de 8 de abril y 39/2003, de 27 de febrero)

constitucional, es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones frente a la Sentencia [...] denunciando (en este caso y siguiendo, por un lado, la doctrina constitucional y la redacción del artículo 241.1 de la LOPJ en aquel entonces vigente⁷) la incongruencia ante el órgano judicial de suplicación que la habría cometido cuando se hubiera inadmitido el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesta contra aquella. No obstante, la STC 140/2006, de 8 de mayo introduce una clave distinta y es, precisamente, en la matización que complementa la referencia a la anterior Sentencia del propio Tribunal Constitucional dónde encontramos una reflexión que viene a incrementar la interpretación hasta ahora dada respecto de la interposición de incidente de nulidad de actuaciones por incongruencia.

El Tribunal Constitucional va más allá en la interpretación del artículo 240.3 de la LOPJ (actual art. 241 LOPJ) al entender que no tiene cabida la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en aquellos casos dónde la incongruencia no se considerara vicio procesal per sé sino que, como se apunta, este vicio radique en una contradicción interna entre el fallo de la resolución y la fundamentación jurídica que debiera motivar el fallo de ésta. El Tribunal Constitucional advierte que, en estas situaciones la doctrina antes mencionada no tendrá cabida puesto que; a pesar de que los recurrentes hubieran calificado esta infracción de la Sentencia como **"incongruencia"**, propiamente se oponen al pronunciamiento por su **"incoherencia"**, lo que causaría que, **motivado en la quiebra de concordancia lógica entre los Fundamentos de Derecho de la resolución o la relación entre estos y el fallo de la resolución judicial, se trate de una contradicción interna que ocasiona un defecto de motivación que no de congruencia** (STC 140/2006, de 8 de mayo, Fundamento Jurídico Segundo, expresando los mismos términos que la STC 54/2000, de 28 de febrero).

II. Hemos abordado el "antes" y ahora toca abordar el "después" de la interpretación doctrinal que instaura el Tribunal Constitucional en relación con

⁷ Vid. anotaciones previas al estudio de los fundamentos de derecho del presente documento, página 4.

la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, el agotamiento de la vía judicial previa y el cumplimiento de estos requisitos como germen para la consideración de la admisión del recurso de amparo ante este Tribunal.

Debemos partir de una **consideración general** (STC 112/2019, de 3 de octubre, F.J 3) que emana de la doctrina constitucional, que se consigna de la siguiente forma: **"Para agotar la vía judicial previa es necesario la interposición de incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales."** A lo que habremos de añadir que **"por esta razón, cuando existe un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de interponerse antes de acudir al Tribunal Constitucional a través de la vía del recurso de amparo⁸".**

Llegados a este punto, la STC 112/2019, de 3 de octubre, en su Fundamento Jurídico Tercero, apartado c) declara la disposición del Tribunal a modificar su doctrina, en los términos que establece el artículo 50.1, letra b) de la LOTC. Así, este recurso se plantea como un medio a partir del cual, el Tribunal Constitucional aprecia la especial trascendencia constitucional de la cuestión traducido en la oportunidad para determinar el contenido y alcance de derechos fundamentales. El Tribunal decide modificar la doctrina que había sentado hasta el momento al considerar que en supuestos como el del caso que ocupamos no es preciso interponer incidente de nulidad de actuaciones para cumplir con el requisito previo de agotamiento de la vía judicial ordinaria de acuerdo a lo previsto en el artículo 44.1 de la LOTC.

⁸ Si hubiera sido inadmitido por ser manifiestamente improcedente o si la inadmisión viniera motivada por la defectuosa actuación procesal del recurrente en vía judicial, entonces, se entenderá que la vía judicial previa no ha sido debidamente agotada). Ergo, de una interpretación *a sensu contrario* podemos subrayar las palabras del Tribunal Constitucional de forma que podamos afirmar que en caso de que este recurso hubiera sido inadmitido por considerar que no concurrían los presupuestos necesarios para efectuar un enjuiciamiento del fondo de la cuestión, habrá de prestar especial atención a la presentación en tiempo y forma del mismo para no agotar indebidamente la vía judicial previa.

Esta decisión se apoya en los siguientes razonamientos:

- Respecto al requisito de agotar la vía judicial antes de disponer del recurso de amparo, ha de ser interpretado de una manera flexible y finalista, esto es no obligar a utilizar en todos y cada uno de los casos todos los métodos de impugnación posibles sino sólo aquellos que resultaran normales o que de forma clara, se manifiesten como ejercibles de forma que no cupiera duda respecto de su procedencia y la posibilidad real y efectiva de interposición del recurso.

En otras palabras; no cabe hacer una interpretación estricta de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional en esta materia (SSTC 133/2001, de 13 de junio o 164/2003, de 29 de septiembre, entre otras) al entender que este requisito previsto en el artículo 44.1, letra a) de la LOTC sobre el agotamiento de la vía judicial no ha de verse como una barrera insalvable.

Si atendemos a la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia es más que plausible afirmar que se aboga por un sistema mucho más maleable, un sistema dónde el artículo 44.1 de la LOTC no funcione como un filtro excluyente sino como una suerte de red que permita tamizar, en cada caso concreto, si las circunstancias propias permiten traspasar esa exigencia de agotamiento de la vía judicial previa. Con ese objetivo, la "red" que construye el Tribunal Constitucional se perfecciona partiendo de la "no obligación de utilización de todos los medios disponibles" sino de aquellos que, en atención al caso que ocupe, se entiendan como razonables, lógicos y procedentes para la interposición del recurso de amparo salvando así los entresijos de interpretaciones de mayor complejidad y que entrañen un óbice sustantivo para, en último término, perseguir la vulneración de derechos fundamentales lesionados.

- El artículo 241.1 de la LOPJ regula la figura del incidente de nulidad de actuaciones dictando su procedencia, con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido denunciarse antes de

recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario. Como apunta la STC 112/2019, de dicho artículo no cabe deducir que habrá de proceder su interposición en los casos en los que el recurso ordinario o extraordinario que se hubiera interpuesto contra la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales se inadmita por razones procesales que no sean imputables a la falta de diligencia de la parte recurrente⁹.

Concluye, en este aspecto, el Tribunal Constitucional que la interposición del recurso de casación cumple con el correcto desarrollo procesal de acuerdo a la normativa propia del proceso y que, por ende, no tiene cabida alegar la ausencia de interposición del incidente de nulidad de actuaciones como fundamento para inadmitir el recurso de amparo.

Resulta, finalmente, de la opinión del Tribunal Constitucional que, el incidente de nulidad de actuaciones – en situaciones como la que nos ocupa – al no derivarse de forma clara su procedencia del tenor del artículo 241.1 de la LOPJ, no tendrá la consideración de requisito necesario para el agotamiento de la vía judicial previa al amparo ante el Tribunal Constitucional (ex. art. 44.1, letra a) de la LOTC). Pero, si que se presentará como un cauce idóneo para obtener la tutela de derechos fundamentales que se imputan lesionados por la resolución frente a la que se interpuso recurso finalmente inadmitido y, por tanto, no tendrá la

⁹ Concluye la STC 112/2019, de 3 de octubre, que la interposición de este incidente de nulidad de actuaciones no puede considerarse necesario para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo en situaciones como la que ocupamos. A esto habrá que añadir que la naturaleza del recurso de amparo, al igual que la del incidente de nulidad de actuaciones, es subsidiaria y que, por tanto, no exige que en este tipo de situaciones medie interposición previa del incidente en cuestión. ¿El porqué de la atribución de esta naturaleza al recurso de amparo? La STC 185/1990, de 15 de noviembre, entre otras, apuntala la noción del recurso de amparo en la Constitución Española, la cual concibe el recurso como una vía especial y extraordinaria posterior a la defensa de derechos y libertades ante Tribunales ordinarios a los que se les encomienda la protección de estos derechos fundamentales en virtud del artículo 53.2 de la CE. Funciona como un mecanismo excepcional, no como un recurso general de interposición directa.

consideración de recurso extemporáneo como fundamento para inadmitir el recurso de amparo¹⁰.

6. CONCLUSIONES.

PRIMERA. La modificación operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 271979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, introduce la nueva regulación del recurso de amparo y la modificación del artículo 241.1 de la LOPJ respecto del incidente de nulidad de actuaciones. Esta modificación refuerza la figura del incidente como un mecanismo de garantías frente a lesiones de libertades y derechos fundamentales – en los términos del artículo 53.2 de la Constitución Española – relegando a un plano más alejado y subsidiario si cabe al recurso de amparo, que pasa de ser una suerte de recurso excepcional de última instancia a un recurso especial, extraordinario y subsidiario y que responde como garantía última del agotamiento de la vía judicial previa en concurrencia con la interposición del incidente en cuestión.

SEGUNDA. La interposición del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241.1 de la LOPJ, debido a su redacción actual, establece imperativamente unas circunstancias concretas y concurrentes para su procedencia que, a menudo, dificulta su aplicación y, por tanto, en cuestiones como la que estudiamos, sólo cuando se hubiera decidido la inadmisión del recurso ordinario o extraordinario se darán los presupuestos necesarios para la interposición del incidente ante el órgano judicial que dictó la resolución que se trata de recurrir, es decir, aquella en la que se lesionen los derechos y libertades fundamentales¹¹.

¹⁰ El cauce procesal que incorpora el art. 241.1 de la LOPJ – sobre el incidente de nulidad de actuaciones- se configura, a partir de la reforma que introduce la LO 6/2007 respecto de la regulación del recurso de amparo, como mecanismo garante de la protección frente a las vulneraciones de derechos fundamentales imputables directamente a órganos judiciales que resuelven en única o última instancia. Ello se debe a la actual configuración normativa del recurso de amparo que procede en supuestos excepcionales en los que el recurso tenga una especial trascendencia constitucional.

¹¹ El [ATS 11433/2017, de 11 de diciembre de 2017](#) (Rec. 3711/2017), en su Razonamiento Jurídico Tercero, apartado segundo, alega lo siguiente; *"Las sentencias y autos susceptibles de ser recurridos en vía casacional quedan excluidos del incidente de nulidad de actuaciones, toda vez*

TERCERA. La modificación doctrinal introducida por la STC 112/2019, de 3 de octubre, responde, esencialmente, a la necesidad de aclaración de la figura del incidente de nulidad de actuaciones – reglado en el art. 241.1 de la LOPJ – y de la procedencia de interposición del mismo en casos en los que la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa se tiene por averada.

CUARTA. El Tribunal Constitucional fija un filtro adicional, mucho más poroso y flexible a la hora de interpretar el agotamiento de la vía judicial atendiendo a sí los medios que se utilizaron previa interposición del recurso de amparo son aquellos que, atendiendo a criterios de razonabilidad, pertinencia y exigibilidad, cumplen suficientemente las previsiones interpretativas amplificadas del artículo 44.1 LOTC.

QUINTA. El agotamiento de la vía judicial previa resulta, a priori, un requisito necesario para la interposición del recurso de amparo pero, ello no supedita la admisión del recurso (si bien es cierto que atendiendo al anterior régimen doctrinal del Tribunal Constitucional sí que aplicaba) al cumplimiento literalista del artículo 44.1 LOTC sino que, si se transcurre por el lecho procesal correspondiente, realizando cuantas actuaciones procesales son exigibles sin que medie actuación deficiente por parte del recurrente en amparo, nada obsta para su admisión quede condicionada al cumplimiento de la interposición del incidente de nulidad de actuaciones.

que éste, como se acaba de reproducir, solo cabe interponerlo contra aquellas resoluciones contra las que no quepa recurso ordinario ni extraordinario, como es el recurso de casación. No es controvertida la posibilidad de interponer recurso de casación contra la resolución impugnada"

¿QUÉ ES Y COMO SE SOLICITA EL BONO JUVENIL DE ALQUILER?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 19 de enero de 2022

#Derecho #DerechoySociedad

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 ya contemplaba la creación de un “bono juvenil” destinado a servir de apoyo para el pago de alquiler de la vivienda o, en otras palabras, como una medida de apoyo a la independización de los jóvenes. A priori, se trata de una medida que trae beneficios para los jóvenes de entre 18 y 35 años, siendo éstos los posibilitados para acceder a esta ayuda. No obstante, hay ciertos puntos que conviene aclarar ya que hay un maremágnum de información que llega a provocar una confusión desesperante.

Ayer, 18 de enero de 2022, el Consejo de Ministros aprobó – a propuesta del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, el Real Decreto por el que se regula este “Bono Alquiler Joven” y el Plan Estatal para el Acceso a la vivienda 2022-2025. Hoy mismo se ha hecho público en el BOE el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025.

La pregunta que todo el mundo se hace es; *“¿Cuáles son los requisitos para poder solicitar este tipo de bono?”*. A continuación hacemos un resumen de las principales claves y requisitos que se contemplan en los primeros 16 artículos de este Real Decreto en los que se regula el «Bono Juvenil de Alquiler».

Comenzamos pues con los **requisitos indispensables** que ha de cumplir todo solicitante:

- Tener entre 18 y 35 años de edad.
- Ser ciudadano español, europeo o de terceros países con residencia legal en España.
- Que la vivienda arrendada tenga consideración de vivienda habitual y permanente.
- Tener una fuente de ingresos regular.
- Que los ingresos de la unidad de convivencia sean inferiores a 3 IPREM.

Vale, vamos a matizar estos tres últimos puntos:

En primer lugar; el criterio económico se basa en los IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) que se trata de un índice empleado como referencia para la concesión de ayudas, subvenciones o, entre otras, el subsidio por desempleo. A día de hoy, el IPREM de 2022 actualizado se sitúa en 579,02 € mensuales o, en otras palabras, un total de 6.948,24 € (con 12 pagas incorporadas en el conteo) o bien, 8.106,28 € (si incorporamos 14 pagas). En resumidas cuentas, que el solicitante del "*Bono de Alquiler Joven*" ha de tener un sueldo mensual igual o inferior a 579,02 €.

En segundo lugar se habla de los ingresos de la unidad de convivencia. De forma que habremos de tener en cuenta, también, la situación económica de las personas con las que conviva el solicitante a efectos de solicitar este **bono**, tomando como límite de referencia un total de 3 IPREM o, lo que viene siendo, una horquilla situada entre los **20.844,72 €** y los **24.318,84 €**, en total.

En tercer lugar, el artículo 7 del Real Decreto 42/2022 establece que "*La vivienda o habitación arrendada o cedida deberá constituir la residencia habitual y permanente de la persona arrendataria o cesionaria, lo que deberá acreditarse mediante certificado o volante de empadronamiento en el que consten, a fecha*

de la solicitud, las personas que tienen su domicilio habitual y permanente en la vivienda objeto de arrendamiento o cesión o en la que se ubique la habitación objeto de arrendamiento o cesión." Por lo que no bastará con acreditar la existencia del contrato de arrendamiento solamente sino que habrá de acompañarse del certificado de empadronamiento tanto del solicitante como del resto de convivientes en el domicilio.

Pero, **EN QUE CONSISTE ESTA AYUDA:**

- La premisa básica de este "Bono Juvenil de Alquiler" consiste en una ayuda de 250 euros mensuales durante un plazo de dos años por solicitante. (Artículo 11 del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero de 2022)
- Para **alquiler de VIVIENDAS:** la cantidad ascenderá hasta un máximo de 600 euros mensuales, pudiendo ampliar esta cantidad hasta un total de 900 euros mensuales en casos excepcionales contemplados por el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y por las Comunidades Autónomas correspondientes.
- Para **alquiler de HABITACIONES:** en este caso, la cantidad que comprenderá la ayuda será de 300 euros mensuales, siendo posible que ascienda a 450 euros en casos excepcionales como en el caso de los arrendamientos de viviendas completas.

En lo que respecta a la **COMPATIBILIDAD** con otras **AYUDAS Y SUBVENCIONES**, el artículo 10 del Real Decreto contempla lo siguiente:

- **NO SE PODRÁ COMPATIBILIZAR** el "Bono Juvenil de Alquiler" con ninguna otra ayuda que para el pago del alquiler o cesión puedan conceder las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, las entidades locales o cualesquiera otras administraciones o entidades públicas.

NO SE VERÁN AFECTADOS POR ESTA INCOMPATIBILIDAD los supuestos excepcionales en que las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y

Melilla, los municipios, otras entidades públicas, organizaciones no gubernamentales o asociaciones aporten una ayuda para esa misma finalidad a personas beneficiarias especialmente vulnerables, entendiendo como tales a estos efectos las que determine la comunidad autónoma o ciudad de Ceuta o Melilla.

Tampoco se considerarán afectados por esta incompatibilidad las personas perceptoras de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ni las personas beneficiarias del Ingreso Mínimo Vital o aquellas beneficiarias de las ayudas contempladas en el Plan Estatal para el Acceso a la Vivienda 2022-2025 (artículo 55.1 del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero).

Ahora la pregunta es, **¿CÓMO Y DÓNDE solicito el “Bono Juvenil de Alquiler”?** Bueno, en este caso tenemos que esperar al desarrollo reglamentario que efectúe cada Comunidad Autónoma y las Ciudades Autónomas para poder conocer las convocatorias abiertas para el acceso a estas ayudas – *ex. arts. 13 a 15 del Real Decreto 42/2022, de 18 de enero.*

SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL MODELO 720: ¿CÓMO AFECTA A LAS CRIPTOMONEDAS?

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 29 de enero de 2022

#Derecho #DerechoFiscal #Fiscalidad #DerechoTributario #Tributario
#Cryptocurrency

Desde su creación, la **obligación de información sobre bienes y derechos situados en el extranjero** mediante el **modelo 720** nunca estuvo falta de crítica. Recordemos, esta obligación dispone que los contribuyentes tienen la obligación de informar sobre la titularidad de los siguientes bienes y derechos situados en el extranjero; siempre y cuando su valor sea de al menos **50.000 euros**.

- Cuentas en entidades financieras situadas en el extranjero.
- Valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidas en el extranjero.
- Bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero.
- Monedas virtuales (o criptomonedas) custodiadas por personas o entidades que salvaguarden las claves privadas en nombre del obligado tributario.

Ante el incumplimiento de esta obligación informativa, cabe esperar las siguientes consecuencias:

- Aplicación del **régimen sancionador** previsto en la Disposición adicional 18ª LGT, que indica que la sanción será de **5.000 euros por**

cada dato o conjunto de datos omitido, incompleto, inexacto o falso, con un mínimo de 10.000 euros, y de 100 euros por cada dato o conjunto de datos declarado fuera de plazo o no declarado por medios electrónicos, informáticos o telemáticos cuando existía obligación de hacerlo, con un mínimo de 1.500 euros; todo esto, sin existir un límite máximo de sanción.

- **Consideración de ganancias patrimoniales no justificadas y su liquidación en el impuesto (IS o IRPF) de los bienes y derechos situados en el extranjero respecto de los que no se haya informado en plazo, sin importar si la entrada de estos en el patrimonio fuera en ejercicios prescritos o no.**

"En todo caso tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas y se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo más antiguo entre los no prescritos susceptible de regularización, la tenencia, declaración o adquisición de bienes o derechos respecto de los que no se hubiera cumplido en el plazo establecido al efecto la obligación de información a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

No obstante, no resultará de aplicación lo previsto en este apartado cuando el contribuyente acredite que la titularidad de los bienes o derechos corresponde con rentas declaradas, o bien con rentas obtenidas en periodos impositivos respecto de los cuales no tuviese la condición de contribuyente por este Impuesto".

- **Además de lo anterior, se impondría una multa equivalente al 150 % del impuesto calculado sobre los bienes o derechos no informados.**

Sobre estos tres aspectos se pronuncia el **TJUE en su sentencia de 27 de enero de 2022** (asunto C-788/19), indicando que con estas medidas se incumple el principio de libre circulación de capitales.

- En primer lugar, el TJUE entiende que esta normativa produce un **efecto de imprescriptibilidad** en tanto permite que Hacienda pueda obligar al contribuyente a pagar por lo adeudado de las cantidades no informadas, incluso si la entrada de esos bienes o derechos en el patrimonio fuera en ejercicios ya prescritos; permitiendo a Hacienda burlar la prescripción ganada.
- En segundo lugar, acerca de la mencionada multa del 150%, indica que su imposición es **desproporcional y tiene un carácter represivo**, especialmente atendiendo que su imposición va ligada al incumplimiento de una mera obligación de carácter informativo.
- Y, por último, en relación a las multas de cuantía fija, considera que la imposición de tales multas sanciona el incumplimiento de meras obligaciones declarativas, puramente formales, **no guardando proporción alguna** su importe con las multas que sancionan el incumplimiento de obligaciones similares y recogidas en los arts. 198 y 199 LGT.

Por tanto, observamos que el TJUE únicamente declara **contrarios al derecho comunitario** estos tres aspectos; pero no la propia obligación de informar mediante el modelo 720, que sigue siendo vigente.

¿Cómo afecta esta decisión a la presentación del modelo 720 relativo a las criptomonedas que tengamos en el extranjero? Si bien el TJUE tumba los aspectos más polémicos del modelo 720, **la obligación de informar sobre las criptomonedas no desaparece**, por lo que seguirá existiendo la obligación de informar sobre aquellas criptomonedas que tengamos depositadas en los **exchanges extranjeros** (p.ej. Coinbase o Kraken) que custodien las **claves privadas** de nuestras criptomonedas.

Las consecuencias del incumplimiento de esta obligación se ven modificadas por la sentencia, dado que no se impondrá un régimen sancionador tan severo, sino que previsiblemente se impondrá un régimen similar al recogido en los arts. 198 y 199 LGT. Por otro lado, en su caso, el contribuyente podrá alegar la

prescripción y la imposición de una multa del 150% del impuesto calculado sobre los bienes o derechos no informados se verá sustituida por una multa más razonable y proporcional.

Recordemos que dicha obligación no existirá si el contribuyente es el que tiene la custodia de sus monedas mediante el control de las claves privadas (p.ej. usando wallet como Metamask o hard wallet). En todo caso, deberemos estar atentos al desarrollo reglamentario que haga el Gobierno como consecuencia de este pronunciamiento por parte del TJUE, con especial atención a lo mencionado respecto de las criptomonedas.

¿QUÉ SON LAS «COOKIES»?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 2 de febrero de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación
#ProtecciónDatosPersonales

En nuestro día a día hacemos uso de distintas páginas web, aplicaciones y servicios digitales pero son pocas las ocasiones en las que nos paramos a pensar la información que estos servicios tienen de nosotros como usuarios.

Aquí entran en juego lo que ya todos conocemos como las cookies, esas "galletitas" que todo el mundo parece conocer y que, cuando preguntamos, cada persona tiene una definición propiamente acuñada. Y no es de extrañar puesto que, a menudo, la explicación que tenemos sobre las "cookies" nace de su función más que de un concepto propio y unitario. En otras palabras, como si sólo supiésemos para que sirven o cuáles son sus funciones sin saber realmente qué son.

Pero nosotros somos juristas y tenemos unos preciosos textos y documentos legales en los que apoyarnos para situaciones como esta.

CONCEPTO DE COOKIE

Nuestra primera parada, antes de entrar a discutir el funcionamiento de las cookies, ha de ser establecer un concepto único que nos permita dar respuesta al QUÉ SON.

El Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, sobre el tratamiento de datos personales y la libre circulación de los mismos (en adelante **RGPD**) hace referencia a las cookies en su Considerando (30); en él se explica que las personas físicas pueden ser asociadas mediante una serie de identificadores en línea que son facilitados por los dispositivos que utilizan (*tablets, smartphones, ordenadores, etc...*) así como por las aplicaciones que se encuentran dentro de estos dispositivos (por ejemplo, *Twitter, Instagram, Amazon, Facebook...*).

¿Y qué interés tienen estos identificadores? Precisamente que, por sí solos o siendo combinados con otros identificadores personales o datos recibidos por los servicios, pueden permitir la elaboración de perfiles de personas físicas o poder identificarlas.

Pongamos dos ejemplos: En sentido figurado, sería lo mismo que dejar un rastro de migas de pan que, por independiente pueden no significar mucho, pero si las seguimos, seguramente alcancemos y conozcamos quién está detrás de ese rastro de migas de pan.

En sentido más técnico; un pseudónimo en línea quizá no baste para identificar a una persona en una red social. Pero si a ese pseudónimo le sumamos una dirección IP y un correo electrónico asignado a la cuenta que usa el pseudónimo, entonces, sí que podemos "rastrear" e identificar a una persona física a través de identificadores aislados.

A esta primera aproximación debemos sumar la que realiza la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI) en su artículo 22.2, que dice lo siguiente:

"2. 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, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica

*15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
[...]"*

Y si seguimos este "hilo", llegamos a la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, conocida como **Directiva sobre Privacidad y las comunicaciones electrónicas**, en la que se refería a las cookies como "chivatos" y les reconocía utilidad para, por ejemplo, analizar la efectividad del diseño y de la publicidad de un sitio web así como para verificar la identidad de usuarios partícipes en actividades en línea – obviamente, como comentaremos más adelante, todo ello partirá del consentimiento por parte del usuario del servicio como la base para el cumplimiento de las previsiones normativas.

También encontramos una mención expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante **LOPD**), a las cookies entendidas como dispositivos de almacenamiento masivo de datos instalados en el dispositivo del usuario en relación con la recogida de "información por capas" de los usuarios – algo que trataremos más adelante.

Ergo, podemos concluir que; las cookies son paquetes de datos, instalados en los dispositivos o terminales de los usuarios por parte de páginas web, aplicaciones u otros servicios, que funcionan a modo de carpetas de almacenamiento masivo de información con el objetivo de recabar información y datos de los usuarios.

Como podemos observar, no se ha desarrollado el concepto de **cookies** en el marco normativo nacional o comunitario y, por tanto, a menudo, se acude con mayor frecuencia a una descripción mucho más técnica aunque no jurídica. A pesar de ello, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea si que ha abordado la casuística de las cookies en relación con la protección de los datos de los usuarios en cuyos terminales éstas estaban siendo instaladas.

A modo de ejemplo, podemos citar las Conclusiones del **Abogado General Sr. Maciej Szpunar** en el Asunto C-673/17 (Caso Planet49 GmbH), apartados 36 a

40, que nos sirven como una suerte de "cánones" interpretativos a la hora de atender al **concepto** de **cookies** de una forma mucho más práctica y aplicada. Así, el Abogado General las define de la siguiente forma:

"36. Una "cookie" es un modo de recoger la información generada por un sitio web y guardada por el navegador de los internautas. Es una pequeña información o fichero de texto, normalmente de menos de un "Kbyte" que los sitios web piden al navegador de los internautas que instale en el disco duro local del ordenador o dispositivo móvil del usuario."

Lógicamente, el siguiente de los puntos a tratar serán las funciones y los distintos tipos de "cookies" que pueden darse en el entorno digital.

Este punto lo abordaremos en la siguiente publicación sobre las "cookies" y, además, plantearemos también la necesidad de un consentimiento expreso e informado por parte del usuario para que se puedan cumplir las finalidades previstas de las cookies así como las excepciones que se contemplan en el artículo 22.2 de la LSSI.

EL CONCEPTO DE «PROSUMIDOR» EN EL DERECHO DE CONSUMO

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 14 de febrero de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

¿Quién no ha usado de vez en cuando alguna aplicación como *Wallapop* o *Vinted* para dar salida a algunas cosillas que ocupaban demasiado espacio o que ya no tenían utilidad? ¿Y quién no ha tenido dudas acerca del estado de los productos que se anuncian en este tipo de páginas web y aplicaciones?

Hoy volvemos a zambullirnos, nuevamente, en el Derecho de Consumo para hablar de un caso muy particular, que no es otro que la figura del "Prosumidor". Pero antes, vamos a dar unas breves pinceladas sobre que es el "Prosumidor".

CONCEPTO.

Concepto general.

El concepto de "Prosumidor" (*prosumer* en inglés) no es un concepto propio del mundo jurídico. Al contrario, no hay una noción propia asignada a unas características o naturaleza jurídica per sé. Por ello para dar respuesta a la pregunta ¿QUÉ ES? Propongo saltarnos el "vallado" normativo que circunscribe el mundo jurídico para aterrizar en terrenos del marketing digital.

Viajamos al pasado, concretamente hasta la década de los 80, en la que el autor estadounidense Alvin Toffler acuñó por primera vez el término *prosumer* en su obra "La Tercera Ola". Toffler definía este híbrido entre *producer* (productor) y

consumer (consumidor) como “un usuario que tenía un rol activo en la producción de productos y servicios que consume.”

Esta definición ha quedado totalmente desactualizada tras ver el impacto de la sociedad digital y, sobre todo, cómo la tecnología y las TIC se han incorporado en nuestra vida cotidiana hasta configurar una suerte de simbiosis absoluta con el individuo, con el consumidor.

Sí, como hemos indicado antes, nos trasladamos al ámbito del marketing digital (o marketing 3.0) esta definición se adapta y moldea para dar forma a una “especie” de consumidor que, a la par, reúne las funciones que cualquier “desarrollador” o “productor” llevaría a cabo en el proceso de creación y/o consolidación de una marca de productos o servicios.

Pongamos un ejemplo sencillo.

(1.) Nuestros lectores tienen acceso a Internet, muchos de ellos tendrán redes sociales e incluso cabe la posibilidad de que nos sigan en algunas de ellas. Si cualquiera de nuestros lectores decidiera comentar alguna de nuestras publicaciones para darnos un “feedback”, ya fuera positivo o negativo, sobre cualquiera de nuestras publicaciones, cumpliría la función de *prosumer* desde una perspectiva de usuario.

(2.) Si, por ejemplo, Lato Sensus fuera una asesoría jurídica y este usuario nos dejase una reseña sobre cómo hemos gestionado alguna de sus consultas, también se trataría de un *prosumer* pero, esta vez, dentro de una relación contractual entre un consumidor y un empresario y, por ende, nos encontramos en el terreno del derecho de consumo, que es el que abordaremos en este artículo.

Conceptualización jurídica.

Obviamente, si nos adentramos en el entramado jurídico, tendremos que contar con la salvaguarda de conocer la existencia de una definición propia, adaptada a la realidad jurídica y a la relación que mantienen las partes. Conocer la

naturaleza contractual del servicio prestado por el empresario al usuario o consumidor que así lo ha solicitado o adquirido.

El primer problema surge cuando tenemos que aplicar las nociones básicas del *prosumer* al encaje conceptual que presentan los artículos 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante TR-LGDCU), que contienen la definición de consumidor y empresario, respectivamente.

Con independencia del concepto de "consumidor" de los Libros III y IV del TR-LGDCU, se entienden por consumidor a; las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como aquellas personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno al de su actividad profesional, empresarial o comercial.

Así, no habría problema en afirmar, siguiendo los ejemplos que he mencionad antes, que el usuario que ha mantenido un negocio jurídico con Lato Sensu se enmarca dentro del concepto ofrecido por el artículo 3 del TR-LGDCU. La dificultad surge cuando ampliamos el horizonte funcional de la figura del "consumidor" tradicional con la nueva realidad ofrecida por los *prosumers*.

Este "obstáculo" interpretativo se materializa cuando el consumidor o usuario medio de un servicio hace de la interacción con este servicio una pseudo-actividad comercial. Para poner un ejemplo en este aspecto rescato las primeras líneas del presente post.

Ejemplo; Si un particular, usuario de una aplicación web como es Wallapop crea una cuenta con un "alias" o pseudónimo y comienza a vender productos en esta plataforma, podemos afirmar que nos encontramos ante este híbrido entre "productor" y "consumidor".

El eje del conflicto se encuentra situado en esa tenue línea que separa – o mejor dicho, puede separar – a la persona física entendida como consumidora de

aquella que pasa a convertirse en un “empresaria” por convertir ese servicio en su actividad comercial o profesional principal.

Llegados a este punto es obligada la siguiente cuestión. ¿Entonces si llevamos a cabo compraventas, permutas o cualesquiera negocios jurídicos equivalentes en aplicaciones o servicios web como Wallapop y similares, tendremos nosotros la condición de empresario en todo momento? La respuesta, a priori, es negativa aunque ello no obsta para que la respuesta cambie si atendemos a las circunstancias de cada caso.

Para ilustrar esta perspectiva, vamos a tratar el Caso Kamenova que resuelve la Sentencia – de la Sala Quinta – del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de octubre de 2018 (Asunto C-105/17).

EL CASO KAMENOVA, CUANDO EL CONSUMIDOR SE CONVIERTE EN COMERCIANTE

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 20 de febrero de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

Con el auge de plataformas de compraventa e intercambio como las que ya hemos mencionado, estos servicios se configuran como intermediarios neutrales y con nula interacción entre las partes, siendo estas las protagonistas en los negocios jurídicos.

Ahora bien, los problemas surgen cuando la interacción entre estos usuarios se transforma en una compraventa en la que no se terminan de perfilar bien las partes. ¿Nos encontramos en un supuesto dónde ambos son consumidores (C2C) o puede tratarse de un negocio entre una persona jurídica y un consumidor (B2C)? No olvidemos que, en el marco normativo nacional, si atendemos a lo dispuesto por el artículo 3 del TR-LGDCU, una persona jurídica puede revestir carácter de "consumidor" cuando actúa fuera de su ámbito profesional y que, por tanto, podemos incluso encontrarnos con supuestos dónde esta persona jurídica adquiera un producto de un particular (relación C2B, menos usual, pero posible).

El conglomerado de opciones y configuraciones es diverso, sin duda, pero en lo que nos ocupa, veremos que las dudas que surgen a la hora de atribuir la condición de "consumidor" o "empresario" son más complejas de lo aparente.

SUPUESTO.

En el Asunto C-105/17 (**Caso Komisia za zashtita na potrebitelite vs. Evelina Kamenova**), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea conoce de una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Varna, Bulgaria.

En este asunto, un consumidor adquiere un reloj de pulsera en el sitio web www.olx.bg (una web de compraventa a distancia de productos de segunda mano). Al considerar que el producto no responde a las características que se indicaban en el anuncio publicado en la página web en cuestión, presentó una reclamación ante la Comisión búlgara para la protección del consumidor una vez que el vendedor del producto se negase a devolver el importe pagado por el artículo.

La Comisión búlgara para la protección del consumidor realizó las correspondientes pesquisas hasta averiguar que tras el alias usado por el vendedor en la web se encontraba la Sra. Kamenova. Asimismo, el prestador del servicio responsable de la plataforma www.olx.bg puso en conocimiento de este organismo que la Sra. Kamenova había puesto a la venta ocho artículos adicionales en dicha web y que, entre estos productos, se encontraba el reloj objeto del litigio.

Presentado el caso, **el punto principal** que nos interesa tratar no es otro que conocer si este tipo de actuaciones alteran la condición de consumidor del vendedor convirtiéndolo, a ojos del marco normativo comunitario, en empresario.

Con el auge de plataformas de compraventa e intercambio como las que ya hemos mencionado, estos servicios se configuran como intermediarios neutrales y con nula interacción entre las partes, siendo estas las protagonistas en los negocios jurídicos.

MARCO NORMATIVO

En este caso, nos interesa tener presente el siguiente **marco normativo (comunitario)**:

- Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. À Considerandos 14 y 15 y artículos 1 a 3 de la Directiva.
- Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores. À Artículos 1 a 3 de la Directiva.

DESARROLLO JURÍDICO

Como ya hemos adelantado, las cuestiones presentadas partían de la dificultad interpretativa de la noción de “comerciante” de las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en el marco de la protección de los consumidores.

Más concretamente, la cuestión apunta a si una persona física que publica simultáneamente en un sitio de internet una serie de anuncios en los que ofrece a la venta bienes nuevos y usados puede ser calificada como “comerciante” en el sentido del artículo 2, letra b) de la Directiva 2005/29/CE y del artículo 2.2 de la Directiva 2011/83/UE y si, de otra parte, dicha actividad constituye una “práctica comercial” en el sentido del artículo 2, letra d) de la Directiva 2005/29/CE.

En esta situación, lo importante es conocer, en primer lugar, **(I)** si la Sra. Kamenova reviste la condición de comerciante y, en segundo lugar, **(II)** de darse tal condición, entrar a valorar si las prácticas de esta se integran como prácticas comerciales desleales a efectos de la Directiva 2005/29/CE.

De esta forma:

1. El concepto de “**comerciante**” recogida en las Directivas ya mencionadas es prácticamente similar. Así, se entenderá por “**comerciante**”; *cualquier*

*persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de este. (ex art. 2, letra b) de la Directiva 2005/29/CE)*¹².

Pero como se aprecia en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, es totalmente posible afirmar que para calificar como "comerciante" a un particular que "sube" o "cuelga" anuncios en un portal de compraventa de artículos nuevos o de segunda mano, deben concurrir la totalidad de elementos que describen las definiciones contenidas en las Directivas que venimos tratando.

A esto añade el Abogado General que para poder otorgar la calidad de "comerciante"¹³ a personas física o jurídicas al amparo normativo de las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE, debe atenderse al caso concreto. Así, se describen los siguientes criterios a seguir por los tribunales nacionales para poder llevar a cabo un correcto análisis que permita identificar la verdadera naturaleza de los sujetos implicados en estos asuntos¹⁴:

- Comprobar si la venta en una plataforma en línea se ha efectuado de forma planificada y con fines lucrativos.
- Si dicha venta responde a una duración y frecuencia determinadas.

¹² Si acudimos a la definición acuñada por la Directiva 2011/83/UE, el artículo 2.2 nos dice lo siguiente; «comerciante»: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva.

¹³ El espíritu del artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea marca un objetivo común, el buen funcionamiento del mercado interior y garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores en el marco legal comunitario. Por ende, la definición que ofrecen las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE al enmarcarse dentro de este marco proteccionista, apuntan de una manera casi idéntica a las figuras del comerciante y consumidor, facilitando la identificación de cada una de las mismas.

¹⁴ *Vid.* Apartado 51 y 52 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar en el Caso Kamenova.

- Si el vendedor posee un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio, y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial del vendedor.
- Si el vendedor está sujeto a IVA.
- Si el vendedor, actuando en nombre de un comerciante determinado o por cuenta de este o a través de otra persona en su nombre o siguiendo instrucciones, ha obtenido una remuneración o una participación en los resultados.
- Si el vendedor compra productos nuevos o usados con intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter de periodicidad, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad profesional.
- Si el importe del beneficio obtenido por las ventas confirma que la operación realizada forma parte de una actividad comercial.
- Si los productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos.

Estos no son criterios *numerus clausus* ni mucho menos. Este listado puede verse ampliado y detallado en mayor o menor medida a la vista de los Tribunales nacionales que sean competentes y estén conociendo de supuestos similares en los que puedan llegar a entrar en juego.

(II) La STJUE no atribuye la condición de comerciante a la Sra. Kamenova y, por tanto, no procede entrar a pronunciarse sobre "práctica comercial desleal" alguna, No obstante, sí que resulta de gran interés conocer y tensar los límites que el propio Abogado General establece y el Tribunal adopta en su Sentencia.

¿Es posible acotar una periodicidad "tipo" que permita delimitar el comienzo de una actividad o práctica comercial?

¿Cuál es el volumen económico que debe valorarse como mínimo para atribuir la condición de "comerciante" a un particular que hace uso de este tipo de servicios?

¿Si un particular sube decenas de productos a servicios de este tipo pero su valor es ínfimo estamos también ante un "comerciante"?

¿Estos criterios funcionan de forma autónoma o cumulativamente?

Son muchas las preguntas que pueden formularse al hilo de este supuesto y seguro que la transformación digital constante dará pie al surgimiento de realidades alternativas que dificulten la aplicación de los criterios jurisprudenciales fijados por el TJUE.

¿Qué conclusión sacamos de esto? La primera de ellas. Que el abanico interpretativo es amplio y que un particular puede llegar a ser considerado "comerciante" a efectos prácticos con el objetivo de proteger los derechos e intereses de los consumidores en el marco jurídico comunitario y nacional.

Y la segunda de ellas; ninguno de nosotros nos escapamos a la plasticidad del derecho de consumidores.

LA NUEVA LEY DE CONVIVENCIA UNIVERSITARIA ¿QUÉ CAMBIOS INTRODUCE RESPECTO DEL REGLAMENTO DE DISCIPLINA ACADÉMICA DE 1954?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 28 de febrero de 2022

#Derecho #DerechoAdministrativo #Universidades

ANTECEDENTES GENERALES

El pasado 25 de febrero de 2022 se hizo público en el Boletín Oficial del Estado (BOE en adelante) la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria (a la que me referiré como LCU), una Ley que ha arrastrado consigo una cantidad ingente de cambios, modificaciones, enfoques y perspectivas una y otra vez que los colectivos afectados por su contenido veían cómo sus pretensiones, alegaciones y propuestas se desestimaban.

Esta "famosa" Ley de Convivencia Universitaria, a pesar de tener un origen relativamente pacífico y de gozar de una buena acogida primeriza entre los distintos colectivos y representantes estudiantiles, pronto comenzó a zozobrar, como barco en una tempestad, azotada principalmente por vientos ideológicos que convirtieron "el papel" en su campo de batalla.

El reflejo de este malestar pronto se materializó en convocatorias de los sectores de representación estudiantil como la que llevaron a cabo el Consejo de Estudiantes Universitarios del Estado (CEUNE) y la Coordinadora de Representantes de Estudiantes de las Universidades Públicas (CREUP) en

noviembre de 2021 contra la LOSU (Ley Orgánica del Sistema Universitario) y contra la LCU (Ley de Convivencia Universitaria).

Para contextualizar, algunos de los problemas que presentaba el Anteproyecto de la LOSU eran los siguientes:

- La denuncia por parte de Comisiones Obreras (CCOO) sobre la ausencia de contacto para la consulta o negociación del contenido de la mencionada Ley.
- El aumento del porcentaje mínimo de Personal Docente Investigador (PDI en adelante) y el aumento del número de figuras contractuales previstas (se crean otras nuevas figuras como la de Profesores/as Sustitutos/as o Profesores/as Distinguidos/as que) no creó sino descontento entre el personal docente funcionario que veía como no se ponía solución a la modalidad contractual temporal reinante en el sistema universitario actual.
- Un nuevo sistema de “gobernanza” en la Universidad Pública que relegaba a un espacio de falso “claro-oscuro” al Claustro Universitario así como una reducción sustancial de los representantes de los estudiantes en los máximos órganos de representación y gobierno en sus respectivas universidades.

Desde los colectivos estudiantiles se manifestaron numerosas quejas y reivindicaciones de índole mucho más crítica con la LCU que con la LOSU puesto que su incidencia en el día a día de los estudiantes universitarios era sustantiva. Estas reclamaciones al Ministerio de Universidades, por aquel entonces a cargo de Manuel Castells, tuvieron finalmente calado dando lugar, finalmente, a un sistema mucho más flexible en lo que a las sanciones anteriormente contempladas en el borrador inicial del Anteproyecto de la LCU se refiere.

No obstante, las aguas no volvieron a su cauce de forma pacífica y es ahora cuando verdaderamente se observarán si los cambios implementados a través

de las numerosas modificaciones operadas sobre el texto original de la LCU dan lugar a un Régimen Sancionador a la altura del actual sistema universitario.

ANTECEDENTES NORMATIVOS.

Desde una perspectiva jurídica, la promulgación y entrada en vigor de la nueva Ley 3/2022, de 24 de febrero, de Convivencia Universitaria viene a derogar el longevo período de vigencia del Decreto de 8 de septiembre de 1954 por el que se aprueba el Reglamento de disciplina académica de los Centros oficiales de Enseñanza Superior y de Enseñanza Técnica, dependientes del Ministerio de Educación Nacional (al que me referiré como Reglamento de Disciplina de 1954).

Así es, hasta el pasado 25 de febrero de 2022, el régimen sancionador aplicable al ámbito universitario venía a establecerse por un Reglamento preconstitucional cuyos términos, en una gran variedad de circunstancias, quedaron superados tiempo ha.

Con una lectura sucinta podemos observar que los principios y valores sobre los que se construye el Reglamento de Disciplina de 1954 se encuentran a eones de la actualidad, resultando en una norma de difícil ajuste al marco constitucional que le precedió.

A modo de ejemplo, y sin ánimo de entrar a estudiar la estructura del Reglamento de 1954, el artículo 5 despliega el catálogo de faltas que pueden ser llevadas a cabo por los escolares, seguido, en el artículo 6 de este mismo Reglamento, por las correspondientes sanciones imponibles a cada una de las anteriores.

Pues bien, si atendemos al apartado 5º del artículo 5.a) encontramos "la falta de probidad y la constitutiva de delito" como falta grave. El Reglamento carece

de una determinación conceptual de “probidad¹⁵” lo que desemboca, sin duda alguna, en la confección de un cajón de sastre a través de un concepto jurídico indeterminado que funcione al arbitrio de la Administración del momento¹⁶.

Esto no es un hecho aislado. El lenguaje utilizado por el Reglamento de Disciplina Académica es vetusto, adaptado al contexto social y temporal del momento. Las faltas antes mencionadas- recogidas en el artículo 5 del Reglamento- son testigo, y a la vez prueba, de la tensión a la que se somete el principio de tipicidad frente al de taxatividad que caracteriza las prerrogativas de la Administración¹⁷.

Si seguimos avanzando – y como digo, sin entrar a estudiar su contenido – llegamos al artículo 35 del Reglamento que norma la convocatoria de Tribunales de Honor aplicable al personal docente y funcionariado. Esta es una de las numerosas muestras de la naturaleza preconstitucional del Reglamento; el artículo 26 de nuestra Constitución prohíbe en términos absolutos “los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales”.

¹⁵ Si acudimos a fuentes externas, como por ejemplo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vemos como la primera acepción de “probidad” es “honradez”. Entonces, la siguiente pregunta que debemos concatenar sería ¿Qué se entiende por “falta de honradez” en el contexto normativo en el que nos encontramos? Recuperado de <https://dle.rae.es/probidad>

¹⁶ STC 219/1989, de 21 de diciembre (Rec. 1440/1987) que dice así: «[...] para cualquier estudiante con experiencia normal es perfectamente reconocible que conductas como la que se dice en la relación de hechos probados De la resolución recurrida constituyen uno de los quebrantamientos más graves del deber de lealtad [...]. En definitiva, para cualquier estudiante normal [...] es perfectamente previsible que conductas tales, como pasarse escritos de un examen, copiar íntegramente el examen de otro alumno y entrar subrepticamente en el despacho de los profesores para elaborar y cambiar los exámenes a la vista de los exámenes de otros alumnos y de papeles reservados a dichos profesores merecen el máximo reproche y, por tanto, la máxima sanción de las previstas por la norma. Por tanto, puesto que existe una manifiesta previsibilidad de la conducta sancionable y de su gravedad dentro del cuadro de sanciones previstos por la norma por parte de quien asume las obligaciones propias de una relación de sujeción especial, ninguna inseguridad puede existir en este punto, con lo que quedaría satisfecha la exigencia de *lex certa* en los términos en los que viene definida por la doctrina del Tribunal Constitucional

¹⁷ STC 50/1983 sobre la compatibilidad del principio de taxatividad normativa y el principio de tipicidad dentro del ámbito sancionador del Derecho Administrativo; “concepto indeterminado para cuya concreción es procedente acudir [...] al contenido semántico del término”

Con estas ligeras y tenues pinceladas sobre el contenido del Reglamento de 1954 y su aplicación jurisprudencial¹⁸ podemos concluir concretar el contexto normativo del que partimos, la respuesta al "de dónde venimos" puesto que, con la entrada en vigor de la LCU entramos en una nueva fase, "hacia donde vamos", que nos permite contrastar el anterior régimen disciplinario con el actual y las novedades que este último integra y adapta.

LA NUEVA LEY DE CONVIVENCIA UNIVERSITARIA.

Ya en su Preámbulo, la nueva Ley 3/2022, de 24 de febrero, de Convivencia Universitaria (LCU) resalta lo anacrónico que resulta la aplicación del Reglamento de Disciplina Académica de 1954 en la sociedad universitaria actual. No obstante, como ya hemos adelantado, no han sido pocas las ocasiones en las que la aplicación de este Reglamento ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional respecto de la vigencia de este Reglamento, su aplicabilidad y la tensión respecto del contenido del artículo 25.1 de la Constitución Española.

A modo de ejemplo, citar las SSTC de 15/1981 de 7 de mayo; 83/1990, de 4 de mayo; 219/1991 de 25 de noviembre y 93/1992 de 11 de junio, entre otras, en las que el Tribunal venía a establecer que *"la exigencia de reserva legal en la Constitución no invalida las normas reglamentarias anteriores a ella, dictadas válidamente en el marco del sistema a la sazón vigente, sino que dichas reservas operan sólo a partir de la vigencia de la Constitución, sin efecto retroactivo, por aplicación del principio «tempus regit actum»¹⁹."*

No entraremos a valorar las matizaciones que presenta este preámbulo respecto de los intereses subyacentes en el ya vetusto Reglamento sobre el control del orden público dentro de las instituciones universitarias pero si que

¹⁸ A destacar, entre otras, las SSTS de 7 de junio de 1999 (RJ 19995018), de 15 de diciembre de 2000 (RJ 20009853) y de 7 de marzo de 2002. Vid. STSJ de Cataluña (Contencioso, Sección 5ª) 1312/2000, de 5 de diciembre (JUR2001110896).

¹⁹ ABAD LICERAS, J.M., "La picaresca en la Universidad; reflexiones jurisprudenciales sobre la aplicación del Reglamento de Disciplina Académica", *Diario La Ley* Nº. 5610, Sección Doctrina, 12 de septiembre de 2002.

resulta conveniente tomar en consideración algunos de los pronunciamientos más destacados del Tribunal Supremo sobre la aplicación de dicho Reglamento:

- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 7 de junio de 1.999 (Rec. 5764/1992)
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 15 de diciembre del 2.000 (Rec. 7161/1993)
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 7 de marzo de 2002 (Rec. 7023/1994)

Con la entrada en vigor de la nueva LCU, tal y como expone su Disposición derogatoria única, se pone fin al “reinado de terror” del anterior Reglamento en tanto supone su derogación.

Y, al contrario que en el apartado anterior, si que debemos hacer una breve parada para decantar el objeto de la LCU. El artículo 1.1 de esta Ley no sólo se exige el establecimiento de unas bases generales que mejoren la convivencia dentro del ámbito universitario si no que, además, va más allá integrando en su ámbito objetivo el fomento de métodos alternativos a la resolución de los conflictos que se den en este ámbito.

Por tanto, conviene tener presente que, hasta cierto punto – y desde la perspectiva de un servidor- la propia LCU prevé, de forma indirecta, una aplicación complementaria del régimen disciplinario frente a la búsqueda de un camino alternativo de resolución de los conflictos que se originen en el seno de la institución – atendiendo, claro está, a la gravedad de los supuestos; así la viabilidad y eficacia de este tipo de medidas aplicará a aquellos supuestos que no se integren en la tipificación que la LCU desarrolla en los artículos 10 a 13²⁰.

²⁰ Atendiendo a la presentación que hace el legislador en el Preámbulo así como de la delimitación del objeto que hace la LCU en su artículo 1 parece plausible afirmar la existencia de una suerte de “primacía” de la resolución de conflictos de reducida incidencia a través de mecanismos alternativos a los previstos en el régimen sancionador desarrollado en la LCU.

De la dicción literal del artículo 1 de la LCU podemos diferenciar dos regímenes claros. Un dualismo que, por un lado configura un sistema de resolución de conflictos claramente inspirado en los principios de la mediación (principio de voluntariedad, confidencialidad, equidad, imparcialidad, buena fe y respeto mutuo, prevención y prohibición de represalias, flexibilidad, claridad y transparencia ex. art. 5 de la LCU) mientras que, de otro lado, se mantiene un régimen disciplinario general adaptado al actual funcionamiento de la institución universitaria no sin traer consigo ciertas reticencias y puntos de conflicto dentro y fuera de este ámbito – y que abordaré más adelante.

Siguiendo esta argumentación, resultaría coherente el desarrollo de un cauce propio para aquellos casos en los que las partes voluntariamente se sometieran a un proceso de mediación "guiado" por la Comisión de Convivencia pero, lejos de ser así, el legislador constriñe este cauce dentro del desarrollo del procedimiento disciplinario.

Ello resulta, en cierto modo, contradictorio puesto que, si bien parte de la finalidad de la LCU prevé la construcción de un sistema de resolución de conflictos alternativo al tradicional régimen disciplinario, la propia *voluntas legislatoris* deshace los pasos dados *en pro* del desarrollo del procedimiento disciplinario común, relegando la funcionalidad de la Comisión de Convivencia a aquellas situaciones en las que las partes se sometan de forma voluntaria a estos procesos de mediación – reduciendo aun más sus "competencias" a aquellos supuestos en los que la propia Comisión observe la "viabilidad" y "procedencia" atendiendo a los hechos y gravedad.

En mi humilde opinión, considero que el legislador trata de incorporar los procesos de mediación para aquellos supuestos en los que la incidencia y la gravedad de los hechos sean leves o de escasa sustantividad, en los que las partes implicadas pudieran someterse de forma voluntaria a esta resolución alternativa al régimen disciplinario tradicional.

Sin embargo, si bien la creación de la Comisión de Convivencia viene a ser exigida por la LCU, habilita a las Comunidades Autónomas y a las respectivas Universidades para el desarrollo de cuestiones normativas relativas a la organización, funcionamiento, nombramiento de sus miembros e incompatibilidades de sus miembros, entre otras cuestiones, la LCU no realiza – u omite, desconocemos si deliberadamente – delimitación alguna sobre su función dentro de la institución universitaria siendo nada más que una “comisión más” sin un ámbito objetivo definido. Un nuevo cajón de sastre para, en palabras del legislador, “dar cumplimiento a lo dispuesto por esta Ley”.

Críticas a parte, y dejando atrás el régimen alternativo previsto en sus artículos 5, 6 y 19, letra c) (LCU), entremos con el nuevo **RÉGIMEN DISCIPLINARIO**.

Al igual que su predecesor, la LCU establece una triple tipificación de faltas disciplinarias que distingue entre faltas muy graves, graves y leves (con independencia de las graduaciones que hagan las Comunidades Autónomas y las universidades respecto de las bases previstas en la LCU) – art 10.1 y 10.2 de la Ley 3/2022, de 24 de febrero.

Las diferencias más notables las encontramos en las conductas que se tipifican en cada una de estas categorías. Para tener una diferencia más visual, a continuación mostramos una tabla comparativa entre la LCU y el Reglamento de Disciplina Académica de 1954 de cada una de estas categorías para contrastar las conductas de las que el legislador entiende que deriva responsabilidad disciplinaria.

| REGLAMENTO DE DISCIPLINA ACADÉMICA DE 1954 | LEY 3/2022, DE 24 DE FEBRERO, DE CONVIVENCIA UNIVERSITARIA |
|--|---|
| FALTAS GRAVES (Art. 5, letra a) del Reglamento de 1954) | FALTAS MUY GRAVES (Art. 11 de la LCU) |
| <p>a) Graves:</p> <p>1.ª Las manifestaciones contra la Religión y moral católicas o contra los principios e instituciones del Estado.</p> <p>2.ª La injuria, ofensa o insubordinación contra las autoridades académicas o contra los Profesores.</p> <p>3.ª La ofensa grave, de palabra u obra, a compañero, funcionarios y personal dependiente del Centro.</p> <p>4.ª La suplantación de personalidad en actos de la vida docente y la falsificación de documentos.</p> <p>5.ª La falta de probidad y las constitutivas de delito.</p> <p>6.ª La reiteración de faltas menos graves.</p> | <p>a) Realizar novatadas o cualesquiera otras conductas o actuaciones vejatorias, física o psicológicamente, que supongan un grave menoscabo para la dignidad de las personas.</p> <p>b) Acosar o ejercer violencia grave contra cualquier miembro de la comunidad universitaria.</p> <p>c) Acosar sexualmente o por razón de sexo.</p> <p>d) Discriminar por razón de sexo, orientación sexual, identidad de género, origen nacional, pertenencia a grupo étnico, edad, clase social, discapacidad, estado de salud, religión o creencias, o por cualquier otra causa personal o social.</p> <p>e) Alterar, falsificar, sustraer o destruir documentos académicos, o utilizar documentos falsos ante la universidad.</p> <p>f) Destruir y deteriorar de manera irreparable o sustraer obras catalogadas del patrimonio histórico y cultural de la universidad.</p> <p>g) Plagiar total o parcialmente una obra, o cometer fraude académico en la elaboración del Trabajo de Fin de Grado, el Trabajo de Fin de Máster o la Tesis Doctoral. Se entenderá como fraude académico cualquier comportamiento premeditado tendente a falsear los resultados de un examen o trabajo, propio o ajeno, realizado como requisito para superar una asignatura o acreditar el rendimiento académico.</p> <p>h) Incumplir las normas de salud pública establecidas para los centros universitarios, sus</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>instalaciones y servicios, poniendo en riesgo a la comunidad universitaria.</p> <p>i) Suplantar a un miembro de la comunidad universitaria en su labor propia o prestar el consentimiento para ser suplantado, en relación con las actividades universitarias.</p> <p>j) Impedir el desarrollo de los procesos electorales de la universidad.</p> <p>k) Haber sido condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso que suponga la afectación de un bien jurídico distinto, cometido en los centros universitarios, sus instalaciones y servicios, o relacionado con la actividad académica de la universidad.</p> |
| <p align="center">FALTAS MENOS GRAVES (Art. 5, letra b) del Reglamento de 1954)</p> | <p align="center">FALTAS GRAVES (Art. 12 de la LCU)</p> |
| <p>1.^a Las palabras o hechos indecorosos o cualesquiera actos que perturben notablemente el orden que debe existir en los establecimientos de enseñanza, dentro o fuera de las aulas.</p> <p>2.^a La resistencia, en todas sus formas, a las órdenes o acuerdos superiores.</p> <p>3.^a Las faltas de asistencia a clase y los demás hechos comprendidos en los números anteriores, cuando tengan carácter colectivo.</p> <p>4.^a La reiteración de faltas leves.</p> | <p>a) Apoderarse indebidamente del contenido de pruebas, exámenes o controles de conocimiento.</p> <p>b) Deteriorar gravemente los bienes catalogados del patrimonio histórico y cultural de la universidad.</p> <p>c) Impedir la celebración de actividades universitarias de docencia, investigación o transferencia del conocimiento, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3.</p> <p>d) Cometer fraude académico, definido éste de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.g).</p> <p>e) Utilizar indebidamente contenidos o medios de reproducción y grabación de las actividades universitarias sujetas a derechos de propiedad intelectual.</p> |

| | |
|--|--|
| | <p>f) Incumplir las normas de seguridad y salud establecidas por los centros universitarios y sus instalaciones y servicios.</p> <p>g) Acceder sin la debida autorización a los sistemas informáticos de la universidad.</p> |
| <p>FALTAS LEVES (Art. 5, letra c) del Reglamento de 1954)</p> | <p>FALTAS LEVES (Art. 13 de la LCU)</p> |
| <p>c) Leves:</p> <p>Serán faltas leves cualesquiera otros hechos no comprendidos en los apartados anteriores que puedan causar perturbación en el orden o disciplina académicos.</p> | <p>Se consideran faltas leves:</p> <p>a) Acceder a instalaciones universitarias a las que no se tenga autorizado el acceso.</p> <p>b) Utilizar los servicios universitarios incumpliendo los requisitos establecidos de general conocimiento.</p> <p>c) Realizar actos que deterioren los bienes del patrimonio de la universidad.</p> |

El esfuerzo del legislador se plasma en un mayor desarrollo y desglose de conductas típicas aplicables al estudiantado universitario. Ya no dependemos de un régimen que se construya sobre un plano de conceptos jurídicos indeterminados si no que se aleja de esa tensión entre la tipicidad y taxatividad que tanto caracterizaba el régimen disciplinario previo en favor de una **cobertura cuasi-total** de cuantas circunstancias pueden darse en el entorno universitario nacional.

Quizás, destaca sobre el resto de faltas muy graves aquella que ocupa la letra a) del artículo 11 de la LCU y que tipifica las ya por todas conocidas "**NOVATADAS**".

Este apartado puede resultar, a mi parecer, un punto conflictivo en tanto, en muchas ocasiones, este tipo de conductas no llegan a suponer vejaciones directas o agresiones físicas y, a mayor abundamiento, habría de atenderse a aquellas situaciones en las que la participación en este tipo de actos nace de un consentimiento libre y expreso por parte de aquellos llamados a ser los **"novatos"**.

Sin ánimo de extendernos mucho más, destacar la consideración de **medidas sustitutivas de las sanciones** impuestas para las faltas graves (ex. art. 12 LCU) en atención a lo dispuesto por el artículo 20 de la LCU -si surgiera un interrogante sobre la aplicabilidad del contenido de este precepto respecto de las sanciones leves, anotar que, las sanciones para las faltas consideradas leves son de naturaleza privada, como sería el caso de amonestaciones.

Muchas son las cuestiones que nos dejamos en el tintero pero también requieren de un mayor estudio y análisis que exceden de las posibilidades de este humilde blog. Tratados los elementos nucleares que contrastan con lo normado por el Reglamento de Disciplina Académica de 1.954, lo que ahora deberá recabar nuestra atención será el desarrollo que las distintas CC.AA y sus correspondientes Universidades (públicas y privadas) harán respecto de las bases sentadas por la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de Convivencia Universitaria.

Estaremos pendientes de la aplicabilidad y practicidad del contenido de esta LCU y, con total seguridad, abordaremos nuevamente en publicaciones posteriores.

NORMATIVA CONSULTADA

- Decreto de 8 de septiembre de 1954 por el que se aprueba el Reglamento de disciplina académica de los Centros oficiales de Enseñanza Superior y de Enseñanza Técnica, dependientes del Ministerio de Educación Nacional.

- Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- PEMÁN GAVÍN, J., "El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: Sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de Disciplina Académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)", publicado en *Revista de Administración Pública*, nº. 135, septiembre de 1994.
- TARDÍO PATO, J.A., "La problemática actual de la potestad disciplinaria sobre el alumnado de las universidades públicas", publicado en *Revista RUEDA*, nº5, 2020.
- ABAD LICERAS, J.M., "La picaresca en la Universidad; reflexiones jurisprudenciales sobre la aplicación del Reglamento de Disciplina Académica", *Diario La Ley* Nº. 5610, Sección Doctrina, 12 de septiembre de 2002.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

- "La nueva LOSU: un «totum revolutum» que para la comunidad universitaria se queda corto" por ELENA NIÑO, publicado en *The Huffington Post*, 13 de septiembre de 2021. Recuperado de https://www.huffingtonpost.es/entry/la-nueva-losu-un-totum-revolutum-que-para-la-comunidad-universitaria-se-queda-corto_es_612e2256e4b0f562f3e2b722

LA PRUEBA POR INDICIOS Y SU VALIDEZ EN EL PROCESO PENAL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 14 de marzo de 2022

#Derecho #DerechoProcesalPenal #DerechoPenal #DerechoProcesal

Hoy trataré de hacer una breve entrada refiriendo el concepto, regulación y validez de la prueba por indicios o «prueba indiciaria»; aportaré algún caso en el que la prueba por indicios se ha consolidado como prueba de cargo suficiente como para enervar el principio de presunción de inocencia en el procedimiento penal y, a la par, concluiré con algunas conclusiones personales sobre lo que, a mi parecer, es uno de los medios de prueba de mayor presencia en los procedimientos, sobre todo, en los procedimientos de índole penal.

CONCEPTO.

En primer lugar, es necesario apuntalar el **MARCO NORMATIVO** por el cual se regula la *prueba por indicios*.

Debemos partir de los artículos 385 y 386 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante **LEC**) – así como el artículo 767.3 de este mismo cuerpo legal – en sede de “*medios de prueba y las presunciones*”, ya que nos permiten hacer una primera aproximación al funcionamiento de este “medio probatorio”.

A pesar del aura de subsidiariedad que pudiera rodear a la *prueba indiciaria*, se trata de uno de los medios de prueba que mayor primacía tiene, sobre todo en

el procedimiento penal, que es en el que nos centraremos puesto que su incidencia es más aguda en este ámbito.

Debemos hacer una breve pausa para aclarar qué; nos podemos encontrar con dos tipos de presunciones diferenciadas. El artículo **385 de la LEC refiere a las presunciones legales** mientras que el artículo **386 de la LEC refiere a las presunciones judiciales**.

La diferencia que las separa radica en la enunciación de la propia presunción. **Las presunciones legales** son aquellas que establece la propia Ley dispensando de la respectiva prueba del hecho mientras que, en el caso de las **presunciones judiciales**, serán aquellas que parten de un hecho probado y que permiten al tribunal presumir la certeza de otro hecho si existe un vínculo preciso y directo de acuerdo a un criterio racional medio.

Y en segundo lugar, debemos delimitar el concepto de “prueba por indicios”, aunque la doctrina y jurisprudencia en numerosas ocasiones se refiere a este medio probatorio como **prueba indirecta o circunstancial**.

Así, la propia doctrina ha venido definiendo la **prueba indiciaria** como aquella que se dirige a probar la certeza de determinados hechos, indicios, que no son, per se, constitutivos de delito pero de los que puede llegar a inferirse la comisión o participación del acusado en los mismos por medio de un razonamiento construido en torno a un nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y aquellos que se pretenda/intente probar.

Se trata, por tanto, de una serie de datos cuya concatenación permite al Juez o Tribunal observar la consecución de un acto concreto por medio de un razonamiento lógico e inductivo; es decir, a partir de una serie de hechos individualizados y sólidos se permite alcanzar una conclusión que responda y se ajuste al principio de certeza judicial²¹.

²¹ STS 3504/2019, de 4 de noviembre de 2019 (Rec. 10207/2019).

Este medio probatorio tiene una presencia sustantiva en el procedimiento penal puesto que en numerosas ocasiones no se cuenta con prueba directa que permita al juzgador hacer una valoración de los hechos y, consecuentemente, alcanzar una convicción judicial que se refleje en el contenido de la resolución que dimana del procedimiento.

No obstante, no han sido – ni son, actualmente – pocos los interrogantes que surgen acerca del susodicho procedimiento lógico-deductivo que ha de seguir el Juzgador para alcanzar esa suerte de “certeza” sin incurrir en arbitrariedades o sin caer en convicciones morales.

Incluso la prolija jurisprudencia del Tribunal Supremo ha llegado a calificar la prueba indirecta o circunstancial no como medio probatorio como tal, sino como un procedimiento intelectual llevado a cabo por el propio Juzgador que permita fijar una serie de hechos relacionados, eso sí, con la prueba pero sin ser, en sí mismo, un medio de prueba per sé²².

Si bien hasta ahora hemos hablado del concepto de prueba indiciaria o indirecta, también necesitamos que se cumplan una serie de requisitos para que ésta pueda tener carga probatoria suficiente como para poder llegar a enervar la presunción de inocencia del investigado/acusado.

VALIDEZ DE LA PRUEBA POR INDICIOS.

Como hemos dicho hasta el momento, la validez de la prueba indirecta y su carga probatoria ha sido puesta en entredicho en numerosas ocasiones.

Para dar respuesta a estas dudas y esclarecer las situaciones en las que procede considerar este tipo de medios la jurisprudencia ha venido consolidando una serie de requisitos que han de considerarse para que, a su vez, se constituya prueba con ciertos visos de garantías procesales suficientes

²² SSTS 947/2007, de 12 de noviembre y 456/2008, de 8 de julio.

(SSTS 219/2014, de 27 de enero de 2014 y 1412/2019, de 24 de abril de 2019, entre otras) y que son los siguientes:

a) El indicio debe estar acreditado por medio de una prueba directa, en otras palabras, que estén plenamente acreditados, evitando confusiones sobre su certeza que suponga un riesgo para su consideración. Asimismo, los indicios deben someterse a criterios de verificación para no caer en vicios sobre posible falsificación, por ejemplo.

b) Es necesario que estos hechos sean plurales e independientes. ¿Por qué? Para evitar que con la apreciación de un solo hecho se efectúe un juicio inductivo que recaiga en arbitrariedad o azar.

Con carácter **EXCEPCIONAL**, podrá considerarse un **ÚNICO** indicio pero siempre y cuando tenga una gran fortaleza y solidez acreditativa.

c) Los indicios aducidos deben estar conectados, entrelazados a fin de que se retroalimenten y formen una suerte de mimbres probatorio. De igual forma, la conclusión que se sustraiga de esta acumulación de hechos/indicios ha de ser inmediatamente posterior.

En este punto quizá debamos introducir una metáfora para poder explicar y adaptar tal requisito.

No debemos confundir la prueba de indicios con un seguimiento. Si por ejemplo, tomamos como referencia un rastro de pisadas sobre la arena, la prueba indirecta no implicaría seguir el rastro hasta encontrar a esa persona, si no que, al contrario, desde una misma posición, podríamos ver como el rastro se aleja en una u otra dirección, con que distancia entre cada pisada y con qué profundidad de pisada.

En otras palabras, la prueba por indicios nos permite saber la dirección, la distancia/rapidez/velocidad de las pisadas y la fuerza de la pisada al mirar la arena. Sería tanto como centrarse en todos los elementos con los que se cuenta en ese instante concreto en el que se analiza la prueba para poder llegar a una conclusión sólida, si es posible, claro.

d) La prueba por indicios **TIENE QUE ESTAR MOTIVADA**. Esta exigencia trae causa en la fundamentación del procedimiento mediante el cual se ha esclarecido una serie de hechos que acarrear otros hechos y las correspondientes consecuencias. Esta exigencia es una suerte de mandato al Juzgador para que mantenga el principio de rigor, certeza jurídica y congruencia en sus resoluciones, no siendo distinto en esta ocasión.

Obviamente, la pregunta que surge a continuación es: ¿Cómo afecta esto a la presunción de inocencia?

El Tribunal Constitucional también se ha venido pronunciando acerca de la validez de la prueba indirecta como medio probatorio para enervar la presunción de inocencia.

En su STC 174/1985, de 17 de diciembre, sostiene que "a falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho de presunción de inocencia siempre y cuando; a) se parta de los hechos plenamente probados, b) los hechos constitutivos de delito se deduzcan de los indicios a través de un procedimiento mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano y se plasmen de forma motivada en sentencia condenatoria²³".

El derecho a la presunción de inocencia no es sino el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima

²³ En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en SSTC 91/1999, de 26 de mayo; 44/2000, de 14 de febrero; 135/2003, de 30 de junio y 61/2005, de 14 de marzo, entre otras

actividad probatoria realizada acorde a las garantías procesales exigibles al procedimiento, referidas a todos los elementos esenciales del tipo penal enjuiciado.

A fin de cuentas, con ello se pretende que, de esa actividad probatoria se pueda inferir los hechos y la participación del investigado -o encausado- en los mismos; de modo que, como indica la STC 189/1998, de 28 de diciembre, "solo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, [...] cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, no hubieran motivado el resultado de dicha valoración o bien la motivación del resultado fuera ilógica o insuficiente."

A continuación, os hago un breve resumen de la jurisprudencia consultada para la elaboración de este breve y sucinto post/artículo sobre el concepto y validez de la prueba indiciaria o indirecta en el ámbito procesal, concretamente, en el ámbito procesal penal.

No obstante, a pesar de no haber hecho referencia al ámbito procesal civil, ello no significa la inaplicación o la falta de utilidad de este medio probatorio en el mismo, sin embargo su presencia es más reducida siendo, quizá, de mayor importancia en aquellos procedimientos cuyo objeto sea la determinación de la filiación (ex. art. 767.3 de la LEC).

Desde una perspectiva más práctica, no cabe duda alguna de que las pruebas por indicios son, como quien diría, el «pan de cada día». No deben ser consideradas, a mi parecer, medios de prueba de segunda categoría dado que, por ejemplo, en la comisión de delitos informáticos son quizá, junto con las pruebas periciales, los medios de prueba que más redundan en ese tipo de procedimientos.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA:

ÁMBITO CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2005, de 14 de marzo de 2005 (ECLI: ES:TC:2005:61)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 43/2007, de 26 de febrero de 2007 (ECLI: ES:TC:2007:43)

ÁMBITO PENAL

- Sentencia del Tribunal Supremo 3504/2019, de 4 de noviembre de 2019 (Rec. 10207/2019) – ECLI: ES:TS:2019:3504
- Sentencia del Tribunal Supremo 31/2014, de 27 de enero de 2014. (Rec. 10512/2013) – ECLI: ES:TS:2014:219
- Sentencia del Tribunal Supremo 215/2019, de 24 de abril de 2019 (Rec. 10656/2018) – ECLI: ES:TS:2019:1412
- Sentencia del Tribunal Supremo 150/2014, de 26 de febrero de 2014 (Rec. 10813/2013) – ECLI: ES:TS:2014:647
- Sentencia del Tribunal Supremo 376/2017, de 24 de mayo de 2017 (Rec. 2336/2016) – ECLI: ES:TS:2017:2048

LA FISCALIDAD EN EL METAVERSO

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 21 de marzo de 2022

#Derecho #DerechoTributario #DerechoFiscal #Fiscalidad #Metaverso

El rebranding de Facebook en **Meta** con el **objetivo de conectar a personas mediante esta nueva realidad virtual**, ha originado la popularización de este término -especialmente por su carácter novedoso-. Más allá de las nuevas oportunidades sociales, tecnológicas y comerciales que brinda el metaverso, en este artículo se analizan sus aspectos fiscales más importantes.

METAVERSO Y CRIPTOMONEDAS

De una forma sencilla, el «*metaverso*» se define como un universo online y tridimensional que combina múltiples espacios virtuales. Al ser una representación virtual de la realidad, los usuarios -mediante sus avatares- pueden hacer lo que les apetezca: desde visitar museos o conciertos, a crear su negocio virtual. En definitiva, el metaverso innova las formas de comunicación social existentes.

En este sentido, si bien encontramos ejemplos primitivos del metaverso como **Second Life**, lo cierto es que actualmente este término va ligado al mundo ***blockchain, criptomonedas y NFTs***.

Así, el funcionamiento de la tecnología *blockchain* y de las criptomonedas permite transmitir valor de forma digital sin la intervención de un ente centralizador o intermediario -p.ej. un banco o el Estado-. En conexión con el

metaverso, las criptomonedas se constituyen, pues, en el medio de pago dentro de este nuevo ecosistema.

Tomando el ejemplo de Sandbox, con su token nativo SAND podemos adquirir tierras en el metaverso Sandbox, construir edificios, comprar artículos para nuestro avatar, etc.

Por otro lado, las características definitorias de los NFTs (Tokens No Fungibles) permiten a los usuarios disponer de identidades digitales únicas en el mundo virtual sobre diversos activos digitales.

Por ejemplo, la compra de un determinado ítem para nuestro avatar en Sandbox se verifica en forma de NFT, cuyas características confirman su carácter único y diferenciado.

LA FISCALIDAD EN EL METAVERSO: PRINCIPALES HECHOS IMPONIBLES

«No hay nada seguro salvo la muerte y los impuestos»

Benjamin Franklin

El fenómeno de las criptomonedas y NFTs permite que los negocios y operaciones realizadas en el seno del metaverso adquieran importancia económica al poder intercambiar, como fruto de tales negocios y operaciones, los tokens o criptomonedas que sirven como medios de pago del metaverso por dinero fiduciario. En definitiva, tales operaciones suponen una manifestación de la capacidad económica del contribuyente y van asociadas al cumplimiento de obligaciones de carácter fiscal.

En este post, nos centraremos en la tributación de una persona física que interactúa en el metaverso; siendo de aplicación el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y pudiendo destacar los siguientes casos de tributación.

Habitualmente, la mayoría de las operaciones que se realicen en el metaverso originarán **ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales** (arts. 33.1 y 46b) LIRPF), por la diferencia entre los respectivos valores de adquisición y transmisión; dándose ello en supuestos como:

- La compra del token nativo (p.ej. SAND o MANA) por el intercambiado de otra criptomoneda (p.ej. ETH). Esta **permuta** origina, según el caso, una ganancia o pérdida patrimonial (al hilo de lo indicado en las consultas vinculantes V0808-18, V0999-18, V1149-18).
- La adquisición de un NFT que representa un determinado ítem o elemento del metaverso (p.ej. parcela); pudiendo darse tal adquisición bien por su intercambio por el token nativo (**permuta**) o bien por el denominado «**minteo**» del **NFT** -donde se acuña el NFT y se desembolsa una cantidad del token nativo para costear el minteo, habiendo una transmisión del token nativo-.

Veamos tales supuestos con un ejemplo concreto:

Juan intercambia 5 ETH por 5000 MANA con la finalidad de adentrarse en el metaverso de Decentraland. Una vez creado su avatar, Juan decide comprar una parcela por 2000 MANA. Asimismo, minte un NFT que represente la máscara para su avatar, costeando tal minteo con 1000 MANA.

En estas tres operaciones, Juan realiza varios hechos imponible: uno por la transmisión de los ETH a cambio de MANA y dos transmisiones de MANA; una como consecuencia de la compra de la parcela y otra por el proceso de minteo del NFT. En los tres supuestos habría que calcular la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial.

Por otra parte, las posibilidades que brinda el metaverso permiten la existencia de otra clase de rentas y rendimientos:

- La generación de **rendimientos del capital mobiliario por el arrendamiento de bienes muebles** (art. 25.4c) LIRPF). Ello ocurriría en el arrendamiento que realizara un usuario de un bien digital del que es propietario -p.ej. una parcela-. La naturaleza de bienes muebles de los NFT deriva de su propia naturaleza como mera anotación en cuenta en un registro distribuido denominado cadena de bloques, así como por el criterio seguido por la Dirección General de Tributos en relación con las criptomonedas, que las asimila a bienes muebles inmateriales (consultas vinculantes V0999-18, V1149-18, V1069-19). Asimismo, la naturaleza virtual de la parcela impide su carácter inmobiliario.
- La obtención por el usuario de **ganancias patrimoniales no derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales** (art. 33.1 y 45 LIRPF), en casos excepcionales como la ganancia obtenida de participar en una lotería o casino virtual constituido en el metaverso.

Las rentas anteriormente descritas no son las únicas, en la medida que el metaverso permite la percepción de **rendimientos de las actividades económicas** por ejercer una actividad profesional o empresarial en el mundo virtual -piénsese un artista que regenta una galería de arte digital en el metaverso o un negocio de zapatillas deportivas con una tienda virtual en el metaverso-. Dada la complejidad de este tipo de rendimientos por la aplicación adicional de otras normas fiscales, contables y de la Seguridad Social, en posteriores publicaciones se analizará más en concreto los aspectos fiscales de la llevanza de un negocio empresarial en el metaverso.

ALGUNOS PROBLEMAS EN TORNO A LA TRIBUTACIÓN DEL METAVERSO

Como es frecuente, las nuevas realidades tecnológicas burlan cualquier reacción preventiva por parte de las autoridades públicas y los legisladores. En este sentido, el metaverso y la economía digital vinculada a los criptoactivos suscitan una serie de problemas y retos de orden práctico para las autoridades; en especial a lo relativo al control tributario y fiscal.

Así, si bien es cierto que la complejidad del control fiscal disminuye sustancialmente cuando un contribuyente interactúa en un metaverso centralizado -esto es, delimitado y controlado por la entidad creadora o titular, siendo Meta el ejemplo más paradigmático-, la pretensión del ecosistema de las monedas virtuales de huir de toda clase de centralización y/o dependencia respecto de un ente centralizador ocasiona que tal **control tributario** sea especialmente **complejo** en los **metaversos descentralizados** -véanse los ejemplos de Decentraland o Sandbox-.

Por poner un ejemplo:

Desde el estricto punto de vista fiscal, el **residente fiscal español** que obtenga cualquier tipo de rentas en el metaverso deberá declarar su percepción (art. 8.1 LIRPF). No obstante, dado que la interacción con el metaverso se realiza con una billetera o **wallet** -donde se custodian las claves privadas de nuestras criptomonedas y NFTs- **no asociada a ningún dato personal del usuario** -la wallet únicamente se identifica con una dirección pública aleatoria-, el control y gravamen de la obtención de tales rentas deviene en problemático.

En la práctica, esta **dificultad de encontrar un nexo entre el mundo físico y el virtual** diluye el concepto de la residencia fiscal. Se observa que la fiscalidad en este mundo virtual no es un asunto sencillo, especialmente por los problemas de orden práctico que surgen.

LOS DEEPFAKES Y SU USO EN LA PUBLICIDAD

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 25 de marzo de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación
#DerechoConstitucional #DerechoMercantil #ProtecciónDatosPersonales

Desde hace ya varios años, los avances tecnológicos han sido abrumadores. Es un sector altamente competitivo y, además, muchos de estos avances se transforman en funcionalidades fácilmente aplicables a otros muchos ámbitos. Un ejemplo claro de ello es la aplicación del *machine learning* en la resolución automatizada de cuestiones que antes, con medios humanos, hubiera requerido de un gran esfuerzo.

Por ejemplo, la empresa **LawGeex** realizó un evento en el que enfrentaban a varios abogados estadounidenses con el algoritmo que había desarrollado en la revisión del contenido de contratos. ¿El resultado? Un margen reducido – pero considerable – a favor del algoritmo, un escaso 9% de diferencia²⁴

Como es obvio, el sector legal no es algo ajeno a la innovación y, por tanto, el Derecho tiene que luchar por alcanzar estos avances, aunque como vemos, el legislador europeo y nacional tiene muchos problemas para mantener el ritmo.

²⁴ "Machine Learning en Derecho: Cuando las máquinas van a la Escuela de Leyes" escrito por Ast. F., publicado en *Medium*, el 21 de noviembre de 2020. (Recuperado de <https://medium.com/astec/machine-learning-en-el-derecho-cuando-las-m%C3%A1quinas-van-a-la-escuela-de-leyes-549f4071110>)

Pero, vamos a afinar un poco más el tiro centrando la mirada en una de estas funcionalidades que recibe el nombre de "**Deepfakes**", más concretamente, su uso en el ámbito publicitario.

¿QUÉ SON LOS DEEPFAKES?

Para acuñar o delimitar un concepto jurídico aproximado de "*Deepfake*" podríamos acudir al **Draft Issues paper on Intellectual Property policy and Artificial Intelligence**, publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en 2019 – y revisado en 2020 – para tener una pequeña aproximación.

En este *Draft* a pesar de hacer una aproximación al concepto de "*Deepfake*" desde la perspectiva de la propiedad intelectual, podemos extraer unas nociones generales:

"La tecnología relacionada con los ultrafalsos (Deepfakes), o la generación de versiones parecidas de personas y sus atributos, tales como la voz y la apariencia, existe y se está empleando. [...]"

Los "*Deepfakes*" parten de la utilización de Inteligencia Artificial (en adelante IA), concretamente de las **redes generativas antagónicas** o **GANs**, para generar imágenes o vídeos con un alto grado de detalle y realismo. El funcionamiento de estas redes es muy interesante, a la par que excesivamente técnico, y a un servidor se le escapa totalmente de su ámbito por lo que, prefiero ser precavido y quedarme en la esfera jurídica antes de entrar a valorar el **how-it-works** de las GANs.

En resumidas cuentas el problema principal radica en el uso que se da de esta tecnología, no en la tecnología en sí. La creación de producciones visuales que se asemejen a una persona aun con los rasgos de otra totalmente diferente

puede ser tremendamente atractivo, ya sea para fines positivos como negativos.

No es difícil advertir algunos de los riesgos potenciales que este medio puede ocasionar, y que encuentra un claro reflejo en la atribución de actos o palabras a personas determinadas sin que estas se hayan producido realmente – ni que decir tiene el potencial político que tienen estos *montajes*, entre otros ejemplos que se encuadran en el espectro más negativo de esta funcionalidad.

Dicho esto, no cabe sino advertir los distintos vértices que toca la creación y utilización de los “*Deepfakes*”:

- La posible protección de las obras generadas desde la perspectiva de la propiedad intelectual – *¿son protegibles las obras generadas mediante apps o entornos web cuya lógica permita generar “Deepfakes”?*
- La perspectiva de la protección de datos, concretamente el conflicto que puede generarse respecto del **derecho de supresión** y, a su vez, **el derecho al olvido en las redes sociales**.
- Y la utilización de la imagen de personas fallecidas para fines comerciales o publicitarios y el choque que ello supone con el **derecho a la propia imagen** (art. 18 de nuestra Constitución).

LOS “DEEPFAKES” EN LA PUBLICIDAD.

Como ya hemos comentado, uno de los extremos más interesantes, en lo que respecta a las funcionalidades del *machine 127isp.127127h* aplicado al ámbito publicitario, es la posibilidad de generar una simulación lo suficientemente realista a partir de una recopilación de imágenes, fragmentos de vídeo y fonemas de una persona determinada sobre otra totalmente distinta de esta.

Uno de los ejemplos más claros de “Deepfake” en el entorno publicitario es el spot protagonizado por Lola Flores²⁵ para la conocida marca de cerveza, Cruzcampo. La difusión de este anuncio tuvo notorio calado, tanto a nivel social y cultura, como jurídico.

Abierta la veda, **el siguiente paso era preguntarse** ¿Qué ocurre ahora con el derecho a la propia imagen de las personas que han fallecido? ¿Se puede utilizar de forma indiscriminada esta tecnología para “resucitar” digitalmente a cualquier persona? Las **respuestas** las encontramos en la **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen** (en adelante **LO 1/82**). Este cuerpo normativo realiza una estupenda labor de cobertura legal, permitiendo limitar los actos que pudieran suponer una intromisión ilegítima respecto de la protección de la propia imagen.

Así, la **LO 1/82**, a pesar de su longevidad se adapta sin mayor problema a supuestos como este. Uno de los principales puntos de fricción en lo que respecta a la generación de estas simulaciones radica en la **EXIGENCIA** de contar con el **CONSENTIMIENTO EXPRESO** del titular del derecho (**artículo segundo, apartado dos** de la citada Ley Orgánica).

Pero **¿qué ocurre en aquellos casos en los que el titular de este derecho hubiera fallecido?** En su artículo cuarto, la Ley Orgánica delimita los **sujetos legitimados** para recabar la protección del derecho de aquel. De este modo;

1. Corresponderá a aquella persona que el fallecido hubiera designado la protección de este derecho. Esta designación puede recaer sobre una persona jurídica. (**Artículo cuarto, punto uno**)

²⁵ El spot publicitario tuvo un impacto notable en tanto, por un lado, para los consumidores y espectadores el uso de esta técnica era totalmente novedoso y, por otro lado, unido a lo anterior, Lola Flores, la protagonista del corto publicado, falleció el 16 de mayo de 1995. Estos dos factores fueron clave para que impacto en el espectador promedio tuviese el alcance deseado.

2. De no existir designación alguna, estarán legitimados para la protección de los derechos de la persona fallecida, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que vivieran al tiempo de su fallecimiento. (**Artículo cuarto, punto dos**)
3. En último lugar, de no darse ninguna de las circunstancias anteriores, será el Ministerio Fiscal quien, de oficio o a instancia de persona interesada, ejerza la protección de los derechos del afectado.

La capacidad de los legitimados para interesar la protección del derecho a la propia imagen también contempla un plazo temporal. De este modo, las acciones de defensa deberán contemplarse siempre que **NO HUBIESE TRANSCURRIDO MÁS de OCHENTA AÑOS** desde el fallecimiento del afectado.

Conocemos, por tanto, la **necesidad de contar con el consentimiento expreso**, bien del afectado, bien de los legitimados para la protección de los derechos de la persona afectada. Por consiguiente, el siguiente punto de tensión que habrá de tratarse radica en **conocer** de aquellas **conductas** que pudieran ser **consideradas como ilegítimas o intromisivas** para con respecto al derecho a la propia imagen.

Dado que estamos abordando un tema concreto como es la generación de simulaciones realistas (*Deepfakes*), nos centraremos en el **artículo séptimo, punto sexto** que viene a decir lo siguiente:

“Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

[...] 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”

No obstante, esta cobertura que ofrece la Ley Orgánica también se ve modulada por el **artículo octavo**; precepto que limita la condición de intromisión ilegítima, autorizando aquellas actuaciones que hubiera sido autorizadas o acordadas por

la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, así como en aquellos casos en los que predomine un **interés histórico, científico o cultural relevante**.

A estas limitaciones habrá que sumar, entre otras;

- La captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo pública o profesión de notoriedad.
- Las proyecciones públicas y la imagen que se hubiese captado en actos públicos o lugares abiertos al público.
- La utilización de caricaturas de las personas afectadas.

CONCLUSIONES

Para finalizar este post/artículo, concluyo con tres breves notas a modo de conclusión que me permitan dar un cierre adecuado a todo lo desarrollado. Así: **PRIMERO**. El uso de la tecnología y de sus avances permite sobrepasar límites llegando incluso a ser imposible distinguir elementos simulados de manifestaciones reales.

SEGUNDO. El uso del *machine-learning*, y por ende, la generación de *Deepfakes*, no han de ser considerados como creaciones problemáticas sino herramientas para alcanzar resultados y objetivos en campos del conocimiento tan dispares como la ingeniería o la esfera jurídica. Debemos buscar el equilibrio entre la regulación de este tipo de medios y la prevención en lo que respecta la utilización ilegítima o ilícita de los mismos.

TERCERO. La regulación que ofrece la Ley Orgánica 1/82 permite dar respuesta a las preguntas esenciales que giran en torno a los *Deepfakes*, procurando un equilibrio entre la protección a la propia imagen y la utilización de la misma para fines tan dispares como los comerciales y publicitarios.

PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN INSTAGRAM. ANÁLISIS Y ESTUDIO DE UN CASO REAL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 8 de abril de 2022

#Derecho #DerechoMercantil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

El día de hoy vamos a abordar el concepto de publicidad encubierta a partir de un caso real encontrado en la red social *Instagram*, con fecha de 6 de abril de 2022.

DESCRIPCIÓN DEL CASO

Y es que el pasado 6 de abril de 2022, una conocida cuenta de *Instagram*, con más de 2,4 millones de seguidores publicó una serie de "stories"²⁶ en las que difundía lo que aparentemente era un titular de algún medio de comunicación digital que rezaba lo siguiente:

"Un canal de apuestas deportivas de Telegram revoluciona las redes sociales por ser el "Robin Hood" de la sociedad"

Seguido de un "Muy atentos a la siguiente STORIE" y "#Ad" – que se encuentra posicionado en el mismo lugar y con el mismo formato en el resto de publicaciones que siguen- en un tamaño considerablemente más reducido al tamaño de letra utilizado para el resto del mensaje reflejado en la "story".

²⁶ Publicaciones audiovisuales de una duración no superior a 15 segundos disponibles por medio de la plataforma de Instagram.

En la siguiente publicación, se mostraba una pequeña captura de una cuenta de *PayPal* (sin que apareciera por ninguna parte el titular de la misma) con un **saldo estimado de 5.597,39 EUR**. Además, se acompañaba a la imagen de un texto que decía lo siguiente:

“Yo les sigo desde hace tiempo y sinceramente tienen buenos resultados (sino no los recomendaría) [...] Esto es lo que me pasó un seguidor que había ganado en unos meses. [...] ¡En el siguiente stories os dejo su link!” Aquí muestra el saldo de una cuenta de PayPal que, supuestamente, pertenece a uno de los seguidores de la cuenta.

Finalmente, la última de esta serie de publicaciones vendría a mostrar lo siguiente:

“¡AQUÍ TENÉIS EL LINK A SU TELEGRAM! SOLAMENTE 500 PERSONAS (en rojo)”

Este fragmento de texto seguido de un *sticker* que, una vez se pulsa sobre él, sirve de hipervínculo a un grupo de la plataforma *Telegram*. Justo debajo de ese *sticker* se añade “TOTALMENTE GRATIS”.

La tercera y última publicación realizada por la cuenta @xxxxxxx y en la que se incorpora un «botón» de enlace que deriva directamente, y sin filtro previo, al grupo de pronosticadores de apuestas en la aplicación de *Telegram*.

Con todo esto, podemos empezar a desgranar, atendiendo al marco normativo aplicable, los distintos elementos que presenta este tipo de publicaciones y que permite encajarlas perfectamente en el concepto de publicidad encubierta.

ANÁLISIS DEL CASO.

En este punto, tenemos que advertir que son varios los frentes normativos a abordar y, por tanto, algunos de ellos requerirán de una valoración y estudio más

detallado que otros. A continuación, se procederá a realizar el análisis del supuesto de acuerdo al siguiente marco jurídico.

PRÁCTICAS DESLEALES Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA

Si nos desplazamos dentro del entramado normativo, no nos resulta costoso plantearnos las más que posibles dudas acerca de cómo se debería abordar este supuesto desde la focal la regulación publicitaria y de la competencia. Empezaremos por esta última.

A.- La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD), en su **artículo 26** aborda las prácticas comerciales encubiertas de forma que, se considerarán desleales por engañosas aquellas prácticas que, tal y como apunta el punto 1 del mencionado precepto, *incluyan como información en los medios de comunicación o en servicios de la sociedad de la información o redes sociales, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción **sin que quede claramente especificado en el contenido**, o a través de imágenes y sonidos **claramente identificables para el consumidor o usuario**, que se trata de contenido publicitario.*

Por si quedasen dudas, los **artículos 5 y 7 de la LCD** también nos permiten arrojar algo de luz sobre el caso. Ambos preceptos abordan los actos de engaño y las omisiones engañosas, respectivamente, de forma que, si acudimos a su contenido y lo contrastamos con las publicaciones efectuadas por @xxxxx, seremos capaces de extraer unas ideas claves:

- La información que se proporciona al usuario promedio que consume este tipo de publicaciones es insuficiente puesto que se le presenta, en primer lugar, una imagen parcial, descontextualizada, en la que se refiere a "un canal de apuestas" en *Telegram* que actúa bajo un pseudónimo.

- Ante un mayor desglose informativo en favor del usuario, se procede a mostrar una cuenta o balance con una suma considerable de dinero que, como se indica, pertenece a un usuario. No sin antes haber referenciado el propio usuario de la cuenta @xxxxx que ha obtenido buenos resultados usando los *tips* o pronósticos de esa cuenta puesto que, y citamos, "sino no lo **recomendaría**"
- No resulta complejo entender que la naturaleza de la publicación reviste un marcado carácter publicitario y que, por tanto, ha de resultar clara e inequívoca para que el destinatario medio pueda percibir que se trata de una comunicación comercial con un objetivo claramente publicitario.

Tal es así que, como indica el artículo 7.1 de la LCD, se entenderá por desleal aquel caso en el que la información que se ofrezca sea poco clara, ambigua así como aquellos casos en los que la omisión u ocultación de la información necesaria sea determinante en la toma de decisión del destinatario promedio relativa a su comportamiento económico.

Aun con los indicios que hemos ido anotando, estamos obligados a reforzar más aún nuestras pretensiones si verdaderamente entendemos o creemos que nos encontramos ante un supuesto expreso de publicidad encubierta. A la vista de la normativa hasta ahora referida, las publicaciones cargadas por el usuario @xxxxxxx a la plataforma *Instagram* no manifiestan de forma expresa la persona física o jurídica a cargo de la cual se venido realizando esta comunicación comercial.

A la imposible identificación de la persona física o jurídica detrás de dicha comunicación hay que sumar que; de una parte, a pesar de tratarse de un relato de hechos, se **MUESTRAN IMÁGENES SUGESTIVAS** (como son la cuenta de *PayPal* con un saldo monetario elevado) acompañado de una suerte de **RECOMENDACIÓN** realizada por el **PROPIO USUARIO** que publica las *stories* en cuestión.

Con lo que, si ponemos en relación todos estos elementos, no cuesta discernir los contornos de lo que, en atención al contenido del art. 26 LCD – con el que hemos iniciado este segmento – **se trataría de una práctica comercial encubierta** y, por ende, **engañosa**.

B.- De conformidad con lo que hemos planteado hasta el momento, y una toda vez que hemos aclarado la naturaleza de la práctica comercial efectuada por @xxxxxx, resta abordar la regulación desde el ámbito publicitario.

De forma sucinta, habremos de referir a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP²⁷), y a la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA).

Si bien en el apartado anterior aludíamos a la naturaleza engañosa de las comunicaciones comerciales desde el estudio de la competencia, partiendo de esos mismos razonamientos y, aplicados al marco normativo que acabamos de acotar, hemos de aludir al artículo 3 de la LGP, sobre **la publicidad ilícita**.

De acuerdo con el contenido de dicho artículo, la publicidad devendrá en ilícita cuando, entre otras circunstancias, esta sea engañosa, desleal o agresiva – que a su vez serán considerados actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

En términos similares, esta vez en el seno de la LGCA, más concretamente en su artículo 18, apartados 1 y 2, se establece la prohibición de todas aquellas comunicaciones comerciales que tengan la condición de publicidad ilícita (por medio del art. 3 de la LGP) así como aquellas comunicaciones comerciales encubiertas o que utilicen técnicas subliminales, respectivamente.

²⁷ Resulta indispensable aludir al artículo 9 de la LGP puesto que, preceptivamente, obliga a los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios. Resulta obvio que esta previsión, en las publicaciones que venimos observando, brilla por su ausencia.

C.- Si seguimos tirando de este hilo, habremos de llegar al Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego (en adelante, RDCCAJ).

Por no extender mucho más allá el estudio y evitar caer en redundancias, este Real Decreto viene a desarrollar la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, respecto de los requisitos técnicos de las actividades del juego o, entre otras cuestiones, el establecimiento de mecanismos de control y prohibición de acceso a menores de edad a este tipo de juegos.

El artículo 5 del RDCCAJ, que establece el régimen jurídico de las comunicaciones comerciales, en su punto 2 afirma que se [...] *considerarán como prohibidas las comunicaciones comerciales que infrinjan las normas vigentes que les sean de aplicación [...]*. Este precepto es de vital importancia puesto que sirve de anclaje absoluto para la pretensión que hasta ahora venimos fundamentando – y que no es otra que la ilicitud de la comunicación comercial efectuada por @xxxxx.

El **artículo 7.1** del Real Decreto viene a reproducir y amplificar la exigencia prevista por el artículo 20 de la LSSI o el artículo 26 de la LCD, es decir, reitera la exigencia que las comunicaciones comerciales de los operadores de juego deban ser claramente identificables y reconocibles pudiendo, para ello, incorporar una relación de etiquetas o “tags” que facilite la identificación del contenido comercial .

Ni que decir tiene que, las reglas previstas en los artículos 23 y 26 del RDCCAJ resultan de plena aplicación en tanto, bien se trata de un servicio de la sociedad de la información y, además, se trata de una red social. Al llevarse a cabo esta actividad de difusión publicitaria por estos medios, las plataformas prestadoras del servicio, en este caso *Instagram*, cuenta con mecanismos efectivos de disuasión.

No obstante, el perfil de @xxxxx es una cuenta abierta al público, es decir, de fácil acceso por parte de menores de edad sin que, en ningún caso, en ninguna de las publicaciones que hemos venido tratando y que se encuentran al comienzo del supuesto, se pretenda disuadir a los mismos de su participación. Cuestión que, además, fracturaría el principio de protección de menores de edad recogido en el artículo 11.1 del RDCCAJ, al no incluir, además, la advertencia de que las personas menores de edad no podrán participar en este tipo de actividades mediante la utilización de etiquetas o "tags" similares a +18 o "menores no".

EL PAPEL DEL JURADO DE AUTOCONTROL

Para concluir; el Jurado de Autocontrol se pronunciado en numerosas ocasiones por situaciones similares a esta. A modo de ejemplo, citar el Dictamen emitido por la Sección Cuarta del Jurado de AUTOCONTROL, en fecha de 19 de febrero de 2021, sobre el conocido caso de publicidad encubierta de diversos grupos de pronosticadores de apuestas que promocionaban sus servicios a través de numerosos *influencers* de considerable impacto social, siendo en este caso *Marina Yers* la responsable.

A esta, también cabría añadir la Resolución emitida por la Sección Séptima del Jurado de AUTOCONTROL, en fecha de 5 de marzo de 2021, sobre la comunicación comercial efectuada por *Sandra Barneda* en favor de Samsung Electronics Iberia, S.A.

Esta última Resolución resulta especialmente interesante para desmontar la utilización del uso de las etiquetas o "tags" que utilicen la denominación #Ad como método adecuado para advertir la naturaleza que subyace en la publicación. Citamos, a efectos de probar este extremo, el contenido del Fundamento Deontológico Noveno de la mencionada Resolución;

"[...] Ya señaló el Jurado de la Publicidad en su Resolución de 19 de enero de 2021, que no hay que olvidar que "el término anglosajón "ad" para

supuestamente desvelar la naturaleza promocional del mensaje que se difunde no es un recurso que permita al consumidor medio advertir inequívocamente su carácter publicitario, ya que no puede descartarse que aquél desconozca su significado.[...]

[...] En este caso, la advertencia utilizada por la reclamada en la publicidad no consiste en una indicación genérica clara, ni tampoco descriptiva de la colaboración entre empresa e influencer, sino que se trata de una abreviatura de un término expresado en otro idioma, que puede no resultar entendible para la totalidad de los destinatarios, que por tanto difícilmente podrán deducir de ella una advertencia sobre el carácter o propósito publicitario de aquella.[...]

[...] En este punto, cabe recordar que el Código de influencers va más allá a la hora de recomendar una ubicación de la identificación del contenido publicitario, aconsejando, para el supuesto particular de Instagram, “incluir la palabra o etiqueta identificativa en el título encima de la foto o al inicio del texto que se muestra. Si únicamente se ve una imagen, la propia imagen debe incluir la palabra o etiqueta identificativa al inicio del mensaje. También puede utilizarse la etiqueta identificativa de la publicidad establecida por la propia plataforma (“Paid partnership tag”)”.

CONCLUSIÓN

Finalmente, el caso que hemos abordado hoy es un caso real, no de laboratorio, lo que nos permite ver el funcionamiento del entramado normativo en su máximo esplendor.

Incluso, sin habernos adentrado en los Códigos de Conducta Publicitaria ni en los Código de *Influencers*, el vaivén de normas es considerable y, a menudo, complica considerablemente la labor de estudio y análisis de casos, a priori, sencillos, Más aún si ya tenemos que acudir a regímenes de protección especial como es el caso de la publicidad en juegos de azar.

Sin más que añadir, esperamos que estas pequeñas pinceladas puedan servir para, en un futuro, os sea posible abordar cuestiones y casos similares o, en su caso, os permita plantear una defensa férrea de vuestros clientes.

¿SON LOS E-SPORTS UN VERDADERO DEPORTE?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 11 de abril de 2022

#Derecho #DerechoMercantil #DerechoDigital #Sociedadde la Información
#DerechoComunitarioUE

El entretenimiento y el ocio son partes esenciales en nuestro día a día. Los intereses de cada persona rara vez coinciden y es por ello precisamente, que la riqueza de estos intereses provoca, a menudo, que surjan nuevas formas de entretenimiento. Formas que rompan con el modelo tradicional de ocio y que sirvan de vía de entrada a nuevas modalidades y sectores en auge o crecimiento. El caso de los deportes electrónicos (o *e-Sports*) es similar.

Cuando hablamos de los *e-Sports*, lo primero que se nos viene a la mente son los inmensos estadios e instalaciones, repletas de gente e iluminación con los colores identificativos de los equipos que van a participar, con *banners* cargados de logotipos y marcas que todos conocemos. Sin embargo, para conocer el porqué de este “boom” mediático y empresarial, tenemos que deshacer el camino andado, concretamente hasta la década de 1970.

PRIMERO, UN POCO DE HISTORIA.

¿Es posible determinar el inicio de los deportes electrónicos? La verdad es que es una pregunta algo compleja, más aún viendo la envergadura que tienen ahora mismo los eventos y competiciones de los *e-Sports*. No obstante – como todo proyecto, a fin de cuentas – los principios siempre son pequeños y poco conocidos.

En 1972 se registra la primera "competición" en la Universidad de Stanford conocida como "Olimpiadas Intergalácticas *Spacewar* 1972²⁸". Seguidamente, en 1980, **ATARI** organizó el primer torneo del mítico *Space Invaders* que, junto con las Olimpiadas de *SpaceWar* servirían de semillas que acabarían germinando, en los años sucesivos, en diversos campeonatos nacionales e internacionales como el *Nintendo World Championship* celebrado en 1990 y todos aquellos que se sucederían en lo que restaba de década.

Pero sin duda alguna, si tuviera que destacar dos géneros por encima del resto, el FPS²⁹ **Quake** – publicado por **ID Software** el 22 de junio de 1996 – que sería uno de los títulos de culto en ese género y que sentaría mecánicas que hasta el día de hoy se mantienen en el género. Así como el RTS³⁰ **Starcraft**, – el título desarrollado por **Bizzard Entertainment** – cuyo impacto fue tan grande que, a día de hoy, su segunda entrega –**Starcraft II**– sigue siendo referencia en el género de estrategia en tiempo real por su estilo de micro gestión de recursos y unidades.

El impacto que tuvieron ambos títulos en la esfera del entretenimiento digital fue tan profundo que, a fin de cuentas, consolidarían los pilares sobre los que se acabarían construyendo las bases de los actuales sistemas competitivos de e-Sports así como el desarrollo de nuevas Ips³¹ con un enfoque puramente competitivo, como pudiera ser el caso del título *League of Legends* o el reciente *Valorant*, ambos desarrollados y publicados por **Riot Games**.

Con lo cual, una cosa tenemos que extraer de todo esto. El avance experimentado por los deportes electrónicos no se ha dado en un lapso de apenas diez años, como se apunta en muchas ocasiones, sino que ha tenido un

²⁸ Juego desarrollado por Steve Russel en el Instituto de Tecnología de Massachusetts en 1962.

²⁹ *First-Person Shooter*, o *Shooter* en primera persona.

³⁰ *Real Time Strategy* o estrategia en tiempo real.

³¹ Referencia común cuando se refiere a nuevos títulos o sagas. Refiere al concepto de *Intellectual Property* en inglés, que traducido equivaldría a la obra o título a proteger o protegido por derechos de autor.

desarrollo paulatino, progresivo y constante durante los últimos sesenta años aunque la fase en la que se encuentran actualmente es un reflejo de la más pura esencia competitiva que caracteriza a los *e-Sports*.

LOS E-SPORTS COMO DEPORTE.

Uno de los retos que se han planteado en los últimos años ha sido el reconocimiento de los deportes electrónicos (e-Sports) como "deporte" en lo que refiere al concepto jurídico tradicional **¿Son los e-Sports deportes como tal o la denominación de deportes electrónicos es totalmente errónea?**

El concepto de "**deporte**" es una cuestión bastante debatida y el ascenso de los deportes electrónicos ha provocado que los e-sports se pongan en el punto de mira del legislador europeo y nacional.

Según la Carta Europea del Deporte (revisada el pasado 13 de octubre de 2021), en su artículo 2 se define "**deporte**" como; todas las formas de actividad física que, a través de la participación informal u organizada, tienen como objetivo mantener o mejorar la condición física y el bienestar mental, formar relaciones sociales u obtener resultados en competición en todos los niveles.

En España, el deporte se regula a través de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y, siguiendo la misma línea de la Carta Europea del Deporte, reitera que los principales componentes que deben concurrir para poder subsumir una actividad dentro del tradicional concepto de "deporte" son los siguientes:

- **ACTIVIDAD FÍSICA** (normalmente especializada)
- **REGLAMENTADA** (que exista una reglamentación concreta para la disciplina en cuestión y su correspondiente desarrollo)
- **COMPETITIVA.**

No obstante, el citado texto, aunque vigente, se encuentra pendiente de una posible y futura adaptación puesto que ya constan diversos anteproyectos de Ley enfocados a la modificación y actualización del mencionado cuerpo legal.

Así, el nuevo Anteproyecto de Ley del Deporte de 2021 amplía la definición de "**deporte**" quedando así;

"Se entiende por práctica deportiva a efectos de esta Ley todo tipo de actividad física que, mediante una participación organizada o no, se realice con objetivos relacionados con la mejora de la condición física, psíquica o emocional, con la consecución de resultados en competiciones o actividades deportivas, con la adquisición de hábitos deportivos o con la ocupación activa del tiempo de ocio." Quizá, uno de los ejemplos más representativos para conocer los criterios a los que han de adaptarse los e-sports sea el reconocimiento del ajedrez como deporte – aunque sin mucho éxito en la práctica puesto que se intentó su incorporación en las Olimpiadas de Tokio 2020, sin resultado.

El **Comité Olímpico Internacional** (en adelante COI) utilizó los siguientes criterios para finalmente reconocer el ajedrez como deporte:

- Se trata de una actividad competitiva, entendida como tensión e intensidad mantenida por un lapso de tiempo sostenido, no espontáneo.
- Tiene una estructura organizada así como longeva en el tiempo, por lo tanto tiene un cierto impacto social y una masa considerable de seguidores.
- Requiere de una excelente aptitud física, "la condición mental máxima requiere estar en una buena condición física así como un estado de concentración mantenido durante horas".
- La existencia de un código de conducta o comportamiento propio.
- **Reconocimiento del COI y Europeo.**
- Se trata de un juego global, sin barreras físicas que imposibiliten su práctica.
- Componente mental, estrategia más allá del componente físico.
- Sistema de clasificación de jugadores y participantes.

Si seguimos estos mismos criterios y los aplicamos al ecosistema de los e-sports vemos como muchos de ellos ya se cumplen, como podría ser el caso de la actividad competitiva, estructurada y con un sistema de código de conducta propio.

El auge de los e-sports es relativamente reciente, aunque ello no obsta para que el número de personas interesadas o que siguen muy de cerca este tipo de eventos se cuenten por miles. Es, precisamente esta barrera – el reconocimiento social y normativo de los *e-Sports* a nivel europeo – el principal óbice para poder consolidar una propuesta firme de reconocimiento de los e-Sports como “deporte” al uso.

Dentro de la Unión Europea, solamente Francia ha establecido un régimen jurídico aplicable a los e-Sports a través de la incorporación de modificaciones en la LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (comúnmente conocida como Ley de República Digital). Modificaciones de tal calado que han abordado desde la gestión y organización de eventos y competiciones de *e-Sports* hasta el marco regulatorio aplicable a los jugadores de los clubes participantes en este tipo de torneos.

¿Podrá ser este el embuste necesario para que los *e-Sports* puedan, en un futuro, ser reconocidos como deportes digitales al uso? No podemos dar una respuesta clara.

Pero si es cierto que, a medida que el resto de países del entorno europeo vayan perfilan su posicionamiento respecto de los deportes electrónicos, podremos llegar dirimir acerca de si, finalmente, será posible plantear un marco normativo europeo “de mínimos” que dote de herramientas legislativas a los Estados Miembros para adaptarse sobre esos estándares mínimos en la amplia variedad de temáticas que abordan las competiciones de *e-Sports*.

DECLARACIÓN DE LA RENTA CRYPTO. CONSEJOS PRÁCTICOS

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 13 de abril de 2022

#Derecho #DerechoTributario #DerechoFiscal #Cryptocurrency

El **día 6 de abril** marcó el inicio de la campaña del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) correspondiente al ejercicio 2021.

Como viene siendo habitual en los últimos años, la Agencia Tributaria (AEAT) viene avisando a los contribuyentes que hayan adquirido criptomonedas sobre la obligatoriedad de declarar las rentas que deriven de haber operado con ellas. Así, en la Consulta de Datos Fiscales aparece el siguiente aviso:

Más allá del carácter incompleto de tal aviso -al mencionar únicamente la venta (o permuta) de monedas virtuales-, en este artículo se pretende dar una serie de consejos prácticos para realizar de la mejor manera la declaración de las rentas «crypto».

REUNIR TODAS LAS OPERACIONES

En numerosas consultas vinculantes, la AEAT ha reiterado que las operaciones con criptomonedas generan una serie de hechos imponible del IRPF, que -en consecuencia- deben ser declarados como cualquier otra renta. Así, si bien la mayoría de las operaciones consistirán en ventas y permutas, también es común encontrarse con operaciones de minado, *staking*, *airdrops*, etc.

La importancia de identificar todas las operaciones reside en que según ante qué clase de operación estemos, la correspondiente renta puede ir a la base imponible general (art. 45 LIRPF) -con tipos máximos, según la CCAA del 45% al 52%- o bien a la base imponible del ahorro (art. 46 LIRPF) -con tipos desde 19 al 26%-.

Por otro lado, la recopilación de las transacciones es recomendable ante posibles inspecciones y requerimientos por parte de Hacienda o la oficina de Prevención de Blanqueo de Capitales de la entidad bancaria (especialmente al pasar las sumas a nuestra cuenta bancaria).

La recopilación de todas las operaciones será diferente en función de donde se haya operado. Así, normalmente, los *exchange* centralizados como Coinbase, Binance o Kraken disponen de la posibilidad de descargar el historial de operaciones en archivos CSV. Su descarga también es posible habiendo operado en DEX, pudiendo encontrar el historial en los correspondientes *Blockchain Explorer* (p.ej., Etherscan, BSCscan, Polyscan, etc.).

Identificadas las operaciones, su ordenación y posterior cálculo se puede hacer manualmente o bien, existiendo numerosas operaciones, importando los archivos descargados en plataformas de *tracking* o seguimiento de operaciones como **Cointracking** o **Koinly**. En ambos casos se permite la importación del historial mediante una API (v.gr., configurando como indica **Binance** o bien añadiendo simplemente la dirección pública de la *wallet* si se ha operado en DEX).

COMPROBAR LA EXACTITUD DE LA OPERACIÓN

Realizada la importación de las transacciones, conviene realizar una labor de comprobar si las operaciones importadas vienen etiquetadas adecuadamente. Tomando el ejemplo de Cointracking, son habituales, entre otros, errores como:

- Registro de los airdrop como un «Depósito» valorado en cero.

- Etiquetar un determinado token bajo el sticker de otro token, variando así su precio y, consecuentemente, el posterior cálculo.
- No diferenciar entre los diferentes NFTs que tengamos y etiquetarlos bajo el mismo nombre; lo cual modifica los correspondientes valores de adquisición o transmisión y, en consecuencia, la ganancia o pérdida.

Tales errores se dan especialmente entre las transacciones asociadas a *wallet* custodiadas por el propio usuario.

Estos errores no pueden pasar desapercibidos dado que pueden variar sustancialmente (tanto a nuestro favor como en contra) los posteriores cálculos; por lo que ha de tenerse en cuenta su posible concurrencia y corrección.

INFORME FISCAL

Realizados correctamente los anteriores pasos, Koinly y Cointracking permiten descargar un informe fiscal que recoge las diferentes rentas originadas a lo largo del ejercicio fiscal. No obstante, dados los problemas apuntados, es recomendable que el informe fiscal lo realice un asesor legal especializado en criptomonedas conocedor del funcionamiento de ambas plataformas.

En este sentido, su informe puede recoger otras circunstancias como el origen de los fondos con los que se hayan adquirido criptomonedas, la correspondiente casilla de las diferentes rentas, etc. La recogida adicional de estos puntos favorece de cara a posibles requerimientos por parte de Hacienda o la entidad bancaria.

Ambos informes nos permitirán introducir las correspondientes cuantías de las rentas en sus respectivas casillas.

GUARDAR LAS TRANSACCIONES Y EL INFORME FISCAL DURANTE VARIOS AÑOS

Atendiendo a los plazos de prescripción de cuatro años recogidos en la normativa tributaria (art. 66 LGT), la Administración tributaria dispondría de tal plazo para investigar sobre las posibles irregularidades que pudieran existir en la autoliquidación. En este sentido, no es de extrañar que la puesta del foco de Hacienda sobre las criptomonedas se vea acompañada de una labor de control e inspección sobre los contribuyentes que hayan invertido en estos activos; sobre todo, si a lo anterior sumamos la progresiva regulación que afecta o afectará en un futuro muy próximo a los diferentes *exchanges*.

Es recomendable pues guardar las transacciones que vayamos realizando, así como los respectivos informes fiscales de cada año, de cara a justificar ciertas cuestiones ante la AEAT.

Se observa que no sólo importa el mero cálculo de las diferentes rentas que puedan surgir de operar con criptoactivos -cuestión que merece ser analizada en otro post-, sino también los diferentes aspectos en torno a la trazabilidad y recopilación de las distintas operaciones.

LA DOCTRINA DEL «FAIR USE»

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 20 de abril de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación
#DerechoInternacional

Todos tenemos algún conocido o amigo cercano que, en algún punto de la pandemia, decidió de la noche a la mañana convertirse en un creador de contenido para redes sociales, un *influencer* o *streamer*, buscando convertirse en el líder absoluto de estadísticas de la plataforma de turno.

Hoy vamos a abordar uno de los temas de mayor interés para *influencers* en general, uno de los principales pilares de la creación de contenido y, a la vez, de funcionamiento de plataformas como *YouTube* o *Twitch*, entre otras.

En más de una ocasión habremos oído algo parecido a «uso legítimo» o «*fair use* y derechos de autor» cuando uno de estos creadores se queja de alguna reclamación o de la aparición de una determinada canción que puede provocar una reclamación sobre su trabajo.

Precisamente hoy vamos a hablar sobre qué se entiende por "*Fair Use*". ¿Es posible utilizar siempre contenido que esté subido/cargado en otras redes sociales? ¿Es ese contenido "*público*"?

¿QUÉ ES LA DOCTRINA DEL FAIR USE?

Es bastante habitual que dentro de los entornos digitales en los que se comparta contenido surjan, a menudo, problemas relacionados con "derechos de autor". Es un tema que, para el común de los mortales – y para los *influencers* – puede

sonar ajeno y lejano pero que, en realidad, puede llegar a afectar realmente a cualquier persona que comparta contenido en redes sociales.

Y precisamente, en muchas de estas ocasiones suele aparecer lo que se denomina la **doctrina del Fair Use** – o doctrina del uso legítimo – respecto de obras que se encuentran protegidas por derechos de autor pero, ¿Qué es eso del **Fair Use**?

Vamos a tratarlo de forma breve para conocer el origen de esta doctrina y su aplicación.

1. El *Fair Use* es una creación doctrinal propia de la familia del *Common Law*; una de las familias del Derecho y que cuya presencia se da, principalmente, en países de tradición o influjo anglosajón.

En el caso español, nuestro sistema jurídico se enmarca dentro de la familia del Derecho Continental, cuyo origen se remonta a la familia del derecho romano-germánico.

2. La doctrina del *Fair Use* se recoge en la *Copyright Law of the United States* (Title 17) que aglutina el marco normativo por el cual se rige, entre otras materias, todo lo relativo al copyright y el reconocimiento de los derechos que de ellos emanan a sus "legítimos propietarios" (rightful owners).
3. Concretamente, el *Section 107* de la *Copyright Law*, que recibe por título *Limitations on exclusive rights: Fair Use* establece lo siguiente:

"[...] the fair use of copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship or 150isp. 150150h, is not an infringement of copyright."

"[...] el **fair use (uso legítimo)** de obras protegidas por derechos de autor, incluyendo (en éste) la reproducción en copias o fonogramas o por cualquiera de los medios especificados en este artículo, para propósitos tales como crítica, comentario/análisis, reportajes de noticias, enseñanza (incluyendo la utilización de múltiples copias para el uso dentro del aula), investigaciones, no suponen vulneraciones de derechos de autor."

Por ende podemos concluir que; la **doctrina del Fair Use** constituye en sí misma una limitación a los derechos reconocidos a los autores sobre su obra³² y que, a la par, permite a terceros la utilización de estas obras protegidas en determinadas circunstancias, como las que se han mencionado arriba.

4. **PERO**, el propio **Fair Use** también tiene límites. Para determinar que la utilización de estas obras protegidas por derechos de autor se subsume en los presupuestos del *Section 107* la Copyright Law establece una serie de criterios a seguir. Estos criterios, a los que comúnmente se les menciona como "**Four Step System**³³" son utilizados para determinar si el uso de contenido protegido por derechos de autor que se pretende por un tercero puede devenir en un resultado perjudicial para el titular de estos derechos.

Así, estos criterios³⁴ distinguen lo siguiente:

- La intencionalidad y carácter del uso que se pretende, incluyendo tanto los usos que tengan fines de naturaleza comercial como

³² La redacción de los *Section 106* y *106A* resulta tremendamente interesante por las diferencias conceptuales y de aplicación práctica respecto de nuestra normativa nacional.

³³ Sistema de los cuatro pasos, por los cuatro criterios que establece la Copyright Law para comprobar que realmente se trata de un uso legítimo de una obra y que, tras dicho uso no se esconde un perjuicio económico que actúa en detrimento del propietario de los derechos de autor sobre la obra.

³⁴ Estos criterios o factores han provocado, conjunta y separadamente, pronunciamientos muy dispares toda vez que discusiones sobre la utilización legítima de obras protegidas por derechos de autor llegaban a los Tribunales. Y, por tanto, atendiendo a la prolija casuística de cada uno de estos factores, así como de otras que los propios Tribunales toman en consideración para subsumir estos usos en la doctrina del *Fair Use*, merece un estudio por separado para poder analizar las distintas interpretaciones que se han dado de cada uno de estos factores.

aquellos que tengan fines puramente educativos/formativos no lucrativos³⁵.

- La naturaleza de la obra que ha sido utilizada.
- El grado de utilización de la obra protegida. En este punto se valora no solo la "cantidad" de la obra utilizada sino también la naturaleza de la fracción/fragmento utilizada³⁶.
- El efecto que supone la utilización de la obra para con el valor potencial que posee en el mercado. En otras palabras, como puede afectar este uso de obras protegidas al posicionamiento y valor de la obra original en el mercado.

Los Tribunales (*Courts*) realizarán un examen detallado y ponderado de los cuatro factores tanto separada como conjuntamente para validar en cada caso (*case by case basis*) si el uso que se pretende de una obra protegida por *copyright* puede ser subsumido en la doctrina del *Fair Use*. Sin embargo, ello no obsta para que, como bien indica la *U.S. Copyright Office*, los propios Tribunales puedan utilizar otros criterios (*factors*) que le permita sopesar cada una de los supuestos de los que tengan que conocer.

Todo lo que hemos hablado hasta el momento se encuentra recogido dentro del marco normativo estadounidense y, ahora, la pregunta que nos tenemos que realizar es ¿es posible invocar la **doctrina del Fair Use en España**? La Ley de Propiedad Intelectual no contiene referencia alguna esta doctrina pero, ello no implica que la jurisprudencia nacional sea ajena a su existencia, siendo esta una cuestión que trataremos en otros artículos por separado.

³⁵ La casuística en este punto es muy diversa y, en numerosas ocasiones, califica como "non profit educational purposes" a aquellas investigaciones o formaciones llevadas a cabo en un entorno formativo/académico de forma que, normalmente, la utilización de estas obras no tiene un impacto económico per se en el propio mercado.

³⁶ Un ejemplo bastante representativo para este "step" podemos encontrarlo en el supuesto en el que un particular utiliza diversos fragmentos de un largometraje para hacer una "review" o análisis para una página web. En este caso, para determinar si la utilización de dicho contenido se ajusta al "fair use" habría que determinar si los fotogramas utilizados son, más allá de su duración, importantes o relevantes para la obra. Porque no es lo mismo utilizar un fragmento del inicio de un largometraje que aquellos que pertenecen al clímax de la obra.

Por el momento, y hasta el siguiente post, no os olvidéis de revisar las políticas de plataformas como **YouTube** en las que también se hace una referencia muy sucinta a esta doctrina y a su funcionamiento.

EL CASO GOOGLE ¿APLICAR LA DOCTRINA DEL FAIR USE EN ESPAÑA?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 22 de abril de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación
#DerechoInternacional

En anteriores publicaciones ya hemos abordado la doctrina del *fair use* así como sus fundamentos y limitaciones. También adelantamos el concepto y la aplicación del *Four Step System* y como la casuística del *case by case basis* implica que, aun encontrándonos ante casos similares, la respuesta de los Tribunales puede disentir por completo.

Bien, si rememoramos lo que anotábamos en el artículo titulado "*La doctrina del Fair Use*", esta doctrina aplica en aquellos sistemas que se desarrollaron a partir de la familia del *Common Law* y, por tanto, difieren de los sistemas jurídicos europeos actuales cuya procedencia radica en la familia del Derecho Romano-Germánico (aunque también se suele referir a esta familia como Derecho Continental).

¿Quiere esto decir que este tipo de limitaciones no se dan dentro del Derecho Comunitario, por ejemplo? ¿Sucede esto también en nuestro ordenamiento jurídico nacional?

MARCO NORMATIVO EUROPEO

La Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante **DDASI**) en su artículo 5 contiene un amplio análisis de las condiciones que han de cumplirse para la apreciación de excepciones y limitaciones que los Estados miembros podrán establecer respecto de los derechos de reproducción (art. 2 DDASI), de comunicación al público de las obras (art. 3 DDASI) y de distribución (art. 4 DDASI).

A modo de ejemplo, según el art. 5.3 de la DDASI, los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público de las obras cuando:

- El uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida. (arg. Ex art. 5.3, letra a) DDASI)
- Cuando se trate de citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando éstas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y que se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido. (arg. Ex art. 5.3, letra d) DDASI)

El art. 5.5 de la citada Directiva también incorpora un límite a los límites, valga la redundancia. Así, las excepciones contempladas en el artículo 5, apartados 1, 2, 3 y 4 se aplicarán en casos concretos siempre y cuando no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

En estos mismos términos el Considerando (44) de la Directiva delimita la extensión de las limitaciones previstas en el artículo 5 respecto de los derechos de los autores sobre la explotación de sus obras, incluyendo, asimismo, una

posible interpretación más restrictiva de las excepciones en lo que refiere a la protección de los derechos de autor. La Directiva, ya en 2001, incorporaba un mecanismo de revisión de estas excepciones frente a posibles utilizaciones de obras protegidas por medios tecnológicos.

MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

Si nos trasladamos al ordenamiento jurídico nacional, la Ley de Propiedad Intelectual³⁷ (en adelante LPI) se encarga en sus artículos 31 y siguientes de lo que refiere como "**límites**". Pero estos límites, al igual que como se ha apuntado en el apartado anterior, actúan sobre los derechos de explotación reconocidos al autor y comprendidos entre los artículos 17 a 21 de este mismo cuerpo legal.

Ello no obsta para que, dentro de la LPI se contemplen otros regímenes de límites aplicables a determinadas obras, como pudieran ser aquellos previstos en el artículo 88 de la LPI respecto de obras cinematográficas y demás obras que se integren en la categoría de audiovisuales (en los términos suscritos por el art. 86 LPI). Lo mismo ocurriría con las previsiones del artículo 100 LPI en materia de programas de ordenador y los límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas contempladas en el artículo 197 LPI en sede de protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos.

Llegados a este punto, y atendiendo al catálogo *numerus clausus* que prevé la LPI en sus arts. 31 y ss., resulta de especial interés detenernos un segundo en el art. 40 bis de esta misma norma. El artículo en cuestión viene a establecer lo siguiente:

*"Los artículos del presente capítulo **no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio***

³⁷ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran."

La adición de este artículo a la LPI trae causa en la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y viene a introducir la "**regla de los tres pasos**³⁸" contemplada en el artículo 9.2 del Convenio de Berna.

LA SENTENCIA DEL CASO GOOGLE EN ESPAÑA

La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2008** (SAP B 8198/2008, Rec. 92/2006), también conocida como la **Sentencia del Caso Google**, que venía a resolver sobre una posible afección de los derechos de propiedad intelectual de un particular por parte de *Google Spain*, S.A. y su sistema de incorporación de una copia de cada página web integrada en su buscador en la "memoria caché" del mismo.

Fundamento Jurídico Primero.- "*La demanda añade que la demandada efectúa y mantiene en sus archivos una copia de las páginas de Internet que visita y utiliza tal información con el fin de prestar sus servicios, sin autorización de los titulares de las páginas Web. En concreto, la demanda afirma que Google confecciona con retales de distintas páginas Web una página que presenta como propia en la que inserta publicidad.*"

En paralelo con lo analizado hasta ahora, la resolución de la Audiencia Provincial entra a valorar, ya en su Fundamento Jurídico Cuarto, la relación entre el

³⁸ El artículo 9.2 del Convenio de Berna, encargado de normar el derecho de reproducción reconocido a los autores de obras literarias y artísticas, contemplaba la reserva en favor de los Estados miembros de la Unión Europea para el desarrollo de excepciones aplicables a los derechos reconocidos a los legítimos autores de la obra.

Así, y del tenor literal del ya referido artículo, cabe identificar tres criterios interpretativos para la identificación de estos límites o excepciones. Estos criterios son: (I.) Que la excepción y/o limitación de los derechos venga definidos por la Ley de forma taxativa, (II.) que la reproducción no atente contra la explotación normal de la obra y (III.) que tampoco cause un perjuicio injustificado de los legítimos intereses del autor de la obra.

catálogo de límites contemplados en los artículos 31 y ss. de la LPI respecto del contenido del art. 40 bis del mismo cuerpo legal.

La Audiencia se manifiesta en los siguientes términos:

“En primer lugar, el art. 40 bis) TRLPI, introducido por la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación de la Directiva 96/9/CE sobre bases de datos, dispone que los artículos sobre límites (art. 31 y ss LPI) «no podrán interpretarse de manera tal que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran». Este precepto, que originariamente pretendía ser un criterio hermenéutico de los límites legales tipificados previamente, puede dar lugar a que, por vía interpretativa, nos cuestionemos los límites de estos derechos más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan, positiva y negativamente, en este caso los derechos de reproducción y de puesta a disposición (comunicación).”

La interpretación que la Audiencia Provincial realizó respecto del art. 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual puede entenderse como una traslación del espíritu de la doctrina del *Fair Use* estadounidense a nuestro ordenamiento pero, lejos de ser esto posible, esta misma interpretación supuso identificar un nuevo límite. Cuestión sonada, sobre todo en el sector de la doctrina, que se pronunció en apoyo del contenido de la resolución pero no respecto de la aplicación del contenido del artículo 40 bis de la LPI.

Y es que, como ya comentamos en la publicación anterior – *La doctrina del Fair Use* – la naturaleza del *Fair Use* radica en la limitación excepcional a la protección emanada del copyright sobre los derechos reconocidos al autor o al titular legítimo de los derechos sobre la obra. Es, a fin de cuentas, un límite que

se aplica en función de un análisis previo del *Four Step System* para, en último término, habilitar ese uso legítimo³⁹.

Por el contrario, la naturaleza del artículo 40 bis de la LPI no radica en la existencia de un límite "auxiliar" a los contemplados en los artículos 31 y ss. de la LPI sino que, como se apuntó por grandes especialistas, como Andy Ramos⁴⁰, este precepto no es sino un mecanismo de interpretación de los límites tasados en la LPI – estos son, los artículos 31 y ss. de la LPI.

CONCLUSIÓN

La lectura de la SAP de Barcelona 8198/2008 es tremendamente interesante, no sólo por la interpretación tan interesante que hace de la doctrina del *Fair Use* sino también por cómo estudia la aplicación de los preceptos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante **LSSI**) en el caso de almacenamiento caché por parte de los servicios de búsqueda de Google. Además, en lo que respecta al estudio de la doctrina del *Fair Use* y su aplicación en el marco jurídico nacional, podemos concluir las siguientes claves:

- El desarrollo normativo de la doctrina del *Fair Use*, contemplada en la *Copyright Act* estadounidense, **no resulta de aplicación en el marco europeo**. Ello no significa que las Directivas europeas en esta materia no contemplen límites a determinados derechos reconocidos a los autores.
- En el ordenamiento jurídico nacional, la LPI contempla un catálogo numerus clausus de límites a determinados derechos reconocidos a los autores en sus artículos 31 y siguientes.

³⁹ L. RAY PATTERSON, *Understanding Fair Use*, 55 *Law and Contemporary Problems* 249-266 (Spring 1992), recuperado de <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/13>

⁴⁰ RAMOS, A., "SENTENCIA HISTÓRICA PARA GOOGLE EN ESPAÑA, EN LA QUE SE APLICA EL "FAIR USE", publicado en *Inter Iuris*, de 28 de octubre de 2008. Recuperado de: <http://www.interiuris.com/blog/sentencia-historica-para-google-en-espana-en-la-que-se-apela-al-fair-use/>

- El artículo 40 bis de la LPI no es una “reformulación” de un nuevo límite sino que incorpora la “regla de los tres pasos” del artículo 9.2 del Convenio de Berna que permite hacer una interpretación y adecuación de los límites ya delimitados por la norma.

WEB-GRAFÍA:

SOLANA, D., “El Asunto Google y la “regla de los tres pasos en nuestra Ley de Propiedad Intelectual”, publicado en *Cremades y Calvosotelo*, de 30 de diciembre de 2008. Recuperado de: https://www.cremadescalvosotelo.com/sites/default/files/211-20081230_el_asunto_google.pdf

RAMOS, A., “SENTENCIA HISTÓRICA PARA GOOGLE EN ESPAÑA, EN LA QUE SE APLICA EL “FAIR USE”, publicado en *Inter Iuris*, de 28 de octubre de 2008. Recuperado de: <http://www.interiuris.com/blog/sentencia-historica-para-google-en-espana-en-la-que-se-apela-al-fair-use/>

FISCALIDAD DE LOS NFTS EN EL IRPF

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 5 de mayo de 2022

#Derecho #DerechoTributario #DerechoFiscal #NFTs

En los dos últimos años, el fenómeno emergente del ecosistema de los criptoactivos ha girado en torno a los denominados NFTs (*Non fungible tokens*). En este sentido, su alta popularidad ha venido acompañada del interés de la industria de la moda, entrenamiento o música.

A diferencia de las monedas virtuales, los NFTs son tokens que se caracterizan por su **carácter no fungible y único**; esto es, mientras que monedas virtuales como el BTC o ETH o el dinero fiduciario son perfectamente intercambiables entre sí (el valor económico de 100 euros es el mismo que de 10 billetes de 10 euros), no es así en los NFTs (p.ej. un NFT de Bored Ape Yacht Club con cualidades únicas no es equivalente a otro distinto carente de tales cualidades). En definitiva, los NFTs actúan como una suerte de **certificados digitales de autenticidad**, permitiendo, gracias a la tecnología *blockchain*, representar bienes, objetos, derechos, etc. con cualidades únicas en el ecosistema digital - p.ej., obras de arte digitales con garantía de su carácter único y auténtico, al más puro estilo de obra de arte corporal-.

Pues bien, el comercio de esta clase de tokens acarrea una serie de obligaciones de carácter fiscal que, a menudo, suelen desatendidas por los usuarios. Ello tiene especial repercusión en la campaña de la Renta, donde miles de contribuyentes se pueden ver obligados a declarar las rentas que hayan podido generar de operar con NFTs.

Lo anterior motiva la necesidad de realizar un análisis jurídico-tributario adecuado.

LA FISCALIDAD DE LOS NFTS EN EL IRPF

La tributación de los NFTs en el IRPF variará en función de la existencia de afectación de los NFTs al ejercicio de una actividad económica. En este sentido, podemos distinguir dos escenarios.

Régimen fiscal en el IRPF de los creadores y artistas de NFTs

El ejercicio de una profesión artística por cuenta propia en el ecosistema digital vinculado a los NFTs determina que las rentas que deriven de tal actividad profesional se califiquen fiscalmente de **rendimientos de las actividades económicas** (art. 27.1 LIRPF). Tales rentas se integran en la **base imponible general** del IRPF (art. 45 LIRPF), pudiendo variar sus tipos impositivos desde el **19% al 47%** -tipo máximo que varía en función de la CCAA en la que resida el artista-.

*"1. Se considerarán **rendimientos íntegros de actividades económicas** aquellos que, **procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores**, supongan por parte del contribuyente la **ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios**.*

*En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el **ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas**".*

Desde la perspectiva del IRPF, el ejercicio de una actividad artística de forma profesional -sea habitual u ocasional- dificulta el cálculo de los rendimientos

que pudieren derivar de tal actividad, en la medida que, en concordancia con lo establecido en el art. 28.1 LIRPF, «*El rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades*», y, consiguientemente, la **normativa contable**, dada su estrecha relación con el citado impuesto. Adicionalmente, serán tenidas, en su caso, las particularidades recogidas para la determinación de los rendimientos de actividades económicas por el método de estimación directa (art. 30 LIRPF).

En este sentido, el creador o artista de NFTs deberá reflejar contablemente los distintos gastos e ingresos en los que incurra en el ejercicio de esta actividad económica vinculada a la creación y venta profesional de sus NFTs.

- Se contabilizarán como ingresos las ventas de NFTs a otros usuarios, así como, en caso de establecerlo así el artista, los ingresos derivados por posteriores ventas (denominados *royalties*).
- Por otro lado, los gastos en los que se incurra en el ejercicio de su actividad podrán ser deducidos conforme la normativa contable, sin perjuicio de las dificultades relativas a la debida justificación de tales gastos.

Es precisamente en este último punto –**fehaciente justificación de los gastos**– donde surge el **principal problema** para los artistas digitales, dado que la creación de una colección propia de NFTs requiere de un proceso conocido como *minting*, debiendo pagar el artista los costes de comisión o fees de la red y *marketplace* en la que comercialice sus NFTs . En este sentido, si bien es cierto que el carácter público de la cadena de bloques permite identificar la transacción de *minting* -constando los costes de comisión o fees en los que se haya incurrido-, la normativa fiscal requiere de la existencia de una factura para la debida justificación del correspondiente gasto (art. 106.4 LGT, arts. 1 y 6 del RD 1619/2012, Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación); igualmente, la expedición de una factura en el ámbito de un *marketplace* de NFTs supone una práctica inexistente.

Art. 106.4 Ley General Tributaria: "Los gastos deducibles y las deducciones que se practiquen, cuando estén originados por operaciones realizadas por empresarios o profesionales, deberán justificarse, de forma prioritaria, mediante la factura entregada por el empresario o profesional que haya realizado la correspondiente operación que cumpla los requisitos señalados en la normativa tributaria."

Por otro lado, no hay olvidar que el ejercicio profesional de creación y comercialización de NFTs sujetará a practicar trimestralmente pagos a cuenta (art. 23 LGT) consistentes en **pagos fraccionados** (art. 99.7 LIRPF), correspondiendo un porcentaje trimestral del 20 % (art. 101.11a) LIRPF).

Régimen fiscal en el IRPF de la inversión en NFTs

Las operaciones de venta de NFTs que se hagan al margen del ejercicio de una actividad profesional determinan que no estemos ante rendimientos de las actividades económicas, sino ante ganancias y pérdidas patrimoniales que se ponen de manifiesto con ocasión de una transmisión de elementos patrimoniales -en este caso, un NFT-, integrándose, en consecuencia, en la **base imponible del ahorro** (art. 46.2b) LIRPF), con tipos de gravamen del **19% al 26%**. En este sentido, la cuantificación de la correspondiente ganancia o pérdida se haría por la **diferencia entre el valor de transmisión y de adquisición** (art. 34.1a) LIRPF), siendo computables para determinar los respectivos valores de adquisición y de transmisión las **comisiones o fees** (consulta vinculante V1604-18); permitiendo incrementar el valor de adquisición por las comisiones y gastos satisfechos y minorar el valor de transmisión por satisfacer las mismas.

EL DERECHO AL OLVIDO DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 16 de mayo de 2022

#Derecho #ProtecciónDeDatosPersonales #DerechoAdministrativo

Hace más de dos años escribí para *Derecho EnClaro* un brevísimo post hablando del derecho al olvido.

Eran unas ligeras notas sobre el funcionamiento y requisitos que se vienen exigiendo para el ejercicio del derecho al olvido, unas líneas que, desde el cariño, padecían del "mal del novicio" puesto que trataba el fondo del tema partiendo de una interpretación puramente textual del Reglamento (UE) 2016/679, conocido como Reglamento General de Protección de Datos (RGPD en adelante).

El día de hoy, con varios años más de lectura añadida, voy a abordar el derecho de supresión y el derecho al olvido en los términos del Reglamento General de Protección de Datos, su relación con los artículos 93 y 94 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y garantías de los derechos digitales y veremos una primera aproximación del estrecho vínculo entre la protección de datos y otros derechos fundamentales.

Pero antes de entrar al fondo de este artículo, conviene recordar que, nosotros, como particulares – y en términos del RGPD y de la LOPD, interesados – contamos en nuestro haber con una serie de derechos reconocidos en los artículos 15 a 22 del RGPD. Estos son:

- **Derecho de acceso** (art. 15 del RGPD y artículo 13 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y garantía de derechos digitales, en adelante LOPD).
- **Derecho de rectificación** (art. 16 del RGPD y 14 de la LOPD)
- **Derecho de supresión / derecho al olvido** (art. 17 del RGPD y art. 15 de la LOPD).
- **Derecho a la limitación del tratamiento** (art. 18 del RGPD y art. 16 de la LOPD)
- **Derecho a la portabilidad de los datos** (art. 20 del RGPD y artículo 17 de la LOPD).
- **Derecho de oposición** (art. 21 del RGPD y artículo 18 de la LOPD).
- **Derecho a no ser objeto de tratamiento automatizado y de elaboración de perfiles** (art. 22 del RGPD y art. 11.2 *in fine* de la LOPD, que remite directamente a lo establecido en el RGPD).

Estos derechos no son absolutos y el propio Reglamento, en su artículo 23, reconoce la capacidad a los distintos Estados miembros para determinar el alcance de las obligaciones y derechos reconocidos a los interesados a través de medidas legislativas, sin que pudieran estas medidas resultar intromisivas en el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales reconocidas al ciudadano.

El tratamiento del derecho al "*olvido*" siempre ha sido un tema de gran interés ya que, a sabiendas del masivo flujo de datos que circula por Internet y de toda la información que vertemos consciente, e inconscientemente, a menudo nos llegamos a plantear la posibilidad de retirar todos estos datos de Internet y de todas las redes sociales hemos creado.

Y, en este punto, debemos empezar tratando el concepto de "***Derecho al Olvido***"
¿Qué entendemos por derecho al olvido? ¿Qué comparte con el derecho de supresión? ¿Son lo mismo?

Vayamos por partes. **¿Qué entendemos por derecho de supresión?** El RGPD, en su artículo 17, recoge el **derecho de supresión y el derecho al olvido**, entendiéndose como el derecho a obtener, sin dilación indebida, del responsable del tratamiento de los datos personales relativos a una persona, la supresión de esos datos, cuando:

- Ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados, así como en los casos en los que se retire el consentimiento en que se basó el tratamiento.
- Cuando la persona interesada se oponga al tratamiento, cuando los datos se hayan tratado de forma ilícita.
- Cuando se deba dar cumplimiento a una obligación legal establecida en el Derecho de la Unión o en el de los Estados miembros,
- O cuando los datos se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información.

Por ende, toda vez que concurren cualquiera de estas causas (ex. art. 17.1 y 17.2 del RGPD), los interesados pueden solicitar al responsable del tratamiento de estos datos la supresión de los mismos.

Como indicábamos antes, también se contemplan limitaciones al ejercicio de este derecho, especialmente en aquellos casos en los que el derecho al olvido ejercitado por el interesado entre en pugna con derechos fundamentales de terceros, como pudiera ser el caso de la libertad de expresión o información.

La **Sentencia núm. 58/2018, de 4 de junio de 2018, del Tribunal Constitucional**, en su Fundamento Jurídico Quinto se manifiesta sobre la existencia y generación jurisprudencial del "**derecho al olvido**". En este caso, se ponen de manifiesto el conflicto existente entre los derechos al honor y a la intimidad (art. 18.1 Constitución Española, en adelante CE), la protección de datos personales (art. 18.4 CE) y el derecho a la libertad de información (recogido en el art. 20.1, letra d) de la CE).

Y es que, en palabras del Tribunal Constitucional, en este supuesto; [...] *Hoy, la información periodística ya no es sólo la actualidad publicada en la prensa escrita o audiovisual, sino un flujo de datos sobre hechos y personas que circula por cauces no siempre sujetos al control de los propios medios de comunicación, y que nos permite ir hacia atrás en el tiempo haciendo noticiables sucesos que no son actuales. Las anteriores circunstancias exigen ajustar nuestra jurisprudencia sobre la ponderación de los derechos en conflicto.*[...]

Con el desarrollo de **Internet** y de la **Web 3.0**, la protección de los datos de las personas físicas se ha tornado complicado. El Considerando (66) del RGPD ya adelantaba la ampliación del "derecho al olvido" en el entorno en línea de forma que todos los responsables del tratamiento que hayan hecho públicos datos personales deban indicar a otros responsables que estén tratando estos mismos datos para que supriman el acceso a los mismos así como a copias o réplicas.

Nuestra Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantías de los derechos digitales incorpora estas premisas en los **artículos 93 y 94** que reciben el nombre de Derecho al olvido en búsquedas de Internet y Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes, respectivamente.

Así, el artículo 93.1 de la LOPD establece que:

"1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet [...] ”

Y el artículo 94 LOPD:

“1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2."

La protección de datos personales es un área del Derecho complicada, en muchas ocasiones árida y, desde luego, con cuestiones de gran calado. El punto de partida es el estudio conjunto del Reglamento General de Protección de Datos – que recordemos que tiene carácter vinculante para todos los Estados miembros – y de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos y de garantías de los derechos digitales pero no debemos de olvidar la estrecha conexión entre los derechos y libertades fundamentales.

En los próximos artículos estudiaremos y haremos un breve esquema-resumen de los métodos que hemos de seguir si, como interesados, deseamos ejercer el derecho de supresión de datos en distintas redes sociales y motores de búsqueda, utilizando algunos de los ejemplos jurisprudenciales más conocidos y otros más recientes.

¿CÓMO DECLARAR LAS CRIPTOMONEDAS?

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 18 de mayo de 2022

#Derecho #DerechoTributario #DerechoFiscal #Cryptomonedas

A menudo es común encontrarse con afirmaciones consistentes en la exención de pagar impuestos -como el IRPF- por la operativa con criptomonedas hasta el momento en que se convierta el resultado de tales operaciones en dinero fiduciario. Afirmaciones como la anterior son, en buena medida, fruto de la ausencia de una normativa fiscal específica referida a las criptomonedas.

En este artículo se abordará este tema conforme la legislación y, especialmente, los pronunciamientos realizados al respecto por la Dirección General de Tributos.

¿QUÉ SON FISCALMENTE LAS CRIPTOMONEDAS?

La falta de una regulación fiscal específica no determina la no de tributación de las operaciones con criptomonedas, debiendo adaptarse el fenómeno a la vigente normativa. En este sentido, recordemos que el art. 13 de la Ley General Tributaria (LGT) establece al respecto lo siguiente:

"Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez"

Por ende, la calificación de la naturaleza jurídica de las criptomonedas deviene en imprescindible. Así, dos han sido las principales posturas en este aspecto.

Las criptomonedas como medios de pago y divisas.

Una interpretación con apoyo dentro de la doctrina administrativa y de la jurisprudencia comunitaria relativa al IVA consiste en equiparar a las monedas virtuales con los medios de pago y, en concreto, con las divisas.

En este sentido, si bien es cierto que inicialmente la DGT calificó al bitcoin de medio de pago y que «*por sus propias características deben entenderse incluidas dentro del concepto «otros efectos comerciales»*» (consultas V1028-15, la V1029-15 y la V2846-15), el TJUE en su STJUE del caso *Hedqvist* resolvió una cuestión prejudicial relativa a la fiscalidad indirecta de las operaciones de cambio de monedas virtuales bitcoin por divisas tradicionales; en esta STJUE, el TJUE indicó que tales operaciones de cambio "*consisten en un intercambio de distintos medios de pago*" dado que calificó al bitcoin como una "*divisa virtual de flujo bidireccional*" que "*no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago*". Esta interpretación permite que tales operaciones de intercambio se constituyan en verdaderos cambios de divisas, conllevando su exención en impuestos como el IVA al venir incluidas en el art. 135.1e) Directiva del IVA.

Las criptomonedas como bienes muebles.

Por contrapartida, otra postura gira en torno a su consideración como bien mueble inmaterial. Tal postura atiende a la naturaleza tecnológica de las criptomonedas, que no son sino un código alfanumérico consignado en la cadena de bloques en forma de anotación, que otorga a su titular un derecho a poder hacer una determinada anotación en ese gran registro distribuido, sin perjuicio de poder ser usado como contraprestación en un negocio jurídico siempre que las partes así lo convengan.

Esto ha hecho que se apoye su consideración como bienes muebles digitales susceptibles de propiedad (ex arts. 333, 335, 337, 347 y 348 CC), sin perjuicio de poder ser usados como contraprestación en un negocio jurídico siempre que las partes así lo convengan (art. 1170 CC). Por otro lado, con fundamento en la

definición de monedas virtuales contenida en la Quinta Directiva de Prevención de Blanqueo de Capitales (Directiva (UE) 2018/843), la DGT ha indicado en consultas vinculantes V0999-18, V1149-18, V1069-19 que:

«(...) las monedas virtuales son bienes inmateriales, computables por unidades o fracciones de unidades, que no son moneda de curso legal, que pueden ser intercambiados por otros bienes, incluyendo otras monedas virtuales, derechos o servicios, si se aceptan por la persona o entidad que transmite el bien o derecho o presta el servicio, y que pueden adquirirse o transmitirse generalmente a cambio de moneda de curso legal»

Su asimilación a bienes muebles conlleva la subsunción de las operaciones realizadas con estas en negocios jurídicos de permutas (art. 1538 CC).

¿DECLARAR LAS CRIPTOMONEDAS POR LA CONVERSIÓN A DINERO FIAT O POR CADA OPERACIÓN?

Visto lo anterior, se observa como las criptomonedas revisten una doble naturaleza jurídico-tributaria: una para la imposición directa y otra indirecta. Tal dicotomía de criterios no es una cuestión baladí dada las consecuencias jurídicas y fiscales que ello tiene para las operaciones realizadas con criptomonedas.

Así, la mencionada asimilación de estas a bienes muebles y la subsunción de las operaciones realizadas con ellas en negocios de permuta tiene como consecuencia inmediata la obligación de tributar en el IRPF operación por operación.

En este sentido, además de las anteriores consultas, resulta imprescindible hacer referencia a la consulta V0808-18, donde la DGT afirma que las operaciones de compraventa de monedas virtuales **«darán lugar a ganancias o pérdidas patrimoniales, de acuerdo con el artículo 33.1 de la LIRPF, cuyo importe será, según el artículo 34 de la misma Ley, la diferencia entre los**

respectivos valores de transmisión y de adquisición" -lo cual determina que cada transmisión de criptomoneda origina una ganancia o pérdida patrimonial- y, lo que es más importante, ***«en la venta de monedas virtuales, la alteración patrimonial habrá de entenderse producida en el momento en que se proceda a la entrega de las monedas virtuales por el contribuyente en virtud del contrato de compraventa, con independencia del momento en que se perciba el precio de la venta, debiendo, por tanto, imputarse las ganancia o pérdida patrimonial producida al período impositivo en que se haya realizado dicha entrega.»***

La importancia de la segunda afirmación reside en que, con ello, la DGT descarta aplicar a las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de criptomonedas el criterio que recogía para en otras consultas para las inversiones en divisas, donde la tributación como ganancia o pérdida patrimonial únicamente se produce con la conversión de la correspondiente divisa a euro (consultas V0234-07, V2466-08 o V2422-20, en consonancia con el art. 14.2e) LIRPF). Esto es, la DGT rechaza que la ganancia o pérdida patrimonial derivada de criptomonedas se produzca sólo con su conversión a euros, obligando a tributar operación por operación; debiendo calcular la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial por ***«la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales"*** (consultas vinculantes V0999-18 y V1149-18), entendiéndose que ***«que los transmitidos o dispuestos son los adquiridos en primer lugar"*** -obligando a usar el método FIFO- (consulta vinculante V1604-18).

CONCLUSIÓN

De acuerdo a las anteriores consideraciones, se observa que la obligación de declarar no deviene únicamente por la conversión a dinero fiduciario/euro, sino que se aplicará también por cada transmisión o permuta de criptomoneda.

Esto hace recomendable un adecuado seguimiento de las diferentes operaciones, donde el contribuyente sea consciente del impacto fiscal de sus operaciones con criptomonedas. En este sentido, se recomienda la lectura de nuestro artículo ***«Declaración de la Renta Crypto. Consejos prácticos»***.

Del mismo modo, no hay que olvidar que ello también sería para otro tipo de transacciones -como *airdrop* o *staking*-, donde la imputación temporal de lo ganado con el *airdrop* correspondería "al período impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial" (art. 14.1c) LIRPF) y «al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor» (art. 14.1a) LIRPF) para el caso del *staking*.

LOS DEEPFAKES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 25 de mayo de 2022

#Derecho #ProtecciónDeDatosPersonales #DerechoDigital
#Sociedadde la Información

En anteriores publicaciones abordamos el estudio de la generación de "Deepfakes" (*ultrafalsos* si lo traducimos literalmente) y cómo estos afectaban al derecho a la propia imagen reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española y normado por medio de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (también conocida como **Ley del Honor**).

El día de hoy ampliaremos el estudio yendo más allá de las injerencias producidas por la creación de este tipo de contenidos a la esfera de los particulares, abordando los *Deepfakes* desde la perspectiva de la protección de datos, con un enfoque más concreto en la licitud del tratamiento y el consentimiento prestado por los interesados.

INTRODUCCIÓN

En publicaciones anteriores de Lato Senu abordé una primera aproximación de los Deepfakes y la importancia de conocer como estos funcionan y pueden afectar derechos fundamentales como el de la propia imagen de las personas (art. 18.1 de la Constitución Española).

No obstante, analizar esta tecnología desde una sola perspectiva se me antoja insuficiente. Sería tanto como asumir que un elemento conflictivo en el derecho compete a una sola de sus ramas, careciendo de interacción con otras.

La utilización de imágenes de terceras personas para colocarlas, bien sobre otras imágenes estáticas o sobre vídeos, se ha convertido en algo tan usual que hasta plataformas de compartición de contenido generado por usuarios (como *Tik-Tok* o *Instagram*, entre otras) la han utilizado como medios de reclamo e interés para atraer a potenciales nuevos usuarios y retener a los ya existentes.

Este tipo de tecnología, que cruza *Deep-learning* con la manipulación de imágenes y datos, sin duda tiene una potencialidad considerable. Visto desde la perspectiva de la medicina, por ejemplo, permite recrear un escenario simulado en el que el profesional pueda monitorizar y hacer un seguimiento de sus intervenciones o, en una línea totalmente distinta – y mucho más gravosa – una persona podría realizar una composición visual o musical utilizando los rostros de terceras personas manifestando proclamas que pudieran afectar su *status* social, siendo quizá el ejemplo más común su posible utilización en el ámbito político nacional e internacional.

Dicho lo cual, hagamos una breve recapitulación. Rescatando la noción de "Deepfakes" que se nos presenta en el podríamos acudir al *Draft Issues paper on Intellectual Property policy and Artificial Intelligence*, publicado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en 2019, podemos apreciar que:

"La tecnología relacionada con los ultrafalsos (Deep-Fakes), o la generación de versiones parecidas de personas y sus atributos, tales como la voz y la apariencia, existe y se está empleando. [...]"

Esta definición queda huérfana si atendemos única y exclusivamente a la interacción con los rostros, apariencia y movimientos de terceras personas. Las redes generativas antagónicas – o GANs – son los métodos tras la aparición de los Deepfakes y, desde luego, su utilización va mucho más allá de la mera modificación y superposición de rostros. Pero nosotros no somos técnicos en la materia y, por ende, procedo a solicitar la venia para evadir la explicación formal técnica tras su funcionamiento para, en resumidas cuentas, mencionar que esta tecnología aborda campos tan dispares como la medicina o la ciberseguridad y, al hilo de esto, finalizo esta breve *overture* para dar paso a la implicación de los datos personales en este tipo de tecnología.

SOBRE LA LICITUD Y EL CONSENTIMIENTO

En lo que respecta al ámbito de la protección de datos, debemos, primeramente, delimitar el concepto de dato personal. Para ello debemos acudir al artículo 4 del Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, sobre protección de datos (en adelante RGPD), que entiende "**Dato Personal**" como: ***toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará persona física identificable a toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona***⁴¹.

Con base en esto, no cabe sino concluir que la imagen de una persona es un dato personal en tanto permite la identificación directa de una persona, ello sin contar con otros identificadores y/o factores adicionales.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, en el asunto C-131/12 (*Google Spain, S.L., Google, INC. vs. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*).

¿Dónde radica uno de los problemas principales en el caso de los *Deepfakes* respecto de la protección de datos? En la licitud del tratamiento de estos datos.

El artículo 6 del RRGPD recoge las condiciones en las que el tratamiento de los datos será lícito comprendiendo, entre ellas, la necesidad del tratamiento para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte, para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o para el cumplimiento de una misión realizada en pro del interés público.

Sin embargo, el óbice fundamental, lejos de estas condiciones, lo encontramos en aquellos supuestos en los que el interesado no prestó un consentimiento libre y expreso para el tratamiento de sus datos personales para la generación de este tipo de contenido.

El artículo 4, apartado 11) del RGPD define el consentimiento del interesado como:

"[...] toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.[...]"

Por tanto, cabe entender, en una primera aproximación, que aquella persona (física o jurídica) que se encuentre como responsable de la utilización de este tipo de software habrá de recabar el consentimiento expreso, libre e informado de cada usuario para, con arreglo al marco normativo de la protección de datos, informarle de los fines que perseguirá dicho tratamiento y los medios de los que asistirá.

No creo que haga falta apuntar que rara vez ocurre esto y que, cuando se produce una recogida de datos en Internet para la realización de *Deepfakes*, en

pocas ocasiones se hace conforme a las reglas previstas en el RGPD y en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD). Ni que decir tiene que las limitaciones contempladas en el artículo 23 del RGPD no resultan de aplicación en estas situaciones en tanto la esencia de las mismas parten de la persecución del tratamiento de datos de carácter personal con una finalidad provechosa para el interés general.

El artículo 6.4 del RGPD introduce, en sede de licitud del tratamiento, una remisión al contenido del ya citado artículo 23.1 del mismo Reglamento habilitando un tratamiento distinto al contemplado inicialmente por el responsable siempre y cuando se pondere este nuevo tratamiento con:

- Cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto.
- El contexto en que se hayan recogido los datos en cuestión, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento.
- La naturaleza de dichos datos, en concreto cuando se traten de categorías especiales de datos, de conformidad con el artículo 9 del RGPD, o cuando se traten de datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10 del mismo Reglamento.
- Las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior al previsto.
- La existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la pseudonimización del interesado.

Ahora, lanzo una pregunta al aire ¿Cabe entender que se ha prestado consentimiento al tratamiento de estos datos en aquellos casos en los que el interesado no manifieste nada?

Pongamos un ejemplo. www.webfalsa.es tiene un *pop-up* programado para que, cada vez que un nuevo usuario acceda a la *landing page* tenga que consentir la utilización de *cookies*. En dicho *pop-up* se indica una relación de fines para los cuales se recaban X datos.

Sin embargo, resulta que, cuando se hace un análisis en profundidad de los datos recabados por el responsable del tratamiento, nos encontramos con que se han recogido muchos más datos de los consentidos, entre ellos una serie de imágenes guardadas como borrador por el interesado y que han sido transmitidas a terceros sin el consentimiento del interesado.

El Considerando (32) del RGPD desgrana esta idea de forma que, en lo que refiere al consentimiento del interesado, el silencio, las casillas marcadas previamente a la interacción con el usuario/interesado o la mera inacción del usuario/interesado no deben constituir una prestación efectiva del consentimiento para la recogida y tratamiento de los datos. Además, cuando el tratamiento tenga varios fines, deberá darse el consentimiento para cada uno de ellos, solicitando, para ello, la prestación del consentimiento de una forma clara, concisa y sin que pudiera perturbar de forma innecesaria el uso del servicio para el que se presta.

¿Qué ocurre, por ejemplo, con los contratos firmados en los que se encontrasen este tipo de casillas ya marcadas? Pues, ciertamente, esta colecta de datos devenida en irregular provocaría que fuera necesaria una recogida acorde con las previsiones legales contenidas en el Reglamento, por ejemplo, mediante acciones encaminadas a desglosar el tratamiento de los datos que se requiere y los fines a los que se destinará dicha recogida.

ÁMBITO DE LOS DEEPFAKES

En el caso de los Deepfakes, principalmente nos encontramos con la utilización de imágenes y sonidos de terceras personas para la generación de vídeos breves en los que estas mismas imágenes y sonidos se superponen sobre las originales.

A modo de muestra, el vídeo protagonizado por el presidente de Ucrania, Volodímir Zelenski, en el que se proclamaba la rendición de las tropas ucranianas ante la invasión rusa.

La problemática en estos supuestos queda representada en tres instancias sucesivas:

1º.- Los datos (entendiendo por datos las imágenes y/o voces de terceros) han sido recabados de forma ilícita.

2º.- En la misma línea, los terceros afectados por esta recogida de datos ilícita no han prestado consentimiento para la utilización de sus datos para los fines pretendidos con las creaciones generadas mediante esta tecnología.

3º.- Constatado los puntos anteriores ¿cómo se habilita a los interesados para ejercer los derechos de los que les asiste el RGPD y la LOPD? A lo que habrá que adicionar la búsqueda de la identificación del responsable o encargado del tratamiento en aquellos supuestos en los que no se especificase dicha identidad.

Por ello, es posible concluir que, en la mayoría de supuestos, la creación de Deepfakes supone una recogida ilícita de datos personales de terceras personas y, de igual forma, resulta muy dificultoso ejercitar los derechos reconocidos por el RGPD y la LOPD por parte de los afectados por esta tecnología.

Cuestión distinta sería aquella en la que los interesados, tras descargar una aplicación como *Zao*⁴², *Deep Nostalgia*⁴³ o *FacePlay*⁴⁴, entre otras, consienten el tratamiento de datos personales (en este caso imágenes propias). Este tipo de aplicaciones utilizan la tecnología del *Deepfake* para recrear escenas con los rostros y voces de los interesados (Considerandos (42) a (44) del RGPD).

Así, en tanto se provea de la información correspondiente a la recogida, tratamiento y fines para los cuales se recaban los datos del interesado, y se cumplan las previsiones legales contempladas en el RGPD (que la base del tratamiento parta de que el interesado hubiera prestado consentimiento de forma libre y expresa, con pleno conocimiento de los fines a los que se dará cumplimiento con los datos recabados, y de la necesidad de recoger estos datos para llevar a cabo de forma efectiva el servicio solicitado por el interesado) hablaremos de un tratamiento lícito y consentido (ex. art. 6.1 y 6.3 del RGPD).

Para concluir, la tecnología utilizada para la generación de los conocidos como Deepfakes tiene un filo ambivalente. Por un lado, puede aportar una capacidad de generación de contenido que antes era imposible concebir (en el sector del cine mismamente con un ejemplo claro en el personaje de la Princesa Leia en la película "*Rogue One: una historia de Star Wars*") mientras que, por otro lado, la posibilidad de utilizar las GANs como herramienta predictiva puede poner en serios apuros sistemas de seguridad y de ciberseguridad. Sea como fuere, tendremos que adaptarnos para entender su funcionamiento y construir sistemas alternativos para conocer su funcionamiento pormenorizado.

⁴² Tal y como se describe en su página de presentación; "ZAO es una herramienta con la que podemos colocar nuestro rostro sobre el de los protagonistas de multitud de vídeos. De esta forma, en cuestión de segundos podremos realizar multitud de 'deepfakes' bastante realistas con los que sorprender a nuestros conocidos." Recuperado de <https://zao.uptodown.com/android>

⁴³ Recuperado de <https://www.myheritage.es/deep-nostalgia>

⁴⁴ Recuperado de https://play.google.com/store/apps/details?id=com.ai.face.play&hl=es_419&gl=US

LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN MERCANTIL Y EL CONTRATO DE FRANQUICIA

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 31 de mayo de 2022

#Derecho #DerechoMercantil

En el ámbito empresarial es común encontrarse con situaciones en las que empresas de un tamaño considerable tratan de experimentar con mecanismos que les permitan mantener su situación de crecimiento constante y, a la par, procurar una alternativa paralela a este crecimiento mediante la externalización de sus servicios y de la producción a fin de procurar una reducción de costes y una mejora de la rentabilidad y competitividad de la empresa en el sector.

Y uno de los «canales» a través de los cuales alcanzar este objetivo es mediante los conocidos como contratos de colaboración mercantil. Grosso modo, esta denominación integra una tipología muy diversa de contratos, como indicaré más adelante, pero, con carácter general, se trata de tipos contractuales en los que las partes se obligan a la realización de labores o gestiones de intereses de terceros – intereses ajenos – a cambio de una contraprestación, normalmente económica.

INTRODUCCIÓN

Este tipo de contratos vienen a ser entendidos, dentro del derecho mercantil, como la asunción de obligaciones estrechamente vinculadas con la gestión de los intereses ajenos a cambio de alguna contraprestación.

No obstante, no existe una regulación sectorial propia que aglutine cada uno de estos tipos, incluso, algunos son considerados contratos atípicos, dificultando aún más si cabe la aplicación de un marco jurídico *adecuado*.

Así, con carácter general, podemos diferenciar entre; el **contrato de comisión** – que se encuentra regulado en los artículos 244 y siguientes del Código de Comercio en conjunción con el artículo 1.709 del Código Civil- el **contrato de franquicia** – regulado en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, que regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia – el **contrato de agencia** – regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia – el **contrato de corretaje o mediación** – contrato atípico que se aplica con carácter supletorio al régimen de la comisión mercantil- o el **contrato de factoring**⁴⁵.

Si atendemos a las necesidades que presenta la sociedad de responsabilidad limitada y la proyección a corto-medio plazo respecto de la situación primitiva – entendida como punto de origen, surgimiento o entrada en el mercado/sector – se presenta como una opción a considerar la colaboración a través del **contrato de franquicia**, cuyo objeto, grosso modo, se consolida en el derecho de explotación de un sistema propio – un **know-how** o «*saber hacer propio*»⁴⁶– que aporta una ventaja frente al resto de competidores que desempeñan la misma actividad en el mismo sector – siendo un elemento lo suficientemente atractivo para atraer a terceros interesados en este tipo concreto de funcionamiento y, por ende, al régimen de franquiciado.

SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA

⁴⁵ J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., DÍAZ MORENO, A., (Coords.). Lecciones de Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos, 2015 (18.ª ed.).

⁴⁶ Entendido el know-how como el saber hacer de una empresa. Se trata de un término aplicable, ya no solo a la parte operativa, sino también a la estructural y organizativa en tanto se configura como una agrupación de conocimientos de la compañía que han sido parte del éxito de la misma.

Es común que cuando una empresa toma la decisión de hacer un seguimiento del crecimiento realice una planificación a partir de la cual proceder con una u otra estrategia atendiendo, ya no solo a circunstancias intrínsecas de la propia sociedad sino, también, tomando en consideración aspectos y factores externos a la misma. Hemos tratado *ut supra* algunos de los posibles métodos de crecimiento y desarrollo empresarial así como algunas de las vías contractuales por las que puede encauzarse dicha iniciativa y, finalmente, es posible afirmar que el contrato de franquicia presenta una serie de puntos clave sobre los que configurar esta planificación.

Además, debemos anotar que el contrato de franquicia tiene una regulación un tanto dispersa, a la par que escasa – puesto que, el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista y el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula la actividad comercial en régimen de franquicia, son las únicas muestras de nuestro ordenamiento jurídico de regulación material sectorial de esta figura contractual.

La **franquicia**, por tanto, puede conceptualizarse⁴⁷ como una fórmula por la que se promueve el asociacionismo comercial a través de un contrato entre dos partes – identificadas como franquiciado y franquiciador – que entablan una relación jurídica fundada en una serie de obligaciones y derechos por los cuales se autoriza la explotación de una marca, modelo de negocio y servicio por parte del tercero franquiciado.

El artículo 2.1 del Real Decreto 201/2010, que regula la actividad comercial en régimen de franquicia, introduce una visión aplicada del contrato de franquicia, una visión que se puede concretar en los siguientes puntos clave:

⁴⁷ *Vid.* STS 145/2009, de 9 de marzo de 2009, Fundamento Jurídico Tercero. Alude a la STS de 30 de abril de 1998 que vino a calificar el contrato de franquicia de atípico atendiendo a la definición aportada por la doctrina; " aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas -franquiciador- otorga a la otra -franquiciado- el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica."

- El contrato de franquicia requiere, de una parte, un franquiciador – la empresa – cede al franquiciado el derecho de explotación del modelo de negocio y actividad de la franquiciadora, de forma que se desarrolle en los mismos términos por los que la empresa franquiciadora hubiera alcanzado el éxito anteriormente dentro del sector.
- El contrato de franquicia persigue, a su vez, un margen de rentabilidad, por lo que se exige una serie de contraprestaciones al franquiciado, entre las cuales se encuentran el **canon de entrada**, los **royalties** periódicos– regalías que sufraga el franquiciado por el derecho de goce y uso de la marca, asistencia técnica y modelo de explotación- y el **fondo de publicidad**.
- Uno de los valores sobre los que se construye el contrato de franquicia es su carácter, a menudo, exclusivo (de carácter territorial o de distribución) basado en la *no competencia* entre franquiciado y franquiciador – cuestión lógica puesto que lo que se posibilita a través del contrato de franquicia es una vía de competir con otras empresas del sector- aunque esta exclusividad se encuentra limitada a las disposiciones legales del ordenamiento jurídico.

El artículo 62.2 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista exige, con un plazo mínimo de veinte días, que el franquiciador haga entrega, por escrito, al futuro franquiciado de la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia. En dicha información habrá de concretarse los datos principales de identificación del franquiciador, la descripción del sector de actividad del negocio, el objeto de la franquicia, el contenido y las características de la franquicia y de su explotación, su estructura y la extensión de la red y elementos esenciales del propio acuerdo en sí- toda esta documentación en el ámbito práctico se denomina **D.I.P** o *Dossier de Información Precontractual*⁴⁸.

⁴⁸ Sin ánimo de entrar a valorar todos los elementos con los que ha de contar, con carácter general el contrato de franquicia, podemos distinguir los siguientes: derechos y obligaciones del franquiciado, derechos y obligaciones del franquiciador, los servicios que se suministren al franquiciado, las condiciones de utilización de la marca, las condiciones principales del suministro y la asistencia continua del franquiciador al franquiciado, las contraprestaciones financieras del

Llegados a este punto, ya tenemos el modelo y planificación del crecimiento de la sociedad totalmente desarrollados, tenemos una fórmula contractual que nos permite expandir la sociedad a través de mecanismos de colaboración comercial pero, si ponemos todo esto en contraste ¿Cuáles son algunas de las ventajas de elegir el contrato de franquicia?

- No requiere un desembolso monetario como tal por parte de la empresa franquiciadora sino que, más bien, podemos hablar de una colaboración fundada en la compartición del método empresarial a cambio de una serie de contraprestaciones por parte del franquiciador.
- Existe un menor riesgo de fracaso para ambas partes. De un lado, el franquiciador desarrolla una estrategia de crecimiento híbrida – es decir, puede ampliar su radio de actividad geográfica, amplía la estructura y descentraliza la prestación del servicio a partir de terceros ajenos a la sociedad – mientras que de otro lado, el franquiciado obtiene un asesoramiento y asistencia continuada por parte del franquiciador, adquiere las pautas básicas para el desarrollo de la actividad y, además, puede explotar un modelo de negocio que previamente ya ha tenido éxito.
- Los contratos de franquicia constituyen un beneficio mutuo para las partes. La parte franquiciada tiene acceso a la cartera de clientes con la que ya contaba la empresa franquiciadora mientras que, ésta última, la amplía a través de la entrada en otros segmentos de clientes a los que antes le era imposible llegar.
- En suma, los contratos de franquicia no obligan a disponer de los medios propios de la empresa franquiciadora para que produzca una colaboración efectiva. No es la empresa franquiciadora quien tiene que hacer una búsqueda activa de inmuebles dónde ubicar un nuevo establecimiento, no se tiene por qué disponer de los medios con los que cuenta la sociedad. En la franquicias es el franquiciado quien

franquiciado, la duración del contrato y las condiciones de renovación, cesión y/o rescisión del contrato.

cuenta con una posición similar a la de un “adherente” encargado de disponer los medios para que se realice de forma efectiva la actividad empresarial.

- Otro de los puntos clave en favor del contrato de franquicia; la posición dominante del franquiciador frente al franquiciado respecto de los términos contractuales. Antes hemos dicho que el franquiciado tiene una condición similar a la de un “adherente” dado que los contratos de franquicia contienen una serie de cláusulas generales que, con carácter general, no suelen modificarse ni negociarse entre las partes – cuestión que ha sido debatida en la jurisprudencia nacional y europea sobre cláusulas de contenido abusivo, no transparentes y nulas – lo que permite tener un mayor control a la parte franquiciadora⁴⁹.

Por todo lo anterior, el contrato de franquicia es, sin duda, una de las alternativas para la “expansión” geográfica y comercial empresarial más utilizadas⁵⁰ ello con independencia del resto de figuras contractuales antes indicadas.

⁴⁹ Vid. TEVA VILLÉN, M. R., PÉREZ GONZÁLEZ, B., *Franquicias en el Sector Deportivo*, Dykinson, Madrid, 2021.

⁵⁰ Vid. TORRUBIA CHALMETA, B., “El contrato de franquicia”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Nº. 54, 2010, págs. 297 a 335.

DESPIDOS CON CAUSA FALSA ¿NULIDAD O IMPROCEDENCIA?

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 1 de junio de 2022

#Derecho #DerechoLaboral

Con extrema frecuencia nos encontramos con despidos disciplinarios que hacen uso de cartas de despido manifiestamente genéricas y poco detalladas, poniendo en duda la existencia de una causa real que justifique tal despido - más allá del ahorro económico para la empresa al realizar un despido disciplinario en lugar de un despido objetivo-.

En este artículo se pretende comentar el recorrido jurisprudencial concerniente a este tipo de despidos y a la posibilidad de ser declarados estos como nulos por fraude de ley.

UN EJEMPLO DE DESPIDO DISCIPLINARIO FRAUDULENTO

Amparándose en la formalidad de los motivos tasados legalmente para el despido disciplinario (art. 54 Estatuto de los Trabajadores), es común que las empresas aleguen alguno de esos motivos en una genérica y estereotipada mención de la conducta disciplinaria, sin acompañar ninguna clase de justificación.

Por ejemplo, transliterando lo expresado en una carta de despido real, podemos encontrarnos con alegaciones como la siguiente:

«La Dirección de la empresa le comunica mediante el presente escrito la extinción de su contrato de trabajo, procediendo así a su despido conforme al artículo 54.2e) del E.T. de su puesto de Terminado.

Los motivos que han llevado a la empresa a proceder a su despido, motivado en el citado artículo del E.T., es la disminución en el rendimiento de trabajo durante los últimos meses".

Como se observa, la empresa alega como motivo de despido disciplinario lo dispuesto en el art. 54.2e) E.T., esto es, «La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado», sin acompañar la carta de despido de cualquier clase de justificación que apoye la decisión de despedir.

Esta última circunstancia puede ser un indicio de la potencial utilización de una cobertura formal de un despido disciplinario (art. 54 ET) para conseguir una extinción unilateral de la relación laboral sin acarrear gastos económicos que derivarían de un mero despido objetivo -p.ej. indemnización-.

¿NULIDAD O IMPROCEDENCIA DE LOS DESPIDOS SIN CAUSA?

Encontrándonos en sede de despido disciplinario, resulta importante citar lo dispuesto en el art. 55 E.T.:

«Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario.

(...)

3. El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo.

4. El despido se considerará *procedente* cuando *quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1.*

5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

7. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación».

Adicionalmente, en caso de encontrarnos con un despido improcedente, dispone el art. 56 E.T.:

«Artículo 56. Despido improcedente.

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá **optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio**, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

4. Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

5. Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles.

En los casos de despido en que, con arreglo a este apartado, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios».

Como se puede observar, los efectos de declarar el despido de una manera u otra no es una cuestión baladí sin importancia, sino que conlleva serias repercusiones económicas -que pueden ser mayores o menores según el caso concreto-.

Nulidad de los despidos fraudulentos o sin causa

Sin perjuicio de otras interpretaciones jurisprudenciales mayoritarias -como se verá en el apartado 2.2.-, parte de la jurisprudencia menor ha entendido que la utilización de una cobertura formal de despido disciplinario sin acompañar ninguna clase de justificación o explicación más allá del uso de una frase genérica y vaga constituye un acto realizado en **fraude de ley** (art. 6.4 CC).

En este sentido, el razonamiento seguido por algunos tribunales favorables a tal interpretación parte de un previo incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 4 y 7 del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, ratificado por España y publicado oficialmente en el BOE (art. 96.1 C.E.). El contenido de ambos preceptos indica:

*Art. 4: "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una **causa justificada**, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa,*

Art. 7: "No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad."

De lo indicado en ambos preceptos -plenamente vigentes e integrados en el ordenamiento jurídico nacional ex art. 96.1 CE, así como prevalentes sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno, salvo las normas de rango constitucional ex art. 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales- se dilucida que, por una parte, **la causa de despido ha de ser justificada** y, por otro lado, tratándose de un despido por motivos relacionados con el rendimiento del trabajador, **ha de ofrecerse a este último la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él**. Del mismo modo, la necesaria existencia de una justa causa de despido forma parte de la doctrina constitucional al indicar, entre otras, las SSTC 22/1981, de 2 de julio y 192/2003, de 27 de octubre que

"El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa«.

Pues bien, conforme a los mencionados argumentos, los tribunales -entre otras, las Sentencias de 20 y 21 de abril de 2017 del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona- entienden que la ausencia conjunta de ambos elementos indica que nos encontramos realmente ante una decisión que carece de una causa real y

que utiliza la cobertura formal de un despido disciplinario (art. 54 ET) para conseguir una extinción unilateral de la relación laboral. Por ende, cabe entender que estamos ante un acto jurídico ejecutado en fraude de ley (art. 6.4 CC), otorgándole esta parte de la doctrina jurisprudencial la nulidad al despido; teniendo ello como efecto (art. 55.6 E.T.) *"la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir"*.

Problemas prácticos: Jurisprudencia inclinada por la improcedencia

En contraposición a la anterior doctrina jurisprudencial, lo cierto es que la mayoría de la jurisprudencia se inclina por considerar este tipo de despidos como improcedentes. En este sentido, ha de remarcarse que la nulidad del despido por fraude de ley gozó de apoyo jurisprudencial notorio hasta mediados de los 90. Es más, el propio despido nulo por fraude de ley fue una figura de creación jurisprudencial que posteriormente la misma jurisprudencia se encargó de suprimir (STS de 2 de noviembre de 1993, de 19 de enero de 1994 o 30 de diciembre de 1997), siendo reiterada periódicamente por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS de 22 de enero de 2008 o de 5 de mayo de 2015.

Así señaló la STS 2 noviembre 1993 que *«la línea jurisprudencial que se invoca con relación a la citada figura, sentada con anterioridad y para hechos anteriores a la vigencia del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, quedó siempre constreñida a despido fraudulentamente realizado; experimentó evolución restrictiva, como manifiestan, entre otras, las SS. 11-4-1990 16 de mayo y 5 de junio del mismo año y 18-6-1991, en las que se declara que la nulidad radical por despido fraudulento constituye figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores, por lo que para calificar como tal al despido era necesario que la decisión empresarial correspondiente se hubiera producido no sólo de manera antijurídica -pues las que generan nulidad o improcedencia también afectan a despidos realizados con vulneración de la ley-, sino además con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria*

de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser dolorosamente inventada la que se aduce». No obstante, la propia STS deja de aplicar tal doctrina al no ver recogido normativamente ese tipo de nulidad en la nueva -en su momento- Ley de Procedimiento Laboral de 1990, existiendo, por ende, una carencia de «apoyo o refrendo legal» de la nulidad del despido fraudulento.

Este criterio ha sido asumido, no sin crítica, por los distintos Tribunales Superiores de Justicia -entre otros, STSJ de Cataluña de 6 de junio 2019.

CONCLUSIÓN

Si bien es verdad que una parte de la jurisprudencia menor y **doctrina** sigue aferrándose a la antigua línea jurisprudencia de considerar como nulo el despido fraudulento o sin causa -si bien, esta vez, con base en el art. 6.4 CC y el Convenio nº 158 de la OIT-, lo cierto es que la mayoría jurisprudencial de los TSJ y TS siguen la estela jurisprudencial iniciada en 1993, otorgando la improcedencia a este tipo de despidos.

A consecuencia de lo anterior, las empresas pueden extinguir unilateralmente un contrato laboral sin tener causa real para ello mediante la mera entrega de una carta de despido estereotipada y genérica que cumpla los mínimos exigidos legalmente -mera mención del supuesto motivo-, corriendo el único riesgo de reconocer con posterioridad -y siempre y cuando exista una efectiva reclamación por parte del trabajador despedido- el despido como improcedente, pero no como nulo.

EL DELITO DE RECEPCIÓN ¿EN QUE CONSISTE?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 8 de junio de 2022

#Derecho #DerechoPenal

En esta breve publicación vamos a abordar anotar las claves fundamentales del delito de receptación, recogido en el artículo 298.1 del Código Penal.

Debemos, no obstante, comenzar por entender el concepto de **receptar**. Según la Real Academia Española, *receptar* se equipararía con "*recibir o acoger*" aunque, en su segunda acepción, ya en terminología jurídica, referiría a "*ocultar o encubrir delincuentes o cosas que son materia de delito*⁵¹".

Por tanto, partiendo de esta base, vamos a ver como aborda el Código Penal este tipo de conductas.

CONCEPTO Y CLAVES

Así, el artículo 298.1 del Código Penal (en adelante CP) establece lo siguiente:

1. *El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba,*

⁵¹ Extraído del Diccionario de la Lengua Española publicado por la Real Academia Española de la Lengua. Recuperado de <https://dle.rae.es/receptar>.

adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

De una primera lectura podemos extraer una **serie de claves o rasgos identificativos** de este tipo delictual, que son los siguientes:

- La comisión del delito de receptación requiere, necesariamente, **la comisión de un ilícito penal previo** contra el patrimonio (hurto o robo con violencia, por ejemplo) o contra el orden socioeconómico (comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, por ejemplo).
- Que el autor del delito de receptación **NO ESTÉ IMPLICADO** en la comisión del ilícito del que trae causa la receptación.
- El sujeto activo que comete la receptación tiene conocimiento **EFFECTIVO** de la comisión del ilícito anterior y, además, obtiene un beneficio de la comisión del mismo (la existencia de *animus lucrandi*⁵²) exigido por el artículo 298.1 CP.

Además, no son pocos los casos en los que la jurisprudencia ha atendido a otros factores circunstanciales para perfilar la comisión de este tipo de ilícitos, como por ejemplo, es el caso del conocido como "precio vil". Para poder reflejar este ejemplo de una forma más práctica partiré del caso abordado en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 3926/2022, de 29 de marzo de 2022 (Rec. 1282/2021)**:

"Se detiene a D. GERVASIO en la Calle Amparo, de Madrid, en torno a las 21:00h del pasado 28 de febrero de 2020 con dos mochilas en cuyo interior se encontraban numerosos teléfonos móviles, además de otros dispositivos electrónicos, de los cuales ONCE habían sido denunciados como SUSTRAÍDOS, y que conociendo su ilícita procedencia los había adquirido. En concreto llevaba:
1.- Un teléfono móvil marca Iphone 11.

⁵² Que no necesariamente debe implicar un beneficio directo en términos monetarios sino que, también, puede extenderse este ánimo de lucro a instancias posteriores a la comisión del ilícito.

- 2.- Un teléfono móvil marca Iphone 6S.
- 3.- Un teléfono móvil marca Iphone SE.
- 4.- Un teléfono móvil marca Huawei P20.
- 5.- Un teléfono móvil marca Samsung Note 9.
- 6.- Un teléfono móvil marca Huawei P10.
- 7.- Un teléfono móvil marca VT.
- 8.- Un teléfono móvil marca Apple XR.
- 9.- Un teléfono móvil marca Iphone 8.
- 10.- Un teléfono móvil marca Iphone 8.
- 11.- Un teléfono móvil marca Iphone. [...]

Ya en fase de prueba, la defensa de la parte denunciada no pudo acreditar la procedencia de dichos móviles a pesar de las continuas referencias del acusado al local o establecimiento dónde se habían adquirido presuntamente. De igual forma, el denunciado, ahora recurrente aseguró que adquirió los bienes por un precio en torno a los 750 EUROS en TOTAL.

Además, la prueba pericial efectuada arrojó – no sin ciertos matices que quedan patentes en la propia Sentencia – cierta luz a la hora de diferenciar los bienes en dos categorías distintas en función de sus prestaciones y características estableciendo, a su vez, una horquilla de precios para cada una de estas categorías.

“Cierto que la misma, la mencionada tasación, la tasación efectivamente realizada, pudo haberse realizado sin tener los mencionados móviles a la vista y sin perjuicio de una valoración posterior con una mayor especificación de las características individuales de cada uno de los aparatos.

Pero no es menos cierto que se hizo una discriminación efectiva respecto de los distintos móviles situándolos en dos categorías, los de gama alta y los de gama media, valorando los primeros en 275 € cada uno y los segundos en 150 € cada uno.”

La Sala acaba resolviendo que, atendiendo a los “numerosos móviles” que portaba el denunciado/recurrente habrían arrojado una cifra alrededor de los 1650 EUROS partiendo de las horquillas establecidas por la pericial realizada y aportada en el procedimiento. Una cuantía que excedía **NOTABLEMENTE** la fijada por el denunciado, que la acotaba en 75º EUROS, siendo en realidad, más del doble de la misma (F.J. SEGUNDO, párrafo 16 de la Sentencia arriba referenciada)

Tras una búsqueda un tanto más exhaustiva en los ingentes pozos de jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, encontré (tarde pero convenientemente) la **Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1997** (Rec. 101/1996) en cuyo Fundamento Jurídico Segundo **define el Precio Vil** como “el que de manera manifiesta e incuestionable no se corresponde en ningún caso, ni concediendo la mayor flexibilidad al margen de ganancia o beneficio que en toda transacción ha de buscarse lógicamente, con el valor real de lo que se adquiere.”

No obstante lo anterior, son otros muchos los elementos y factores externos y circunstanciales a tener en cuenta por el Juzgador para esclarecer la posible comisión de este ilícito, véase, por ejemplo, la posible procedencia de estos bienes, la existencia de documentación que pudiera acreditar la venta o adquisición de bienes de procedencia ilícita⁵³, etc.

De ahí que sea tan importante el papel de las pruebas por indicios en este tipo de procesos y a la que, casualmente, en Lato Sensu ya dedicamos **una breve publicación al respecto.**

⁵³ Como dato añadido – y como curiosidad – la comisión de delitos relativos a la receptación y blanqueo de capitales ha disminuido cuantiosamente desde el año 2018. Según los datos recogidos por el Instituto Nacional de Estadística, el total de condenados mayores de edad por receptación y/o blanqueo de capitales se sitúa por debajo de los condenados por daños, usurpación, robos, hurtos y defraudaciones en lo que refiere a Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Recuperado de <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25997>

Conviene anotar, como no, la convivencia tangencial entre el delito de blanqueo (art. 301.1 del CP), el delito de receptación y el delito de encubrimiento (recogido en el art. 451.1 del CP). Unos y otros tipos son colindantes y sus fronteras a menudo se entremezclan, véase la existencia del *animus lucrandi* (exigido por el delito de receptación) y del *animus adiuuandi* (presente en el delito de encubrimiento). Por ejemplo, si la recompensa o beneficio obtenido en última instancia proviene o no directamente de los efectos de la comisión del delito (parte necesaria para contemplar la comisión del ilícito del art. 298.1 CP) y si el actuar del sujeto activo viene motivado por la provisión de auxilio/ayuda o por un posible beneficio o lucro⁵⁴.

⁵⁴ Fundamento Jurídico Segundo, párrafo 17 de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 79/2021, de 17 de febrero de 2021 (Rec. 194/2020). Recuperada de <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/37c1d29cf43f4fde/20210520>

LOS HILOS DE TWITTER Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 10 de junio de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoDigital #Sociedadde laInformación

Hace unos días estaba revisando un par de cuentas que sigo en Twitter que postean contenido acerca del desarrollo de videojuegos y el *lore*⁵⁵ detrás de la narrativa de algunas sagas en concreto.

Justamente se comentaba la historia detrás de la nueva IP⁵⁶ de Santa Monica Studios, **203isp.203 War: Ragnarok**, continuación del título que recibía el mismo nombre y que se publicaba en 2018 de la mano de Sony Interactive Entertainment. No es cuestión de despedazar en este post la historia del título ni mucho menos, aunque lo haría gustoso y de manera amplia.

Lo que realmente captó mi atención fue un tweet de un usuario que se aventuraba a analizar la narrativa del primer título y elaborar una teoría sobre los acontecimientos de la secuela y posibles futuras publicaciones de la saga. Es tremendamente curioso como nosotros, tanto usuarios que disfrutamos de ese tipo de productos, como cualquier persona con acceso a una cuenta en una

⁵⁵ El *Lore* o trasfondo de un juego es el conjunto de historias, datos, personajes, representaciones, etc. que conforman el universo representado en el mismo y le dan coherencia. Recuperado de <https://www.gamerdic.es/termino/lore/#:~:text=El%20Lore%20o%20trasfondo%20de,mismo%>

⁵⁶ En videojuegos nos referimos como IP o propiedad intelectual a una saga de videojuegos, es decir, al conjunto de videojuegos publicados bajo un mismo título principal (p.e. Doom, Call of Duty, FIFA, Resident Evil, etc). También puede denominarse franquicia. Recuperado de: <https://www.gamerdic.es/termino/ip/>

red social cualquiera puede teorizar y desarrollar un hilo narrativo capaz de competir con los guiones que siguen grandes producciones y títulos AAA⁵⁷.

Ahora bien, y ya entrando en materia legal; al ver este hilo – y quedarme maravillado, dicho sea de paso – dos preguntas se me pasaron por la cabeza. La primera ¿pueden estos hilos ser considerados obras y, por ende, quedar protegidos por la LPI⁵⁸? Y segunda ¿por qué no se me ocurren a mi estas ideas tan brillantes?

Hoy vamos a tratar de responder la primera, la segunda la dejo apartada puesto que con apenas los caracteres de un tweet estoy seguro de que sería capaz de responderla.

EL CONCEPTO DE OBRA DE LA LPI

Empecemos por lo primero. ¿Qué es una obra a efectos de la Ley de Propiedad Intelectual? El artículo 10.1 de la LPI define como objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro para, a continuación enumerar un listado de creaciones que son consideradas objeto de protección de propiedad intelectual.

No olvidemos que, con arreglo a lo establecido por el artículo 5.1 de la LPI, se considerará autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica, siendo posible que las personas jurídicas puedan beneficiarse de la

⁵⁷ La denominación de juegos AAA refiere a títulos cuya producción y desarrollo ha implicado una gran inversión de recursos, ya sean humanos como materiales. Quizá, por analogía lógica, sería lo mismo que referirnos a las grandes producciones audiovisuales. Producciones de envergadura, con un presupuesto considerable, destinadas más bien a un público generalista y con el objetivo de obtener un gran impacto en el mercado. Uno de los ejemplos más claros y paradigmáticos es *Gran Theft Auto V*, producido por *Rockstar Games*.

⁵⁸ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, comúnmente conocida como Ley de Propiedad Intelectual.

protección de la LPI en casos expresamente previstos en la norma (ex. art. 5.2 LPI).

Como podemos ver, el concepto de "obra" es amplio y abierto. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), de 12 de septiembre de 2019 (asunto C-683/17), entre otras, permite arrojar cierta luz a la hora de esclarecer los elementos que caracterizan a una "obra" para ser considerada como objeto de propiedad intelectual.

Así, el elemento más conflictivo es el de la **ORIGINALIDAD**. La jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado en numerosas ocasiones al respecto (SSTJUE de 1 de diciembre de 2011, *Caso Painer*, asunto C-145/10, y de 7 de agosto de 2018, *Caso Renckhoff*, asunto C- 161/17, entre otras) al entender que para que una obra pueda considerarse como original, es necesario que refleje la personalidad de su autor, manifestando las decisiones libres y creativas encaminadas a la producción de la obra.

En lo que refiere a la descripción del art. 10.1 de la LPI sobre los medios que sirvan de soporte a la obra, nada hace pensar que el formato "tweet" sea un medio excluido por la norma, más bien al contrario. La amplitud del propio precepto permite la inclusión de medios plenamente intangibles, como lo son los "tweets" u otros formatos digitales.

Si traemos todo lo que hemos apuntado hasta el momento y lo ponemos en relación con el caso en cuestión, debo acotar un par de cuestiones de forma breve:

La **PRIMERA** de ellas; cuando hago referencia a la narrativa, quiero referirme al guionizado, al escrito que recoge el desarrollo de la historia, no al videojuego en sí. No son pocas las posturas que discrepan respecto de considerar al videojuego como una obra uniforme o como un conjunto

de obras separadas. No es esa la cuestión que quiero tratar dado que, de ser así, estas pocas palabras crecerían exponencialmente.

La **SEGUNDA** de ellas; si bien hemos tratado el concepto de obra del art. 10.1 de la LPI, no hemos hecho mención al artículo que le sucede (ar. 11 LPI) que refiere a las obras derivadas, siendo también objeto de propiedad intelectual: traducciones y adaptaciones, revisiones, actualizaciones y anotaciones, compendios, resúmenes y extractos, los arreglos musicales y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica que se sucedan.

No debemos olvidarnos de los pilares fundamentales del concepto de "obra" del artículo 10. La existencia de una obra derivada debe presentar ese matiz de originalidad que se le viene exigiendo a la obra objeto de propiedad intelectual puesto que, en caso de no ser así, hablaríamos de una **REPRODUCCIÓN** (en los términos del artículo 18 de la LPI) y **NO DE UNA OBRA DERIVADA**.

LOS HILOS DE TWITTER

Partiendo de todo lo anterior, tratemos el caso de los hilos de *Twitter*. Como he comentado en la introducción, si algo me llamó la atención desde un primer momento fue como el usuario, partiendo de la historia principal del título de 2018, elaboró una teoría totalmente plausible.

Ahora bien, un tweet individual tiene un límite de 280 caracteres actualmente. Por ello, la primera duda que tenemos que resolver es: ¿Es posible que con 280 caracteres, un tweet sea considerado como obra?

La STJUE de 16 de julio de 2009, en el asunto C-5/08 (Caso Infopaq International A/S vs. Danske Dagblades Forening) señala la posibilidad de entender un extracto de ONCE PALABRAS como un elemento relevante para la expresión de la creación intelectual del autor (apartados 48 a 50 de la citada

Sentencia). A ello hay que sumar, más allá de la originalidad de la obra en sí, la aportación de la obra en sí para ser considerada objeto de protección.

No es lo mismo proteger una secuencia de tweets con una relación o hilo narrativo continuado, con cierta altura o calidad, que un tweet independiente con una serie de palabras aleatorias. Se busca la protección del *tweet* en calidad de obra, no de *tweet* per se.

Me resulta poco ortodoxo pronunciar la generalización de "*TODOS LOS TWEETS SON OBRAS A EFECTOS DE LA LPI*" sin añadir al final un "*BUENO, CON CIERTO CRITERIO*".

Los que somos usuarios frecuentes de esta red social hemos visto como durante la pandemia se viralizaban extensos hilos de ficción narrativa que mantenían a los usuarios en vilo. Echando la vista atrás, recuerdo el famoso hilo de MANUEL BARTUAL en 2017⁵⁹ o, en términos más actuales, la cuenta de SALVA GUTIÉRREZ SOLÍS (@gutisolis en *Twitter*) son algunos ejemplos de ello. Y es que no son pocas las ocasiones en las que nos podemos encontrar con hilos de ficción que, por ciertas razones o matices, tienen un valor o riqueza que nada tiene que envidiar a obras literarias tradicionales.

Entramos ahora a tratar otro factor que camina de la mano con la "originalidad de la obra" y no es otro que la "creatividad" del autor. Si bien he comentado *ut supra* que el estudio doctrinal es profuso en el estudio de la "originalidad" de la obra como requisito necesario para ser objeto de propiedad intelectual, la "creatividad" como elemento descriptor de la labor del autor no se queda atrás. Desde la óptica de la propiedad intelectual, para que la obra sea protegible tiene que existir una proyección de la intencionalidad del autor, de su voluntad

⁵⁹ Aquí una de las muchas publicaciones que plagaron medios de comunicación y difusión digital sobre el hilo en cuestión; "Manuel Bartual publica su primera novela: «La historia acaba enloqueciendo más que lo que conté en verano» realizado por Álvaro Palazón, publicado en HUFFPOST el 24 de marzo de 2018. Recuperado de: https://www.huffingtonpost.es/2018/03/23/manuel-bartual-publica-su-primera-novela-la-historia-acaba-enloqueciendo-mas-que-lo-que-conte-en-verano_a_23393482/

volcada sobre la obra, de forma que, a la par que genera o construye una obra original, también supera los umbrales creativos considerados mínimos y/o promedios para destacar sobre el resto.

Y finalmente, en este punto de la cuestión, no puedo sino compartir la opinión del especialista BORJA ADSUARA⁶⁰ al entender que la originalidad y la creatividad de este tipo de contenido vendrá delimitado por la propia opinión del mercado – entendido como la propia comunidad de *Twitter*.

⁶⁰ "¿Puede ser un tweet objeto de propiedad intelectual?" por BORJA ADSUARA VARELA, publicado en *Menos tecnología y más pedagogía. Conceptos y reflexiones sobre la sociedad de la información*, el día 23 de noviembre de 2015. Recuperado de: <http://borja.adsuara.es/2015/11/puede-ser-un-tuit-objeto-de-propiedad.html>

LA TRANSFORMACIÓN SOCIETARIA Y LA SALIDA A BOLSA DE UNA SOCIEDAD

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 13 de junio de 2022

#Derecho #DerechoMercantil

Normalmente en Lato Sensu solemos abordar casos prácticos y realistas. Casos de situaciones que puede que, o bien nos interesen en términos generales, o bien que sean algo más cercanas a la realidad y que nos puedan afectar a cualquiera de nosotros.

Pero el día de hoy vamos a compartir unas pequeñas claves, nociones generales sobre un caso práctico, un "*lab-case*", que nos pareció especialmente llamativo puesto que, a pesar de ser algo todavía lejano para nosotros, su complejidad y entramado nos ocupó una cierta labor de investigación y recogida de información.

A continuación os dejamos el enunciado del supuesto y las notas que presentamos como posible resolución del mismo:

"La entidad mercantil XXXXX, S.L. ha solicitado nuestro asesoramiento para una serie de cuestiones de distinta entidad.

Nuestro asesoramiento ha tenido tanto éxito que su facturación ha subido a 5.000.000 millones de euros. Teniendo en mente ampliar mercado y atacar mercados internaciones se plantean su salida a bolsa con el fin de obtener más financiación para su plan de expansión."

Elabore un dictamen desarrollando el procedimiento de salida a bolsa y si tuviesen que realizar alguna modificación estructural en su empresa."

DE LA TRANSFORMACIÓN DEL TIPO SOCIETARIO.

En el caso de que se plantee de forma seria la salida a bolsa con el objetivo de obtener un método de financiación mucho más extenso al que se contemplaba hasta el momento, la primera de las paradas en las que nos tenemos que detener es la necesaria transformación de la sociedad, pasando de una sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad de responsabilidad anónima cotizada.

El artículo 4 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME) contiene los supuestos de transformación de sociedades. En nuestro caso debemos hacer referencia a la posibilidad de que una sociedad mercantil inscrita pueda transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil (ex art. 4.1 LME). El procedimiento mediante el cual se rige la transformación queda regulado en los artículos 8 y ss. de la LME que vienen a entablar la adopción del acuerdo de transformación, el cumplimiento del deber de información a los socios, así como los requisitos que debe de cumplir el acuerdo de transformación, la subsistencia de las obligaciones de los socios, su derecho de separación, la participación que habrán de tener en la sociedad una vez transformada y cualesquiera modificaciones adicionales se incorporasen al acuerdo de transformación (art. 17 LME)

Dado que en nuestro caso, se trata de una transformación de sociedad de responsabilidad limitada (S.L.) a sociedad anónima – cotizada – (S.A.) nos encontramos dentro de las previsiones que describe la LME quedando, además, vinculados a la necesaria adopción del acuerdo de transformación – en Junta General – en los términos que manifiesta el artículo 199, letra b) de la LSC.

"b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que

*constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; **la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social***⁶¹."

Es precisamente en sede de transformación dónde, atendiendo a la alteración del tipo societario, debemos considerar incorporar un régimen de administración alternativo al que se venía contemplando atendiendo a los parámetros legales previstos en la LSC. El artículo 210 de esta misma Ley viene a diseccionar los distintos modos de organizar la administración, antojándose recomendable abandonar el sistema de administración mancomunada – dos administradoras mancomunadas- que se venía dando para dejar dar paso a un consejo de administración (ex arts. 210.1 y 210.2 *in fine* LSC y artículos 124.1.4º y 124.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en adelante RRM), que, a pesar de la rigidez por la que se caracteriza el funcionamiento de este órgano colegiado, en la práctica viene a ser común el nombramiento de alguno o algunos de sus miembros como consejeros delegados o la conformación de una comisión ejecutiva que le dote de mayor flexibilidad y agilidad.

SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA (S.A.C.) Y LA SALIDA A BOLSA.

¿Qué nos lleva a considerar la transformación de la sociedad desde un tipo societario capitalista de responsabilidad limitada a una sociedad anónima? El artículo 3 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores,

⁶¹ Esto deberá ser completado con las previsiones de los artículos 221 y 223 del RRM que contienen los elementos requeridos para proceder a la inscripción de la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada en una sociedad anónima y la inscripción de las modificaciones estatutarias referentes al domicilio, capital social, etc.... que viniesen aparejadas a la transformación.

establece como valores negociables aquellos que se puedan equiparar a las ACCIONES, excluyendo de su ámbito material la posible condición de valor negociable que pudieran tener las PARTICIPACIONES de la responsabilidad limitada⁶².

En consecuencia, la transformación es exigida en tanto se pretenda la salida a bolsa para ampliar la financiación que hasta el momento proveía a la sociedad de Marta y Cristina. De esta forma, la LSC, establece un régimen jurídico paralelo para las Sociedades Anónimas Cotizadas (en adelante S.A.C.) en los artículos 495 y ss. que, a pesar de compartir gran parte de la estructura normativa por la que se rigen las sociedades anónimas, integra especialidades respecto de las acciones emitidas.

Ahora bien, el **proceso de salida a bolsa es complejo** y ha de ser llevado a cabo con extrema diligencia y atendiendo a los requisitos de idoneidad exigidos. La Circular 2/2016 de la Bolsa de Madrid (así como el RD 1310/2005) exige, como requisito de idoneidad, la necesaria configuración del tipo societario como sociedad anónima para que puedan incorporarse a la Bolsa las acciones que fueran a emitirse. Además, se requiere que la sociedad anónima que solicite la admisión de sus acciones a negociación en la Bolsa cuente con un capital social **MÍNIMO** de 1.202.025 euros y que el valor de las acciones admitidas a negociación sea de, al menos, 6.000.000 de euros (art. 9.6, letra a) del RD 1310/2005⁶³).

⁶² El artículo 3.3 del RD 1310/2005 no contempla desplegar efectos sobre las participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada así como las cuotas de los socios de las sociedades colectivas y comanditarias simples, respecto de las aportaciones de capital de las sociedades cooperativas de cualquier clase ni sobre las cuotas que integren el capital de las sociedades de garantía recíproca.

⁶³ A pesar de que el Reglamento (UE) 2017/1129 Del Parlamento Europeo y del Consejo introduce en su artículo 3.2 la posibilidad de que el legislador nacional integre, a modo de cierre, la posibilidad de eximir a los valores ofertados al público de la obligación de publicar un folleto (tal y como dispone su artículo 1) en aquellos casos en los que la oferta de valores no esté sujeta a la notificación de conformidad del artículo 25 del Reglamento o bien el importe total de cada una de esas ofertas sea inferior a un total de 8.000.000 de euros (calculados sobre un período de doce meses) – contenido que se transpone al ordenamiento jurídico español en su absoluta literalidad en la redacción del artículo 34 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

Esto, además, habrá de completarse con el cumplimiento previo del deber de información que impone el artículo 11 del RD; de esta forma, se debe remitir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) los documentos que acreditasen la idoneidad del emisor y de los valores de los que se pretenda la admisión, las cuentas anuales del emisor (previa preparación y auditoría de acuerdo con las previsiones que contempla la LSC en sus artículos 263 y ss.) y la entrega del folleto informativo que, preceptivamente, deberá ser aprobado y registrado en la CNMV. Salvando la aprobación del folleto informativo – sin entrar a desgranar cada uno de los componentes, requerimientos y exigencias que deben de reunir este tipo de folletos (a la vista de su extenso desarrollo en la Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores – en adelante LMV – el RD 1310/2005 y el Reglamento delegado (UE) N° 486/2012, de la Comisión, de 30 de marzo de 2012 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 809/2004 en lo que se refiere al formato y el contenido del folleto, del folleto de base, de la nota de síntesis y de las condiciones finales, en cuanto a los requisitos de información) – resulta necesario anotar, *grosso modo*, que es un elemento esencial a partir del cual se producirá, tras su aprobación y publicación, la colocación de la oferta (OPV u OPS, según corresponda), la consecuente tramitación y la admisión a Bolsa de los valores pretendidos.

SOBRE EL TRASLADO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL AL EXTRANJERO. ENUNCIADO PRÁCTICO

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 17 de junio de 2022

#Derecho #DerechoMercantil

Al hilo de la publicación en la que comentábamos un supuesto de transformación societaria y su posterior salida a bolsa, al que se puede acceder [aquí](#), hoy comentaremos la continuación del mismo caso, en los mismos términos pero, esta vez, analizando el procedimiento mediante el cual, en caso de que los socios administradores decidieran trasladar el domicilio de la sociedad al extranjero, habría de procederse con arreglo al marco jurídico nacional y comunitario.

A continuación el enunciado:

“La mercantil EMPRESA X, ha llevado a cabo de forma efectiva la transformación societaria y la posterior salida a bolsa siguiendo lo fijado en el dictamen emitido por su representación legal.

En este punto, se ha propuesto el traslado del domicilio social de la EMPRESA X al extranjero y se plantea la cuestión sobre el proceder que ha de seguirse.”

Sobre las modificaciones estatutarias previas.

A la vista de lo ya comentado anteriormente, tenemos que tomar en consideración las modificaciones estatutarias que operadas hasta el momento y que implicaron el cambio de tipo societario de la empresa. Ya no nos encontramos ante un sociedad de responsabilidad limitada sino que tratamos

con una sociedad anónima, lo que altera el procedimiento a seguir en los traslados del domicilio de la entidad al extranjero.

En primer lugar, debemos atender a lo dispuesto por la LSC en su artículo 9, referente a la fijación del domicilio social – y a la posible disonancia entre el domicilio real y el domicilio registral regulado en el artículo 10 de la LSC – que establece la exigencia a las sociedades de capital de fijar su domicilio dentro del territorio nacional, concretamente en el lugar dónde tengan su centro productivo o dónde se haga efectiva la dirección de la entidad. Asimismo, el artículo 9.2 LSC apunta que aquellas entidades mercantiles que realicen labores de producción o explotación en España habrán de tener el domicilio en España. Ello no obsta a los posibles cambios de domicilio que pudiera contemplar una entidad capitalista.

El Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM), en sus artículos 18 a 20 regula los distintos cambios de domicilio que pueden llevarse a cabo, entre los cuales, se encuentra recogido el cambio del domicilio al extranjero – concretamente, en el artículo 20 RRM.

En segundo lugar, requiere especial atención los procedimientos por los cuales se han de modificar el contenido esencial de los estatutos – no olvidemos que el *domicilio social* es uno de los pilares fundamentales sobre los que se constituyen los estatutos (art. 22 y 23 de la LSC) y que, además, es un mecanismo por el cual se puede conocer e identificar el régimen legal aplicable en cada caso – contemplado en el artículo 285 de la LSC.

Este artículo (art. 285 LSC) es vital para gestionar correctamente la modificación estatutaria, más aún, con el objetivo de proceder a un traslado del domicilio social al extranjero. De esta forma, el apartado primero de este artículo traslada la competencia material para la modificación de los estatutos a la Junta General y, a renglón seguido, el apartado segundo, dispone de una suerte de

cláusula⁶⁴ de excepción para aquellos casos en los que los estatutos hubieran retirado expresamente la competencia del administrador para proceder al cambio del domicilio social dentro del territorio nacional. No obstante, a pesar de ser un aspecto esencial a tener en cuenta, el cambio de domicilio al extranjero parece ser subsumible en las previsiones del apartado primero del artículo 285 LSC.

En el caso que nos ocupa, el traslado del domicilio social de la entidad parte, de un lado, de la preceptiva modificación estatutaria que corresponderá a la Junta General de Accionistas y, de otro lado, habrá de tomarse en consideración las previsiones del artículo 92 y ss. de la LME.

Sobre el marco normativo nacional y la jurisprudencia del TJUE⁶⁵

De la dicción literal del artículo 92 de la LME cabe extraer la composición del régimen jurídico del traslado internacional del domicilio social, tal y como se nos plantea. Así, se posibilita el traslado al extranjero del domicilio social de la sociedad mercantil con domicilio en España – y por ende, inscrita a tal efecto – atendiendo a lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales vigentes en España.

Más concretamente, el artículo 93 de la LME viene a arrojar luz sobre el traslado del domicilio social al extranjero, siendo únicamente posible en aquellos casos

⁶⁴ Cuya redacción ha sido alterada en, al menos dos ocasiones, siendo la última coincidente con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional, que ampliaba la redacción del artículo 285.2 introducida por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. La disposición transitoria única del RD- 15/2017 introdujo, a su vez, un régimen especial para los estatutos que hubieran sido aprobados antes de su entrada en vigor, y venía a disponer lo siguiente: "A los efectos previstos en el artículo 285.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción dada por este real decreto-ley, se entenderá que hay disposición contraria de los estatutos solo cuando con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley se hubiera aprobado una modificación estatutaria que expresamente declare que el órgano de administración no ostenta la competencia para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional."

⁶⁵ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., "De nuevo sobre el traslado de sede social al extranjero: comentario al Caso Polbud", publicado en *LA LEY Mercantil*, N.º. 41, 2017. (LA LEY 16994/2017).

en los que el Estado de destino permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.

Esta situación ha sido ampliamente debatida en el ámbito comunitario, especialmente si atendemos a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en atención a los traslados del domicilio social de sociedades capitalistas a otros Estados miembros de la Unión Europea cuyo ordenamiento jurídico en este ámbito era más parco que aquel en el que se constituyó por primera vez la mercantil cuyo traslado se debate.

A la vista quedan las resoluciones del TJUE en el Caso *Centros* (Asunto C-212/97), Caso *Cartesio* (Asunto C-210/06), Caso *Vale* (Asunto C-378/10), entre otros, que son ejemplos en los que el TJUE ha entrado a valorar, ya no solo el traslado del domicilio social de una entidad mercantil a otro Estado miembro de la Unión sino que, en suma, ha venido reconociendo – atendiendo como pilar fundamental a los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), ambos encaminados a la defensa del derecho de libertad de establecimiento societario en el ámbito comunitario – como válida la transformación de una sociedad constituida en un Estado miembro determinado que, posteriormente, pretenda transformarse en una sociedad sometida al Derecho de otro Estado, respete el criterio establecido por el *Estado de destino* para establecer los puntos de conexión de una sociedad con su ordenamiento jurídico nacional (esto queda, a ojos del TJUE comprendido dentro de la libertad de establecimiento de los artículos 49 y 54 del TFUE, aun cuando esa sociedad ejerza sus principales actividades económicas, o todas incluso, en el *Estado de origen*⁶⁶)

⁶⁶ STJUE, de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97 (*Centros LTD. vs. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), párrafo 38; " Por último, el hecho de que un Estado miembro no pueda denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social no excluye que aquel primer Estado pueda adoptar cualquier medida apropiada para prevenir o sancionar fraudes, ya sea con relación a la propia sociedad, en su caso en cooperación con el Estado miembro en el que esté constituida, ya sea con respecto a los socios con relación a los cuales se haya demostrado que en realidad lo que pretenden, mediante la constitución de una sociedad, es eludir sus obligaciones para con los

Y es, precisamente en este punto, dónde debería entrarse a valorar el Estado al que se pretende trasladar el domicilio social de la sociedad, si con este traslado se efectúa únicamente el cambio de domicilio social con o sin el correspondiente centro productivo o si, además, se pretende mantener las labores de producción y explotación en el *Estado de origen* (que es España en nuestro caso), lo que, hasta cierto punto, complica el supuesto.

Como ha apuntado la Abogada General en el Caso *Polbud*, la libertad de establecimiento reconocida por el TFUE avala la posibilidad y el derecho con el que cuenta la sociedad para trasladar el domicilio y la sede real a otro Estado miembro siempre y cuando haya, detrás de este traslado, una intencionalidad real de explotar y ejercer una actividad económica, no siendo posible, en estos casos, justificar el traslado del domicilio social con el único objetivo de obtener una ventaja o mejora respecto del régimen jurídico al que se venía sometiendo en el *Estado de origen*. Sin embargo, el TJUE no avala esta interpretación puesto que en el Caso *Centros*⁶⁷ reconoce la posibilidad de que, a pesar de que el domicilio social se encuentre en un Estado distinto de dónde se desempeñan las labores de explotación, ello no supone, de forma automática, el cumplimiento de un hecho fraudulento o comportamiento abusivo al amparo del artículo 54 del TFUE⁶⁸.

Sobre el régimen legal del traslado del domicilio al extranjero.

acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado. En cualquier caso, la lucha contra el fraude no puede justificar una práctica consistente en denegar la inscripción de una sucursal de una sociedad que tenga su domicilio social en otro Estado miembro."

⁶⁷ Vid. STJUE, de 9 de marzo de 1999, Asunto C-212/97 (*Centros LTD. vs. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), párrafos 27 a 29.

⁶⁸ Vid. ÁLVAREZ, S., "El traslado internacional de domicilio o transformación transfronteriza: la importancia de la STJUE *Polbud*." publicado en *Almacén de Derecho*, 2017. (Recuperado de <https://almacenederecho.org/traslado-internacional-domicilio-transformacion-transfronteriza-la-importancia-la-stjue-polbud>) así como FANEGO RODRÍGUEZ, E., " Good Papers: sobre el traslado de sede social y sus efectos sobre la sede fiscal", publicado en *Almacén de Derecho*, 2018 (Recuperado de <https://almacenederecho.org/good-papers-traslado-sede-social-efectos-la-sede-fiscal>).

Para realizar de forma efectiva el traslado habrá de seguir el procedimiento que se prevé en los artículos 95 y siguientes de la LME. En primer lugar, el proyecto de traslado habrá de ser redactado por los administradores de la sociedad (en este proyecto habrá de constar, como mínimo indispensable; la denominación y domicilio de la sociedad, los datos identificadores de la inscripción en el Registro Mercantil, el nuevo domicilio social propuesto, los estatutos que han de regir la sociedad después de su traslado, el calendario previsto para el traslado y los derechos previstos para la protección de los socios y de los acreedores, así como de los trabajadores ex art. 95.2 LME). El contenido de este informe es esencial para preservar, ya no solo el derecho de información de los socios accionistas sino también, para garantizar y dar validez al reconocimiento de los derechos que poseen terceros frente a la sociedad.

Obviamente, este proyecto deberá ser aprobado por la Junta General de accionistas, amén de lo dispuesto por el artículo 194 de la LSC que viene a establecer el quórum de constitución reforzado en casos especiales, tal como es el supuesto que estamos tratando.

Para el traslado de domicilio al extranjero será necesaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a voto. En segunda convocatoria, será suficiente con la concurrencia del veinticinco por ciento de dicha capital, todo ello salvando la posibilidad de que los estatutos hayan previsto límites superiores a los mínimos establecidos, con carácter general, en el artículo 194 LSC.

En lo que respecta a la forma de la convocatoria y al derecho de información, el artículo 98 de la LME prevé la publicación de la convocatoria en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en la provincia en la que la sociedad tenga su domicilio con un plazo mínimo de dos meses respecto de la fecha prevista para la celebración de la misma y, complementariamente, habrá de publicarse junto a la convocatoria (ex art. 92.2 LME) el domicilio actual y el domicilio

extranjero al que se pretenda realizar el traslado, el derecho que tienen los socios y los acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe de los administradores (así como el derecho de obtener gratuitamente una copia de estos documentos) y el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores y la forma de ejercitar esos derechos – estos derechos quedan regulados en los artículos 99 y 100 de la LME que abordan, respectivamente, el derecho de separación de los socios y el derecho de oposición de los acreedores.

Finalmente, una vez acordado en Junta el traslado del domicilio, éste surtirá efecto en la fecha en que la sociedad inscriba en el Registro del nuevo domicilio (artículos 101 y 102 de la LME).

EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DE LOS CONSUMIDORES

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 20 de junio de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoySociedad

Es común que en muchas ocasiones, como consumidores, nos descuidemos y realicemos una compra que finalmente no nos termina de convencer. Este tipo de conductas se acrecienta cuando son realizadas a distancia – a través de *Amazon*, por poner un ejemplo.

¿Qué ocurre en este tipo de situaciones? Aquí el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (y otras leyes complementarias) – que nos referiremos en adelante como TR-LGDCU – establece, en primer lugar, unos deberes de información del empresario en favor del consumidor para darle a conocer las características principales del futuro contrato entre las que se encuentran los atributos del bien objeto del mismo, la identidad del empresario con el que se contrata o el precio total del bien, incluidos los impuestos y cuantas tasas hubieran de corresponder, etc. ...

Y es este el asunto que vamos a abordar el día de hoy; el ejercicio del derecho de desistimiento por parte del consumidor o usuario final con arreglo a lo establecido en el TR-LGDCU.

INTRODUCCIÓN

La practicidad y maleabilidad del Derecho de Consumo hace que comentar el TR-LGDCU sea especialmente interesante partiendo de ejemplos prácticos. Y, para recoger el testigo de otras publicaciones que versaban sobre la figura del consumidor y los derechos que se le atribuyen, rescataremos esta dinámica para explicar el derecho de desistimiento.

Sin embargo, unas bases teóricas son siempre bienvenidas para encontrar el camino idóneo por el cual discurrir. Y el punto idóneo desde el cuál comenzar se encuentra en el balance entre los artículos 19 y 60 del TR-LGDCU; el primero de estos preceptos anuda el principio general de protección de los consumidores para, seguidamente, encontrarnos en el artículo que le sucede (art. 20 del TR-LGDCU) la información que ha de facilitarse al consumidor en la oferta comercial de bienes y servicios.

De igual forma, los artículos 20 bis. y 21 del Texto Refundido fijan medidas correctoras para aquellas prácticas comerciales desleales puestas a disposición de los consumidores y usuarios que pudieran verse perjudicados por estas mismas así como el régimen de comprobación y servicios de atención al cliente (interesante este último – art. 21 del TR-LGDCU – por hacer referencia expresa, entre otras, a los servicios de atención al cliente puestos a disposición por el empresario a través de líneas telefónicas de tarificación especial, cuestión que ha afectado a multitud de consumidores).

Así, el artículo 20.1, letra e) del TR-LGDCU acota que, el empresario ha de informar al usuario y/o consumidor acerca de la existencia del derecho de desistimiento, que es el objeto central de la presente publicación y, además, uno de los ejes centrales del artículo 60.2 del TR-LGDCU – situado en el Capítulo I (Disposiciones Generales) del Título I (Contratos con los consumidores y usuarios) del Libro II (Contratos y garantías) del Texto Refundido.

Como ya hemos adelantado, antes de que el consumidor contrajera negocio jurídico alguno con el empresario, este último ha de proveer al primero de toda la información pertinente al contrato, esta es toda aquella relativa a las características principales del contrato además del tipo de bien o servicio que sea objeto del contrato, la identidad del empresario, el precio total del bien o servicio incluidos todos los impuestos y tasas, el procedimiento de pago, entrega y ejecución, la duración del contrato y la existencia del derecho de desistimiento entre otros (ex. art. 60.2 TR-LGDCU)⁶⁹.

¿QUÉ ES EL DERECHO DE DESISTIMIENTO?

Hasta el momento hemos hecho referencia al derecho de desistimiento como un concepto etéreo contemplado en la normativa de protección al consumidor pero, no hemos llegado a un concepto propiamente.

Aquí entra en juego el artículo 68.1 del TR-LGDCU que define el derecho de desistimiento como:

"1. El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase."

No obstante, si bien es cierto que se trata un derecho atribuido a los consumidores a fin de hacer prevalecer sus intereses en una relación presumiblemente desbalanceada (en la que el empresario ocupa una posición de poder frente al consumidor dentro del negocio jurídico suscrito entre ambos), también es importante remarcar que su aplicación no opera en términos absolutos, encontrando un límite legal a renglón seguido (art. 69.2 TR-LGDCU):

⁶⁹ El art. 60.5 del TR-LGDCU traslada, además, la carga de la prueba respecto del cumplimiento de todos los deberes de información que hubieran de haber sido realizados por parte del empresario a este mismo. Ello se entiende lógico puesto que para el consumidor sería dificultoso, e incluso imposible, probar algo que él mismo desconoce en tanto no tiene acceso a esa información en el momento de contratar.

“2. El consumidor tendrá **derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato.**”

¿CÓMO EJERCER EL DERECHO DE DESISTIMIENTO? ¿EXISTE UN PLAZO PARA ELLO?

En este tipo de casos ¿Es necesario seguir un procedimiento formal como tal? La verdad es que el TR no resulta excesivamente formalista en este sentido. Bastaría con el envío por parte del consumidor de un escrito en el que se ponga de manifiesto el desistimiento o, incluso, se entendería ejercido como tal en aquellos supuestos en los que se efectúe la devolución del producto recibido⁷⁰. Y en lo que refiere al plazo para su ejercicio, el art. 71.1 del TR-LGDCU fija un plazo general de **14 días NATURALES** a computar desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de este si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios (ex. art. 71.2 TR-LGDCU). Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el empresario no hubiera realizado de forma adecuada los deberes de información recogidos en el art. 69.1 del TR-LGDCU, dicho plazo finalizará 12 MESES después de la fecha de expiración del plazo general de 14 días, a contar en los mismos términos que los fijados en el art. 71.2 del Texto Refundido⁷¹.

¿PUEDO EJERCERLO SIEMPRE?

El derecho de desistimiento es uno de los elementos prismáticos de defensa con los que cuentan los consumidores PERO, este derecho también encuentra limitaciones. Y es que los consumidores quedan asistidos por el derecho de desistimiento cuando esté previsto reglamentariamente y cuando así se le

⁷⁰ En paralelo, el artículo 72 del TR-LGDCU traslada el deber de probar el ejercicio del derecho de desistimiento al consumidor, de ahí la importancia de dar traslado al empresario de dicho ejercicio por parte del consumidor.

⁷¹ En aquellos casos en los que el deber de información se cumpliera dentro del plazo de 12 meses previsto por el art. 71.3 TR-LGDCU, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento comenzará en el momento en el que se de cumplimiento EFECTIVO a dicho deber de información en favor del consumidor.

reconozca en la oferta, promoción y/o publicidad o en el propio contrato que suscriban con el empresario.

¿DÓNDE SE ENCUENTRAN ESTOS LÍMITES? El artículo 103 del TR-LGDCU contempla un listado de contratos a los que no resulta aplicables el derecho de desistimiento por parte del consumidor y entre los que se encuentran los siguientes:

"[...] a) La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, y si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor o usuario y con el conocimiento por su parte de que, una vez que el empresario haya ejecutado íntegramente el contrato, habrá perdido su derecho de desistimiento.

b) El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento.

c) El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados.

d) El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

e) El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.

f) El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes.

g) El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar.

h) Los contratos en los que el consumidor y usuario haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el empresario presta

servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.

i) El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega.

j) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones.

k) Los contratos celebrados mediante subastas públicas.

l) El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos.

m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago, cuando se den las siguientes condiciones:

1.º El consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento.

2.º El consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y

3.º El empresario haya proporcionado una confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2."

¿Qué ocurre, por ejemplo, en aquellas situaciones en las que un consumidor realiza una compraventa en un establecimiento mercantil abierto al público? **CON CARÁCTER GENERAL**, no está de más recordar que no hay una obligación legal que imponga a los comercios la aceptación de la devolución de productos SALVO para aquellos productos que se encuentren dañados y/o deteriorados, siendo estas situaciones **EXCEPCIONES**.

No debemos confundir cambios, devoluciones, falta de conformidad y derecho de desistimiento puesto que son figuras distintas y, en el caso del desistimiento que tratamos en este post, no requiere justificación alguna por parte del consumidor.

EFFECTOS DEL DESISTIMIENTO

Toda vez que, como consumidores, ejerzamos el derecho de desistimiento, el efecto lógico resultará en la restitución entre las partes de las prestaciones que se hubieran realizado. El consumidor no quedará obligado al reembolso de cantidades por la disminución del valor del bien siempre y cuando se le hubiera dado un uso al bien de acuerdo con lo pactado, por la naturaleza del bien en sí o por el tipo de servicio del que se tratara⁷².

Así, el empresario queda obligado a la devolución de las sumas percibidas en concepto de contraprestación por parte del consumidor en un plazo no superior a 14 DÍAS NATURALES desde la fecha en la que el consumidor pusiera en conocimiento del empresario la decisión de desistir del contrato, no pudiendo EN NINGÚN CASO, retener gasto alguno de estas cantidades.

Por ejemplo: no sería posible que el empresario retuviera de la cantidad desembolsada por el consumidor por la compra de un bien una cantidad X por la recogida del bien en el domicilio del consumidor para su posterior traslado a la sede Y utilizada por el empresario.

⁷² Por el contrario, el consumidor sí que tendrá derecho a que se le reembolse las cantidades desembolsadas por gastos necesario y útiles que se hubieran realizado sobre el bien (por ejemplo, para su adaptación y mejora a un determinado espacio/entorno y que no suponga un deterioro indebido del bien original.)

EL INSULTO EN LAS REDES SOCIALES Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 29 de junio de 2022

#Derecho #DerechoCivil #DerechoConstitucional #RedesSociales

El ser humano es un ser social por naturaleza. Y hablar en la actualidad de socializar es, en muchos contextos, sinónimo de construir relaciones y sinergias entre personas más allá del tradicional método conocido comúnmente como "conversación".

Gracias a parte, la comunicación es uno de los principales medios que, como personas, tenemos para poder relacionarnos con otros individuos. Obviamente, las barreras lingüísticas son obstáculos a salvar cuando tratamos con otras personas pertenecientes a otros países e, incluso, continentes.

Con la aparición de las redes sociales y de todos los medios digitales actuales, la comunicación ha dejado de ser un problema – ni que decir tiene que las barreras lingüísticas se han ido diluyendo más y más con todas las herramientas que están a nuestro alcance – posibilitando un intercambio sostenido de información, a través de plataformas de mensajería digital, entre dos personas situadas en los extremos contrarios del Globo.

Pero, como toda situación, surgen ciertas aristas; algunas naturales e inherentes a estos avances y otras derivadas, artificiosas y que requieren de una colaboración humana para llegar a consolidarse como una herramienta nociva.

Los avances digitales han permitido que las redes sociales prosperen llegando incluso a generar – en mi humilde opinión – una suerte de nuevo estatus social en el que la pertenencia a una u otra red social te hace tenedor de una posición determinada en el espectro social.

Y en línea con esto, la arista quizá más prominente en determinadas redes sociales, que se ha “normalizado” como algo “común”, “usual” e incluso “lógico”, es acudir al insulto como una forma más de expresión.

Así, han sido varias las ocasiones en las que los usuarios de una y otra plataforma han recurrido a las más duras vejaciones para referirse a otros usuarios o personas, con calado público o totalmente anónimas, desconocidas para el público en general, en contextos de lo más variopintos.

Ahora, la pregunta que muchas en muchas ocasiones deberíamos hacernos es ¿tiene encaje el “insulto” dentro de la libertad de expresión?

Nuestra Constitución (en adelante CE) recoge en su artículo 20.1 el derecho a la libertad de expresión:

“Se reconocen y protegen los derechos:

- 1. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. [...]*

No obstante, este derecho no se encuentra exento de limitaciones de forma que, a renglón seguido, el propio artículo 20, en su punto 4 expone lo siguiente:

“4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

Cualquier persona está capacitada para ejercer de forma efectiva los derechos reconocidos en la Constitución Española, y cualquier plataforma puede servir como medio a partir del cual poder manifestar lo querido y/o pensado, las redes sociales son un claro ejemplo de ello.

Como bien se indica en el art. 20.4 CE, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión va de la mano con opiniones que no son del todo inocuas, pudiendo afectar a terceros. Ahí se encuentra el punto de ruptura, la cuerda en la que el particular pende sobre un profundo abismo que separa la libertad de expresión del atentado a la imagen, honor y/o intimidad de otra persona.

Si ya existían estos límites con carácter previo a las redes sociales y a otras plataformas asimiladas ¿Qué impide extender estos límites a estos nuevos entornos?

Este tipo de injerencias entre libertades y derechos fundamentales no es ajeno al Tribunal Constitucional quién, en numerosas ocasiones, se ha pronunciado sobre los límites contemplados a la libertad de expresión pero mayoritariamente en entornos no digitales como las redes sociales. Sin embargo, ello no significa que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desconozca de estos nuevos medios de relación interpersonal.

La Sentencia de 10 de mayo de 2021 del Tribunal Constitucional (STC 93/2021) es uno de los ejemplos más recientes en los que el TC tuvo que realizar un examen ponderativo entre el ejercicio de la libertad de expresión y la defensa del derecho al honor.

Un breve extracto de los hechos del supuesto para conocer de forma sucinta el caso: "a) El 9 de julio de 2016 el torero don ~~Víctor Barrio Hernanz~~ falleció a consecuencia de una cornada en la plaza de toros de Teruel. Al día siguiente, la recurrente, concejal del Ayuntamiento de Catarroja (Valencia), publicó en su cuenta de la red social Facebook, un texto en el que reproducía el titular de un medio de comunicación: "fallece el torero ~~Víctor Barrio~~ al sufrir una cogida en la

feria de Teruel", junto con una fotografía del torero en el momento en que fue corneado. El texto de la publicación, cuya traducción al castellano no ha sido cuestionada por las partes, es el siguiente:

"Podemos tratar de ver el aspecto positivo de las noticias para no sufrir tanto [...] Ya ha dejado de matar.

El negativo, entre otros, claramente es que a lo largo de su carrera ha matado mucho. Muchos de los de mi equipo, que como digo siempre, es el de los oprimidos, los que siempre pierden porque tienen a todos los opresores en contra, porque tienen el partido amañado. Ahora los opresores han tenido una baja, una víctima más, un peón en su sistema, y me pregunto, como muchos, cuantas bajas más de este equipo harán falta para que los gobiernos centrales, Generalitats, diputaciones y ayuntamientos dejen de subvencionar estas prácticas con olor a sadismo.

No puedo sentirlo por el asesino que ha muerto más que por todos los cadáveres que ha dejado a su paso mientras vivió. No solo de toros adultos a lo largo de su carrera (según las estadísticas de su página oficial, ha acabado con 258 vidas desde 2008), sino que también novillos a lo largo de su aprendizaje en escuelas taurinas, en las cuales podemos encontrar niños que acaban normalizando situaciones como esta: 'un alumno asestó hasta 14 estocadas al animal antes de que este cayera al suelo, donde fue apuntillado, y aún vivo y boqueando, tratando de tomar los últimos alientos de vida, fue arrastrado al matadero'".

b) Doña Raquel Sanz Lobo, doña Esther Hernanz Romero y don Joaquín Barrio Águeda interpusieron demanda de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra la recurrente en amparo, que tramitada como procedimiento ordinario, terminó por sentencia de 6 de noviembre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Único de Sepúlveda. Dicha sentencia declaró que el contenido del mensaje publicado constituye una

intromisión ilegítima del derecho al honor de don Víctor Barrio Hernanz y entre otros pronunciamientos condenaba a la demandada a abonar a los actores la cantidad de siete mil euros en concepto de daños morales.”

La libertad de expresión ampara las expresiones de juicios de valor, la crítica de la conducta de otros aun cuando la misma pudiera molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige – pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura que son pilares fundamentales de una sociedad democrática (STC 23/2010, de 27 de abril) – incluyendo aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público (STC 181/2006, de 19 de junio, entre otras).

En línea con esto, la equivocada actuación de aquellos usuarios que, movidos bajo la sombra del anonimato, utilizan este tipo de medios de comunicación para proferir expresiones vejatorias y atentatorias contras otros usuarios queda lejos de ser un “legítimo ejercicio de la libertad de expresión”, argumento raído y que en muchas ocasiones es usado como estandarte que fundamente lo que equivocadamente se ha llamado “derecho al insulto”.

En palabras del Constitucional “la libertad de expresión en tanto que garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y por ello su ejercicio está sometido a límites constitucionales (STC 65/2015, de 13 de abril), siendo uno de ellos el respeto a los derechos reconocidos en el Título Primero y, especialmente, en lo que refiere al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (ex. art. 20.4 CE).

Es por ello que tensionar este límite no avala caer en la utilización del insulto en tanto no resulta una conducta amparada por la libertad de expresión, términos que recoge la profusa doctrina del Tribunal Constitucional al entender que “el

ejercicio de la libertad de expresión no puede servir de excusa para el insulto, ni tampoco ser instrumento para menoscabar la dignidad del ser humano y su propio valor como persona”.

No existe, por tanto, un derecho al “insulto” amparado por la libertad de expresión. La libertad de expresión tiene límites constitucionales que sirven como muros de contención para preservar un cierto balance y equilibrio con el resto de derechos y potestades amparadas en el Texto Constitucional. Las redes sociales no son ecosistemas exentos de respetar los preceptos constitucionales y, por ende, la utilización de usuarios y/o perfiles anonimizados no es una conducta exenta del cumplimiento y respeto de los valores protegidos por la Constitución, ello sin entrar a analizar las consecuencias penales derivadas de la comisión de posibles delitos de injurias y calumnias (recogidos en los arts. 205 a 216 del Código Penal).

INDICIOS PROBATORIOS EN DELITOS TELEMÁTICOS

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 7 de julio de 2022

#Derecho #DerechoPenal #DerechoProcesalPenal

LA PRUEBA POR INDICIOS. CONCEPTO

El Tribunal Constitucional ha sido quien, desde unos primeros pronunciamientos, ha venido reconociendo la existencia y validez de las pruebas por indicios y de la consideración de las mismas en el seno del proceso judicial. A la vista queda la STC 174/1985 (y la STC 175/1985) encargada de sentar las primeras consideraciones en torno a cómo se ha de configurar el estudio de los indicios probatorios y cómo éstos pueden acabar absorbiendo carga probatoria suficiente como para consolidarse como prueba de cargo.⁷³

Aunque el Tribunal Constitucional no puede entrar a revisar la valoración que haga un Tribunal del orden penal, sí puede verificar la existencia de una prueba y si de las manifestaciones vertidas en los hechos probados cabe deducir su existencia y verosimilitud.

⁷³ La prueba por indicios, prueba indiciaria o prueba circunstancial no cuenta con una regulación propia en el seno del proceso penal. No obstante, el artículo 386,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alude a las presunciones judiciales de forma que pueda transponerse al orden penal la existencia de estas mismas presunciones, con el debido acompañamiento y medida dentro del orden en el cual se van a contemplar.

De esta forma, el art. 386.1 de la LEC esgrime lo siguiente; “1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.”

Podemos extraer de la STS 548/2009, de 1 de junio de 2009 (Rec. 1644/2008) como concepto u aproximación de "**prueba indiciaria**" a aquel proceso intelectual complejo que reconstruye un hecho concreto a partir de una recolección de indicios. Se trata, al fin y al cabo, de partir de una constatación de unos hechos mediatos para concluir los inmediatos, siendo, en este campo, extremadamente necesario la motivación de los argumentos para evitar incertidumbres en el hacer del juzgador.

En palabras del **Tribunal Supremo, en su Sentencia 812/2016, de 28 de octubre de 2016**, la **prueba indiciaria o circunstancial** es susceptible de enervar la presunción de inocencia, siendo un principio consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones (a modo de ejemplo SSTC 174/1955 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre de 1985. En ellas se avala la aptitud de la prueba indiciaria para como medio útil para contrarrestar la mencionada presunción, especialmente, en aquellos casos en los que se persiga evitar la impunidad de delitos múltiples (o a los que el Tribunal Supremo refiere como "*cometidos con especial astucia*") pero no sin manifestar la prudencia con la que habrá de tomar este tipo de observaciones a fin de no elevar a "prueba de cargo" cualquier elemento simple y meramente sospechoso.

El **planteamiento esencial** por a través del cual se configura la prueba por indicios en nuestro Derecho Procesal radica en la relación entre los hechos/indicios y la hipótesis que los avala o sostiene así como el razonamiento que une ambas piezas produciendo un resultado que puede revestir una carga probatoria difícilmente abstraible, por lo que resulta indispensable analizarla en cada caso concreto. Los medios por los que regir este juicio de inducción lógica han sido analizados en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, pronunciamientos que han pulido las reglas por las cuales reconducir estas hipótesis basadas en hechos plenamente acreditados en el seno del proceso hasta llegar a la consolidación de la prueba.

La STS 812/2016 elabora un catálogo a partir del cual entender el grado de eficacia probatoria que tiene cada uno de los hechos indiciarios al efecto de enervar la presunción de inocencia del acusado.

- a) **Indicios equiparables**, que serían aquellos que poseen tal envergadura que pueden ser utilizados, ya no solo para confirmar una hipótesis sino también para fundamentar otras alternativas paralelas o de similar grado de posibilidad.
- b) **Indicios orientativos**, aquellos que conectan, además de con la hipótesis acusatoria, con otra alternativa pero con un grado de probabilidad mayor en favor de la primera hipótesis.
- c) **Indicios cualificados**, también llamados de alta probabilidad, acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis acusatoria, no tanto por el propio indicado que lo sustenta sino fundamentalmente porque no se vislumbra ninguna hipótesis alternativa, y si los hechos hubieran ocurrido de otro modo, sólo el acusado estaría en condición de formular la contra hipótesis correspondiente.
- d) **Indicios necesarios**, aquellos que en aplicación de leyes científicas o de constataciones sin excepción, excluyen la posibilidad de cualquier alternativa a la hipótesis acusatoria. No son los indicios más frecuentes pero si son los más seguros (por ejemplo, comparación de ADN o rastreo de la I.P. y del número de serie de los componentes de un dispositivo electrónico)

Pero para conjugar estos hechos en relación con el restante contenido de fondo del proceso, el Tribunal Supremo, a través de las STSS 286/2016, de 7 de abril de 2016, y 615/2016, de 8 de julio de 2016, ha solidificado unos criterios adicionales según los cuáles, los meros hechos indiciarios, puedan conjugarse como una prueba de cargo sustantiva, atendiendo a la realidad del hecho y a la participación de los acusados en la comisión de los hechos.

- a) **Pluralidad de los hechos-base o indicios**; no es posible deducir de la existencia de un solo hecho, único, aislado, fundar la total convicción judicial (en los términos del artículo 741 de la LECrim). La doctrina, no obstante, se muestra cercana a la admisión de la eficacia probatoria y autónoma de estas circunstancias siempre y cuando, atendiendo a la naturaleza del indicio, sea considerado como indicio necesario y, en algunas ocasiones, también el indicio cualificado.
- b) **Precisión respecto de la prueba de la comisión de hechos directos**; que los hechos estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentarían los riesgos en la valoración.
- c) **Han de ser hechos periféricos respecto al dato fáctico a probar**; no todo hecho es relevante y por ello resulta necesario que sea periférico o tangente con el dato a probar. De este carácter deriva la denominación que se le ha dado comúnmente a este tipo de prueba y que recibe el nombre de "circunstancial" por la relación que tiene con el hecho investigado.
- d) **Interrelación**, se exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados, es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto forman parte de él. ***La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.***
- e) **Racionalidad de la inferencia, NO ES UN MEDIO DE PRUEBA**, se trata de ***UNA VALORACIÓN DE HECHOS INDIRECTOS PLENAMENTE ACREDITADOS***. Por ello, entre estos y el dato precisado de acreditar ha de existir, tal y como expone el art. 1253 del Código Civil "un enlace

preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias que pudieran ser igualmente válidas epistemológicamente.

- f) **Expresión motivada de cómo se produjo la inferencia de la prueba respecto de los hechos en la instancia;** si no se muestra el análisis inductivo manifiesto en la resolución que se hubiera alcanzado, no cabría entender alterada la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa de los artículos 117.3 de la Constitución Española así como del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) → *"El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado. Siempre que el Tribunal haga un uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta."* (Artículo 741 LECrim)

LA PRUEBA INDICIARIA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La STS 532/2019, de 4 de noviembre de 2019 (Rec. 10207/2019) establece que la presunción de inocencia comporta, en el orden penal, cuatro exigencias mínimas:

1º- Que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos (**STC 140/1991, de 20 de junio**).

Entra en juego aquí el "**contraindicio**", que vendría a ser la ausencia de una explicación alternativa y razonable ofrecida por el acusado, que puede llevar a la conclusión de que no existe una alternativa per se. La

STS 1281/2006, de 27 de diciembre de 2006, manifestó que *"los contraindicios no pueden cobrar por sí relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión que de los hechos proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditativos y significativos habría de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias, aunque por sí solas no suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido"*.

2º- Solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con la observancia de los principios de contradicción y publicidad.

3º- De dicha regla general solo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y, especialmente, la posibilidad de contradicción (**SSTC 82/1992, de 28 de mayo; y 138/1992, de 13 de octubre**).

4º- La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

De esta Sentencia extraemos dos puntos clave que vienen a ser los enclaves desde los cuales analizar la consolidación de la prueba indiciaria y los hechos probados en la propia resolución.

"Todos los indicios anteriores, así puede afirmarse, tienen un contenido periférico en relación con los hechos que acreditan; no muestran por sí mismos una realidad, sino que su valor nace de su concurrencia con otros del mismo carácter."

*“Por otro lado, **los indicios anteriores están plenamente relacionados entre sí**, detallan pormenorizadamente unos acontecimientos ocurridos en un momento determinado de suerte que aparecen concatenados y en su conjunto cobran sentido desde la inferencia que realiza la sentencia.”*

En este punto, es indispensable acudir a las **STC 174/1985**, de 17 de diciembre de 1985, así como a la **STC 175/1985**, que son pilares fundamentales para definir la teoría de la prueba indiciaria y que ya hemos mencionado en el apartado anterior.

De esta última extraemos esta acertada y esclarecedora conclusión:

*“**El juzgador o Tribunal no puede llegar a esa convicción de autoría "porque sí"**, o porque lo observa o detecta como la "única explicación posible". La autoría que determina una condena no es "la mejor explicación posible a lo ocurrido". Esto no es motivación. Que sea lógico no determina la condena, sino que **la suma de los indicios que se citan permite al Tribunal que, de una forma razonada y explicativa, fijar que los hechos se produjeron de esa manera y no de cualquier otra, porque si hubiera dudas no se podría condenar.***

No es una sentencia de "sospechas", sino de convicciones respecto a que la suma de indicios determina y llevan al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado.”

Los **elementos** que ha de cumplir la prueba indiciaria son los siguientes:

1º- Una afirmación base o indicio, con la correspondiente cita o mención del hecho en cuestión.

2º- Una afirmación consecuencia, es decir, la referencia de lo que se entienda o afirme de la existencia de dicha afirmación.

3º- Un enlace lógico entre el primero y el segundo de estos elementos que desemboque en la condena por la suma de indicios plurales.

Y, en suma, han de darse los siguientes **requisitos**:

- 1) **Pluralidad de indicios demostrados mediante prueba directa**, y que se de una relación directa entre los hechos demostrados y el que se trate de deducir.
- 2) **Motivación** en la Sentencia del procedimiento deductivo seguido del Tribunal.
- 3) Que en dicho proceso se apliquen las **máximas de la experiencia**, es decir, reglas que ofrece la experiencia sobre la base de la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos (STS 1159/2005, de 10 de octubre)
- 4) La debida motivación en la Sentencia respecto de la concurrencia de indicios y sus consecuencias cuya implicación y sustantividad exceden a la carga probatoria de las pruebas directas practicadas. En otras palabras, el **órgano judicial debe explicar no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones** y el iter mental que le ha llevado a dar o entender por probados los hechos en cuestión, a fin de ajustar a un criterio de razonabilidad y coherencia seguidos por el juez para, finalmente, enervar la presunción de inocencia (STS 506/2006, de 10 de mayo).
- 5) **Razonamiento inductivo propio de la prueba de indicios**, es decir, la capacidad de que los indicios se alimenten entre sí para configurar la cadena por la cual se condena al acusado.

La clave de la teoría de la prueba de indicios o prueba indirecta radica en el enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia.

Cuando el Tribunal juzgador realiza una suma de indicios tras el juicio, se alcanza lo que se denomina como certeza subjetiva que, posteriormente, se transforma en una **convicción judicial**, dimanante de un pensamiento lógico y racional, alejado de la arbitrariedad del propio juzgador y sujeta a las reglas de necesaria motivación lógica exigidas por la Ley.

La inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responde plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia. Además, los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción que se conforma por la suma de los datos y la prueba de aquellos.

- 6) **La conclusión de una inferencia presuntiva ha de considerarse cerrada, fuerte y determinada.** Por ende, para que la tesis acusatoria prospere se le debe exigir una probabilidad prevaeciente con respecto a hipótesis alternativas que partan de los mismos indicios, entre las que se pueden encontrar las tesis fácticas de descargo.

Más allá de los requisitos y de los elementos que han de valorarse a la hora de concretar la veracidad y asumir la verosimilitud de unos hechos concretos en relación con una hipótesis indiciaria, también tenemos que tomar en consideración la **posible irracionalidad** mediante en el tratamiento de este tipo de pruebas circunstanciales por parte del Tribunal:

- a) **La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad y absurdo;** cuando un indicio se pretende subsumir en una máxima de experiencia en la que no tiene cabida o cuando se emplea una máxima de experiencia que resulta manifiestamente errónea.
- b) **La falta de conclusividad;** cuando la inferencia sea lógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que

ninguna de ellas pueda darse por probada, pudiendo estimarse que la garantía de la presunción de inocencia ha quedado totalmente vulnerada.

LA PRUEBA INDICIARIA EN DELITOS TELEMÁTICOS Y SU APLICACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

El concepto de **delito telemático**, en nuestro ordenamiento, viene a definir todo ilícito penal llevado a cabo a través de medios informáticos y que esté íntimamente ligado a los bienes jurídicos relacionados con las tecnologías de la información o que tienen como fin estos bienes⁷⁴. No obstante, nuestro Código Penal no integra un capítulo o sección en el que abordar de forma específica este tipo de hechos delictuales que, desde comienzos de los años 2000 vienen a ser cada vez más comunes.

Autores como MOISÉS BARRIO se muestran contrarios a la utilización del término “delitos informáticos” puesto que, más allá de la plasticidad que se le da al supuesto tipo delictual, no hace sino referir a la comisión de un acto ilícito previamente analizado en la norma penal por un medio o elemento informático o vulnerando este mismo elemento en sí, sin aportar fundamentos *de natura* para entender necesario la creación de un nuevo tipo penal *per se*.⁷⁵

No obstante, nuestro Código Penal integra, como elemento accesorio en muchas ocasiones, el factor telemático dentro de los tipos penales cuya comisión puede llevarse a cabo en este tipo de circunstancias. Por ejemplo:

- La comisión de estafas informáticas (artículos 249 y 249 del Código Penal)
- Los delitos de injurias y calumnias hechas con publicidad informática (art. 211 del Código Penal)

⁷⁴ MARTÍNEZ ATIENZA, G., Seguridad Pública y Privada, vLex, 2016.

⁷⁵ Se entiende, por tanto, que el Derecho Penal ha de responder ante estas nuevas amenazas haciendo uso de las técnicas e instrumentos ya existentes pero sin olvidar los principios fundamentales sobre los que se asienta. Vid. BARRIO ANDRÉS, M., “Los delitos cometidos en Internet, marco comparado internacional y derecho español tras la reforma penal de 2010”, La Ley Penal, Nº 86, Sección Legislación aplicada a la práctica, Octubre 2011, Editorial LA LEY.

- Daños informáticos o sabotaje (art. 264.2 del Código Penal)

Aunque, independientemente del catálogo anterior, nosotros nos centramos en los delitos informáticos contra la propiedad intelectual (art. 270 del Código Penal).

DEL ARTÍCULO 270 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 270 del Código Penal delimita el acto delictual por el cual se vulnera la protección de la propiedad intelectual. Ni que decir tiene que, las premisas básicas sobre las que se configura este tipo penal parten de las previsiones que introduce la Ley de Propiedad Intelectual respecto de los derechos reconocidos a los autores, esencialmente en su vertiente patrimonialista (sin dejar de lado, obviamente la afección de los derechos morales aparejados a la obra) así como a aquellos derechos conexos.⁷⁶

Así, el **tipo delictual básico** (Art. 270 CP) exige:

1º- La presencia de ánimo de obtener un beneficio, ya sea directo o indirecto, y con un claro perjuicio de un tercero, en actos que reproduzcan, plagien, distribuyan, comuniquen públicamente o realice una acto de explotación económica por cualquier otro medio de todo o parte de una obra, ya sea científica, artística o literaria, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en un soporte físico o comunicada a través de cualquier medio sin la correspondiente autorización de los titulares de los derechos de propiedad o de sus cesionarios.

- Requiere un ánimo de lucro, directo o indirecto, pero que ha de ser sustancial.
- Requiere de un perjuicio a un tercero, pero ha de ser un perjuicio de tal entidad que suponga un agravio sustantivo para con el titular de los derechos de autor o cesionarios.

⁷⁶ Los artículos 14 a 16 de la LPI establecen la extensión de los derechos morales reconocidos al autor y los artículos 17 a 21, per se, se dedican a los derechos de índole patrimonial o de explotación reconocidos al autor sobre la obra.

- Exige una acción que contrarie los derechos de explotación reconocidos al autor en los artículos 17 a 21 de la LPI (derecho de explotación en todas sus modalidades, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación).
- Que afecte a la integridad de la obra, sea parcial o totalmente (y que viene a enlazar con el derecho reconocido al autor para exigir el respeto de la integridad de la obra – art. 14.4º LPI)

Esto mismo se traduce del artículo 270.2 CP que traslada el sujeto activo más allá de la comisión genérica e introduce la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, trasladando, nuevamente, la identificación de estos sujetos a una normativa externa al Código Penal, que no es otra que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que incorpora lo que se denomina “*Safe Harbours*” y vienen a rescatar este régimen de responsabilidad penal deducible de un hacer no ajustado al deber técnico y neutral que se les exige a este tipo de PSSI.

El artículo 270.4 viene a incorporar un **régimen específico** dentro del tipo básico para aquellas conductas que atenten contra la propiedad intelectual dentro de la distribución o comercio ambulante, de carácter ocasional.

Es el caso de los “top manta” aunque para la aplicación de este precepto se exige el cumplimiento de varios factores adicionales que condicionen la calificación del hecho delictual acorde con las circunstancias del supuesto.

El apartado 5 del artículo 270 concretan **regímenes agravados respecto del tipo básico**, es decir, que serán castigados con las penas previstas en los apartados 1 a 4 del artículo 270 del CP;

- Exportación o almacenamiento intencionado de ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones, incluyendo copias digitales de la misma, sin

autorización con el objetivo de ser publicadas, difundidas o comunicadas públicamente.

- Cuando se importen este tipo de productos sin autorización y estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente. Esto no será punible cuando la adquisición se haya dado directamente del titular de la obra o de los derechos en otro Estado miembro de la UE.
- Cuando se favorezcan la realización de las conductas a través de la eliminación de las medidas de protección de las obras.
- Cuando, en cumplimiento del tipo básico, se eludiera o facilitara la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.

Y, finalmente, el artículo 271 del Código Penal introduce el tipo cualificado. De esta forma, se considerará la comisión del delito del artículo 270 del CP con el consiguiente agravante cualificado cuando medie alguna de las siguientes circunstancias:

- Que el beneficio que hubiera sido obtenido sea de especial trascendencia
- Que los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, de la transformación, etc...
- Que el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractores de derechos de propiedad intelectual.
- Que se utilice a menores de 18 años para cometer los delitos.

Se trata, por tanto, de un **delito por comisión** (en tanto se requiere de la realización de un acto típico por un individuo), de un **marcado carácter doloso**

(a pesar de la amplia dificultad probatoria que emana de la realidad práctica en procesos que abordan esta materia en sede penal), que puede tener **ser perseguidos de oficio o por instancia privada** y, además, es un **delito de carácter general** y no ha de exigirse circunstancia especial alguna al sujeto activo para la comisión del acto típico (la dicción del artículo 270 del CP permite ampliar los márgenes en los que constreñir a los posibles sujetos activos de forma que, cualquier persona que cumpla el hecho delictual es un potencial sujeto activo, sin requerir de factores adicionales especiales)

SOBRE LA PRUEBA INDICIARIA RESPECTO DEL ARTÍCULO 270 DEL CÓDIGO PENAL.

Elaboramos una serie de conclusiones sobre las peculiaridades procesales de la prueba por indicios en delitos contra la propiedad intelectual (ex. art. 270 CP)

1. El seguimiento de los indicios constreñidos en los hechos narrados ha de ser tal que no pueda entenderse ningún hecho como aislado e independiente sin que concurra la debida relación con el *iter principal*, que no es otro que la comisión del tipo delictual.
2. La valoración de los hechos no es ajena al artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por ende, ha de estar plenamente acreditada y motivada en la resolución que entre a enjuiciar los hechos.
3. La dificultad que entrañan este tipo de comisiones delictivas parte, en muchas ocasiones del acompañamiento de labores de carácter pericial que arrojen luz sobre el proceso, como es el ejemplo de las mecánicas de *Fingerprinting* o rastreo de la huella digital de un dispositivo y, a su vez, del contenido del dispositivo en sí.⁷⁷

⁷⁷ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “*Estudio. Fingerprinting o Huella Digital del dispositivo*”.

4. A menudo, la construcción de la prueba indiciaria va a venir aparejada a la existencia de pruebas directas que aporten verosimilitud a los hechos narrados y que, así, puedan enervar la presunción de inocencia del acusado. No obstante, esto puede también ser analizado en aquellos casos en los que los indicios individualmente revistan de tamaño sustantividad que por si mismos puedan ostentar carga probatoria suficiente como para constituir prueba autónoma e independiente.
5. En aquellos casos en los que la pluralidad de sujetos activos o herramientas destinadas a la comisión del delito, el Juzgador habrá de instar la medida cautelar al efecto de sostener la pervivencia de pruebas directas incriminatorias. En otras palabras, ante el posible – y frecuente – riesgo de la pérdida del hecho o elemento probatorio, el Juez que conozca del caso habrá de instruir diligencias con la mayor celeridad posible para poder consolidar una prueba directa de la que dimanen un indicio probatorio, como poco, cualificado.

EJEMPLO PRÁCTICO

Aquí me gustaría rescatar la **SAP de Barcelona, de 22 de abril de 2002** (Rec. 93/2002) por cómo expone unos hechos que son, como poco, “visuales” a la hora de establecer los parámetros o cánones a seguir en la protección de la propiedad intelectual.⁷⁸

Los **HECHOS PROBADOS** son los siguientes:

“Sobre las 15 h del día 18 Mar. 2000 MOHAMED S., mayor de edad y sin antecedentes penales, fue sorprendido por una dotación de la Guardia Urbana cuando se encontraba en la Avda. Litoral (Puerro Olímpico) de Barcelona, detrás de un paño extendido en el suelo exponiendo 40 discos compactos, ofreciéndolos a la venta al precio de 1.000 ptas. cada uno, los cuales eran copias de los originales al ser realizados sobre un soporte

⁷⁸ CASTIÑEIRA PALOU, M. T., ROBLES PLANAS, R., “¿Cómo absolver a los “top manta”?” (Panorama Jurisprudencial), *InDret*, N.º. 2, Barcelona, 2007.

de disco CD-R, sin autorización alguna de los legítimos titulares de sus derechos. Los agentes actuantes procedieron a la intervención de los 40 discos."

La Sentencia de la Audiencia Provincial revoca la sentencia del Juzgado de lo Penal Nº. 6 de Barcelona, en tanto considera que se ha producido, en sede de fase oral, una calificación en lo relativo a la valoración de la prueba que no se ajusta a los requerimientos mínimos exigibles por parte del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Más allá de lo comentado anteriormente sobre la consideración del tipo delictual, de las figuras responsables y de cómo los indicios pueden, en cierto modo, resultar una quimera a la hora de valorar la prueba y calificarla. Esto lo podemos ver claramente en el Fundamento Jurídico Primero de la SAP de Barcelona, de 22 de abril de 2002 que desgrana el examen de la prueba de la siguiente manera:

*"Tras el examen en esta alzada de la prueba practicada nos encontramos con que el **acusado manifestó que los CD no eran de su propiedad, que no estaba procediendo a la venta y que tan sólo vigilaba el puesto de un amigo que se había ausentado momentáneamente, no dando ningún dato identificativo del amigo** a los efectos de su localización, salvo un nombre, como consta en la declaración prestada ante el Juez de Instrucción (folio 16). Consideramos **que la declaración del acusado solo puede ser tenida en cuenta en términos de defensa, por cuanto fue desvirtuada por la declaración de los agentes de policía recogida en el acta del juicio oral, declarando el AGENTE NÚM. 1 que el acusado estaba detrás del trapo de exposición y frente a la gente que pasaba, que el vendedor captaba la atención del público y que el acusado ofrecía los CD, que no vieron intercambio, pero si el ofrecimiento; por otra parte EL AGENTE NÚM. 2 declaró que el acusado estaba al frente de un puesto de venta ambulante, ponía el precio en un papel, que estaba solo el acusado, que hablaba con la gente, aunque no ofrecía de viva voz el producto.***

*Del hecho de estar detrás de un paño extendido en el suelo en el que se encontraban expuestos los 40 CD con el precio de 1.000 ptas. unidad, y **con el conocimiento de que los discos eran copias** (dado que consta en el acta del juicio que el acusado reconoció que «sabía que eran ilegales los CD.) **se desprende de modo inequívoco que el acusado estaba ofreciendo a la venta las copias ilegales de los discos, sin que para culminar el tipo sea precisa la concreta venta de ninguno de ellos**, por cuanto una de las conductas típicas es la distribución, dentro de la cual debe comprenderse el simple ofrecimiento de venta de la mercancía al público.»*

Podemos extraer una serie de conclusiones de todos estos hechos:

1. Que la utilización del Derecho Penal para la persecución de determinados tipos de delitos requiere de una perspectiva mucho más amplia de los principios rectores del orden penal, entre ellos el de intervención mínima y el de proporcionalidad de la pena. La doctrina y la jurisprudencia sentada en los casos relativos a los llamados "top manta" son un claro ejemplo de ello, y así se manifiesta en la SAP de Barcelona en la línea de la doctrina establecida por la STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 24 de febrero de 2003:

*"[...] Aplicando tal doctrina, hay que concluir que **no toda infracción del derecho de exclusividad del titular de la propiedad intelectual tiene cabida en el art. 270 CP**. Sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de su obra artística amparada por el derecho, o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito. **La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal.**"*

2. A menudo, se utiliza el Derecho Penal para el enjuiciamiento de casos de naturaleza y efectividad dudosas. Es más, resulta clara la aplicación de

otros métodos contenidos en el ordenamiento mucho menos lesivos que el Derecho penal para atajar este tipo de comportamientos.

3. La confluencia de los órdenes civil y penal en la persecución de los hechos delictuales integrados en el artículo 270 del Código Penal a menudo parte de una interpretación conforme de las disposiciones penales respecto de aquellas contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, en otras palabras, de la protección de los derechos reconocidos a los autores, en los artículos 17 y ss. de la Ley de Propiedad Intelectual, en especial aquellos de naturaleza económica o patrimonial.

MATERIALES CONSULTADOS

BARRIO ANDRÉS, M., "Los delitos cometidos en Internet, marco comparado internacional y derecho español tras la reforma penal de 2010", *La Ley Penal*, Nº 86, Sección Legislación aplicada a la práctica, Editorial LA LEY, octubre 2011.

CASTIÑEIRA PALOU, M. T., ROBLES PLANAS, R., "¿Cómo absolver a los "top manta"? (Panorama Jurisprudencial), *InDret*, Nº. 2, Barcelona, 2007.

MARTÍNEZ ATIENZA, G., *Seguridad Pública y Privada*, vLex, 2016, págs. 195-212.

ORTEGA MATESANZ, A., "Delitos contra la propiedad intelectual y responsabilidad civil", *Diario La Ley*, Nº 9536, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 13 de diciembre de 2019.

PALOP BELLOCH, M., "Las medidas de investigación tecnológica", *Justicia: Revista de derecho Procesal*, Nº. 2, diciembre de 2017, págs. 443-490.

PLANCHADELL GARGALLO, A., "Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial.", *EGUZZILORE*, Nº. 21, diciembre, 2007, págs. 145 – 161.

TIRADO ESTRADA, J. J., "La lucha penal contra la piratería física y digital. Elementos normativos y dinámica jurídico-práctica". *Actualidad Civil*, Nº 4, Sección A Fondo, Editorial Wolters Kluwer, , abril 2015.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

| TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | |
|-------------------------|-------------|
| STC 17.12.1985 | Nº 174/1985 |
| STC 17.12.1985 | Nº 175/1985 |
| STC 20.06.1991 | Nº 140/1991 |
| STC 28.05.1992 | Nº 82/1992 |
| STC 13.10.1992 | Nº 138/1992 |

| TRIBUNAL SUPREMO | | |
|------------------|-----------|-----------------------|
| STS 27.12.2006 | 1281/2006 | ECLI: ES:TS:2006:8462 |
| STS 10.10.2005 | 1159/2005 | |
| STS 24.02.2003 | | |
| STS 04.11.2019 | 532/2019 | |
| STS 28.10.2016 | 812/2016 | ECLI: ES:TS:2016:4672 |

| AUDIENCIA PROVINCIAL | |
|---|----------------|
| SAP de Barcelona, de 22 de abril de 2002 | (REC. 93/2002) |

SOBRE EL REQUISITO DE ADMISIBILIDAD PREVISTO EN LA LOTC. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 15/2019.

HUGRO ADRIÁN FERNÁNDEZ

Publicado el día 8 de julio de 2022

#Derecho #DerechoConstitucional

Respecto de los antecedentes de la STC 15/2019, de forma sucinta podemos decir que el iter procesal comienza a través de una querrela presentada en 2009 ante la Audiencia Nacional al objeto de enjuiciarse posibles delitos contra la comunidad internacional cometidos en un campo de refugiados en Irak. Con posterioridad fue objeto de ampliación, siendo en 2014 el momento en que se acordó incoarse el procedimiento sumario.

El auto que lo dispuso fue recurrido por el Ministerio Fiscal con fundamento en la Disposición Transitoria única⁷⁹ de la LO 1/2014, ley que modificó el alcance de la jurisdicción española en el ámbito de la justicia universal. Finalmente, se acordó el singular sobreseimiento previsto en la DT citada, que para el TC debía calificarse como sobreseimiento de naturaleza provisional. Frente a dicha resolución se interpuso recurso de amparo, sin que se hubiera procedido ni a la presentación de un incidente de nulidad de actuaciones ni tampoco el recurso de casación que instruía el pie de recurso.

⁷⁹ La Disp. Transitoria única de la LO 1/2014 declara que "Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella".

Frente a la demanda de amparo el MF interesó la inadmisión de la misma y, subsidiariamente, la desestimación del recurso. En cuanto a la inadmisión, se argumentaba que procedía en atención al art. 44.1 a) LOTC, esto es, la falta de agotamiento de *"todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial"*. Alegaba el Ministerio Público que debía haberse interpuesto tanto el INA como el recurso de casación.

Lo destacable de esta Sentencia del garante constitucional es la interpretación que hace de este requisito de admisibilidad en atención a las circunstancias concurrentes, de tal forma que no resultaba indubitada la interposición del recurso de casación en atención a la especial naturaleza del sobreseimiento acordado, cuestión justificada de forma prolija por los recurrentes en su demanda de amparo.

Es por ello que el tribunal de garantías declara que *"a tenor de la regulación legal y la doctrina jurisprudencial existentes no podía imponérseles la carga de superar complejos problemas de interpretación alterando las evidencias doctrinales y normativas, pese a la instrucción de recursos realizada en el auto que aquí se impugna, pues, como hemos dicho, la diligencia procesal que debe tener quien acude ante los órganos judiciales en defensa de sus derechos no debe llegar al extremo de exigirle a priori la interposición de recursos de dudosa viabilidad"*. Si bien, esta doctrina no es novedosa y por ello se pueden citar otras resoluciones que siguen la misma línea (SSTC 142/1992, 224/1992, 11/1993, 352/1993, 170/1995, 43/1998, 132/1999, 123/2000, 214/2002).

Infructuosamente, la demanda resultó inadmitida en sentencia, modalidad poco usual pero que tiene varios precedentes en el tribunal, por razón de la falta de interposición del INA en atención a su concepción como mecanismo que posibilita al tribunal ordinario la subsanación de la posible vulneración de derechos fundamentales que podría haberse ocasionado.

INFLUENCERS Y LA NUEVA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 21 de julio de 2022

#Derecho #DerechoAdministrativo #DerechoDigital #Sociedadde laInformación
#DerechoySociedad

La figura del creador de contenido (*influencer*) en redes sociales **es algo compleja**, más aún si partimos del estudio de esta figura en el entorno de la comunicación audiovisual.

Desde el punto de vista de funcionamiento de las plataformas, a pesar de no mantener una relación laboral como tal – si acudimos al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores encontramos que las notas que caracterizan a la relación laboral como son el desempeño de un trabajo de forma consciente y voluntaria, retribuido, bajo la dirección de un tercero y la ajenidad del empleado respecto de los frutos, medios y responsabilidad patrimonial que corre a cargo del empleador, no se cumplen per sé – los usuarios que generan contenido y lo cargan a plataformas son el núcleo funcional de las mismas.

Quizá los ejemplos más claros que podemos referir son *YouTube* y *Twitch* como actuales paradigmas pero no perdamos de vista a otras plataformas como *Facebook Gaming* que son servicios perfectamente capaces de combatir con los gigantes del sector.

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN GENERAL

Con el estallido de las redes sociales y el surgimiento de la figura – casi institución ya – del *influencer* (porque influenciador queda demasiado

pretencioso) algunas líneas de los medios de comunicación tradicionales se han venido desdibujando hasta tal punto que, actualmente podemos ver una pugna directa entre la televisión y los medios de comunicación tradicionales y los nuevos formatos que hacen suyas grandes plataformas de creación de contenido.

Como no podía ser de otra forma, el legislador nacional era consciente de que este cambio de paradigma iba a suponer un conflicto de intereses de gran envergadura y, por ello, ya se hizo público el interés del mismo por regular los contenidos cargados por usuarios a plataformas desde el punto de vista de la comunicación audiovisual.

Estas pretensiones se han visto concretadas en la extensa **Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual** (LGCA en adelante) cuyo objeto no es otro que regular la comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como establecer determinadas normas aplicables a la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma (ex art. 1.1 de la LGCA)⁸⁰.

Así, tal y como apunta la propia Ley en su Exposición de Motivos, *"La regulación, por tanto, debe partir del hecho de que, si bien los servicios de comunicación audiovisual tradicionales siguen representando un porcentaje importante del tiempo de visionado diario medio, los nuevos tipos de contenidos audiovisuales, como los vídeos cortos o el contenido generado por los usuarios, han adquirido mayor importancia y los prestadores (incluidos los de los servicios a petición y los de intercambio de vídeos a través de plataforma) están ya bien asentados. Todos estos servicios tienen un impacto considerable sobre los usuarios y compiten por la misma audiencia e ingresos con independencia del país en el que estén establecidos o la tecnología que utilicen."*

⁸⁰ El punto 2 de este mismo artículo finaliza estableciendo lo siguiente: *Igualmente se establecen las normas básicas para la prestación del servicio de comunicación audiovisual autonómico y local, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales en sus respectivos ámbitos.*

HABLEMOS DE INFLUENCERS Y CREADORES DE CONTENIDO

Más allá del reconocimiento que hace el legislador en la Exposición de Motivos, el artículo 2 de la nueva LGCA introduce, en su apartado 13, la definición de Servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma:

[...] 13. Servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma: Servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes disociables o cuya funcionalidad esencial consiste en proporcionar, al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, así como emitir comunicaciones comerciales, y cuya organización determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación. [...]

Son varios los aspectos que quiero destacar de esta aproximación inicial. Por un lado, cuando el propio concepto hace referencia a un servicio cuya funcionalidad principal propia o de una de sus partes disociables no puedo sino tomar como ejemplo del mismo a la plataforma prisma de Google, YouTube como paradigma.

¿Por qué resulta un ejemplo de servicio disociativo con múltiples finalidades? Porque como sabemos YouTube ha experimentado diversas fases de crecimiento, expansión y evolución que le han llevado a separar servicios que, inicialmente, se ofertaban dentro de la plataforma – véase el ejemplo de YouTube Kids y YouTube Music⁸¹ – de ahí que, en mi opinión, el legislador haya optado por dar cobertura a la totalidad de tipologías de servicios que pudieran derivar en la actualidad y en un futuro no muy lejano de otras

⁸¹ Cuyo lanzamiento oficial como servicio separado de la plataforma principal de Google – YouTube – se produjo el pasado 12 de noviembre de 2015. En lo que respecta a YouTube Kids, este servicio se creó con la idea de ofrecer un entorno seguro para los menores en el que pueden navegar por sí mismos, fomentando unos estándares de protección y dotando a los tutores legales y progenitores de los mismos de una serie de herramientas para realizar labores de control de contenido en función de los intereses de los menores y de su desarrollo.

plataformas como pudieran ser *Facebook* – con, por ejemplo, *Facebook Gaming* – o *Twitch*.

Por otro lado; sin necesidad de entrar en la generación de contenido para “informar, entretener o educar” – puesto que me suscita varias dudas aquel contenido que se sube a ciertas plataformas sin que su objetivo sea el de informar, entretener o educar ¿Un contenido neutro, sin objetivo aparente, que se pueda cargar a una plataforma quedaría circunscrito dentro de este tipo de comunicaciones electrónicas?

Por ejemplificar esta duda, ¿Qué ocurriría con todo el contenido vertido en la plataforma por parte de un usuario que la usa como un medio adicional de almacenamiento a pesar de estar dicho contenido publicado? De la totalidad de usuarios que crean una cuenta en *YouTube*, no todos ellos – a pesar de crear un “canal” dónde poder cargar este contenido – le dan el uso que prevé la norma. No sería la primera vez que un usuario sube un vídeo de un viaje que ha realizado, sin un objetivo concreto.

Y es ahí donde me surge la segunda de estas cuestiones ¿Qué podemos entender por “entretener” o “informar”? Son conceptos excesivamente amplios que pueden constreñir desde el contenido más neutral hasta el más elaborado a fin de que consiga recrear o distraer a un tercero. No todo el contenido creado y cargado a este tipo de plataformas sirve a estos tres propósitos – de ahí la existencia de categorías que permita diferenciar unos de otros – y, en opinión de este humilde redactor, a pesar de resultar algo espurio, conocer el proceso de generación de contenidos y las estrategias detrás de este proceso creativo es vital. No obstante, no deseo pararme a debatir acerca de si un cierto contenido cumple estos parámetros previstos por la norma vigente.

Resulta interesante ver como el legislador ha dado cobertura a la introducción de elementos comerciales en la compartición de vídeos a través de plataformas remitiendo a la colocación de “espacios publicitarios” segmentados durante la

reproducción de este tipo de vídeos y dejando la puerta abierta a otros medios para la colocación de comunicaciones comerciales. Bastaría con dirigirnos a *Twitch* – por encontrar una manifestación clara de este “entre otros” que estipula la nueva LGCA – para observar cómo, con la entrada de un usuario a un *streaming* ya iniciado, se suceden una serie de comunicaciones comerciales dispuestos de forma automatizada por la plataforma y, además, capacitado a los *streamers* para planificar la programación intermitente de comunicaciones comerciales adicionales durante la emisión en directo sin intromisión de lógica algorítmica de la plataforma.

Por todo lo anterior, no podemos sino concluir que la figura del creador del contenido y, por su propia naturaleza, los *influencers* son, en palabras de la nueva LGCA (ex art. 2.17 LGCA) prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma atendiendo, como trataremos más adelante, también a la presencia de los mismos dentro de estas webs y plataformas.

¿QUÉ HACER SI SOY INFLUENCER?

La nueva Ley General de Comunicación Audiovisual prevé la creación de un Registro estatal de prestadores de servicio de comunicación audiovisual que también quedará integrado por los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma (ergo, los creadores de contenido e *influencers*) y que dependerá del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, tal y como dispone el artículo 39.1 de este mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, la inscripción en el registro no es preceptiva para la totalidad de prestadores de este servicio sino que, tal y como establece el art. 39.2, letra g) LGCA, deberán inscribirse aquellos usuarios de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94.2 de la LGCA.

¿Y quiénes serán estos usuarios? A los efectos de la LGCA tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos usuarios que

empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y cumplan **DE FORMA SIMULTÁNEA** (es decir, entendemos que han de darse **TODOS Y CADA UNO** de los requisitos exigidos por la norma) los siguientes requisitos:

- “a) El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma⁸²;***
- b) El usuario de especial relevancia es el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio⁸³.***
- c) El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él⁸⁴.***
- d) La función del servicio es la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio es la distribución de contenidos audiovisuales.*
- e) El servicio se ofrece a través de redes de comunicaciones electrónicas y está establecido en España de conformidad con el apartado 2 del artículo 3. [...]”*

⁸² Encuentro algo oscuro la utilización de los términos “ingresos significativos” sin que se realice una acotación o una suerte de horquilla que funcione a modo de barómetro. En este punto resulta especialmente interesante acudir al artículo 160 del mismo cuerpo normativo (LGCA), para observar como el legislador a hora de elaborar el catálogo de sanciones muy graves (art. 160.1 LGCA), graves (art. 160.2 LGCA) y leves (art. 160.3 LGCA) omite por completo, ya fuera consciente o inconscientemente, la fijación de una cuantía mínima a partir de la cual poder dilucidar que prestadores de servicios de intercambio de vídeos a través de plataformas quedan obligados a realizar tal inscripción en cumplimiento del art. 94.2 LGCA.

⁸³ La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, en su art. 2.2, define la responsabilidad editorial como ejercicio de control efectivo sobre la selección de los programas y sobre su organización, ya sea en un horario de programación o en un catálogo de programas. Es por ello que podemos entender que, a modo de ejemplo, la persona a cargo de un canal de YouTube, su creador y/o propietario (puesto que ambas posiciones no han de concretarse, necesariamente, en la misma persona) es el encargado de la programación y selección del contenido puesto a disposición de los usuarios.

⁸⁴ El legislador se ha percatado de la inmensa capacidad comunicativa y divulgativa de las nuevas plataformas, de ahí que esta previsión normativa no sea una expresión inocua. Los prestadores de servicios de intercambio de vídeos en plataformas (esto es creadores de contenido e influencers por igual) han de cumplir una serie de obligaciones para con los usuarios finales para los que se produce dicho contenido. Estas obligaciones quedan recogidas en los artículos 86 y ss. de la nueva LGCA, con un especial interés en la protección de los usuarios y de los menores frente a determinadas contenidos y comunicaciones comerciales así como de los valores y principios generales por los que vela la norma (art. 4 a 15 LGCA).

CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que en esta publicación no hemos hecho sino rascar la superficie de algunos de los puntos principales de la LGCA que giran en torno a los creadores de contenido e *influencers*, no es menos cierto que hay otros apartados de este nuevo cuerpo normativo que requieren una dedicación mucho más detallada como pudieran ser los derechos reconocidos a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual respecto a la realización de comunicaciones comerciales (recogidos en los arts. 121 y ss. de la LGCA)

O incluso la que, en nuestra opinión, es una de las 261 disposiciones más importantes de este texto legal, la Disposición Final Cuarta, por la cual se modifica la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (que introduce una nueva redacción en su artículo 6 por el cual se regula la aportación que los prestadores del servicio de comunicación televisivo y prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma) y que también supondrá una obligación para los creadores de contenido inscritos en el Registro Estatal así como para todos aquellos que, estando establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea, ofrezcan servicios específicamente dirigidos al territorio nacional.

LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL Y SEGURIDAD JURÍDICA

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 26 de julio de 2022

#Derecho #DerechoAdministrativo #DerechoDigital #Sociedadde la Información
#DerechoConstitucional

Siempre he tratado de dar una opinión objetiva en los artículos y publicaciones de Lato Sensu, sobre todo en aquellos con un alto contenido jurídico. Obviamente, en aquellos en los que la opinión es el elemento principal esta focal cambia, no por completo pero si en gran medida.

Sin embargo, tras hacer unas cuantas lecturas de la **Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual** (en adelante LGCA), no puedo sino hacer unas líneas con lo que, en mi opinión, es una técnica legislativa en exceso aperturista para un cuerpo normativo que aglutina tamaña carga legal y que pone en jaque al principio de seguridad jurídica.

Esta nueva Ley, como ya indiqué en la **publicación del pasado 22 de julio** – y que tiene por título “Influencers y la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual” – no es precisamente breve y su contenido no es tampoco escueto, ello sin contar la profundidad y trascendencia multilateral del contenido de su articulado siendo prueba de ello las Disposiciones Finales Primera a Quinta en las que se suceden modificaciones de otros cuerpos normativos de envergadura dentro del ordenamiento.

La Exposición de Motivos de la LGCA comienza reconociendo la importancia y presencia creciente de nuevos medios de comunicación audiovisual más allá de los servicios televisivos y radiofónicos tradicionales. Estos avances van íntimamente asociados a la aceleración del sector tecnológico y técnico que facilita los medios para que estos nuevos formatos se abran paso en la sociedad actual.

De este modo, tal y como reza el apartado primero de dicha Exposición de motivos:

[...] Todo ello justifica la necesidad de adoptar un marco jurídico actualizado, que refleje la evolución del mercado y que permita lograr un equilibrio entre el acceso a los contenidos, la protección del usuario y la competencia entre los prestadores presentes en dicho mercado. [...]

Precisamente, a raíz de esta afirmación, lo primero que se requeriría es asumir un nivel de precisión y técnica legislativa a la altura de tales premisas. Y, de nuevo, precisamente, por esta expectativa, de la lectura de determinados preceptos que a continuación mencionaré, no concibo el porqué de la vaguedad terminológica adoptada por el legislador en aspectos relevantes, siempre, vaya por delante, desde el mayor respeto como perpetuo estudiante del ámbito jurídico y como novel en estos rediles.

Dicho todo esto, los aspectos a los que referiré son aquellos que implican preceptos vinculados a la figura del creador de contenido dentro de este cuerpo legal. Por ello, a pesar de que, sin duda, habrá aspectos controvertidos en el restante contenido de la LGCA, ello no obsta para que en otras publicaciones abordemos estos flecos.

El primero de los aspectos que deseo abordar lo encontramos de forma temprana en el artículo 2.13 de la LGCA, el concepto de "Servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma" que viene a decir lo siguiente:

[...] 13. Servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma: Servicio cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en proporcionar, al público en general, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, así como emitir comunicaciones comerciales, y cuya organización determina el prestador, entre otros medios, con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación. [...]

Si bien es cierto que cuando la norma delimita el objeto de este tipo de servicios, entendemos que "informar, entretener o educar" podría dar pie a una interpretación ambigua en tanto desconocemos si el legislador ha tratado de acotar el contenido en estas tres "categorías" – entretenimiento, educación e información – o, si por el contrario, asume que en ellas se constriñe la totalidad del contenido vertido en estas plataformas.

De una u otra forma, la falta de concreción del legislador hace que nos preguntemos que ocurre con aquel contenido que no se encuentra dentro de esta circunscripción de contenido. ¿Qué ocurre con aquel contenido que un usuario carga a la plataforma de forma pública y se viraliza? Si acudimos a la primera acepción que la Real Academia de la Lengua Española ofrece respecto de "entretener" ésta la define como "distraer a alguien impidiéndole hacer algo" pero también comprende la acción de "divertir, recrear el ánimo de alguien" o "hacer menos molesto y más llevadero algo"⁸⁵.

No todo el contenido que se carga a estas plataformas por parte de los usuarios responde a una finalidad de entretenimiento y, sin embargo, muchos de estos

⁸⁵ Concepto de "Entretener" extraído del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Recuperado de <https://dle.rae.es/entretener>

contenidos, por razones de muy diversa índole, pueden acabar recibiendo un tráfico considerable en este tipo de plataformas conduciendo a una viralización de un contenido aparentemente neutral, blanco, carente de finalidad que pudiera subsumirse en estas tres categorías.

Sin embargo, y a pesar de esta breve nota, no es menos cierto que cuando la nueva LGCA refiere a prestadores de servicios de intercambio de vídeos en línea en plataforma no se refiere a la totalidad de los usuarios que generan contenido y lo vierten en estos portales web sino a aquellos cuyo objetivo es perseverar en estos medios de comunicación audiovisual con la expectativa de alcanzar un determinado objetivo de alcance potencial – o en otras palabras, construir y generar una base de seguidores para consolidarse como un “creador de contenido” online.

Considero que, precisamente por la dificultad de disociar el contenido que genera cierto entretenimiento, en el sentido positivo de la palabra, de aquel que pretende un entretenimiento como aspecto secundario al propio contenido – esto es que no genera una reacción de interés/entretenimiento directo en el espectador sino que se manifiesta como un elemento secundario del visionado o acceso a dicho contenido – resulta excesivamente dificultoso discernir en qué momento el espectador objetivo de dicho contenido lo considera “entretenido”.

Es un elemento altamente subjetivo, dependiente de cada usuario de este tipo de plataformas que, en último término, resulta casi imposible determinar en qué momento un determinado contenido deja de resultar entretenido para un espectador promedio. Podemos incluso llegar a plantearnos que ocurriría con aquel tipo de contenidos que, tras un determinado período de tiempo, su contenido, a pesar de ajustarse al contenido de este cuerpo legal, pierden esta característica de “entretenimiento” – véase, a modo de ejemplo, un *gameplay* publicado en YouTube sobre un videojuego, con poco impacto en el mercado, y que no tiene jugadores activos ni usuarios potenciales y/o

interesados ¿Qué ocurriría entonces con ese contenido que no cubre esa triple función alternativa planteada por la nueva LGCA?

Dicho esto, me gustaría desplazarnos al segundo de los puntos que abordaré en estas breves notas – reflexiones quizá – sobre otro de los aspectos que considero excesivamente amplios.

El Título V, que regula la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma, será el eje sobre el que giraremos a continuación. Pero antes, volvamos la mirada a la Exposición de Motivos; el apartado IV de la misma, encargado de describir la estructura de la norma, dice lo siguiente:

*[...] Asimismo, se incluye en este Título una previsión para los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. Estos servicios que, en muchos ámbitos, son agrupados bajo el concepto de «vloggers», «influencers» o «prescriptores de opinión», gozan de relevancia en el mercado audiovisual desde el punto de vista de la inversión publicitaria y del consumo, especialmente, entre el público más joven. **La irrupción y consolidación de estos nuevos agentes requiere de un marco jurídico que refleje el progreso del mercado y que permita lograr un equilibrio entre el acceso a estos servicios, la protección del consumidor y la competencia.** [...]*

El concepto de “influencer” suele utilizarse de forma algo vaga para referirse a todo tipo de creadores de contenido que, con independencia de la plataforma en la que realicen su desempeño habitual, congregan a cientos y/o miles de personas en torno a sus publicaciones.

Ahora bien, ni todos los creadores de contenido son “influencers” ni todos los “influencers” tienen la capacidad de verdaderamente influir sobre las personas que siguen su contenido en redes y plataformas.

No me extenderé en este punto demasiado. Un creador de contenido que congrege a una masa de seguidores por un contenido que no esté íntimamente relacionado con una actividad comercial audiovisual – por ejemplo, un *youtuber* cuyo contenido se centre en una temática eminentemente educativa – difícilmente podrá influir en sus espectadores para la compra de un producto de higiene o cosmética pero, ciertamente, tiene una masa de seguidores fieles.

Por el contrario, puede darse el caso de creadores de contenido que, con motivo de la viralización de una serie de publicaciones, el número de seguidores de éstos haya crecido de manera considerable pero sin llegar a fidelizarlos. En este caso sí que es fácilmente observable como ciertas campañas de marketing caen en un abismo digital muy profundo al colaborar con este tipo de perfiles en "*auge*" cuando, realmente, tras los números no hay una base de seguidores fieles o potencialmente influenciables⁸⁶.

El artículo 94 de la LGCA integra una serie de obligaciones de los usuarios de especial relevancia⁸⁷ que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. La pregunta que nos debemos hacer a continuación es: ¿A quiénes se refiere el legislador cuando en el artículo 94.1 de la LGCA refiere como usuarios de especial relevancia?

⁸⁶ Al hilo de este apunte, destacar la excelente labor de Héctor García Barnés en su artículo "Esa persona tan famosa de la que todo el mundo está hablando no llega a final de mes" publicado el pasado 16 de julio de 2022, en El Confidencial. Recuperado de https://www.elconfidencial.com/cultura/2022-07-16/persona-famosa-todo-mundo-habla-final-mes_3461115/

Es una lectura muy recomendable para entender el fenómeno de los micro y nano-influencers y cómo algunas campañas de marketing que están copando el mercado puede que acaben en saco roto.

⁸⁷ Esta mención a los usuarios de especial relevancia en redes se incluye en el artículo 39.2 de la LGCA (sobre el Registro estatal de prestadores del servicio de comunicación audiovisual, de prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma y de prestadores del servicio de agregación de servicios de comunicación audiovisual) que refiere a aquellos prestadores que quedan obligados a inscribirse en dicho Registro. Concretamente, el artículo 39.2, letra g) de la LGCA establece que quedarán obligados a inscribirse en el Registro los usuarios de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma conforme a lo establecido en el artículo 94.2 de la LGCA.

He aquí una situación que la nueva LGCA no acota y que, sin duda alguna, da pie a un posible equívoco considerable. La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, no establece ningún parámetro para delimitar que usuarios adquieran esa condición de "*especial relevancia*" dentro de una plataforma. ¿Tendremos que acudir al número de seguidores? ¿Al impacto y llegada del contenido dentro de la plataforma? ¿A la retención y fidelización de la audiencia potencial?

Desconocemos los criterios seguidos por el legislador para analizar el impacto de un creador de contenido en una determinada plataforma para afirmar que tiene una relevancia considerable dentro y/o fuera de la misma. Y, precisamente por esta ausencia de criterio, podemos llegar a pensar que esta "*especial relevancia*" no tiene por qué referir de forma directa a cuestiones de mera estadística sino de impacto.

La "relevancia" de un creador de contenido no depende únicamente de factores numéricos como los seguidores, la retención de espectadores, el *feedback* en forma de "me gustas" y el *share* (el número de veces que se comparte y/o difunde por parte de los espectadores) de dicho contenido o las visualizaciones acumuladas. Si fuera así, cualquier usuario promedio que suba un contenido potencialmente viralizable reuniría tal condición aun cuando se cumpliera de forma intermitente o única.

Por el contrario, si no centramos la atención en criterios eminentemente numéricos y atendemos a la llegada de dicho contenido a los usuarios, a la generación de un sentimiento de pertenencia – o, lo que es lo mismo, generar un *fanbase* sólido en torno al creador y el contenido generado – y la posibilidad de que, en último término, esa pertenencia al grupo provoque una alteración en la conducta o decisión del espectador como individuo respecto de toma de decisiones que pueden – o no – estar relacionadas con el contenido del creador en cuestión.

Con lo cual, sin unos criterios fijados por el legislador – más aún en un sector tan tendencial como es el de la comunicación audiovisual – la condición de “especial relevancia” se tuerca como una expresión que trata de encajar entre “un gran impacto en cuestión estadística” como creador dentro de una plataforma y “la capacidad de alterar el pensamiento y/o conducta, aun de forma gradual o parcial, de los potenciales espectadores y consumidores de su contenido”.

Considero que el legislador ha tratado de aglutinar todos los tipos de creadores de contenido existentes (*influencers, vloggers, bloggers, instagramers, etc.*) sin medir el impacto de cada uno en sus respectivas redes. No se puede unir dos claves de medición conflictivas y, muchas veces, contrapuestas (cualitativa frente a cuantitativa).

En esta línea, el artículo 94.2 LGCA establece una serie de requisitos que han de cumplirse de forma **SIMULTÁNEA** para entender que un usuario que emplea servicio de intercambio de vídeos a través de plataformas en línea reviste la consideración de especial relevancia. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- [...] a) *El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma;*
- b) *El usuario de especial relevancia es el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio.*
- c) *El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él.*
- d) *La función del servicio es la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio es la distribución de contenidos audiovisuales.*

e) *El servicio se ofrece a través de redes de comunicaciones electrónicas y está establecido en España de conformidad con el apartado 2 del artículo 3. [...]*

Y si antes ya teníamos dudas con un término en exceso amplio, continuamos por ese mismo sendero cuando atendemos a la letra a) del artículo 94.2 LGCA. ¿A qué se refiere el legislador con una actividad económica por el que el titular obtiene unos ingresos significativos? ¿Qué significa ingreso significativo? La LGCA no remite a otra normativa del ordenamiento jurídico nacional y, por ende, resulta imposible establecer una horquilla económica que permita entender cuando una cuantía se considera como *significativa*.

La cuestión es la siguiente; si todos estos requisitos han de cumplirse de forma simultánea la falta de la concreción de esta horquilla supone la no atribución de la consideración de especial relevancia mientras que el legislador no acote que entiende por "*ingresos significativos*" derivados de su actividad.

Conviene recordar que los métodos a través de los cuáles estos creadores de contenido obtienen beneficios son muy diversos y no todos ellos derivan directamente de la actividad que desempeñan en estas plataformas. Por ello precisamente resulta imperioso que el legislador tenga a bien establecer una horquilla económica a partir de la cuál concretar el requisitos contenido en el art. 94.2, letra a) de la LGCA.

A fin de cuentas, el artículo 9.3 de la Constitución Española (en adelante CE) que garantiza el principio de seguridad jurídica obliga al legislador a expresar de forma clara a fin de evitar la confusión normativa, procurando que, tanto los operadores jurídicos como los ciudadanos, conozcan el contenido de los cuerpos legales a fin de evitar provocar situaciones confusas⁸⁸.

⁸⁸ Como establece la STC (Pleno) 46/1990, de 15 de marzo (Rec. 573/1988), en su Fundamento Jurídico Cuarto: "Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean estas."

DATOS PERSONALES Y EL PLAZO DE CONSERVACIÓN

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 27 de julio de 2022

#Derecho #ProtecciónDeDatosPersonales

En nuestro día a día llevamos a cabo negocios jurídicos en los que, aun de forma inconsciente, prestamos parte de nuestros datos personales para poder llevar a término una determinada contratación, sin conocer, entre otras cosas, el plazo de conservación de estos mismos datos.

Estas circunstancias son algo común a todos nosotros y por supuesto, todos y cada uno hemos sido partícipes de este tratamiento de datos personales con el fin de llevar a buen término un contrato.

Por ello, en esta breve publicación analizaremos uno de los aspectos fundamentales a tener en cuenta a la hora de realizar los trámites del cumplimiento del deber de información por parte del responsable del tratamiento de los datos obtenidos del interesado.

USEMOS UN CASO DEL DÍA A DÍA

“Nuestro amigo, Filomeno, nos manda un mensaje privado a través de nuestra cuenta de Instagram para hacernos llegar una promoción de un nuevo gimnasio que está abierto por nuestra zona.

En esa oferta el Gimnasio Clembuterol Centro Deportivo (GCCD) promociona diez clases gratuitas para todas aquellas personas que estén interesadas

bastando, solamente, acercarse al establecimiento dónde se nos informará de la oferta en cuestión.

Obviamente, nosotros queremos ser tan *fit* como nuestro colega Filomeno y no dudamos ni un segundo en aprovecharnos de esta oferta. Eso sí, sabiendo que una vez allí debemos mirar cada una de las cláusulas generales que se nos presenten, que para algo juristas de futuro éxito."

Una historia que seguro nos es común a muchos. Una oferta o promoción demasiado jugosa como para dejarla escapar. Pero ahora es cuanto realmente viene la parte más divertida.

Nos presentamos el día siguiente en la recepción del Gimnasio Clembuterol Centro Deportivo, listos para formalizar ese bono de diez clases gratuitas pero, nos encontramos con un problema. Cuando la persona encargada de facilitarnos toda la información y la documentación a formalizar hay algo de lo que NO se nos informa. Esto es, del plazo de conservación de nuestros datos personales en las bases de datos de la cadena de establecimientos deportivos.

Y aquí nosotros entramos en juego. El artículo 13.1 del Reglamento (UE) 679/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante RGPD) dispone que, cuando los datos personales se obtengan de forma directa del interesado, el responsable del tratamiento deberá facilitar:

"[...] a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;

b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;

c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;

d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero;

e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;

f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de estas o al hecho de que se hayan prestado. [...]"

Pero, además, el responsable del tratamiento deberá proveer al interesado, en el momento de obtención de los datos personales, entre otras cuestiones, DEL PLAZO DURANTE EL CUÁL SE CONSERVARÁN LOS DATOS PERSONALES y, cuando no fuera posible establecer este plazo, los criterios a utilizar para determinar este plazo (ex. art. 13.2, letra a) del RGPD).

El art. 5 del RGPD delimita los principios por los cuales se rige el tratamiento de datos personales. Así, todo los datos personales han de ser tratados de forma lícita, leal y transparente en relación con el interesado (ex. art. 5.1, letra a) del RGPD) y han de ser mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines previstos para el tratamiento, interesando una minimización y la limitación del plazo de conservación (ex. art. 5.1, letra e) del RGPD).

Tal es, por tanto, la base sobre la que fundamentar que, en un primer término, debemos ser informados con total transparencia de cada uno de los aspectos sobre los que gira la recogida de los datos personales del interesado.

¿Y QUE OPINA LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS?

A la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD) no le tiembla precisamente el pulso a la hora de aplicar el régimen sancionador previsto en el RGPD y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD).

Ejemplo de ello es la Resolución de Procedimiento Sancionador (Expediente N.º. EXP202103943) que aborda un planteamiento similar al supuesto que hemos comentado más arriba – salvando las ficciones narrativas y sus correspondientes matices, la AEPD en estos casos deja de lado las lindezas para abordar el fondo jurídico del asunto.

En este caso concreto, tal y como aduce la Resolución, en su Fundamento de Derecho Cuarto:

[...] Los poderes correctivos de los que dispone la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control, se establecen en el artículo 58.2 del RGPD. Entre ellos se encuentran la potestad de imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83 del RGPD -artículo 58.2 i)-, o la potestad de ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del RGPD, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado -artículo 58. 2 d). Según lo dispuesto en el artículo 83.2 del RGPD, la medida prevista en el artículo 58.2 d) del citado Reglamento es compatible con la sanción consistente en multa administrativa.

En el presente caso, atendiendo a los hechos expuestos, se considera que la sanción que correspondería imponer es de multa administrativa por la infracción cometida. La multa que se imponga deberá ser, en cada caso individual, efectiva, proporcionada y disuasoria, de acuerdo con el artículo 83.1 del RGPD. A fin de determinar la multa administrativa a imponer se han de observar las previsiones del artículo 83.2 del RGPD.

[...]

Y resuelve, finalmente, realizando un balance de las circunstancias individuales del supuesto en relación con la vulneración del artículo 13.2 del RGPD para fijar una multa de 500 EUROS.

Como ya hemos indicado, la AEPD es prolija a la hora de estudiar los supuestos de forma pormenorizada y no se muestra temerosa a la hora de interpretar y

aplicar el régimen sancionador previsto en el RGPD y en la LOPD a fin de salvaguardar el cumplimiento de los principios fundamentales que recogen los artículos 5 y ss. del RGPD.

REFORMA DE LA COTIZACIÓN DE LOS AUTÓNOMOS

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 28 de julio de 2022

#Derecho #DerechoTributario #DerechoLaboral

Tras varias semanas de negociaciones con las asociaciones de trabajadores autónomos, como ATA, y organizaciones como la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), finalmente el día 26 de julio se aprobó en el Congreso el **Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.**

La resonada -en todos los medios de comunicación- reforma de la cotización de los trabajadores por cuenta propia trae una serie de incógnitas de índole económico-jurídico, con numerosos debates en torno a su carácter beneficioso o, en el espectro contrario, perjudicial para el conjunto de la economía y, en especial, los autónomos y futuros emprendedores.

En este post trataremos brevemente algunas de las cuestiones y cambios principales que conlleva la aprobación del citado Real decreto-ley.

CAMBIO A UN SISTEMA DE COTIZACIÓN POR INGRESOS REALES.

Como explica detalladamente la propia Exposición de los Motivos del RD-L, en el marco del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, y en aras de la sostenibilidad del sistema de pensiones, ya en noviembre de 2020 se instó a

«aproximar las bases de cotización de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas a sus ingresos reales».

En este sentido, la adecuación de las bases de cotización de los autónomos a los ingresos reales contrasta con el régimen reinante hasta la aprobación del RD-L, donde los trabajadores por cuenta propia tenían **libertad para elegir su base de cotización a la Seguridad Social**, con independencia de los que facturase; situación que originaba que *«alrededor de un 80 por ciento de los trabajadores encuadrados en dicho régimen opten por la base mínima de cotización que tiene establecida al margen de cuales sean los rendimientos reales que obtienen de su actividad»*, resultando ello -entre otras cosas- en la percepción de prestaciones como la jubilación más bajas que los trabajadores por cuenta ajena.

Por ende, con la **reforma** los autónomos **pierden dicha libertad de elección de su base de cotización**, estando sujetos a pagar una determinada cuota en función del tramo de *«rendimientos netos»* -que establece el RD-L- en que se encuentren sus ingresos. Para ello, la norma establece hasta quince tramos de rendimientos netos, con la correspondiente base mínima y máxima en cada uno de los tramos.

¿CÓMO AFECTA LA REFORMA A LA CUOTA DE AUTÓNOMOS? EL ANTES Y EL DESPUÉS.

El paso a un sistema de cotización basado en los ingresos reales del trabajador por cuenta propia y la correspondiente instauración de tramos de rendimientos netos -con sus respectivas bases mínimas y máximas- afecta de manera sustancial al pago de la cuota de autónomos.

En este sentido, hasta la actualidad, la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) dispone que las *«Las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social y por los conceptos que se recauden conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social serán los que establezca cada año la correspondiente Ley de*

Presupuestos Generales del Estado» (art. 19.1 por remisión del art. 307.2 LGSS); estableciendo los Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 que «En el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, las bases máximas y mínimas y los tipos de cotización serán, a partir del 1 de enero de 2022, los siguientes:

1. La base máxima de cotización será de 4.139,40 euros mensuales. La base mínima de cotización será de 960,60 euros mensuales».

La aplicación a una u otra base de los tipos de cotización previstos para las contingencias comunes y las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (sumando en total, a día de hoy, 30.6%), otorgaba las siguientes cuotas:

|  infoautónomos | Cuota mínima | Cuota máxima |
|---|--------------|--------------|
| Autónomos | 294 € | 1.266,66 € |
| Autónomos societarios | 377,87 € | 1.266,66 € |

Fuente: Infoautónomos

Pues bien, con la aprobación de los cambios comentados, cada uno de los quince tramos de rendimientos netos tendría su correspondiente base mínima y máxima, lo cual otorgaría en los tres años siguientes (dado el carácter

transitorio de la reforma) las siguientes cuotas si se calcularan conforme a la base mínima de cotización.

Tabla Cuota de Autónomos 2023, 2024, 2025

| Rendimiento €/ mes | 2023 | | 2024 | | 2025 | |
|-----------------------|------------|-------------|------------|-------------|------------|-------------|
| | Base €/mes | Cuota €/mes | Base €/mes | Cuota €/mes | Base €/mes | Cuota €/mes |
| <=670 | 751,63 | 230 | 735 | 225 | 654 | 200 |
| >670 - <=900 | 849,67 | 260 | 817 | 250 | 784 | 240 |
| >900 - < 1.166,70 | 898,69 | 275 | 873 | 267 | 850 | 260 |
| >=1.166,70 - <= 1.300 | 950,98 | 291 | 951 | 291 | 951 | 291 |
| >1300 - <= 1500 | 960,78 | 294 | 961 | 294 | 961 | 294 |
| >1.500 - <= 1.700 | 960,78 | 294 | 961 | 294 | 961 | 294 |
| >1.700 - <= 1.850 | 1013,07 | 310 | 1 046 | 320 | 1 144 | 350 |
| >1.850 - <= 2.030 | 1029,41 | 315 | 1 062 | 325 | 1 209 | 370 |
| >2.030 - <= 2.330 | 1045,75 | 320 | 1 078 | 330 | 1 275 | 390 |
| >2.330 - <= 2.760 | 1078,43 | 330 | 1 111 | 340 | 1 356 | 415 |
| >2.760 - <= 3.190 | 1143,79 | 350 | 1 176 | 360 | 1 438 | 440 |
| >3190 - <= 3620 | 1209,15 | 370 | 1 242 | 380 | 1 520 | 465 |
| >3.620 - <= 4.050 | 1274,51 | 390 | 1 307 | 400 | 1 601 | 490 |
| >4.050 - <=6.000 | 1.372,55 | 420 | 1 454 | 450 | 1 732 | 530 |
| > 6.000 | 1.633,99 | 500 | 1 732 | 530 | 1 928 | 590 |

Gráfico: Noticias trabajo
Información: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones



Fuente: Noticias Trabajo

Como se observa, el salto cuantitativo aumenta considerablemente buena parte de los tramos, a excepción de los tres primeros tramos (de <670 euros a < 1.166,70) -donde la cuota es menor a la actual- y los tramos neutrales (de > = 1.166,70 a <=1.700) -donde la cuota no sufriría ninguna modificación-. En el espectro contrario, los autónomos con rendimientos netos superiores a 1.700 euros se ven notoriamente perjudicados por la reforma, especialmente aquellos autónomos que, con el régimen vigente hasta la fecha, obtenían unos ingresos superiores a los 6.000 euros mensuales y elegían pagar la cuota mínima de 294 euros, viendo incrementada de manera progresiva su cuota hasta superar a doble en el año 2025.

Lo anterior será de aplicación desde el 1 de enero de 2023.

¿QUÉ SON LOS «INGRESOS REALES» Y QUÉ OCURRE SI LOS INGRESOS VARÍAN MUCHO?

El propio RD-L asimila formalmente los ingresos reales al término «*rendimientos netos*», que son los rendimientos «*obtenidos por los referidos trabajadores, durante cada año natural, por sus distintas actividades profesionales o económicas, aunque el desempeño de algunas de ellas no determine su inclusión en el sistema de la Seguridad Social y con independencia de que las realicen a título individual o como socios o integrantes de cualquier tipo de entidad, con o sin personalidad jurídica, siempre y cuando no deban figurar por ellas en alta como trabajadores por cuenta ajena o asimilados a estos*». Esto es, los ingresos obtenidos por el trabajador por cuenta propia por sus distintas actividades profesionales, menos los diferentes gastos deducibles en los que incurra. Adicionalmente, la norma introduce una «*deducción por gastos genéricos*» del 7% (o 3% de tratarse un autónomo societario), prevista para gastos con difícil justificación.

Así pues, el autónomo deberá elegir su base de cotización mensual en función de los ingresos netos mensuales que prevé obtener a lo largo del año, variando su base en función de dicha estimación y el tramo que le corresponda a la cuantía estimada. Ante las posibles variaciones de ingresos, el autónomo podrá cambiar de tramo **cada dos meses y con un total de seis cambios al año**.

Igualmente, dado el permanente cruce de datos que exige este régimen entre la Seguridad Social y la Agencia Tributaria, cerrados los datos del año fiscal por esta segunda, se procederá a ajustar la cotización según los rendimientos netos reales, de modo que si el autónomo pagó de más, la Administración deberá devolverle dinero y viceversa.

CONCLUSIÓN

En definitiva, se observa que la reforma trae sustanciales modificaciones al tradicional sistema de cotización de los trabajadores por cuenta propia. La consecuencia más importante de la misma radica en el exponencial aumento

de las cantidades que habrán de abonar mensualmente buena parte de los autónomos al venir referenciado la base de cotización a los ingresos reales, lo cual tendrá una serie de consecuencias económicas de notoria relevancia y puede constituir un importante impedimento al emprendimiento.

CLAVES DE LA LEY DE GARANTÍA INTEGRAL DE LIBERTAD SEXUAL

ÁLVARO ANTOÑANZAS FONSECA

Publicado el día 12 de septiembre de 2022

#Derecho #DerechoPenal #DerechoProcesalPenal

Aunque en menos de dos años acabe la XIV Legislatura, hoy se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la medida estrella, y única, por el momento, del Ministerio de Igualdad que encabeza Irene Montero.

Todos recordamos expresiones como "*no es abuso, es violación*" o "*hermana yo sí te creo*" tras los hechos acaecidos en Pamplona durante las fiestas de San Fermín. Sin duda, el caso de "*La Manada*" puso de manifiesto como nuestro ordenamiento jurídico se encontraba en jaque, y que seguramente era necesaria una reforma legislativa que afectase a diversos ámbitos, entre otros el derecho penal. Tras una retahíla de negociaciones, polémicas y arduos debates parlamentarios entre grupos de muy distinto color político, lo cual explica la sucesión de enmiendas presentadas por los partidos que han retrasado su aprobación, recientemente el Congreso de los Diputados ha dado luz verde a la aprobación de la **Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual**, popularmente conocida en los medios de comunicación como la "**Ley del Solo Sí es Sí**".

Esta nueva norma ha sido aprobada por la mayor parte de la Cámara, contado con un respaldo mayoritario de 205 votos afirmativos, 143 votos negativos procedentes de los grupos conservadores de la Cámara (Partido Popular y Vox) y la abstención de Candidatura de Unidad Popular (CUP). Sin embargo, el

camino a recorrer hasta su aprobación no ha estado exento de todo tipo de dificultades. De conformidad con la Exposición de Motivos y el primero de los preceptos, el fundamento la norma reside en “la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales”, pero bien es cierto que se hace especial hincapié en la merma de derechos sufrida por un colectivo especialmente vulnerable, las mujeres y sobre todo las niñas, todo ello consecuencia según se indica en la norma de los “roles de género establecidos en la sociedad patriarcal”.

Por tanto, una vez se ha puesto de manifiesto el contexto en el que se ha llevado a cabo la aprobación de la norma, el siguiente paso que debemos dar es señalar muy brevemente las cuestiones de contenido más relevantes, tomando como referencia los títulos en que se divide la Ley Orgánica:

- El Título I se dedica a regular diferentes mecanismos de investigación y estudio, tales como encuestas y trabajos, acerca de la materia sobre la que versa la norma, esto es, las violencias sexuales que sufren determinados colectivos, como he indicado anteriormente.
- El Título II recoge un conglomerado de ámbitos (educativo, sanitario, publicitario, laboral, castrense, etc.) en los que deben adoptarse medidas de prevención y detección de este tipo de violencias, a través de mecanismos como las campañas de información. En este punto, conviene destacar la prevención en el ámbito digital, al tenor del actual desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), para prevenir ese tipo de conductas de violencia sexual.
- Muy relacionado con lo anterior, el Título III regula la formación en los diversos ámbitos señalados en el Título II. En nuestro ámbito jurídico, cabe señalar que, en el temario de acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, se incluirán aquellos epígrafes relativo a la igualdad entre hombres y mujeres, en aras a la protección contra las violencias sexuales. Asimismo, en el ámbito de la abogacía se ofrecerá formación a letrados y procuradores que deban asistir a víctimas de violencias sexuales, con el propósito de garantizarles una tutela judicial efectiva,

derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española.

- El Título IV se refiere al derecho a la asistencia integral especializada y accesible en pro de la víctima, que engloba diversos derechos tales como un subsidio por desempleo para las víctimas de violencias sexuales cuya economía sea inferior al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) o el derecho de acceso al parque público de vivienda.
- El Título V regula la especialización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de violencia sexual.
- El Título VI regula el derecho de las víctimas al acceso y obtención de justicia con plenas garantías, a través de unidades de valoración forense integral.
- El Título VII hace referencia al derecho a la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima, tanto aquellos de índole material como especialmente los daños morales.
- Por último, el Título VII regula una modificación de la estructura institucional, en aras de garantizar una aplicación efectiva de la ley orgánica.

Junto a lo anterior, la "Ley del Solo Sí es Sí" ha afectado a una pluralidad de normas de ámbitos muy distintos, pero donde ha existido mayor nivel de polémica ha sido precisamente en la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, especialmente de los delitos contra la libertad sexual (Título VIII CP), recogida en la Disposición Final cuarta.

La nueva Ley elimina la clásica distinción entre dos categorías delictivas distintas, abuso sexual y agresión sexual, en las cuales el criterio diferenciador hasta el momento era la existencia o inexistencia de violencia o intimidación, lo cual permitía a los tribunales decantarse por la agresión o el abuso sexual, respectivamente, según los casos.

Con la nueva normativa penal, cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento (entendido "consentimiento" como la

manifestación libre mediante actos que expresen de manera clara la voluntad de la persona) será castigado con la pena de prisión de 1 a 4 años (art. 179 CP), o de 2 a 6 años si la víctima cuya libertad sexual se está violando es menor de 16 años (art. 181 CP). Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de que se produzca un supuesto de violación, la horquilla de la pena de prisión se eleva, oscilando entre 4 y 12 años.

Finalmente, si el sujeto activo que comete el atentado contra la libertad sexual es menor entre 14 y 18 años, sujeto por tanto a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, además del compendio de medidas susceptibles de aplicación por los Jueces de Menores, se incluye la "obligación de someter al sujeto activo menor a programas formativos de educación sexual y de educación en igualdad".

MERGE DE ETHEREUM Y FORK DE ETHPOW. ALGUNOS ASPECTOS FISCALES

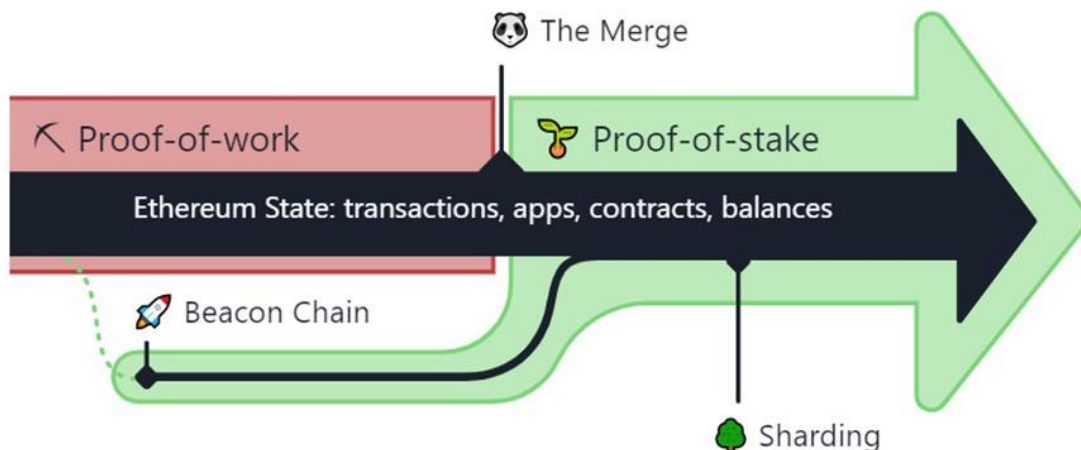
IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 14 de septiembre de 2022

#Derecho #DerechoTributario #DerechoFiscal

En el contexto de un mercado de criptoactivos sumido en el bear market, la expectación de los criptoentusiastas e inversores por el denominado **"The Merge" de Ethereum** -previsto para el **15 de septiembre**– es máxima.

En este sentido, sin ánimo de entrar a fondo en las repercusiones tecnológicas que conlleva este suceso, merece la pena dar una serie de notas acerca del mismo para poder analizar con mejor detenimiento las repercusiones fiscales que pueda tener para aquellos contribuyentes que pudieran verse afectados. Así pues, ideada como una plataforma de código abierto que sirva para ejecutar contratos inteligentes (smart contracts), la blockchain de Ethereum se ha basado en el algoritmo de consenso ***proof of work (PoW)***, al igual que el bitcoin (BTC). No obstante, con el paso del tiempo y a medida que algunos problemas asociados a la escalabilidad o sostenibilidad de la plataforma eran cada vez más evidentes, la comunidad y los desarrolladores acordaron la paulatina transición de Ethereum del algoritmo de consenso PoW hacia el algoritmo de consenso ***proof of stake (PoS)***; proceso que se inició en diciembre de 2020 con el lanzamiento de la ***Beacon chain*** -paralela a la *Mainnet* de PoW y basada ya en el PoS-. En este sentido, el *Merge de Ethereum* no representa sino la fusión de la cadena principal o *Mainnet* de Ethereum con la *Beacon Chain*, constituyendo ello el reemplazo del PoW por el PoS.



Fuente: ethereum.org

Pues bien, alrededor de este acontecimiento son varias las **cuestiones de ámbito fiscal** que pueden afectar a los contribuyentes españoles, especialmente si añadimos el *hard fork* de la red de Ethereum -anunciado por algunos mineros por su rechazo a la fusión- y la consiguiente aparición de una nueva moneda virtual de la red bifurcada, ETHPoW.

¿OBTENGO NUEVAS MONEDAS ETH 2.0 CON EL MERGE?

Atendiendo a la complejidad técnica concerniente al Merge y al original nombramiento de la fusión como "*Ethereum 2.0*", no son pocos los usuarios que piensan que el paso de PoW a PoS de la red de Ethereum va aparejada a la aparición de una nueva moneda virtual ETH 2.0 -en este sentido, algunos exchange como **Coinbase incluso listaron en su día una moneda ETH 2** con motivo del lanzamiento de la *Beacon Chain* al fin de posibilitar a sus usuarios obtener recompensas del *staking* con anterioridad del Merge-.

En este sentido, a pesar de lo que pudiera parecer y de la confusión creada por exchange como *Coinbase*, el **Merge de Ethereum no conlleva per se la aparición de una nueva moneda virtual** -tomando el ejemplo anterior, *Coinbase* recalca lo anterior indicando **«As a reminder, ETH2 is the ticker Coinbase set ahead of the Merge to represent staked ETH and will no longer be used after the Merge – there is no ETH2 token»**-, sino que la fusión afecta únicamente a lo concerniente

al algoritmo de consenso. Esto es, los ETH que tengamos depositados en el *exchange* o nuestra *wallet* serán los mismos, no existiendo ninguna especie de *airdrop* o *swap*.

Así pues, el **hodl de ETH a la fecha del Merge** no conlleva la realización de **ningún hecho imponible** desde el punto de vista del IRPF al no existir "*obtención de renta por el contribuyente*" (art. 6 LIRPF).

TENGO ETH EN STAKING, ¿CÓMO ME AFECTA EL MERGE?

Desde el lanzamiento de la *Beacon Chain*, miles de usuarios decidieron poner sus ETH en **staking**, esto es, la **obtención de nuevos ETH por su previo bloqueo en la blockchain al fin de validar la transacción y recibir una recompensa por tal labor** -sin necesidad de disponer de complejos equipos informáticos, como ocurre con el PoW-. Así pues, la gran mayoría de estos usuarios lo hicieron mediante el denominado como **staking por delegación**, esto es, cediendo sus ETH a un tercero validador a cambio de obtener un determinado porcentaje en concepto de interés por tal cesión.

En ese sentido, a excepción de algunos *exchanges*, será tras el **Shanghái upgrade** cuando los usuarios tengan la posibilidad de disponer de los ETH inicialmente puestos en *staking*, así como los ETH obtenidos como recompensa.

La **relevancia fiscal** de tal suceso no es baladí, en tanto los **ETH obtenidos en forma de recompensa deben ser objeto de tributación**.

- De provenir de un **staking delegado**, estaríamos ante **rendimientos del capital mobiliario por la cesión a terceros de capitales propios** (art. 25.2 LIRPF).
- De provenir de un **staking directo**, esto es, cuando es el propio contribuyente el que por cuenta propia y con la finalidad de prestar un servicio a la red de Ethereum mediante la validación de transacciones -previa adquisición y bloqueo de los 32 ETH necesarios para

constituirse en validador- realiza dicho *staking*, habría que entender que tales ingresos constituirían **rendimientos de actividades económicas** (art. 27.1 LIRPF y 79.1 LHL).

HARD FORK DE ETHEREUM Y OBTENCIÓN DE ETHPOW.

Como se ha podido indicar, por su rechazo a la transición del PoW al PoS, algunos mineros han amenazado con realizar una **bifurcación o fork de la cadena de bloques de Ethereum** al fin de mantener su vinculación con el PoW, acompañando dicha bifurcación con una moneda virtual denominada **ETHPoW**. En este sentido, el carácter distribuido de la blockchain permite que cualquiera que tenga una copia de esta cree un nuevo libro, a partir del cual continuarán otra serie de anotaciones que ya no estarán sincronizadas con la cadena original. Esta bifurcación, si bien no afecta a las anotaciones previas -que no se ven alteradas-, origina una nueva cadena de bloques con su correspondiente moneda virtual, con características que la diferencian de la original. De este modo, una persona que tenga en su billetera ETH al momento de realizarse la bifurcación recibiría una cantidad análoga de la moneda virtual perteneciente a la nueva cadena bifurcada.

En ausencia de una consulta vinculante de la Dirección General de Tributos que se pronuncie al respecto, las **posturas acerca de la tributación de este tipo de incrementos patrimoniales han sido variadas**. Así, existen autores que consideran que tal adjudicación no tiene consecuencias fiscales, al asimilarlo a la entrega de acciones liberadas⁸⁹, opinión que se debilita si se atiende, por un lado, que las monedas virtuales no se asimilan jurídicamente a las acciones y, por otro lado, las acciones liberadas van ligadas a un contexto de aumento de capital social donde se traspasan reservas a capital asignando al socio nuevas acciones, circunstancia no asimilable a los *hard fork*.

⁸⁹CEDIÉL, A. Y PÉREZ POMBO, E., *Fiscalidad de las criptomonedas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2020, p. 85 y 86.

En defecto de ese criterio, una **interpretación más razonable y precisa** pasa por considerar este tipo de incrementos patrimoniales como una ganancia patrimonial que no deriva de la transmisión de elementos patrimoniales.

La cuantificación y valoración del importe de este tipo de ganancias patrimoniales atendería al "*valor de mercado de los elementos patrimoniales o partes proporcionales, en su caso*" (art. 34.1b) LIRPF), previsión igualmente recogida en la norma específica de valoración recogida en el art. 37.1l) LIRPF, para la incorporación de bienes o derechos que no deriven de una transmisión. En este sentido, el «*valor de mercado*» de los ETHPoW no sería cero, sino que vendría dado por el valor de mercado de la nueva moneda a través de contratos de futuros -posibilidad que existe en *exchange* como **Poloniex**-.

¿TRIBUTA IGUALMENTE SI NO ESTOY INTERESADO EN LOS ETHPOW QUE ME LLEGAN A LA WALLET?

La casuística relativa al anunciado *hard fork* plantearía casos donde un usuario vería formalmente incrementado su patrimonio como consecuencia de la aparición en su cartera de la nueva moneda perteneciente a la cadena bifurcada, **independientemente si tal incremento fuera de su deseo o no**. En este sentido, pocas dudas habría respecto a aquellos casos donde hubiera algún acto de disposición de la nueva moneda por parte de su nuevo titular, siendo de aplicación, por ende, lo indicado en el apartado anterior.

Por el contrario, ¿qué ocurriría si dicho incremento patrimonial no fuera del deseo del titular de la *wallet*? ¿estaría igualmente obligado a declarar dicha ganancia patrimonial de la base imponible general?

A falta de un pronunciamiento de la DGT que fuera similar o pudiera ser asimilable al mismo, una interpretación razonable y favorable para los contribuyentes españoles que pudieran verse afectados pasaría por vincular la tributación de tales incrementos a un **acto de disposición del nuevo activo por**

parte del contribuyente que hiciera razonable pensar la predisposición del usuario a que dicho activo forme parte de su patrimonio -venta del ETHPoW, envío a otra cartera, donación, etc.-. De lo contrario, se llegaría al absurdo de hacer tributar al contribuyente por todos aquellos supuestos donde un incremento en su wallet viniera dado por un *airdrop* fraudulento -no poco común en el mundo de las finanzas descentralizadas y donde los emisores de los tokens objeto del *airdrop* utilizan el mismo como una trampa para robar todos los fondos del propietario de una *wallet* al interactuar este último con el *smart contract* malicioso asociado al token-.

Igualmente, salvando las distancias, dada la proximidad de los incrementos patrimoniales de la base imponible general con el negocio jurídico de la donación o sucesión, estos últimos requieren de un acto volitivo -aceptación- para que el bien donado o heredado pase a formar parte del patrimonio del donatario (art. 618 y art. 988 y ss. CC).

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 19 de agosto de 2022

#Derecho #DerechoConstitucional #DerechoDigital #Sociedadde laInformación #DerechoySociedad

Hoy vamos a hablar acerca de la libertad de información y el derecho a la propia imagen y es que no es extraño que con la ingente cantidad de plataformas web que existen, nuestra imagen se encuentre en un gran número de las mismas aun sin que nosotros seamos conocedores de ello. Para conocer la inmensidad y envergadura del asunto bastaría con indicar que, en la plataforma de vídeo de *Google* – esto es, *YouTube*⁹⁰– se suben más de 300 horas de vídeo por minuto y se ven más de 5 billones de vídeos al día o, si preferimos otro medio distinto, en el caso de *Twitter*⁹¹, diariamente se publican en torno a unos 500 millones de tweets y unos 350.000 tweets por minuto.

Con estos datos sobre la mesa, resulta, a priori, tener conocimiento de todas aquellas publicaciones en las que podemos llegar a ser mencionados de forma directa. Ni que decir tiene que, en aquellas situaciones en las que se nos puede mencionar de forma indirecta, la complejidad asciende sobre manera.

⁹⁰ Información recuperada de FortuneLords y su artículo "40 Mind blowing YouTube facts, figures and statistics – 2022", por DANNY DONCHEV, publicado el día 1 de agosto de 2022. Recuperado de: <https://fortunelords.com/youtube-statistics/>

⁹¹ Información recuperada de "More than 50 facts and statistics of Twitter 2022", por MATT AHLGREN, publicado el día 26 de mayo de 2022. Recuperado de: [https://www.websiterating.com/es/research/twitter-statistics/#:~:text=500%20millones%20de%20tweets%20se, minuto%20se%20publican%20350%](https://www.websiterating.com/es/research/twitter-statistics/#:~:text=500%20millones%20de%20tweets%20se, minuto%20se%20publican%20350%20)

En palabras del **Tribunal Constitucional**, en su **Sentencia 27/2020**, de **24 de febrero**; “[...] los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra -la actual- en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios -usuarios igualmente de la redes sociales en Internet todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos [...] de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información.»

Para terminar de elaborar la ecuación, a menudo olvidamos que los medios tradicionales de comunicación y difusión siguen ahí, perpetuándose como una alternativa sólida a todos los procesos de digitalización y creciente autonomía “plataformera” que caracteriza al Internet de nuestros días. Pero ¿Dónde quiero llegar con todo esto? Empecemos pues desde el principio.

LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Nuestra Carta Magna – **Constitución Española** (en adelante CE)- recoge en el Capítulo II de su Título I los derechos y libertades fundamentales que se nos reconocen como ciudadanos, sin embargo el día de hoy deseo centrarme en su artículo 20 conocido por todos como aquel encargado de recoger la libertad de expresión (art. 20.1, letra a), la libertad de producción y creación literaria, artística, técnica y científica (art. 20.1, letra b), la libertad de cátedra (art. 20.1, letra c) y la libertad de información (art. 20.1, letra d).

Más concretamente, esta publicación se centrará en el último apartado del mencionado artículo, para centrarnos en la libertad de información y cómo ésta

muchas veces puede entrar en conflicto frontal con otros derechos y libertades tales como el derecho a la propia imagen, a la intimidad o al honor.

Así, el artículo 20.1, letra d) de la CE dispone lo siguiente:

1. *Se reconocen y protegen los derechos:*

"[...] d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades."

De igual forma, el art. 20.4 fija un límite a los derechos reconocidos en este mismo precepto de forma que su máxima sea el respeto a los demás derechos y libertades fundamentales comprendidos en el mismo Título, haciendo especial hincapié en la protección al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Pero la realidad es mucho más compleja y obliga a realizar un examen de las circunstancias que concurren en cada caso para ponderar la acción tuitiva de uno y otro derecho; un juicio de ponderación que, en palabras del Tribunal Supremo no es sino *"la operación racional y motivada de examinar el grado de intensidad y trascendencia con el que cada uno de los derechos fundamentales en colisión resulta afectado, con la finalidad de elaborar una regla resolutive que permita solventar el conflicto objeto del proceso y, de esta manera, determinar cuál ha de prevalecer, en tanto en cuanto no existen derechos absolutos, que deban gozar de una incondicionada prioridad en cualquier contexto de enfrentamiento entre sus respectivos núcleos de protección jurídica."* (SSTS 48/2022, de 31 de enero y 318/2022, de 20 de abril).

El Tribunal Constitucional se ha manifestado acerca del derecho fundamental a la información en numerosas ocasiones (SSTC 104/1986, de 17 de julio, 139/2007, de 4 de junio y 29/2009, de 26 de enero, entre otras) acerca de su doble dimensión; diferenciando entre una dimensión activa que implica la

acción de informar libremente y, de otro lado, la dimensión pasiva en la que el sujeto destinatario de dicha información la recibe. El **matiz fundamental**, como ya hemos indicado recae en que dicha información **HA DE SER VERAZ** – que la información difundida sea fruto de un estudio objetivo de la misma- sea cual fuere el medio a través del cual se efectuara su difusión.

Siguiendo la **STS 4896/2021, de 21 de diciembre (Rec. 3914/2021)**: *"También declara que otro presupuesto común para que el ejercicio de ambas libertades fundamentales pueda legitimar la intromisión es la proporcionalidad en la comunicación de las opiniones o noticias, pues ni la libertad de información ni la de expresión amparan la vejación o el insulto (en este sentido, p. ej., la sentencia 384/2020, de 1 de julio).*

En cuanto al requisito de la veracidad, solo exigible cuando se trata del ejercicio de la libertad de información, la jurisprudencia puntualiza que cuando resulta afectada la imagen su relevancia es mínima o de menor transcendencia (p.ej. sentencias 518/2012, y 471/2011), pues la veracidad es inmanente a la imagen divulgada salvo que se pruebe que ha sido manipulada (sentencia 446/2017, con cita de las sentencias 625/2012, de 24 de julio, 547/2011, de 20 de julio y 92/2011, de 25 de febrero)»

CONFLICTO CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ya hemos adelantado que no es extraño encontrarnos en contextos en los que la libertad de información atente frontalmente contra otros derechos fundamentales, encontrando un gran número de ejemplos en lo que refiere al derecho a la propia imagen.

La **STS 626/2021, de 27 de septiembre** señala, respecto al derecho a la propia imagen, que éste comprende una doble faceta que *"atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permita determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa,*

otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta".

Por ello, la acción tuitiva del derecho a la propia imagen ha de partir de la existencia – o no- de declaración expresa e inequívoca del consentimiento de cada persona para proceder a la captación, reproducción y/o publicación de dicha imagen. Ahora bien, los derechos no son absolutos y, por ende, nos encontramos con una serie de limitaciones cuyo objetivo es funcionar como límite a esta dimensión negativa (ejemplo de ello son los límites fijados en la **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**).

Como expone la **STS 691/2019, de 18 de octubre**: "*el interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión*», y en este sentido, aunque principalmente en supuestos en que el derecho fundamental afectado era el derecho al honor, pero también aplicable en relación con el derecho a la propia imagen (p.ej. sentencias 209/2020, de 29 de mayo, 446/2017, de 13 de julio, 426/2017, de 6 de julio, 80/2017, de 13 de febrero, 378/2015, de 7 de julio, 518/2012, de 24 de julio, 898/2011, de 30 de noviembre, 471/2011, de 15 de junio, y 125/2011, de 25 de febrero) la doctrina jurisprudencial también viene declarando que la concurrencia de un interés público prevalente en la opinión o información comunicadas -interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas, que en el caso de la proyección pública de las personas afectadas por la información se reconoce por razones diversas como la actividad política, la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica o la relación social, entre otras circunstancias- es presupuesto común para no revertir en el caso concreto la prevalencia de la que gozan en abstracto las libertades de expresión e información frente a los derechos de la personalidad del art. 18.1 de la Constitución."

A modo de ejemplo, acudiremos a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 3212/2022 (Rec. 67/2021) para abordar de una forma más pragmática lo comentado hasta ahora.

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Antes de entrar al fondo sustantivo del asunto, veamos una breve recapitulación de los hechos:

- El objeto del proceso se origina tras la proyección, en tres programas de televisión, de unas fotografías de un particular (al que me referiré en adelante como el actor) obtenidas a través de la plataforma YouTube y que fueron empleadas en la información sobre una operación contra el narcotráfico en la isla de Mallorca, en la que se encontraba implicado y por la que fue detenido.
- El actor formuló demanda contra la entidad Mediaset España Comunicación, S.A. (en adelante Mediaset) en la que interesó se dictara sentencia declarando la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen y solicitando el pago de 220.000 euros en concepto de indemnización así como la retirada de todas las imágenes reproducidas en los distintos reportajes.
- El Juzgado de Primera Instancia N.º.4 de Palma de Mallorca fue el designado para conocer de la causa dictando finalmente sentencia en la que se consideró que la difusión de dichas imágenes vulneraba de forma efectiva el derecho a la propia imagen del actor al haber sido obtenidas sin su consentimiento de vídeos subidos por el hijo del actor a su canal de YouTube. Se estimó parcialmente la demanda y se condenó a la entidad Mediaset al pago de la cantidad de 30.000 euros y a la retirada, en todas las plataformas, de las imágenes publicadas.
- Contra dicha resolución, Mediaset interpuso recurso de apelación interesando la revocación de la sentencia de primera instancia y la correlativa desestimación de la demanda. La Audiencia razonó que, atendiendo a las imágenes atendidas, éstas no se correspondían con el

interés público alegado por la parte recurrente al tratarse de imágenes del entorno familiar e íntimo del actor y, por ende, carentes de interés informativo además de haber sido obtenidas sin el consentimiento del titular de dichas imágenes. Contra dicha resolución, la entidad Mediaset interpuso recurso de casación.

Siendo, por tanto, concedores de los entresijos y conflictos de los que trae causa el supuesto en cuestión, no podemos sino continuar con el Fundamento Jurídico Tercero de la resolución estudiada.

Ya hemos analizado previamente el juicio de ponderación en aquellas situaciones en las que colisionan derechos fundamentales así como la extensión de los derechos a la propia imagen (art. 18.1 CE) y a la libertad de información (art. 20.1, letra d) CE) por lo que procede atender directamente a la ponderación que hace el Tribunal Supremo de las circunstancias concurrentes (Fundamento Jurídico Tercero, punto Sexto).

Como punto de partida, el Tribunal fija tres pautas valorativas diferentes para esclarecer si la libertad de información ha de prevalecer sobre el derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE, que son las siguientes:

- Que la información venga referida a un asunto de interés general o relevancia pública, sea por la materia, por razón de las personas o por las dos cosas.
- **Proporcionalidad, es decir, que no se usen expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias.**
- La veracidad como requisito legitimador de la libertad de información.

Con base en estas tres reglas, y atendiendo a las circunstancias del caso, el Tribunal Supremo resuelve, tras un minucioso análisis que por motivos de extensión no reproduciremos, que el derecho a la libre información de Mediaset prevalece sobre el derecho a la propia imagen del actor.

Asimismo, resulta interesante acudir a la jurisprudencia remarcada por el Tribunal Supremo (SSTS 1225/2003, de 24 de diciembre, 1024/2004, de 18 de octubre, 1184/2008, de 3 de diciembre, 311/2010, de 2 de junio) en cuanto a la importancia del consentimiento explícito e inequívoco por parte del sujeto para la utilización de una determinada imagen o una serie de imágenes sin olvidar – o dejar de lado – la finalidad determinada para las mismas, no legitimando la publicación de imágenes para fines distintos de los establecidos.

CONCLUSIONES

Me gustaría concluir esta breve publicación haciendo referencia al inicio de la misma. Las nuevas plataformas y las redes sociales son ventanas abiertas de los usuarios para con el mundo, un mundo cada vez más digitalizado e interconectado.

La clave en situaciones como la del supuesto radica en el análisis que realiza el Tribunal para discernir si nos encontramos ante una intromisión ilegítima o ante un correcto ejercicio de la libertad de información. No obstante, son varias las dudas que pueden azuzarnos a la hora de valorar estas mismas circunstancias. Por ejemplo, la interconexión entre las imágenes publicadas, la finalidad para la que se destinasen estas imágenes y las expresiones con la que se pudieran referir determinados agentes dentro de una entidad a la hora de calificar, ya no de forma objetiva, determinados sucesos que pudieran tener – o no – un impacto relativo en la sociedad.

Elementos tan básicos como contrastar la información difundida y establecer un vínculo con un interés general como puede ser la realización de un operativo antidrogas no son ajenos a la necesaria veracidad del contenido difundido – siendo posible, no obstante, diluir en ciertos puntos esa relación entre la veracidad y la información calificada como objetivas con algún elemento que, sin ser vejatorio o difamatorio, pueda llegar a difuminar sutilmente la realidad de los hechos.

Todo ello forma parte de una misma ecuación a la que el Tribunal ha de dar respuesta partiendo de los factores que orbitan en torno a los hechos acaecidos. Y en la sociedad en la que vivimos, estas decisiones han de ser precisas a fin de mantener el delicado equilibrio entre los derechos y libertades de los ciudadanos.

ALGORITMOS Y DERECHO LABORAL

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 26 de septiembre de 2022

#Derecho #ProtecciónDeDatosPersonales #DerechoLaboral
#DerechoySociedad

La palabra «*algoritmo*» y el **Derecho laboral** pueden parecer, a priori, realidades totalmente ajenas y separadas. Dos contextos aparentemente diferenciados y sin ningún punto tangente entre ellos. Pero en una sociedad en constante evolución y con una presencia cada vez mayor de las nuevas tecnologías, no podemos obviar que la utilización de las TIC en sectores antes ajenos a las mismas es ya algo común.

Por poner un ejemplo, los avances tecnológicos experimentados en las últimas décadas han desembocado en una suerte de reinado de mecanismos basados en la utilización de sistemas que hacen uso de inteligencia artificial para la recogida y tratamiento de datos personales de personas y usuarios de determinados productos y servicios (por ejemplo, los algoritmos usados por *Google* a la hora de hacer un seguimiento de búsquedas y personalizarlas a gusto del usuario, o los usados por *Amazon* a la hora de destacar ofertas que se relacionen con las búsquedas e intereses de un consumidor de su plataforma).

Por eso, la utilización de este tipo de tecnologías en el ámbito laboral no es algo que discurra fuera de la norma, al contrario, muchos de estos mecanismos funcionan a modo de herramientas o medios de los que disponen tanto los empleadores como los empleados a la hora de gestionar, por ejemplo, el acceso

o entrada al entorno laboral, la salida o la productividad en el propio puesto de trabajo.

ALGORITMOS ¿PARA QUÉ?

Pero antes de entrar en materia conviene acotar que entendemos por **algoritmo**. Según la Real Academia Española (RAE) podemos entender un **algoritmo** es un «conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema». Normalmente, cuando hablamos de algoritmos, lo común es asociarlos al ámbito informático y no directamente a aspectos de nuestro día a día que nada tienen que ver con este ámbito en concreto.

Si nos paramos a observar detenidamente la naturaleza de estos procesos no se aleja demasiado del procedimiento que seguimos nosotros mismos a la hora de resolver cualquier problema de nuestro día a día; damos con un problema, estudiamos las posibilidades y la viabilidad del mismo y tratamos de darle una respuesta óptima con el fin de salvarlo de la mejor manera posible. Una de las diferencias principales respecto del funcionamiento de estos algoritmos radica en el proceder.

Grosso modo, y saltando todos los intermedios más técnicos, podríamos resumir el funcionamiento de un algoritmo de la siguiente forma:

1. Una entrada de datos (al que normalmente nos podríamos referir como **input**) con los que el algoritmo va a trabajar inicialmente.
2. Una vez introducida la muestra de datos, el algoritmo ejecuta una serie de órdenes imperativas previamente programadas con el objetivo de alcanzar una serie de resultados y/o objetivos previamente definidos.
3. Finalmente, obtendremos la salida de los datos (que se conocerá como **output**) con los resultados obtenidos respecto de los datos introducidos en un primer lugar.

De igual forma, no todos los algoritmos que podemos llegar a encontrarnos responden a una misma estructura o finalidad. Incluso, una de las características que definen a los algoritmos es la posibilidad de dotarles, desde su diseño y programación, de un cierto grado de autonomía. Esta autonomía puede partir de un modelo parcial en el que el desarrollador del propio algoritmo reconoce la necesidad de que un ser humano se encuentre tras la toma automatizada de decisiones.

También podemos encontrarnos con algoritmos plenamente autónomos; hoy en día el término **machine-learning** tiene una mayor presencia y comienza a ser conocida dentro del ámbito jurídico por las implicaciones que supone dentro de la protección de datos, entre otros muchos ámbitos. En este tipo de supuestos, el algoritmo es entrenado a base de datos (**data training**) para fortalecer la lógica del mismo y alcanzar los objetivos definidos durante la programación del propio sistema algorítmico.

Podemos, incluso, hablar de aquellos algoritmos cuyo funcionamiento se construya en torno al **Deep-Learning**, esto es, que el sistema conste de diversas capas de funcionamiento hibridadas entre sí llegando a alcanzar cotas de procesamiento de datos mucho más complejas que aquellas alcanzadas por otros algoritmos programados para la consecución de objetivos a través de una lógica ya definida. A través de la tecnología de *Deep-Learning* los algoritmos son capaces de automatizar procesos distintos de los inicialmente programados a través de un «aprendizaje» mucho más cercano al que experimentamos los seres humanos.

Uno de los problemas asociados a este tipo de «aprendizaje» y autonomía algorítmica es lo que se denomina como caja negra (o **303isp.303303h**) haciendo referencia a la dificultad de saber interpretar el funcionamiento exacto y preciso de un algoritmo debido a que se desconoce cómo se ha desarrollado la lógica del mismo, no es posible acceder a la lógica precisa que aplica en la

toma de decisiones para determinar cuál es el procedimiento exacto que sigue, grosso modo.

Para finalizar este apartado, me gustaría poner un ejemplo de este tipo de procedimientos por darle, quizá, una visión más pragmática. Para ello voy a acudir a un supuesto muy común en nuestro entorno laboral – sobre todo si hablamos de un trabajo que incluye, en cierta medida el trabajo a distancia.

Existen numerosas empresas que se sirven de programas de monitorización de equipos informáticos a través de los cuales los empleados de esta misma empresa desempeñan sus funciones laborales de forma cotidiana. Este tipo de programas permiten al empleador controlar el ritmo de trabajo del empleado y elaborar, a partir de los datos de actividad de un determinado equipo, informes que permitan hacer un seguimiento de objetivos alcanzados además de permitir abordar nuevas estrategias de gestión y distribución de cargas de trabajo.

Partiendo de este caso, y aplicando la división que hemos hecho *ut supra*, el **input** consistiría en los datos recogidos de los accesos del empleado al equipo, la duración de cada actividad y función, el número de interacciones recabadas con otros equipos y la consecución de objetivos en relación con el trabajo fijado para ciclo. Luego, en este **proceso de transformación** entra en juego los parámetros programados e integrados en el funcionamiento interno del algoritmo – las funciones programadas por los desarrolladores de este algoritmo – a fin de cumplir los objetivos a alcanzar. Finalmente, el output serían los resultados obtenidos tras finalizar este proceso de transformación, en este caso, el nivel de rendimiento de un empleado en concreto, el cumplimiento de determinados objetivos o, incluso, el nivel de eficiencia y eficacia en el desempeño laboral.

De este modo, la utilidad de este tipo de mecanismos encontraría sede en usos generalizados por parte de las empresas empleadoras a fin de poder controlar la productividad, gestionar el rendimiento de los trabajadores o, también, en los

procedimientos de selección de personal, tradicionalmente llevados a cabo por los departamentos de Recursos Humanos (en adelante RR.HH) y que ahora encuentran apoyo en este tipo de herramientas.

ALGORITMOS EN EL ENTORNO LABORAL

Entrando ya en materia como tal, la implementación de este tipo de sistemas en el ámbito laboral no debería resultar en exceso dificultoso. Partamos, por ejemplo, de la utilización de un sistema de monitorización y control del rendimiento y productividad de los trabajadores como un reflejo de las posibilidades prácticas que entrañan este tipo de tecnologías. Ahora bien, su implementación supone atender, como decíamos antes, a varios posibles conflictos respecto de los derechos y libertades de los trabajadores.

No obstante, la implementación de este tipo de sistemas en un entorno laboral no es una decisión baladí y carente de peso dentro de la organización y gestión de una empresa. Sin querer entrar demasiado en este punto, sí que entendemos necesario hacer una breve parada en la necesidad de meditar y considerar la introducción de mecánicas algorítmicas en procedimientos cuyo resultado final pudiera tener consecuencias sobre los propios trabajadores.

El papel que juegan, en este punto, los órganos de representación colectiva son fundamental. La integración de este tipo de sistemas requiere de un examen previo de las circunstancias para valorar si en verdad la implementación de esta tecnología es un medio óptimo y necesario para dar solución a un problema existente en el seno de la empresa. De igual forma, son decisiones que requieren de una formación dentro y fuera del entorno laboral para conocer las implicaciones que tiene la utilización de estos medios de procesamiento de datos para con los trabajadores que serán objeto de las decisiones tomadas por este tipo de mecanismos.

Así, ya hablemos de grandes empresas o de PYMES, nos encontraremos como representantes de los trabajadores de las mismas a los Comités de empresa o a los Delegados de personal, respectivamente, figuras que se regulan en los artículos 62 y siguientes del **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores** (en adelante **ET**). ¿Y qué funciones cumplen en este aspecto? El artículo 64.1 del ET recoge el derecho de información y consulta que ampara a estos órganos de representación de los trabajadores en lo que refiere a la obtención de datos que procedan del empresario en los siguientes términos:

1. *El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo.*

Se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo.

En la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores.

Este artículo es de especial transcendencia en el tema que ocupamos en tanto, si acudimos al **art. 64.4, letra d) del ET**, podemos ver cómo, entre las funciones que se le atribuye al Comité de Empresa (y al Delegado de personal) encontramos el derecho a ser informados, periódicamente, por parte del empresario respecto de la utilización de los parámetros, valores e instrucciones sobre las que trabajen los algoritmos o técnicas de inteligencia artificial

implementadas en la empresa y cuyas decisiones pudieran afectar a las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles, a partir de los datos de los propios trabajadores.

Existen, por tanto, previsiones recogidas en el propio ET para preservar los derechos colectivos de los trabajadores respecto de la implementación de estos sistemas. Más allá de este cuerpo legal nos topamos también con los límites contemplados en el **Reglamento General de Protección de Datos** (en adelante **RGPD**) en su artículo 22 encargado de recoger el derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles.

El RGPD prevé, como ya adelantábamos, en su artículo 22.1 el derecho reconocido al interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluyendo la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de forma similar. No obstante, este mismo artículo recoge en su punto 2 una serie de limitaciones a el derecho en cuestión. Son las siguientes:

"2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:
a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;
b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o
c) se basa en el consentimiento explícito del interesado."

La cuestión, por tanto, gira en torno a la recogida de datos inicial. El trabajador – «interesado» a efectos del RGPD – vería este derecho afectado en tanto el tratamiento de sus datos tuviera origen en la consecución del contrato de trabajo que le vincula con la empresa – «responsable del tratamiento» – o bien él mismo consintiera dicho tratamiento de forma explícita. Ahora bien, como

establece el art. 22.3 RGPD, para que dicho tratamiento no soslayara los derechos y libertades reconocidas por esta misma normativa a los interesados, el propio responsable del tratamiento habrá de disponer de todas aquellas medidas que fueran adecuadas a fin de proteger tales libertades, a destacar, entre ellas el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable cómo medio para evitar caer en un automatismo absoluto que desembocara en una constante indefensión del interesado.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto que este tipo de cuestiones tienen unas raíces mucho más profundas (como por ejemplo el proceso de implementación de este tipo de mecanismos, la posición que desempeñan los órganos de representación colectiva en la toma de este tipo de decisiones, etc...) es posible acotar un par de ideas clave.

La primera de ellas; si seguimos el cauce dispuesto por el RGPD, el trabajador queda amparado bajo el derecho a no ser objeto de decisiones plenamente automatizadas o la elaboración de perfiles a partir de sus datos. Por ello, el trabajador ha de ser informado *ex ante* por parte del responsable del tratamiento sobre dichas decisiones, haciéndole plenamente conocedor del impacto que puede tener sobre su situación laboral y las consecuencias que pudieran derivar respecto de la utilización de este tipo de sistemas en el entorno laboral.

¿Dónde encontramos una de las principales aristas en este supuesto? En aquellas empresas que hacen uso de mecanismos de automatización algorítmica pero de forma parcial, esto es, con intervención humana por mínima que fuera. En estos casos, las previsiones del art. 22 del RGPD quedarían plenamente anuladas en tanto la decisión no es tomada de forma automatizada sino como una herramienta para apoyar o complementar una tarea desempeñada por un ser humano. La dicción del art. 22.1 del RGPD alude a la toma de decisiones basadas **UNICAMENTE** en el tratamiento automatizado por

lo que cabe advertir que, realizando una interpretación literal del precepto, en los supuestos en los que estos mecanismos se encuentren bajo el control directo humano esta salvaguarda prevista en favor de los interesados queda anulada *de facto*.

Y la segunda de ellas; toda vez que este tipo de sistemas se ha implementado en el entorno laboral, los órganos de representación de los trabajadores (ya sea el Comité de empresa o el Delegado de personal ex arts. 62 y siguientes del ET) podrán requerir al empresario información, CON ¿Qué PREVIO al comienzo de su funcionamiento, al empresario con arreglo a lo establecido en el art. 64 del ET. En este caso, la utilidad prevista para el algoritmo, su grado de autonomía y los posibles efectos que pudieran derivar de la utilización del mismo no son requisitos indispensables para el nacimiento del derecho de información en favor del colectivo de los trabajadores.

Asimismo, del deber de información de la empresa contenido en el art. 64.4, letra d) del ET incluye también la debida comunicación a los órganos de representación de cuantos cambios en los parámetros y valores contemple el sistema algorítmico en cuestión. Un matiz importante que debemos introducir a modo de conclusión; este derecho a ser informado no recoge de forma explícita el dar a conocer a los órganos de representación el código fuente del algoritmo ni la lógica del mismo sino los valores y parámetros de los que haga uso para alcanzar la finalidad dispuesta para el mismo y que afecte a los trabajadores.

ANONIMIZACIÓN DE DATOS PERSONALES EN RESOLUCIONES JUDICIALES

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 22 de noviembre de 2022

#Derecho #ProtecciónDeDatosPersonales #DerechoDigital
#Sociedadde la Información

INTRODUCCIÓN

En muchas ocasiones, cuando tenemos que analizar un caso concreto y buscamos jurisprudencia que nos pudiera dar una cierta ventaja respecto de la parte contraria, acudimos a grandes bases de datos como puede ser el Centro de Documentación Judicial (**CENDOJ**). Ya en estas bases de datos introducimos los parámetros que mejor se ajusten bien a la materia que estamos estudiando, bien en una horquilla temporal determinada para, finalmente, poder hacer esta selección de contenido.

Pero estoy seguro que, en algún momento, hemos dado con alguna resolución judicial de algún caso de envergadura, algún caso mediático y conocido. Un caso dónde las partes tienen nombre y apellido en televisión pero, luego, en la sentencia vemos como sus nombres⁹² cambian o no se corresponden. Viene por tanto, la incógnita **¿Esto a que se debe principalmente?**

⁹² En este punto, es necesario aludir al Considerando (14) del RGPD que establece de forma expresa que el ámbito regulatorio del mismo excluye a aquellos datos personales relativos a personas jurídicas, particularmente a empresas constituidas como personas jurídicas, incluido el nombre y la forma de la persona jurídica y sus datos de contacto. Por ello, es posible que, cuando una resolución judicial aluda a una persona jurídica o a una mercantil concreta, en la propia sentencia se publique el nombre y la forma societaria real de la misma sin que se hubiera

Hemos de comenzar aludiendo a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante **LOPJ**), concretamente a su artículo 236 *quinquies* en el cual se recoge el tratamiento de información y datos de carácter personal en relación con el ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva. Este precepto, en su punto segundo (art. 236 *quinquies*. 2) habilita a los Jueces y Magistrados así como a Fiscales y Letrados de la Administración de Justicia para proceder a la supresión de datos personales en resoluciones y en los documentos que se trasladarán a las partes en el seno de un procedimiento siempre y cuando no sean necesarios para, como indicábamos antes, garantizar el derecho de tutela judicial efectiva.

Este mismo precepto no se ha mantenido estático en el tiempo sino que se ha visto modificado en, al menos, dos ocasiones, con motivo del artículo único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio y de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, siendo esta última la encargada de adicionar los puntos 5 y 6 al art. 236 *quinquies* de la LOPJ.

Conviene hacer una breve parada en la más reciente de estas modificaciones (la operada por la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo). Con la entrada en vigor del Reglamento 679/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en adelante **RGPD**) cuestiones como la que hoy tratamos quedaron reforzadas. A la vista queda el Considerando (20) del RGPD que manifiesta lo siguiente:

"[...] A fin de preservar la independencia del poder judicial en el desempeño de sus funciones, incluida la toma de decisiones, la competencia de las autoridades de control no debe abarcar el tratamiento de datos personales cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial. El control de esas operaciones de

procedido a la anonimización o pseudonimización. Uno de tantos ejemplos sería la reciente STS 4064/2022, de 2 de noviembre de 2022 (Rec. 5760/2021).

tratamiento de datos ha de poder encomendarse a organismos específicos establecidos dentro del sistema judicial del Estado miembro, los cuales deben, en particular, garantizar el cumplimiento de las normas del presente Reglamento, concienciar más a los miembros del poder judicial acerca de sus obligaciones en virtud de este y atender las reclamaciones en relación con tales operaciones de tratamiento de datos."

La aplicación del RGPD supuso la entrada de estas premisas dentro del marco normativo nacional siendo ejemplo de ellos el contenido de los artículos 236 *quinquies* a 236 *decies* de la LOPJ que, por razones de extensión, referenciaremos únicamente pero cuyo contenido hace referencia expresa al tratamiento de los datos personales dentro del procedimiento y en las resoluciones que emanen de los mismos⁹³.

Sin embargo, esta regla de preservación de identidad de las partes no siempre se ve aplicada a la totalidad del entramado jurisdiccional nacional.

Dentro del engrama judicial podemos encontrar posiciones como la sostenida por el Tribunal Constitucional, tal y como cabe extraer del Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el cual se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales⁹⁴.

Así, la regla establecida por el artículo 1 de dicho Acuerdo, interpretado a contrario sensu, nos permite afirmar que se hará efectiva la publicación de los datos identificativos de las partes siempre y cuando las mismas no se

⁹³ El Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales) establece en su artículo 7 el proceder que ha de seguirse a la hora de realizar la publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones, bien del Tribunal Supremo, bien del resto de órganos judiciales, para velar por su integridad, autenticidad y acceso cumpliendo con las salvaguardar normativas aplicables, entre ellas la protección de los datos de las partes implicadas.

⁹⁴ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8372-consolidado.pdf>

encuentren comprendidas en las categorías enunciadas en este mismo artículo o en los artículos 2 y 3 que le suceden.

"Artículo 1.

El Tribunal Constitucional en sus resoluciones jurisdiccionales preservará de oficio el anonimato de los menores y personas que requieran un especial deber de tutela, de las víctimas de delitos de cuya difusión se deriven especiales perjuicios y de las personas que no estén constituidas en parte en el proceso constitucional."

ANONIMIZACIÓN Y PSEUDONIMIZACIÓN

Por tanto, ahora cabe preguntarse el modo en el que se produce esta salvaguarda de las partes inmersas en un procedimiento sobre el que ha recaído ya sentencia. Hemos de tornar la mirada, nuevamente, al RGPD y más concretamente al Considerando (26) que, de una forma muy clara, explica por qué hablar de **anonimización** y de **pseudonimización** no es referirse al mismo concepto.

Por ser más concretos, podemos extraer estas **dos ideas clave**:

1.- Los datos pseudonimizados⁹⁵, al no suponer la eliminación de la totalidad de variables, parámetros o identificadores que pueden ir asociados, puede que, toda vez se pongan estos datos en relación con otras fuentes de información, sea posible identificar a una persona física potencialmente identificable (en relación con el art. 4.1º del RGPD).

2.- Cuando hablamos de información o datos anonimizados, no cabe referir a la protección emanada del RGPD en tanto, como manifiesta el Considerando

⁹⁵ El Considerando (26) ha de ser interpretado en relación con los Considerandos (28), (29) y (30), de igual importancia y envergadura a la hora de establecer la importancia de los procesos de pseudonimización, de las medidas técnicas a adoptar para proveer de garantías a los datos personales que se ven sometidos a este procedimiento y, en el caso del último Considerando referido, la importancia de delimitar el concepto de identificador.

(26) *in fine*, al tratarse de información no susceptible de ser relacionada con una persona identificada o identificable por ningún medio técnico posible, el Reglamento no aplica en el tratamiento de información anónima.

La anonimización no deja de ser, visto con un ejemplo gráfico, la ruptura de eslabones de una cadena que, en su totalidad, suponen la posible identificación de una persona concreta. Con esta fractura, varios eslabones quedan totalmente separados, la cadena desvinculada y sin posibilidad de unificarlos o reordenarlos para obtener la cadena original⁹⁶.

La pseudonimización sería un procedimiento cuya finalidad última es la misma que la del proceso de anonimización pero, a través de técnicas que intentan opacar la reordenación de estos datos adicionales (**identificadores**). No obstante, es posible, atendiendo a técnicas de análisis, tratamiento y reordenación de datos y a tecnologías íntimamente vinculadas al Big Data y a la Inteligencia Artificial (plasmada en sistemas que hacen uso del *Machine-Learning*) dificultar estas labores de salvaguarda y garantía de preservación de la privacidad.

No obstante, no es posible afirmar con rotundidad que los procesos de anonimización supongan un muro de contención pleno frente a la posibilidad de garantizar la no reidentificación de personas. Las técnicas implementadas para lograr hacer efectivo este proceso de anonimización fueron planteadas y estudiadas por el ya "extinto" Grupo de Trabajo del artículo 29⁹⁷ (ahora rebautizado en el *European Data Protection Board*⁹⁸ o **EDPB**) en su Dictamen

⁹⁶ La AEPD, en su nota técnica "La K-Anonimidad como medida de la privacidad" define el proceso de anonimización como el consistente en disociar de los identificadores el resto de los datos más genéricos asociados a un sujeto como la fecha de nacimiento, el municipio de residencia, el género, etc. Documento recuperado de: <https://www.aepd.es/es/documento/nota-tecnica-kanonimidad.pdf>

⁹⁷ El Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT Art. 29) es el grupo de trabajo europeo independiente que se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (entrada en aplicación del RGPD).

⁹⁸ En fecha de 11 de junio de 2018 se hizo pública la noticia de la extinción del Grupo de Trabajo del Artículo 29, "*THE ARTICLE 29 WORKING PARTY CEASED TO EXIST AS OF 25 MAY 2018*". Recuperada de: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/629492/en>

05/2014 (WP216) sobre técnicas de anonimización, adoptado el 10 de abril de 2014.

De igual forma, la agencia Española de Protección de Datos (en adelante **AEPD**), en su *Guía sobre Orientaciones y garantías en los procedimientos de ANONIMIZACIÓN de datos personales*⁹⁹, publicada en 2016, realizaba un selección de algunas de las técnicas de anonimización. Entre ellas se encontraban:

- Algoritmos de Hash
- Algoritmos de cifrado
- Sello de tiempo
- Capas de anonimización
- Perturbación de datos
- Reducción de datos

En esta Guía, la AEPD desarrolla una noción de cada una de estas técnicas (en opinión de un servidor, los algoritmos de Hash y de cifrado son muy interesantes para una lectura inicial al respecto de su implementación como mecanismo de anonimización) y pone en relación la plasticidad de éstas así como la posibilidad de hibridar distintas técnicas con el objetivo de alcanzar esas cotas superlativas de protección.

CONCLUSIÓN

A modo de resumen, de todo lo comentado en esta publicación, considero que es posible inferir al menos tres conclusiones clave que, a continuación, procederé a enunciar:

PRIMERO. La protección de los datos personales de las partes implicadas en un procedimiento judicial, toda vez que recaiga sentencia y ésta sea publicada,

⁹⁹ Recuperada de: <https://www.aepd.es/es/documento/guia-orientaciones-procedimientos-anonimizacion.pdf>

con carácter general, quedan salvaguardados y anonimizados para que no pueda identificarse a las personas físicas. En el caso de las personas jurídicas esta norma no aplica.

SEGUNDO. No obstante, esto no sucede en la totalidad de los órganos judiciales. Encontramos excepciones como es el caso del Tribunal Constitucional que, con carácter general, publica los datos identificativos de las partes implicadas en el proceso.

TERCERO. El concepto de anonimización y el concepto de pseudonimización se refieren a dos situaciones diferentes y no han de entenderse como sinónimos puesto que; mientras en el primero, es técnica y objetivamente (***casi***) imposible poder reidentificar a una persona identificable, se trata de información que no puede ser asociada a un particular; en el segundo, a pesar de salvaguardar la protección de los datos personales mediante medidas técnicas y organizativas, es posible reidentificar a un sujeto particular toda vez que se acuda a información adicional.

ANÁLISIS INTERNACIONAL

SITUACIÓN DE LA ALIANZA NORATLÁNTICA Y RUSIA EN EL ESPACIO DE EUROPA ORIENTAL

JOSÉ ANTONIO CALZADA ÁNGELES

Publicado el día 26 de enero de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional #DerechoInternacional
#DerechoInternacionalPúblico

La **Organización del Tratado del Atlántico Norte** (OTAN) consiste en una alianza militar entre diferentes países la cual tiene su origen en 1949 donde inicialmente se comprometieron 12 estados (Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal y Reino Unido).

La legitimización previa a este tipo de alianzas viene consagrada en la Carta de las Naciones Unidas de 1945. En ella se recogen en el Capítulo VI y en el Capítulo VII, las bases para la creación de la nueva alianza que se traducen en, el arreglo pacífico de las controversias y el mantenimiento de la seguridad internacional, así como la legítima defensa tanto individual como colectiva, respectivamente, fundamentos que deben estar en sintonía con el Consejo de Seguridad de la ONU y no menoscabar la autoridad de este.

La OTAN o Alianza del Atlántico Norte, en el momento de su creación, se encontró motivado por la realidad política del momento, una época marcada por el bipolarismo entre las dos grandes superpotencias vencedoras del último conflicto armado, Estados Unidos (EEUU) y la Unión Soviética (URSS). En este contexto, estaban enfrentados dos maneras diferentes de ver el mundo, en lo económico y en lo social. Esto conllevó a momentos de enorme tensión entre

estos dos estados de manera directa y también indirecta. El tratado en esencia pretendía garantizar la defensa y seguridad de Europa Occidental que aún se encontraba en procesos de reconstrucción y reforma tras el conflicto. Diferentes estados se encontraban bajo la órbita de la URSS en Europa Oriental (Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Hungría...) lo que suponía la no inclusión de estos y producía un temor hacia una posible invasión inminente del gigante del Este al resto de Europa.

Durante todo el discurrir del periodo denominado como Guerra Fría (1945-1991) no se dio un solo momento en que fuera necesaria la aplicación del tratado en materia de defensa, pero sí, se le dio un uso político, pues el aumento de los integrantes del tratado se desplazó en la medida en que se acercaba a las fronteras de la URSS.

- **1952.** Primera expansión de la Alianza hacia el este integrando a Grecia y Turquía, países muy importantes por su posición geográfica. Estas adhesiones permitieron a los EEUU situar lanzaderas de misiles a escasos kilómetros de las fronteras soviéticas posicionados en Turquía. Acto que fue visto como una agresión a la URSS y provocó la famosa Crisis de los Misiles de Cuba en 1962 como un acto de estos por replicar la amenaza creada por el despliegue de esta fuerza.
- **1955.** Alemania se adhiere a la OTAN pero oficialmente solo lo hace la República Federal Alemana (RFA), la parte oriental no lo hará hasta 1990.
- **1982.** En este año se firma el instrumento de adhesión por el que España pasa a formar parte de la OTAN no sin que surgiera controversia política, situación que desembocó en la celebración del referéndum de 1986 para decidir la permanencia en la alianza.
- **1999.** Se trata de la cuarta expansión y la más polémica al incorporar países que durante la Guerra Fría se situaron bajo el paraguas del Pacto de Varsovia (alianza militar al amparo de la de la URSS para la defensa de los estados socialistas) como Polonia, Hungría y Rep. Checa.

- **2004.** Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania y Rumanía se unieron a la Alianza, se trató del movimiento de expansión más numeroso desde que se creó la OTAN hace más de 50 años.
- **2009.** Croacia y Albania se unieron a la OTAN. En este contexto cabe destacar la guerra Ruso-Georgiana de 2008 en la que uno de los motivos fueron los acercamientos de este último país con la Alianza y la UE, algo que Rusia no podía tolerar en el contexto que se trata de su zona de influencia.
- **2017 y 2020.** Montenegro y Macedonia del Norte respectivamente fueron las últimas adhesiones al Tratado.

La evolución de los nuevos adherentes ha manifestado una clara expansión hacia el espacio postsoviético, y un análisis a destacar es que los mayores avances en este sentido se han dado desde el momento en que en 1991 la URSS se disolviera. Rusia, que realizó una transición tras esto por el que anduvo pérdida en el terreno internacional, estos últimos años ha vuelto a tener un posicionamiento fuerte en la región, queriendo mantener su influencia en zonas orientales de Ucrania y sin olvidar mencionar la anexión de la Península de Crimea en 2014 a través de un referéndum (96% votó a favor de la anexión) y con Bielorrusia estrechando sus relaciones en el terreno económico.

Bielorrusia tiene un papel relevante, dado que hace de estado “tapón” entre Rusia y el corazón de Europa, algo que históricamente ha sido importante en la configuración del mapa europeo. Aparte, en las vecinas repúblicas bálticas (Estonia, Letonia y Lituania) y en la zona oriental de Polonia, se realizan en el marco de la OTAN y del programa de la política europea común de seguridad y defensa (PECSO), ejercicios y maniobras militares que, desde la anexión de Crimea en 2014, han aumentado en número e importancia.

Actualmente el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Josep Borrell, señala el papel complementario de las fuerzas que componen la OTAN y los ejercicios en el marco de la PECSO. Los últimos ejercicios militares realizados en el seno de la OTAN fueron la Steadfast

Defender 2021 y Defender-Europe 2021, realizadas en mayo y junio de 2021. Esta última es llevada a cabo por los EEUU con la intención de mejorar la sincronización con los países aliados y aparte, cuenta como aliados para su ejecución a los países de Ucrania y Georgia, pero no realiza operaciones en dichos territorios. Sin embargo, la zona de interés de dichos ejercicios es la zona del Mar Negro, algo que para Rusia es de vital importancia debido a que el control de este mar les permite el acceso a puertos libres de hielos durante todo el año. El ejercicio Steadfast Defender se trata puramente de un ejercicio militar conjunto de la alianza transatlántica, que cuenta también con países socios como Suecia y Finlandia que sin ser miembros de la OTAN participan en ellos. Este ejercicio cuenta con tres fases con el fin de alcanzar diferentes objetivos, la tercera fase se realizó en la zona del mar negro con el fin de llevar a cabo operaciones aerotransportadas.

Como contrapartida, Rusia junto con Bielorrusia, en septiembre de 2021 llevaron a cabo los ejercicios conjuntos bajo el nombre de Zapad-2021 en territorio bielorruso.

A su vez, una de las operaciones que en la actualidad se encuentra en desarrollo por la OTAN es la de policía y vigilancia área, consistente en la detección, seguimiento e identificación de aparatos que violen el espacio aéreo de los países de la alianza, en especial la zona de los países bálticos donde aeronaves rusas lo han infringido en repetidas ocasiones y se ha reforzado con nuevos aviones.

Dentro del tratado de la Alianza, los artículos 5 y 6 son los que centran la atención debido a sus consecuencias.

- **Artículo 5:** Este artículo establece el mandato de que cualquier ataque dirigido a un país miembro de la alianza será considerado como realizado contra todos los demás. Se acuerda que en virtud del derecho de legítima defensa individual o colectiva se toman las

medidas necesarias para hacer frente al conflicto considerando, incluso, el uso de la fuerza armada.

- **Artículo 6:** Establece los casos en los que el ataque armado se considerará realizado. Esto será así, si se trata de la integridad territorial de algún país miembro, pero también en el caso de ataque contra las fuerzas en los territorios en los que estuvieran estacionadas estas fuerzas de la OTAN.

El artículo 5 fue invocado por primera vez tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 donde se determinó que el ataque fue orquestado desde una potencia en el extranjero, lo que permitía a los EEUU a solicitar apoyo a los demás países de la OTAN. Las actuaciones expansionistas de Rusia que lleva a cabo desde el año 2014 conllevan a que haya una mayor legitimidad del papel de la OTAN como defensora de Europa y de una necesidad del mantenimiento de una organización de este carácter en el espacio europeo.

Actualmente, la principal controversia en torno a la Alianza transatlántica viene dada por el uso político que los EEUU le quieren dotar a esta. EEUU como cabeza del bloque occidental del mundo, le interesa mantener una predominancia en la parte occidental del globo en contraposición de un enemigo histórico como es Rusia que se pretende que este relegada al papel de una potencia regional, en contra de la voluntad de esta misma. Junto a la política exterior de los EEUU de expandir su influencia militar hacia Europa oriental, numerosos países exsoviéticos se quieren amparar bajo el halo de seguridad que brinda el tratado por su animosidad a Rusia, es por ello, que el principio de seguridad colectiva se quiere permanecer inalterado para estos países mientras que países como Francia y Alemania optan por la autonomía estratégica queriendo centrarse principalmente en la PECSO, donde se quiere dar pasos, aún tímidos, en la integración de estas políticas de defensa y de una cooperación de los recursos militares, en parte, motivado por la dependencia energética con Rusia.

El siguiente salto que pretende la OTAN, es ganarse a los países restantes de esta expansión hacia el este, los países balcánicos y las exrepúblicas soviéticas

de Ucrania y Georgia. Esto último es algo que Rusia no está dispuesta a permitir, se seguridad nacional se ve amenazada por el hecho de que numerosas tropas aliadas están situadas en su "patio trasero" y de que un antiguo país soviético entre a formar parte de la Alianza haciendo que las fronteras de Rusia y la OTAN estén frente a frente. En el pasado, la URSS contaba con la defensa que le brindaba el Pacto de Varsovia y países tapón de por medio. Este ya no sería el caso, pues esta alianza militar se disolvió y ya no quedarían países neutrales o aliados entre la OTAN y Rusia, lo que califica esta última de amenaza. En lo que respecta a Rusia, está movilizando tropas en su frontera oriental de Ucrania, Crimea y las situadas en Bielorrusia, según sus declaraciones, con motivaciones defensivas dentro de su frontera en el ejercicio de su soberanía nacional. Sin embargo, esto provoca preocupación en occidente y más en Ucrania, que teme que sea el preludio de una ofensiva hacia sus regiones orientales.

Sin duda, la política exterior de estos países, así como los intereses que comparten los integrantes de la Alianza en contraposición con los de Rusia son los que determinarán los acontecimientos futuros, y sin dejar de mencionar que desde el año 2014 se sigue produciendo una guerra civil en Ucrania, concretamente en la región del Dombás, que ya ha dejado más de 14000 víctimas .

LOS INTERESES EN JUEGO EN UCRANIA: ¿QUÉ QUIERE SACAR RUSIA DE ESTA CRISIS?

JOSÉ ANTONIO CALZADA ÁNGELES

Publicado el día 11 de febrero de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional #DerechoInternacional
#DerechoInternacionalPúblico

Una OTAN encabezada por EE. UU., se ha topado con una Rusia que vuelve a fortalecerse en el plano internacional. Pero, ¿qué busca Moscú en este nuevo, o debería decir, no tan nuevo choque de intereses?

Una de las principales cuestiones a tener en cuenta de Rusia, es la propia idea de su inseguridad (*self-awareness*). Debido a sus condiciones geográficas, carentes de barreras naturales, y de verse rodeada por potencias, muchas veces, enemigas, Rusia, en el pasado, ha optado por una serie de alianzas o el establecimiento de una zona de "estados-tapón" (*buffer zone*) que le puedan garantizar su seguridad en caso de conflicto. Hasta el día de hoy contaba con una u otra opción pero con la Revolución Rusa y el viraje de este vasto imperio a los principios teóricos del comunismo, fue percibido como el enemigo ideológico y económico de Occidente, donde al frente iba la nueva potencia dominante, los EE. UU.

La Federación Rusa envió el 17 de diciembre de 2021 dos borradores de un tratado, en los que dirigía sus propuestas relacionadas con las garantías de seguridad, uno destinado a la OTAN y otro al gobierno de EE. UU. Estos difieren en algunos aspectos y poseen detalles importantes a examinar. Esta falta de coordinación puede ser fruto de un error o de una táctica negociadora para

alentar la división. Pero primero establezcamos un esquema de las demandas que propone Moscú para profundizar más adelante en cada una de ellas.

1. No expansión de la OTAN a países que antiguamente eran parte de la URSS con especial mención a Ucrania y Georgia
2. No situar tropas ni armamento adicional, a los ya desplegados con fecha del 27 de mayo de 1997 en los Estados que antes de ese año no eran parte de la OTAN.
3. No despliegue de misiles de corto y medio alcance en estos territorios.
4. No realizar ninguna actividad militar en los territorios de Ucrania, países de Europa del Este, Sur del Cáucaso y Asia Central.
5. Limitar los ejercicios militares en alcance, frecuencia y número.

Estas propuestas incluyen cláusulas que permiten una cierta flexibilidad entre las partes para la negociación y cooperación. Es el caso del punto que trata el no despliegue de tropas en los Estados incluidos en la OTAN posteriores a 1997, el cual está abierto a condiciones de excepcionalidad para su aplicación, sin embargo, no se detallan esas condiciones. También establece una primacía de métodos de resolución pacíficos como, consultas bilaterales y multilaterales para temas de seguridad, el establecimiento de redes telefónicas en caso de emergencia y el intercambio regular y voluntario de información relativa a maniobras y ejercicios militares, amenazas y desafíos que afecten a la seguridad de cada una de las partes con el objetivo de mejorar la transparencia y predictibilidad.

Las demandas rusas piden que se reafirmen los **principios** y **valores** recogidos en la **Carta de Naciones Unidas**, en el **Acta Final de Helsinki de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa de 1975** y en el **Acta Fundacional de Relaciones Mutuas, Cooperación y Seguridad entre la OTAN y la Federación Rusa de 27 de mayo de 1997**. Estos documentos junto con otros relativos al control de armas confeccionan el régimen actual en relación con la cooperación y la confianza mutua en materia de seguridad.

Los **principios** que recoge el **Acta Final de Helsinki** y que señala Rusia para el fortalecimiento de la seguridad son, respeto al derecho de soberanía, abstención del uso de la fuerza o amenaza, inviolabilidad de fronteras e integridad territorial, arreglo de controversias por medios pacíficos, no intervención en asuntos internos y respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

En el mismo, se redactan las medidas para fomentar la confianza y aspectos relativos a la seguridad y el desarme como, la notificación previa de maniobras militares importantes, como es el caso de ejercicios militares combinados con componentes navales o aéreos, así como otras de menor escala; intercambio de observadores a las maniobras militares, notificación previa ante movimientos militares importantes. También menciona cuestiones de desarme, pero no especifica ninguna medida concreta. Únicamente señala los esfuerzos necesarios para la distensión militar y desarme total.

El **Acta Fundacional de 1997** propone otra serie de principios que van en la misma línea: bases para la transparencia entre la OTAN y Rusia, abstenerse del uso de la fuerza y amenaza, respeto de la soberanía, independencia e integridad territorial de todos los estados así como el derecho de cada uno de ellos a garantizar su seguridad, transparencia en la creación e implementación de doctrinas militares y policiales defensivas y prevención de conflictos y resolución de disputa mediante medios pacíficos.

Se establece el **Consejo permanente de cooperación conjunta entre la OTAN y Rusia** como mecanismo para atajar crisis y problemas de seguridad de manera conjunta. Las áreas de interés que se tratan en las reuniones aparecen detalladas en el mismo documento, destacando aquellas que tienen como objeto, la prevención de conflictos, problemas para estabilidad y seguridad en la zona Euroatlántica, el control de armas, la proliferación de armas nucleares y la transparencia, predictibilidad y confianza mutua relativa a las funciones y

papeles de las fuerzas convencionales de la OTAN y Rusia, así como el dialogo entre las partes en lo que concierne información militar.

Las Acta Fundacional también se centra en cuestiones político-militares de alto nivel en las relaciones OTAN-Rusia, por ejemplo, la cuestión relativa a que la OTAN expresa no tener intención de desplegar armas nucleares en los territorios de nuevos miembros a partir de la firma del Acta (1997). Otra cuestión, es la referida al compromiso entre Rusia y la OTAN, para que reduzcan sus niveles de amenaza y despliegue de fuerzas en periodos de negociación que puedan suponer una reducción importante de la seguridad en Europa, en el marco del Tratado de las Fuerzas Armadas Convencionales en Europa de 1990 (CFE, por sus siglas en inglés). En este mismo apartado señalan la relevancia de las obligaciones suscritas por el Documento de Viena (DV-2011 es el actualmente vigente) y de los principios que guían a la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). Se pretende que ninguna actividad militar, tanto por una como la otra parte, sea percibida como una amenaza o desventaja para la seguridad de ambas partes.

En lo relativo a la **no expansión a territorios de exrepública soviéticas**, como es el caso de Ucrania y Georgia, estos documentos no dicen nada. Putin afirma que en la última etapa de la URSS se le prometió a Mijaíl Gorbachov, ultimo jefe de estado de la Unión Soviética, que la OTAN no realizaría una nueva expansión hacia el este. No obstante, nunca se recogió en ningún acuerdo internacional y las alusiones a este hecho están cuestionadas por ambas partes. Desde la década de los 90, se han sucedido cinco olas de expansión de la OTAN. Esta exigencia que realiza Rusia, quiere que esta vez aparezca por escrito en la firma de estas negociaciones.

En este contexto, Rusia señala el concepto de la **indivisibilidad de la seguridad**. Fue mencionado por primera vez en la Conferencia de la OSCE de 1992 en Helsinki y a partir de ahí en diversos textos emanados de este. El concepto describe una nueva conceptualización de la seguridad internacional, que

evolució de 1945 a 1990. Desde una basada en la seguridad nacional de cada Estado, a una en donde la seguridad era garantizada por todos los Estados de la Comunidad Internacional. Esta última significa que un estado no puede garantizar su seguridad nacional en detrimento de la seguridad de otro Estado. A este concepto hace referencia Rusia a la hora de afirmar que se encuentra amenazada por la creciente expansión euroatlántica, un principio que también puede ser alegado por otros países como Ucrania, para justificar su inclusión en la OTAN. Aquí nace el conflicto teórico, el cual, EEUU se ha dispuesto a redefinir junto con Rusia para alcanzar un entendimiento, pero siempre en un contexto de desescalada militar.

El **despliegue de misiles** de corto y medio alcance es lo que hace saltar las alarmas de Rusia. A medida que la OTAN se mueve hacia el este, los misiles que defienden Europa se sitúan más próximos a las fronteras rusas. Lo peligroso de esta situación es la escasa distancia y por consiguiente, el escaso tiempo por parte de Moscú de reaccionar.

Dependiendo del tipo de misil, estamos hablando que podrían alcanzar la capital rusa en apenas 5 minutos, no dando tiempo a una respuesta. Actualmente existen misiles de corto alcance en Bulgaria, Polonia y Rumanía, y lo que teme Rusia es la presencia de misiles de crucero con capacidad nuclear. Actualmente EE. UU. tiene desplegado armamento nuclear en Bélgica, Holanda, Alemania y Turquía. Este es uno de los aspectos clave, el control armamentístico, al que Washington se ha abierto a negociar siempre en el contexto de tratados previamente firmados con relación a esto, como el CFE, New START (busca limitar armas estratégicas nucleares con vigencia hasta 2026), u otros con amplio recorrido como el Tratado sobre Fuerzas nucleares de Rango Intermedio (INF en inglés) el cual, fue abandonado por EE. UU. y Rusia en 2019 por una nueva crisis relativa al despliegue de sistemas de misiles.

Por último, el **respeto a los acuerdos de paz de Minsk de 2015**, que buscan dar una solución pacífica al conflicto en desarrollo en el Dombás, Ucrania. La

eficacia de estos acuerdos es muy cuestionable, pues es verdad no han conseguido ponerle un alto al fuego, pero sí, la no escalada del conflicto. El conflicto del Dombás es el principal punto caliente y es considerado como cuestión interna de Ucrania, sin embargo, los desencuentros geoestratégicos entre Rusia y occidente tensionan el conflicto.

Es por lo que Rusia exige el cumplimiento de los acuerdos, por un lado, para proteger a la población prorrusa de estas regiones, a quienes se dice que se han entregado más de 500.000 pasaportes rusos, ya que estos documentos exhortan el no despliegue total por parte del ejército ucranio y al intercambio de prisioneros; y por otro, para conferirles un estatuto especial con mayor autogobierno dentro de Ucrania. La aplicación de estos acuerdos también beneficia a Moscú en el hecho de que nada mencionan sobre la soberanía de Crimea, de esta manera, en caso de aplicarse, el marco legal que se constituiría aceptaría indirectamente la soberanía rusa de este territorio. Territorio que de facto está siendo administrado por Rusia.

Tanto la OTAN y Washington buscan dar una respuesta coordinada a las exigencias rusas que siguen sin satisfacer al Kremlin. Occidente se muestra abierta al diálogo, siempre que Rusia fomente la desescalada del conflicto, abriéndose la posibilidad de negociar ciertos aspectos de esas demandas, como puede ser el control de los misiles y la reinterpretación de la seguridad y como se está viendo afectada por un lado y por otro. No obstante, tanto EE. UU. como la OTAN han señalado que la posibilidad de que nuevos países ingresen a la organización militar sigue abierta y el derecho soberano de un Estado a elegir como garantiza su seguridad. Esto último puede suponer el aspecto más conflictivo de las negociaciones futuras, donde las partes se muestran a favor de continuar la senda diplomática, pero dejando patente cuáles son sus divergencias.

RELACIONES EXTERIORES DE ESPAÑA: DEL AISLAMIENTO FRANQUISTA A LA MULTILATERALIDAD (I)

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 23 de marzo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional #DerechoInternacional
#DerechoInternacionalPúblico

España, oficialmente conocida como **Reino de España**; ocupa un papel no fundamental en la Unión Europea y discreto en lo que refiere a la política internacional. **Sin un sitio permanente en el G-20 (representado por la UE) y totalmente fuera del G-7**, los sucesivos gobiernos españoles se han acercado a Europa y Estados Unidos como forma de aumentar su relevancia en el mundo. *Tal y como bien explica Pedro Baños en su libro 'Así se domina el mundo', las potencias medias deben llegar a acuerdos; y en ocasiones, ceder espacio ante las superpotencias, para poder asegurar su integridad y su existencia.*

En el caso de España, los inicios del **siglo XX** supusieron la **decadencia de un Imperio desaparecido**. Tras la pérdida de **Filipinas, Cuba y Puerto Rico a manos de los Estados Unidos (1898)**, el país entró en una doble crisis: pérdida de importancia exterior y crisis de identidad interior. Fue la época del **Regeneracionismo**, con la sensación de que se había esfumado toda la grandeza anterior.

España decidió mantenerse al margen de la **I Guerra Mundial** y asistió al **nacimiento del fascismo en Italia (1922)**. Las tragedias no dejaban de

sucederse en el territorio nacional. El desastre de **Annual en Marruecos (1921)** condujo a la dictadura de **Primo de Rivera (1923-1930)**. La vuelta de **Alfonso XIII** a la monarquía no duró demasiado, ya que pronto se proclamaría la **Segunda República (1931-1936)**.

Tras unos años de inestabilidad e intentonas de alcanzar el poder por diversos sectores, el fracaso del **fallido golpe de Estado** organizado por **Franco, Mola y Queipo de Llano** dio origen a la **Guerra Civil (1936-1939)** oficialmente, aunque la **resistencia maqui** se mantuvo activa hasta **1952**). Es a partir de aquí donde empieza este humilde repaso a la política exterior española de los últimos 75 años.

DE LA AUTARQUÍA AL DESARROLLISMO

Pese a vencer la **Guerra Civil**, los franquistas quedaron aislados de la diplomacia internacional, después de la **victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945)**. Viéndose totalmente fuera del circuito de poder mundial, España se encaminó hacia una posguerra autárquica. Es decir, el país debía producir lo **necesario para subsistir** sin depender del exterior. Esta decisión condenó a la población a varios lustros de **pobreza y miseria**.

Concluida ya la **II Guerra Mundial**, la relación entre **EEUU y la URSS** se debilitó. Las diferencias ideológicas irreconciliables entre un **Estados Unidos capitalista y una URSS marxista-leninista** desencadenaron la **Guerra Fría (1945-1990)**. A partir de ahí, la **Conferencia de Yalta** dividió el mundo entre las dos superpotencias, creando **zonas de influencia**. La frontera entre ambas, el **Telón de Acero**, partía Alemania y la misma Europa en dos.

En este contexto, España todavía seguía aislada y condenada por la comunidad internacional por asociación con el **Eje Roma-Berlín-Tokio**. Sin embargo, *la política anticomunista del régimen franquista hizo a Washington empezar a considerar a España como un posible aliado. Y de esta forma, pese a*

no ser una democracia, ni respetar las libertades básicas, España pudo empezar el camino hacia la visibilidad en la política mundial:

1946: a iniciativa de **Australia y México**, la ONU aprobó la resolución 39 (Cuestión española), en la que se **prohibió a España la entrada en la ONU por haber sido un "régimen fascista"** y "aplazar la beligerancia hasta el momento adecuado".

1950: la resolución 386 acordó abrir la puerta de la ONU a España en un futuro próximo y **anular los acuerdos de 1946**.

1955: **España entra de forma efectiva en la ONU**. Con ello, accede al sistema de relaciones internacionales.

EL 'MANÁ' ESTADOUNIDENSE COMO PASO PREVIO AL DESARROLLISMO

Tras la **II Guerra Mundial**, **EE.UU** lanza un ambicioso plan de reconstrucción de Europa (European Recovery Program, más conocido como **Plan Marshall**). La iniciativa supuso una inversión de unos **20.000 millones de dólares** de aquella época, en países devastados como **Francia, Italia, Alemania o Reino Unido**. España quedó fuera de esta ayuda por **su apoyo tácito a las potencias del Eje y su falta de libertad religiosa**. Sin embargo, sí recibió posteriormente **800 millones en ayudas desde Washington, 500 de ellos a fondo perdido**.

Gracias a ello, el régimen franquista pudo **actualizar su industria y modernizar un país que había quedado muy atrasado** tras los efectos de la Guerra Civil y su durísima posguerra. ¡Bienvenido Mr Marshall! *El desarrollismo franquista marcaría las primeras bases del europeísmo y la mejora de relaciones internacionales. Eso sí, el camino hacia la recuperación de la democracia y los derechos civiles iba a ser todavía bastante largo.*

ADHESIÓN INMEDIATA DE UCRANIA A LA UNIÓN EUROPEA: ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 1 de marzo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional #DerechoInternacional
#DerechoInternacionalPúblico

En medio del conflicto bélico que enfrenta a Ucrania con Rusia y tras la imposición de severas **sanciones** impuestas a esta última por parte de la comunidad internacional, el día 28 de febrero de 2022, el presidente ucraniano Volodymyr Zelensky **ha solicitado formalmente** el ingreso inmediato de Ucrania en la UE mediante una tramitación exprés.

No obstante, sin perjuicio de la excepcionalidad de los tiempos en los que se solicita, no ha de olvidarse que la adhesión de un Estado a la UE está sujeta a una serie de normas concretas.

Así, indica el artículo 49 del **Tratado de la Unión Europea** que

*«Cualquier Estado europeo que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Se informará de esta solicitud al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. El Estado solicitante dirigirá su solicitud al Consejo, que se pronunciará por **unanimidad** después de haber consultado a la Comisión y **previa aprobación del Parlamento Europeo**, el cual se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Se tendrán en cuenta los **criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo**. (...)»*

Del contenido de ese artículo se observa que: por un lado, el Estado debe respetar los principios recogidos en el art. 2 TUE; a saber: «(...) **respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías (...)**»; y, por otro lado, ha de reunir una serie de criterios de elegibilidad, denominados como «*criterios de Copenhague*», que consisten, a *grosso modo*, en:

1. La existencia de instituciones estables que garanticen los principios del art. 2 TUE.
2. Una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la UE.
3. La capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, incluida la capacidad para poner en práctica de manera eficaz las normas, estándares y políticas que forman el «acervo comunitario», y aceptar los objetivos de la unión política, económica y monetaria.

Igualmente, en lo que aquí interesa, el art. 49 TUE establece el procedimiento para la adhesión, cuyos pasos podríamos resumir de la siguiente manera:

- Solicitud de adhesión como miembro de la UE dirigida al Consejo e informada al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales de cada Estado miembro.
- Aprobación de la solicitud por mayoría del Parlamento Europeo.
- Previa consulta con la Comisión y aprobación unánime por parte del Consejo.

Precisamente, la intención del Ejecutivo ucraniano consiste en acelerar el anterior procedimiento lo más rápido posible. No obstante, si bien es cierto que no existe un plazo determinado relativo a la adhesión de un Estado a la UE, dicho proceso toma un tiempo considerable.

Así, más allá de los posibles problemas que pudiera suscitar el cumplimiento por parte de Ucrania de los principios del art. 2 TUE y los criterios de Copenhague, las negociaciones entre la UE y el Estado en cuestión suelen demorarse varios años.

- Primeramente, el país debe adquirir el estatus de «*país candidato*» en base de un dictamen elaborado por la Comisión Europea a raíz de su solicitud de adhesión a la UE; valorándose el cumplimiento de los «*criterios de Copenhague*» e iniciándose las propias negociaciones de adhesión una vez se tome una decisión unánime en el Consejo. En este sentido, Ucrania ha firmado un **acuerdo de asociación** con la UE pero todavía no posee el estatus de país candidato -cuestión que, al momento de redactarse este artículo, se está tratando ahora mismo en el Parlamento Europeo-.
- Ya posteriormente se iniciaría el proceso de adaptación de la legislación nacional al conjunto de las normas comunitarias.
- Una vez finalizado todo, se produciría la propia adhesión a la UE.

Para poner de manifiesto la lentitud de la adhesión, sírvanse los ejemplos de Estonia y de los actuales países candidatos.

- La ex-república soviética Estonia solicitó su adhesión a la UE en noviembre de 1995, iniciándose las negociaciones en diciembre de 1997 y formalizándose su adhesión el 1 de mayo de 2004.
- Algunos países actualmente candidatos a adherirse a la UE, como Serbia, solicitaron su adhesión en diciembre de 2009, iniciándose las negociaciones de adhesión en 2014, que sigue vigentes a día de hoy.

En definitiva, se observa que la adhesión inmediata de Ucrania a la UE no está exenta de óbices procedimentales que dificultan la inmediatez del proceso. Todo ello sin perjuicio de las excepcionales circunstancias en las que se produce la solicitud, el **apoyo de ciertos Estados miembros de la UE a la inmediata adhesión de Ucrania a la UE**, así como la **predisposición de algunos**

dirigentes europeos favorables a tal adhesión; circunstancias que podrían dar lugar a una excepción a la regla general.

¿PUEDEN EUROPA Y ESPAÑA REDUCIR SU DEPENDENCIA DEL GAS RUSO?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 7 de marzo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

El estallido de la guerra y la **invasión rusa en Ucrania** han provocado grandes cambios en la **política de la Unión Europea**; pero sobre todo, ha repercutido directamente en los bolsillos de los consumidores. El **sector** energético es ya uno de los más perjudicados por el conflicto, particularmente en lo **referido al gas natural**. Según datos ofrecidos por el **informe BF Statistical Review of World Energy 2021**, **Rusia** es, de largo, el principal **suministrador de Europa**, vendiendo al Viejo Continente el **78% de su gas (184,9 miles de millones de metros cúbicos al año)**.

Sin embargo, la dependencia no es igual en todos los países. En el **este de Europa, Ucrania y las repúblicas bálticas alcanza un 100%**; mientras que en **España**, esta relación no llega al **10%**. En el **este y centro de Europa, Moscú** tiene una posición de fuerza y por tanto, un arma geopolítica utilizada en anteriores ocasiones. Además, los **gasoductos discurren por Ucrania** de camino al resto de Europa y en los días anteriores al conflicto, **ya se produjo la explosión de un gaseoducto en el Dómbas**.

El precio de los **futuros holandeses TTF de gas natural** se ha situado en **192,55 euros**, un máximo histórico. La previsión es que pueda subir todavía más, si continúan las **hostilidades en Ucrania**. La respuesta de la UE al conflicto ha sido

armar una **batería de sanciones económicas a Rusia**, con la exclusión de siete bancos del sistema internacional de pagos SWIFT y la congelación de activos del banco central ruso. Sin embargo, **el gas y el petróleo han quedado fuera** de estas sanciones, con el objetivo de que **Europa tuviera asegurada su energía**.

El problema es que en los círculos de poder del **Viejo Continente y la OTAN** se debate la idea de bloquear también **la compra de gas (y petróleo) a Moscú**. Por sí sola, esta medida suscita reacciones diversas en las principales potencias.

– **Alemania, como líder de la UE**; se ha mostrado en contra de este veto. Se puede entender su posición, vista su **dependencia con Rusia** y su historial de relaciones con el territorio euroasiático. Sin ir más lejos, el ex canciller alemán **Gerhard Schröder** es ahora directivo de la petrolera rusa **Gazprom**

Pero pese a lo que podría parecer, **Berlín ha cambiado su punto de vista** con el nuevo liderazgo del socialdemócrata **Scholtz**. La suspensión del **Nord Stream II**; **un proyecto de gaseoducto directo entre Rusia y Alemania**, a través del **Mar Báltico** y evitando el territorio de **Ucrania**, lo deja claro. Sin embargo, el país teutón **no puede permitirse en ningún caso aislarse de Rusia a corto plazo**. De ahí su negativa.

– **Estados Unidos**, por otro lado, es el más interesado en que se produzca este bloqueo, puesto que saldría totalmente beneficiado. **Sin Rusia, Europa** debería mirar más al **Gas Natural Licuado de Washington**, aunque desembolsando más dinero. Según Gas Industrial, **España ya paga hasta un 40% más caro el gas procedente de EEUU que el de Rusia**. Para transportarse más fácilmente, el GNL necesita volver a estado gaseoso a través de **regasificadoras**. En este último punto es donde España puede tener un papel importante.

– Países como **Australia y Qatar** han ofrecido enviar reservas adicionales de **GNL a Europa**.

EUROPA MIRA A ESPAÑA PARA REDUCIR LA DEPENDENCIA DEL GAS RUSO

Con **Europa** decidida a **reducir su dependencia de Rusia**, la **Península Ibérica** es una excepción. España importa casi todo su gas desde Argelia y **tiene la mayor capacidad de regasificación de toda Europa (35%, según datos del Gas Infrastructure Europe (GIF))**. Así lo demuestra la reunión que Pedro Sánchez tuvo con la presidenta del parlamento europeo, Úrsula von der Leyen

-España posee **seis plantas de regasificación** en Barcelona, Cartagena, Huelva, Sagunto (Valencia), Mugaros (A Coruña) y Bilbao.

– Por contra, **el país tiene un notable déficit de infraestructuras de transporte**. Es decir, puede almacenar gas, pero no transportarlo por gaseoductos. Las **únicas conexiones terrestres con Francia** se encuentran en el **País Vasco** y en **Navarra**. También existe una vía importante por **Cataluña**, aunque se utiliza el puerto de Barcelona.

– La solución pasa por aumentar **la capacidad de estas infraestructuras**. En ese sentido, el **proyecto Midcat pretende conectar España y Francia por Cataluña** mediante un gasoducto. Acordado por **España, Francia y Portugal** y suspendido más tarde por **cuestiones técnicas de los reguladores español y francés**; el proyecto duplicaría la capacidad de transporte, de **8 miles de millones de metros cúbicos a 17**.

España es un proyecto de futuro para capitalizar el gas natural en Europa, pero necesita instalaciones para convertirlo en realidad. Ello requiere acuerdos políticos y público-privados de calado. Sin embargo, un pequeño esfuerzo a corto plazo quizá suponga un beneficio a largo.

EL PAPEL DE LAS MUJERES EN LA GUERRA DE UCRANIA

IHOR FETSYAK SENKIV

Publicado el día 8 de marzo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

Alcanzadas casi las dos semanas desde el inicio de la guerra entre Ucrania y Rusia y con motivo del Día Internacional de la Mujer, conviene analizar el papel de las mujeres en el conflicto bélico que enfrenta a ambos países.

Así, el inicio de la guerra ha originado que más de millón y medio de ucranianos abandonaran el territorio nacional hacia países vecinos, como Polonia. Pues bien, como consecuencia del **decreto firmado por Volodymyr Zelenskiy ordenando la movilización general de los hombres en edad de servir en el Ejército**, los hombres entre 18 y 60 años se ven impedidos de abandonar las fronteras de Ucrania; por lo que el **éxodo afecta en su mayoría a las mujeres, niños y ancianos.**

La huida de la guerra **no es agradable**, dado que aumenta la dependencia en las autoridades del país de acogida. Por otro lado, rehacer sus vidas no es tarea sencilla al verse limitada su inmersión laboral a **trabajos precarios y diferentes de sus profesiones**; todo ello, sin mencionar la inicial barrera cultural y lingüística.

No obstante, la situación es radicalmente distinta entre las que optan por quedarse o bien son incapaces de huir de zonas de combate (p.ej. Kyiv o Jarkiv); encontrando diferentes casos.

Así, además de dar cobijo a sus familiares en zonas más seguras, muchas son las ucranianas que han decidido ayudar en la defensa del país.

Desde el ámbito civil, han aparecido **numerosas imágenes** de ucranianas preparando los llamados «*cócteles Molotov*» ante un inminente ataque de la artillería rusa. Igualmente, se han viralizado vídeos de mujeres **plantando cara a militares rusos**.

Por otro lado, desde el lado militar, ha de destacarse que ya a finales de 2021 se introdujo la **obligatoriedad de inscribir a las mujeres ucranianas aptas para el servicio militar en el registro de las Fuerzas Armadas**; para que, en caso de guerra, quepa también su movilización.

Igualmente, su presencia militar ha crecido desde el inicio del conflicto en el Dómbas, constituyendo actualmente las mujeres entre el **10 y 15% de las Fuerzas Armadas**.

En definitiva, su papel va más allá de las cuestiones humanitarias o de seguridad -p.ej. huir hacia zonas lejanas de la guerra-; destaca su presencia militar y ayuda en la creación de armas de protección civil frente a posibles ataques militares rusos.

EL ESTADO Y SU RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. LAS REPÚBLICAS POPULARES DE DONETSK Y LUHANSK

JOSÉ ANTONIO CALZADA ÁNGELES

Publicado el día 11 de marzo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

El Estado, para ser sujeto en el Derecho Internacional (DI) necesita de una serie de elementos y del reconocimiento internacional. Tradicionalmente, el sujeto principal que ejerce derechos, contrae obligaciones y se relaciona con otros sujetos ha sido el Estado. Históricamente se ha considerado como un orden interestatal, pero actualmente esto ha ido cambiando por la aparición de agentes NO estatales con mucho peso y Organizaciones Internacionales (OOII) con grandes competencias y capacidades para ordenar las relaciones internacionales.

No existe una definición clara de Estado en ningún texto internacional, sin embargo, existe una descripción que fue dada de manera jurisprudencial en la sentencia del 1 de agosto de 1929 del tribunal arbitral mixto germano-polaco para el asunto *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft contra estado polaco*. Esta fue utilizada en posteriores textos y dicha caracterización expone los siguientes **elementos** como constitutivos de un Estado:

- 1) Población permanente
- 2) Territorio determinado
- 3) Gobierno

4) Capacidad de relacionarse con otros Estados

La **población** se refiere al conjunto de personas que, de modo permanente, habitan el territorio del Estado unidas a este por el vínculo de la nacionalidad. Consideraciones sociológicas como la magnitud, la homogeneidad étnica, cultural, lingüística, etc., no son tomadas en cuenta.

El **territorio**, se refiere al espacio físico sobre el cual; la organización estatal ejerce sus potestades, excluyendo cualquier ejercicio de estas por parte de otro Estado. La configuración del territorio es irrelevante a ojos del Derecho Internacional. Es decir, da igual si es constituido por islas o no tiene continuidad la extensión del territorio. El territorio incluye otros espacios aparte del terrestre, como son el espacio marino y el aéreo, donde ejerce al máximo las competencias soberanas. La delimitación precisa de las fronteras no supone un obstáculo para la constitución de los Estados, ya que la fijación de estas o modificaciones de las mismas pueden surgir en momentos posteriores a la constitución del Estado. Lo único que se exige es que exista una consistencia apropiada de las fronteras, aunque no haya sido precisamente delimitadas.

El **gobierno**, consiste en la organización política del Estado. Se trata del conjunto de instituciones u organismos que son capaces de ejercer la actividad de la soberanía de manera efectiva. Por un lado, de las actividades y funciones de regulación de cara al interior y por otro, de las funciones exteriores, mediante la creación de normas jurídicas. Las características o cualidades de estas organizaciones políticas pueden ser criticadas o marginadas en el ámbito internacional, pero no por ello significa que no sean constitutivas de un Estado válido en la comunidad internacional (CI). Las políticas internas de un Estado son exclusividad propia del Estado en el ejercicio de su soberanía, incluso si de esta deriva la vulneración de obligaciones del DI. En este último caso, podemos hablar del reconocimiento por parte de la CI de ese Estado, como sujeto válido para entablar relaciones.

La **capacidad de relacionarse con otros Estados**. Básicamente aquí entra en juego la percepción del resto de sujetos del orden internacional. En teoría, la agregación de estos elementos constituye un Estado, por lo tanto, sujeto válido en el DI. No obstante, los diferentes sujetos que componen la CI pueden decidir si se relacionen con este o si reconocen la existencia de tal Estado.

El **reconocimiento del Estado** consiste, en que el resto de la CI acepta o se dirigirá a este Estado como un sujeto investido de capacidad jurídica en el DI. Acto que previamente debe constatarse que reúne los elementos para considerarse Estado como requisito previo.

Un Estado puede surgir de manera *ex novo*, a partir de Estados preexistentes o por la desintegración o extinción de un Estado.

- a) *Ex novo*: creación de un Estado sobre un territorio no ocupado por ningún otro con anterioridad
- b) A partir de Estados preexistentes: caso de la secesión de un parte de un conjunto estatal o por la agrupación de varios territorios o Estados en uno solo
- c) Desintegración o extinción de un Estado previo: caso de un conjunto estatal que se divide en varios Estados nuevos

El acto del reconocimiento puede ser considerado como un **acto declarativo** o un **acto constitutivo**.

Considerado con valor declarativo, consiste en que el resto de los sujetos "constatan" la existencia de tal Estado de *iure* que reúne los elementos de la estatalidad a través de un acto libre.

Entendiéndose como acto constitutivo, el Estado no puede ejercer ninguna de las capacidades que caracterizan a los Estados hasta que el resto de la CI no le reconozcan los elementos y funciones estatales. Sin embargo, es considerado sujeto si reúne los elementos antes citados. Esta aproximación tiene

connotaciones más bien políticas y prácticas, ya que se trata de algo discrecional y libre por parte de los Estados, puesto que, algunos sí optan por relacionarse, mientras que otros no, pero en ningún caso lo inhabilita *ipso iure* para no ser considerado sujeto internacional.

Estas dos aproximaciones no restan significado a que se trata de un **acto jurídico**, y que según califica el Instituto de Derecho Internacional, solo el autor del reconocimiento se verá vinculado por él, dando lugar en ocasiones a reconocimientos parciales o hechos que solo existan respecto a unos y no frente a otros.

La tendencia en la actualidad señala que se está optando por el acto con valor constitutivo. Se ve por la insistencia los nuevos Estados en reclamar el reconocimiento de Estados y OOII.

El reconocimiento se puede producir de diversas formas. Puede ser **individual** o **colectivo**, **expreso** o **tácito**. Individual se trata del caso en el que un Estado reconocido se dirige de manera directa frente a este nuevo Estado entablado relaciones. La manera colectiva puede darse en situaciones en las que se celebran tratados multilaterales o la incorporación de este nuevo Estado a OOII. El reconocimiento sería **expreso** cuando se realiza un acto formal como una nota diplomática o una declaración. Sería **tácito** cuando de un hecho de un Estado se deduce que se está relacionado con el Estado nuevo. Esto se produce con las siguientes situaciones: celebración de un Tratado, intercambio de agentes diplomáticos, apertura de embajadas, adhesión de este a un Tratado o incorporación a OOII.

La forma más recurrente del reconocimiento suele ser de manera expresa e individual.

En la CI existe una doctrina que opta por el NO reconocimiento, estableciéndose así, un deber jurídico de manera indirecta en contraposición de un deber que opte por el SÍ reconocimiento.

La consolidación de esto se debe a que el no reconocimiento se entiende en tanto como una sanción internacional cuando se comete un ilícito internacional o se contradice una norma jurídica: a) prohibición del uso de la fuerza, b) principio de no intervención que afecte la integridad territorial e independencia de un estado y c) el derecho de autodeterminación de los pueblos (solo a casos sometidos a un proceso de descolonización).

En los casos en los que existe más consenso a la hora de no reconocer a los Estados es cuando se produce uso ilícito de la fuerza, fuera de los supuestos que propugna la Carta de Naciones Unidas.

En la actualidad los nuevos Estados a surgir en la esfera internacional han sido las autodenominadas **Repúblicas Populares de Donetsk (RPD)** y **Luhansk (RPL)** en la región del Donbás, en el este de Ucrania. El reconocimiento de estas se aprobó el 21 de febrero de 2022 en la Duma estatal rusa y en ese momento se firmaron tratados de amistad y cooperación entre Rusia y las nuevas repúblicas.

Con lo que hemos visto en este artículo podemos hacer un pequeño análisis y estudio, en primer lugar, sobre si reúne los elementos que lo constituyen como Estado, y en segundo, advertir si la doctrina del NO reconocimiento tiene lugar aquí. Lo primero será determinar si concurren los elementos estatalizadores, pudiendo ser esto polémico; debido a que la independencia de las repúblicas está en entredicho ya que la injerencia rusa es palpable: recordemos que hace falta un gobierno, territorio y población.

Respecto a lo segundo, podemos ver que, a la luz de los hechos; ha existido un uso ilícito de la fuerza, así como una vulneración de la integridad territorial de

Ucrania. Por estos motivos la CI no opta por el reconocimiento de estos Estados afirmando hasta cierto punto la ilegalidad, tanto, de la existencia de las repúblicas de manera independiente, como la justificación del uso de la fuerza para su consolidación.

Únicamente han sido reconocidas por Rusia, Nicaragua, Siria, y las limitadamente reconocidas repúblicas de Osetia del Sur, Abjasia y Artaj.

En el resto del mundo existen otra serie de Estados sin reconocimiento alguno o reconocimiento limitado:

Kosovo: Reconocido por 113 países de la ONU entre los que no se encuentra España. Es un territorio que se encuentra en la actual Serbia y que declaró su independencia en 2008 tras haber participado en la guerra en 1999.

Abjasia: Es reconocida por 5 países de la ONU. Se encuentra en el Cáucaso y formaba parte de la República de Georgia hasta que en 1992 declaró su independencia y tras la guerra ruso-georgiana de 2008 expulsó a las tropas georgianas.

Osetia del Sur: También reconocida por 5 países de la ONU. Se declaró independiente de Georgia en 1991 y tras la guerra de 2008 se desligó de las fuerzas georgianas en el territorio.

Chipre del Norte: Reconocida solo por Turquía. Se encuentra en la República de Chipre que tras su independencia, Turquía dio un golpe de estado cuando se celebraba en la isla un referéndum sobre la posibilidad de unirse a Grecia teniendo como resultado la división de la isla en 1983.

República de China (Taiwán): Heredera de la República de China cuyo gobierno tuvo que huir a la isla tras perder contra las fuerzas comunistas en guerra civil china (1927-1937). La facción comunista asumió el poder en el continente

fundando la república Popular de China (RPC). En 1971 la RPC sustituyó a la República de China como representante ante las Naciones Unidas. Solo 13 miembros de la ONU la reconocen como heredera de la china histórica. La gran mayoría de la CI la reconoce como parte de la RPC.

República Árabe Saharaui Democrática (RASD): El Sáhara Occidental es un territorio al sur de Marruecos junto a la costa atlántica. Fue abandonado por España en 1976 y ocupado por este primero que lo reclama como suyo. La RASD fue proclamada por el Frente Polisario en 1976 y 84 miembros de la ONU lo reconocen como independiente. La gran mayoría de integrantes la ONU lo declara territorio ocupado; por lo que no reconocen ni la soberanía de la RASD ni de Marruecos. Está en la lista de Territorios No Autónomos del Comité de Descolonización de la ONU.

Artaj: Territorio dentro de la República de Azerbaiyán que en 1991 se declaró independiente de esta. La guerra del Alto Karabaj (1988-1994) tuvo como resultado esta república y solo la reconocen Abjasia, Osetia del Sur y Transnistria.

Transnistria: Territorio al este de Moldavia y frontera con Ucrania. Declaró su independencia de Moldavia en 1990 y afirmando su voluntad de incorporarse a Rusia. No es reconocido por ningún país de la ONU salvo Abjasia, Artaj y Osetia del Sur.

Armenia: No es reconocido por Pakistán en apoyo a Azerbaiyán, por la guerra en Nagorno Karabaj.

Chipre: No es reconocida ni por Turquía ni por Chipre del Norte.

Corea del Norte: Tras la división de la Península en 1948, no ha sido reconocida por Corea del Sur, Japón y Taiwán.

Corea del Sur: No es reconocida por Corea del Norte.

Israel: No es reconocido por 28 países de la ONU muchos de los cuales pertenecen a su vecindad árabe. El Estado de Palestina reconoce a Israel e Irán, de reconocer al país, ha pasado ahora a no reconocerlo.

República Popular China: No es reconocida por Taiwán ni por los países que reconocen a este como representante único de China. Posee un puesto permanente en el Consejo de Seguridad.

Estado de Palestina: Apenas controla territorio, el cual, está ocupado por Israel salvo Cisjordania y Franja de Gaza donde la Autoridad Palestina ejerce funciones administrativas. Es reconocido como Estado por 138 países, los mismos votos que recibió en 2012 cuando se le admitió en la ONU como Estado Observador.

Somalilandia: Territorio que se encuentra situado dentro de la República de Somalia cerca del Golfo de Adén y que en 1991 declaró su independencia. Es el único Estado que no posee ninguna clase de reconocimiento.

ESPAÑA DEJA DE LADO AL SÁHARA SIN CONSEGUIR COMPROMISOS REALES DE MARRUECOS

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 21 de marzo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

España ha tomado la decisión más importante en política exterior de las últimas décadas: reconocer la propuesta marroquí para la **autonomía del Sahara Occidental**. El acuerdo, suscrito por países como **Francia o EEUU**, contempla que la **ex colonia**, pendiente de descolonización, se convierta en una especie de **Comunidad Autónoma** marroquí. La medida ha provocado la **respuesta rápida de Argelia**; principal valedor del **Sahara Occidental** y país del que **España** exporta la mayoría de su gas. **Argel** ha llamado a su embajador a consultas y está decidida a **subir el precio del gas exportado a España** como represalia. Lo más llamativo es que **Madrid** no ha conseguido compromisos escritos bilaterales de **Marruecos**, solo promesas.

Jose Manuel Albares, ministro de Exteriores del gobierno de **España**, afirmó el pasado viernes que la autonomía saharauí era una «base seria, realista y creíble» para solventar el problema. La antigua colonia española fue abandonada por el **régimen franquista en 1975**, cuando **Marruecos** organizó su '**Marcha Verde**' para ocupar el territorio. Lógicamente, los saharauis nunca aceptaron esta medida y el asunto derivó en una guerra de **baja-media intensidad entre el Sahara Occidental y Marruecos**. **España**, que todavía figura como potencia administradora del territorio según la **ONU**; abandonó a los que

eran sus compatriotas. **Naciones Unidas, Argelia y el propio Sahara** siempre apostaron por un **referéndum de autodeterminación** para solventar el conflicto, algo a lo que **Marruecos** se ha negado sistemáticamente.

La **decisión fue criticada** por todos los restantes partidos políticos, **aliados o no del Gobierno**. Desde la derecha llovieron reacciones previsibles: **el PP criticó que el PSOE** ni siquiera hubiera avisado al principal partido de la oposición. **VOX se sumó a las críticas**. Tampoco gustó nada a la izquierda del **PSOE**, con **Yolanda Díaz** calificando la decisión de «**absoluto error**» o **Bildu**, pidiendo «explicaciones». España, un país que tradicionalmente ha **acogido a niños saharauis** en verano y con fuertes vínculos hacia el territorio, mayoritariamente no ha entendido la decisión.

UN CONFLICTO A TRES BANDAS, FUERA DE LOS FOCOS

En la actualidad, el **Sahara** está realmente dividido en **dos zonas**. **Marruecos** ha ocupado y controla gran parte de las fronteras formales del país, **incluida la capital El Aiún**. Detrás de un muro se encuentra el territorio de la **República Árabe Saharaui Democrática**, controlado por el **Frente Polisario**. Esta organización surgió para **defender la independencia del Sahara Occidental** y todavía sigue combatiendo. Salvando las distancias, podría ser una situación equiparable a la ocurrida en el **Dombass desde 2014**, con una **guerra de trincheras interminable**. Aunque las televisiones no informen masivamente de ello, **el reino alauita se ceba con civiles saharauis**.

La **crisis hispano-argelina-saharaui-marroquí** comenzó a fraguarse en marzo del pasado año, cuando el **Hospital San Pedro de Logroño** acogió a **Brahim Gali, líder del Frente Polisario y aliado de Argelia**. Esta acción no gustó nada a Marruecos, que organizó una rápida respuesta en forma de **guerra híbrida**, con **la entrada masiva de más de 5.000 inmigrantes hacia la ciudades de Ceuta**. Un salto multitudinario autorizado por las autoridades, que abrieron **las vallas fronterizas**. No es la primera vez que los gobernantes juegan con la

desesperación de la gente para conseguir sus objetivos. Ya ocurrió en **Turquía** con los **refugiados sirios** y en **Bielorrusia** con los **afganos**.

Es conveniente tener en cuenta que **Marruecos mantiene una política exterior ciertamente irrendentista** respecto a varios territorios españoles. El reino quiere las **dos ciudades autónomas** y aunque más sibilinamente, también **las Canarias y sus aguas territoriales**. Sin embargo, **Rabat** también es un **aliado estratégico para Madrid**, en cuanto al control de la seguridad y la migración irregular. Mientras los sucesivos políticos españoles han proclamado su neutralidad, **'off the record'** se han **inclinado hacia Marruecos**. Hay demasiados **intereses económicos, estratégicos y geopolíticos** que atan a ambos Estados. Por tanto, la decisión puede ser nueva en público, no así en privado.

Tampoco se puede olvidar **el papel de Argelia** en este conflicto. La relación entre **Argelia y Marruecos no pasa**, ni mucho menos, por su mejor momento. El pasado **31 de octubre**, **Argel cortó a Rabat su principal gaseoducto** debido a «prácticas hostiles», afectando también a España. Ambos Estados se encuentran en una situación de escalada diplomática y militar. **La guerra estuvo realmente cerca** durante el pasado mes de octubre y la enemistad continúa en la actualidad...

LOS RIESGOS DEL ACUERDO Y LAS RAZONES ESTRATÉGICAS

Si España reconoce al Sahara como una autonomía marroquí, **¿qué ofrece a cambio Marruecos?** Según el gobierno español, el «**compromiso de respetar la integridad de Ceuta y Melilla**» y la cooperación mutua reforzada en **términos de seguridad y terrorismo**. Los compromisos referentes a las ciudades autónomas no aparecen reflejados en los comunicados oficiales.

Rabat, fuerte diplomáticamente **pese a tener un PIB 11 veces menor** que el español; ha conseguido que **España** le suministre el gas previamente distribuido por **Argelia**. Esto permitiría a **Marruecos saltarse el veto** y provocará todavía más tensiones entre **Argel y Madrid**. En un caso extremo, un corte de

suministro **obligaría a España a buscar alternativas en el Gas Natural Licuado de EEUU**, mucho más costoso.

En cuanto a las razones estratégicas, **Madrid** puede querer **solventar sus problemas en África y centrarse en Europa, con la invasión rusa de Ucrania** todavía en vigor. **España** desea influir más en la **UE y la OTAN**, en un contexto de guerra económica total contra **Rusia** y su entorno. Tras casi medio siglo, los políticos y diplomáticos quieren **dar carpetazo al Sahara**. Sin embargo, será difícil lograr la paz sin contar con **los propios saharauis**. Por tanto, será difícil que **el desierto de Tinduf** deje de tener influencia en la política nacional.

ISLA ENERGÉTICA Y ECONOMÍA DE GUERRA: ESPAÑA AFRONTA LA TORMENTA PERFECTA

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 31 de marzo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

El pasado 25 de marzo, **la Unión Europea consideró a España (y Portugal) una isla energética (su nivel de interconexión gas-electricidad con el resto de Europa es solo del 2,8%)**. Debido a esos inconvenientes, el Gobierno español consiguió lo que quería: **poder intervenir unilateralmente el mercado eléctrico nacional**, disparado debido a las externalidades producidas por la guerra de Ucrania. **Madrid se apuntó una victoria diplomática** que estuvo en el aire hasta el último segundo. Finalmente, tanto **Pedro Sánchez**, presidente del Ejecutivo español; como su homólogo portugués **Antonio Costa**, se salieron con la suya.

El objetivo último de ambos gobiernos es hacer que **el gas no sea la referencia** para el precio de la luz. Esto es lo que ocurre en el mercado de la UE y conlleva dos consecuencias: **eleva el precio para los consumidores y amplifica la rentabilidad para las empresas eléctricas**, con los llamados '**beneficios caídos del cielo**'. El gas es la fuente de energía **más cara** para producir electricidad, pero las empresas suelen utilizar otras, como las **hidráulicas**, las **renovables** o las **nucleares**, más baratas. De esta forma, las compañías pueden maximizar su beneficio. Cumplir este objetivo dependerá del bloque comunitario; así que, por el momento, la lupa estará en horizontes más realistas.

La próxima tarea para el Gobierno español (y el luso) será **presentar a Bruselas su plan de intervención** del mercado eléctrico. Si la **UE lo apoya**, las medidas extraordinarias podrán adoptarse **hasta el 30 de junio**. El Ejecutivo español tiene varias opciones, como **topar los precios, aumentar la cantidad impositiva a las eléctricas, desligar el gas de la electricidad** como forma de cálculo o la más factible; **actuar sobre la tributación de los beneficios caídos del cielo**.

Y es que según adelantó este miércoles El País, buen conocedor de los asuntos de Moncloa; el Ejecutivo español limitará las ganancias extraordinarias de las eléctricas. Para ello, **aplicará una minoración (reducción) de los beneficios de las eléctricas a partir de los contratos que se firmen o renueven a un precio superior a 67 euros/MWh**. Esto es, que los proveedores asuman una parte de la subida del recibo eléctrico, haciendo que la factura sea menor para el cliente. Según apunta la **OCU** (Organización de Consumidores Unidos), la factura media para **un hogar con tarifa regulada** se elevó a **143,03 euros** durante el mes de marzo.

Con el objetivo de reducir las consecuencias para los clientes y especialmente los más vulnerables, el Gobierno mantendrá además **la reducción de la fiscalidad** que ya aprobó durante el pasado verano. Tal y como ha anunciado el Ejecutivo, las medidas se mantendrán hasta el 30 de junio: **reducción del IVA al 10%, supresión del impuesto sobre la producción (7%) y reducción del 5,11% al 0,5% del impuesto especial a la electricidad**.

De cara a los más vulnerables, se ampliará la **cobertura del bono social eléctrico**, con un descuento del 60% para colectivos vulnerables y un 70% para colectivos vulnerables severos.

ECONOMÍA DE GUERRA Y MEDIDAS DE URGENCIA

El elevado precio de la luz supone solo un problema de los múltiples nubarrones que azotan a la sociedad española. Algunos, agravados por la guerra de Ucrania y otros, presentes ya desde hace varios meses en la economía.

Se está formando una tormenta perfecta:

- La **inflación se sitúa en el 9,8%**, un **máximo de hace 37 años**, con una **subida del 3% intermensual**, a la cabeza de los países desarrollados. Aunque el Ejecutivo atribuyó el **73% de esta subida a la invasión rusa de Ucrania**, los datos contradicen esta postura. Antes del estallido del conflicto, este indicador se situaba **al 6%**.
- La **tasa de paro**: según datos de Eurostat, España se sitúa en un **12,6%** en febrero, la mayor de la UE. En cuanto a paro juvenil (**menos de 25 años**), el índice se disparó al **29,8%**.
- La **deuda pública** asciende al **118,4% del PIB**, tal y como indica un **estudio del Banco de España**. De ella, el 106,2% proviene solamente del Estado central.
- El **precio de la gasolina ronda ya los 2 euros por litro** en la mayoría de estaciones de servicio de España. Consecuencia directa de la guerra de Ucrania y las sanciones a Rusia.

La mala coyuntura económica, el desgaste de dos años de pandemia y la guerra de Ucrania han llevado a la población al **estallido social**; con dos focos importantes: por un lado, las protestas del **mundo cazador-agrícola-ganadero** por unos precios justos y por otro, el **paro de transportistas**, que está ocasionando escasez de alimentos como arroz y leche en algunos supermercados. Otros sectores como la pesca, la ganadería o la industria también están viéndose afectados, en un '**efecto contagio**' indudable.

Para intentar calmar la situación, el Gobierno ha puesto en marcha algunas medidas, adaptadas a la economía de guerra y que estarán en vigor desde el 1 de abril hasta el 30 de junio:

- **Rebaja de 20 céntimos por litro en la gasolina** para todos los automovilistas, conductores y profesionales. De estos, **15 los pondrá el Estado y 5 las gasolineras más grandes**. En el caso de las gasolineras medianas y pequeñas, el Estado se hará cargo de los 20 céntimos.

- **16.000 millones de ayudas:** 6.000 de ellas serán directas y 10.000 a partir de créditos ICO (avales con condiciones más ventajosas).
- **450 millones de ayuda directa** para los transportistas: 1.250 euros por camión, 900 por autobús, 500 por furgoneta y 300 por taxi, VTC o ambulancia.
- Ayudas por sectores: **362 millones de euros** para la **agricultura y la ganadería**, **68 millones** para la **pesca** y **500 millones** para la industria con alto consumo energético.
- **Mejora del Ingreso Mínimo Vital en un 15%** y ampliación del **Bono Social Eléctrico** a 600.000 familias.
- Limitación de la **subida del alquiler al 2%**, aunque podría ser mayor si se negocia.

UN HORIZONTE GRIS TRAS VARIAS CRISIS NO RESUELTAS

La economía española se enfrenta a una nueva crisis económica de **proporciones difíciles de calcular**. Lo hace sin haber superado los efectos de la **crisis del coronavirus (2020-2021)** y sin una recuperación idónea de la **Gran Recesión de 2008**. El riesgo es evidente y las autoridades deberán estar a la altura si quieren evitar circunstancias extremas, como un rescate a la griega. Solo el tiempo dictará sentencia.

¿QUÉ ES UN PUENTE AÉREO MILITAR Y CÓMO SURGIÓ?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 1 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

El aire ha supuesto un **elemento capital** en todas las operaciones militares a **partir de la I Guerra Mundial**. Una vez que el ser humano pudo dominar los cielos, las consecuencias fueron bestiales en el campo de batalla. **Bombardeos a gran escala, ciudades como Gernika o Durango reducidas a escombros, una nueva dimensión de las batallas...** En este contexto, el **puente aéreo** es una de las operaciones más destacadas. Si quieres saber qué es y cuáles fueron sus orígenes, abre esta ventana de Lato Senu hacia la historia.

Un **puente aéreo** es una **operación logística en la que un área ubicada en un territorio hostil es tomada, permitiendo** que nuevas tropas puedan aterrizar, asegurando los efectivos humanos y sus suministros y permitiendo futuras operaciones militares en la zona. Para llevarla a cabo, se establece una **cabeza de puente**. Esta se logra mediante **un asalto rápido de tropas aerotransportadas, mediante helicópteros y paracaidistas**. Es habitual que se desarrollen en **aeropuertos** o instalaciones similares, puesto que permiten un aterrizaje posterior de medios de transporte más convencionales.

Hay que tener en cuenta que este tipo de operaciones **resultan bastante caras**, por lo que no suelen utilizarse con frecuencia. Actuar por tierra o mar siempre supone menor gasto. ¿Entonces, cuál es la ventaja de emplear el aire? Pues

la **rapidez y sorpresa**, cualidades que pueden pillar al enemigo desprevenido. También suele usarse como último recurso, **cuando el territorio pretendido está sitiado por tierra y mar**.

Una vez que los soldados han conseguido llegar al sector escogido, también deben hacerlo sus suministros. A partir de aquí, se presentan varias opciones:

– **Aterrizar en el aeropuerto, helipuerto o zona de fácil abordaje**: esto se realiza cuando el control de la zona está asegurado y por tanto, se puede garantizar la seguridad del envío.

– **Lanzamiento de suministros desde el aire**: si no se puede aterrizar, los aviones dejan caer los suministros en paracaídas al suelo. Esto puede ocurrir a una altitud normal o a altitud reducida. Este último caso se produce cuando el área de maniobras no es tan amplia, debido a, por ejemplo, la presencia cercana del enemigo.

EL PRIMER PUENTE AÉREO DE LARGO ALCANCE DE LA HISTORIA, EN ESPAÑA

La primera operación de estas características ocurrió en **España**, desde julio **hasta octubre de 1936**. Tras unos meses muy tensos que marcaron **el final de la II República**, el **bando sublevado (nacional)** protagonizó **el 18 de julio un golpe de Estado frente a la legalidad republicana**, cuyo fracaso originó la **Guerra Civil**. El pronunciamiento tuvo **éxito** en algunas zonas de España (**Castilla La Vieja, Galicia, Álava, Canarias, Baleares, Navarra o el Marruecos español**), pero otras regiones continuaron fieles a la **República (Andalucía, Madrid, Extremadura, Castilla La Nueva y todo el Levante)**. La ciudad de **Sevilla** cayó para el bando nacional, con **Queipo de Llano** a los mandos, pero completamente rodeada de terreno republicano.

El **general Franco** quería desembarcar en **Sevilla** desde el **protectorado de Marruecos**, pero tenía graves dificultades sobre el terreno. Si bien los regulares africanistas se habían sublevado mayoritariamente, **la Marina y la Aviación seguían del lado de la República**. Con el mar y el aire bloqueados en el **Estrecho de Gibraltar**, el bando sublevado tuvo que buscar ayuda en las potencias más

similares ideológicamente: la **Italia fascista de Benito Mussolini y la Alemania nazi de Adolf Hitler**. Se gestó así el **Puente Aéreo del Estrecho**.

La ayuda aérea ítalo-alemana resultó clave para que las **tropas africanistas pudieran pasar el Mediterráneo** y comenzar así sus operaciones sobre la **Península Ibérica**. Para ello, utilizaron especialmente el **Junkers Ju-52 alemán** (también hubo ayuda italiana). Las aeronaves germanas transportaron **14.000 militares durante 10 semanas y fueron claves en la victoria del futuro franquismo**. Nunca se había dado una operación de ese calibre en la historia.

CÓMO DOMINAR EL MUNDO: LA TEORÍA DEL HEARTLAND

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 5 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

La **geografía** resulta clave para entender el mundo en el que vivimos, las relaciones entre los diferentes países y las posibilidades que tiene un determinado Estado de alcanzar la supremacía mundial. Diferentes factores, como la **población, la capacidad de expansión cultural, los recursos naturales de los que disponga o su capacidad militar; son importantes**. Sin embargo, una de las métricas que puede decantar la balanza es la cantidad del territorio que disponga un país. La **teoría del Heartland (corazón de la tierra)**, explica los ingredientes necesarios para conquistar el mundo. ¿Quieres saber más sobre ello? Sigue leyendo.

La teoría del **Heartland** fue propuesta en 1904 por el **geógrafo inglés Halford John Mackinder (1861-1947)** y su idea principal es la siguiente: quien domine **Eurasia podría aspirar a dominar el mundo**. Para desarrollar su planteamiento, divide el mundo en tres zonas, del centro a la periferia:

– La **Isla Mundial**: se trata de la suma de Europa, Asia y África. Aunque pueda pasar desapercibido, los tres continentes forman una isla gigante. Juntos suman **más de 6.500 millones de personas**, superando el 80% de la población mundial. Asimismo, disponen de una gran cantidad de recursos y capacidad para dominar el mar y la tierra.

Aquí donde se encuentra el Heartland. Según Mackinder, esta zona clave va «**desde el río Volga al Yangtsé y de los Himalayas al Ártico**». La porción de tierra coincide casi totalmente con los dominios del Imperio Ruso después de la **I Guerra Mundial** y durante la **URSS**.

- **Las islas de ultramar:** Reino Unido, Irlanda y Japón
- **Las islas exteriores:** los territorios continentales de **América del Norte, Sudamérica, Oceanía y el resto de islas** del planeta.

Cabe resaltar una frase que resume **su pensamiento (1919)**, en la obra **Ideales Democráticos y Realidad**: «*Quien gobierne en Europa del Este dominará el Heartland; quien gobierne el Heartland dominará la Isla Mundial; quien gobierne la Isla-Mundial controlará el mundo.*»

CONSIDERACIONES Y CONTEXTO DE LA TEORÍA

La teoría del Heartland se desarrolla en un momento donde Europa vive una situación diversa: **Gran Bretaña** se ha convertido en el **Imperio predominante y domina los océanos**, **Rusia** está en plena fase de expansión del Imperio de los Zares, potencias como **Alemania y Francia** se lanzan a la búsqueda colonial (también **Inglaterra**) y antiguos jugadores relevantes como **España o Italia** están en claro declive. Para Mackinder, el poder siempre se ha transmitido mediante un **medio de transporte** a lo largo de la historia:

- Hasta la **Edad Media**, las invasiones mediante **caballos o ejércitos montados** habían sido la forma más eficaz. Por ejemplo, los **hunos** que llegaron a las puertas de Roma. O los **mongoles**, que al mando de **Genghis Khan**, formaron uno de los imperios más extensos de la historia.
- A partir de la **Edad Moderna**, el **mar sustituye a la tierra** como principal vector de progreso. Potencias como **España, Portugal, Inglaterra, Holanda o Francia** consiguen conquistar territorios fuera de Europa. Los pueblos que no se adaptan a estos cambios sufren retrasos y por tanto, son conquistados.
- Tras la **Revolución Industrial**, el invento del **ferrocarril** vuelve a suponer una auténtica revolución. Esta forma de locomoción permite **cubrir más distancia en**

menos tiempo, posibilitando las campañas militares más grandes de la historia en la **II Guerra Mundial**, así como un desarrollo comercial sin precedentes. Un ejemplo de ello es el **Ferrocarril Transiberiano**.

– Lo que **Mackinder** no pudo prever fue la llegada de la **aviación masiva, los misiles de largo alcance y las armas nucleares**, todo ello a lo largo del siglo XX. A pesar de ello, su teoría sigue siendo válida para explicar buena parte de la geopolítica de hoy.

EL IMPERIO RUSO Y EL HEARTLAND

Mackinder, temeroso del poder ruso, ve en este país un posible candidato a la dominación mundial. Hasta el siglo XIX, el heartland (más o menos el **Imperio Ruso**), **no pudo ser conquistado** por una potencia exterior. Para Mackinder, **las barreras naturales** (Siberia, Himalaya, Urales) y la **falta de preparación** de los ejércitos hacían imposible la invasión del heartland. Estos elementos dejarán de estar vigentes con la entrada del ferrocarril.

Napoleón es el primero en desafiar este status quo e intenta la **invasión de Rusia en invierno de 1812**. Más allá de la climatología, su ejército no estaba ni bien preparado ni suministrado. **Sucumbió, sin poder llegar a Moscú**.

Según el autor de esta teoría, este «**corazón de la tierra**» podría convertirse en **predominante** en tres escenarios durante el **siglo XX**. Ninguno de ellos había ocurrido, pero dos de ellos sí se pusieron a prueba:

– **Invasión de Rusia por parte de una nación europea, probablemente Alemania**: «quien controla Europa del Este domina el Heartland». La Alemania Nazi intentó esto en 1941 (Operación Barbarroja), fracasando debido a la fortaleza de la URSS y la crudeza del invierno.

– **Una alianza ruso-germana**: Mackinder preveía una alianza entre el zar y el káiser, ambos sistemas alejados de la democracia. La Alemania Nazi y la Unión Soviética firmaron el pacto Ribbentrop-Molotov en 1939, roto en 1941 con la mencionada Operación Barbarroja.

– **Conquista de Rusia por una alianza sinojaponesa:** de esta forma, se formaría una combinación masiva de poder terrestre-naval.

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA EN LA ACTUALIDAD

Llegado a este punto, **es posible pensar que Mackinder obvió el papel de los EEUU**, no presente físicamente en el Heartland. Sin embargo, una buena razón por la que EEUU domina el mundo, es su **implicación en Europa y Asia**.

– En el transcurso de la **II Guerra Mundial**, mediante el envío de tropas y organización de **dos desembarcos (Sicilia y Normandía)**. Y después del conflicto, con la reconstrucción de Europa mediante el **Plan Marshall** y la creación de la **OTAN** como antagonista del **Pacto de Varsovia**, del **bloque comunista**.

– Durante la **Guerra Fría**, destaca la ayuda a países asiáticos como **Japón, Corea del Sur o Taiwan**, para evitar que cayeran en manos socialistas y ampliar su influencia en esa zona.

– Tras la **caída del régimen comunista (1989-1991)**, los EEUU contribuyeron decisivamente a **desovietizar** las antiguas repúblicas de la URSS y **convertirlas en capitalistas**.

– Actualmente, los **Estados Unidos cuentan con miles de soldados y decenas de bases militares situadas en Europa**, dominando completamente la **OTAN**. Aunque su Estado no esté presente territorialmente en Europa, su política y su **influencia de poder** sí lo han estado durante décadas.

Su principal antagonista es **China**, que controla ya buena parte del Heartland y amenaza con dominarlo completamente mediante dos estrategias:

– **El acercamiento a Rusia:** el pasado 4 de febrero, antes de la invasión rusa en Ucrania; ambos países firmaron un acuerdo de «colaboración sin límites».

– La expansión económica mediante la **Nueva Ruta de la Seda e inversiones:** de la misma forma que EEUU regó económicamente a medio mundo, China quiere expandir su **nueva globalización** y ejecuta inversiones por todo el mundo, especialmente en **África, Asia-Pacífico** y buena parte de **Europa**.

En definitiva, han pasado más de 100 años desde la publicación de esta teoría; pero sus fundamentos **siguen siendo completamente vigentes** para entender la situación actual.

¿VIENE TODA LA INFLACIÓN ESPAÑOLA DE LA GUERRA DE UCRANIA?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 6 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

La guerra de Ucrania ha llevado a Europa a una de sus peores situaciones desde el inicio de la Guerra Fría, provocando un sufrimiento difícil de calcular para su población, así como graves consecuencias sobre las economías española y europea. **Europa, EEUU y Occidente en general renunciaron a responder directamente mediante las armas**, por miedo a un conflicto global (y nuclear). Así que la alternativa que resta es la vía económica, con **cuatro rondas de sanciones de Bruselas hacia Moscú**. Entre las medidas adoptadas, la **exclusión de algunos bancos rusos del sistema de pagos SWIFT y la congelación de sus reservas de oro y los activos del Banco Central Ruso**. Cerca está una quinta ronda de castigo; que implicará probablemente el **embargo del petróleo ruso, no así del gas**.

Dicha batería de prohibiciones sobre la economía rusa ha provocado un **aumento de la inflación en toda Europa**. Según Eurostat, principal fuente estadística de la Unión; el IPC continental se ha situado en un **7,5%** durante el mes de marzo, un **1,6 por ciento más que el mes anterior**. Si bien este es el dato general, hay diferencias entre los diferentes países: **Lituania (15,6%), Estonia (14,8%), Países Bajos (11,9%) y Malta (11,2%)** tienen dos dígitos. **España** es la quinta en esta escala (**9,8%**), bastante por encima de otras potencias como **Alemania (7,6%), Italia (7%) o Francia (5,1%)**. El alza de precios es un problema global, pero no afecta a todos los países de la misma manera.

Puede que estés perdido entre tanta cifra, así que pongamos un ejemplo: ¿qué ocurriría si se mantiene una **inflación media del 5% durante 3 años y contamos con 10.000 euros en efectivo**? Al transcurrir ese tiempo, nuestro poder adquisitivo real habría bajado a los **8573,75**. Es decir, el dinero habría perdido **más del 14 por ciento de su valor**. La inflación no es macroeconomía, es algo que sientes. En palabras más simples, la **compra nos sale más cara**.

EL CASO ESPAÑOL

Pedro Sánchez, presidente del gobierno español, afirmó que la inflación era «**solo responsabilidad de Putin y su guerra ilegal en Ucrania**». Para confirmar esta teoría, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, dirigido por **Nadia Calviño**, sostiene que el **73% del aumento de precios febrero-marzo** se explica por la guerra. Sin embargo, ¿es cierto que la inflación española viene solamente de Ucrania? Un rápido vistazo a las estadísticas desmiente este argumento.

Antes de que Putin colocara sus tropas en territorio enemigo; el **IPC español, definido por el INE, se situó en el 6,1%** durante el pasado mes de enero y **cerró 2021 en una media del 3,09%**. Es decir, ya existía un problema grave de subida de precios en nuestro país, marcado por varios factores previos, rematados ahora con la guerra:

– **La escasez energética**: durante la fase más complicada de la pandemia del coronavirus, la economía mundial sufrió un parón generalizado. Las restricciones de movilidad hicieron que **las industrias petrolíferas y gasísticas redujeran su producción**. Con la llegada de las vacunas y los nuevos tratamientos sanitarios, la gravedad de la enfermedad se redujo y el sistema global pudo recuperar la normalidad. Sin embargo, lo hizo más rápido de lo previsto por las empresas de materias primas. Por lo tanto, **se produjo una escasez en el mercado, lo que elevó los precios del petróleo y el gas** antes de cualquier atisbo bélico en Ucrania.

– **La política zero-COVID en China:** mientras el resto del mundo trataba de reanudar su actividad en 2021, **China sigue hoy en día** imponiendo fuertes normas: **cuarentenas, controles y tiempos de espera en sus puertos**. Esto provocó **un retraso considerable del comercio marítimo global de contenedores**, muy dependiente de **Pekín**. Se generaron así los famosos **cuellos de botella**, extendidos a otros sectores como los semiconductores. Estos problemas continúan hoy.

– **Subida del precio de los alimentos básicos:** el índice de la **FAO**, que controla la evolución de precios de los alimentos mundiales, **experimentó un récord absoluto en marzo de 2020 (140 puntos**, con base 100 en la media 2014-2016). Por poner en contexto, esta cantidad es **3,1 puntos mayor** al anterior pico de este índice, registrado durante la **Primavera Árabe de 2011**. Pero antes de la guerra, ya había alcanzado los 135,4 en enero. Productos como **el aceite (185,9)**, **los cereales (140,6)**, **los lácteos (132,6)** o **la carne (111,5)** ya estaban en **máximos históricos o cerca al comenzar 2022**.

– **La guerra de Ucrania:** indudablemente, tiene y ha tenido su efecto sobre la inflación. El aumento del **2,2% intermensual** en España (**7,6-9,8%**) **ha llevado al índice a niveles no vistos 1985**. Hoy en día, casi nadie duda de que alcanzará los **dos dígitos**.

En definitiva, la invasión rusa de Ucrania es sin duda un **acelerador de la inflación**; pero nunca la única causa.

EL FUTURO: PREVISIONES DE DIFERENTES ORGANISMOS SOBRE LA INFLACIÓN EN ESPAÑA

Diferentes entidades españolas han hecho sus previsiones de cara a la evolución de la inflación:

– **FUNCAS (fundación de cajas de ahorros)** prevé en su **informe de previsiones económicas 2022-23** una **inflación media del 6%** en 2022, para moderarse al 3% en 2023.

– El **Banco de España** es bastante más **pesimista** y cree que la **inflación media en 2022 será del 7,5%**, disminuyendo a partir del tercer trimestre del año.

– **Bankinter**, en su **Informe Trimestral**, calcula un **6,9% de inflación media en España**.

– La previsión más alta entre los organismos más importantes es la de **Equipo Económico**, que sitúa el alza de precios media en un **7,8% durante 2022**. La más optimista, **BBVA Research**, que confía en un difícil **3,2%**.

Ocurra lo que ocurra, parece claro **que perderemos poder adquisitivo durante este 2022 y 2023**. Toca ser consciente de la época en la que vivimos y utilizar la información como arma de prevención ante posibles problemas económicos.

¿QUÉ ES EL EURIBOR Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTANTE?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 7 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

La economía está llena de conceptos básicos: **inversión, tipo de interés, prima de riesgo o euríbor**. Este último término fue famoso durante la **Gran Recesión (2008-2010)** y volvió otra vez al ostracismo en los últimos años. Sin embargo, **la espiral inflacionista** de precios puede hacer que este indicador vuelva a todas las portadas nacionales y europeas. Pero antes de nada, **deberíamos saber qué es el euríbor y por qué debería importante**. Si quieres saber más, sigue leyendo. El **euríbor indica el tipo promedio básico de interés utilizado entre bancos de la UE**. Su media mensual se utiliza como referencia para calcular el interés de los préstamos hipotecarios. Simplificando mucho la situación, **un euríbor alto provoca unas mensualidades más elevadas** y un euríbor más bajo, logrará el efecto contrario. Aunque hay diferentes periodos de medición, se utiliza como referencia la media mensual.

Actualmente, **su tasa a 7 de abril ha marcado un - 0,087%**, mientras que hace tan solo un año estaba a -0,5%. Esto supone un aumento de la cuota hipotecaria para millones de prestatarios. En una situación de incertidumbre e **inflación desbocada (9,8%)**, puede causar serios estragos a los hogares más vulnerables.

EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL DEL EURÍBOR

Desde su **introducción en 1999**, el euríbor **escaló rápidamente hasta el 5% en 2001**, estabilizándose hasta 2008 en el entorno del 2%. A partir de la **Gran**

Recesión, el índice volvió a picos del 5% en el año 2009. Esto provocó una tremenda explosión de la burbuja inmobiliaria en España, puesto que las familias y los propietarios no podían hacer frente a unas hipotecas desbocadas. Para tratar de reaccionar ante esta grave crisis que puso **en jaque varios países (España, Italia, Grecia, Portugal...)** e incluso la **moneda única; el Banco Central Europeo rebajó los tipos de interés (el precio del dinero) prácticamente a cero**, imprimiendo de la nada y utilizando una política monetaria expansiva que todavía hoy; aun con fecha de caducidad, se mantiene.

¿CÓMO SE CALCULAN LAS HIPOTECAS? TIPOS E INFLUENCIA SOBRE EL EURÍBOR

Las entidades bancarias pueden ofrecer hasta tres tipos de hipotecas a sus clientes. Elegir una u otra dependerá de las circunstancias económicas:

Hipoteca fija: el tipo de interés no sufre modificaciones en el largo plazo. Por lo tanto, no se ve afectada por la evolución del euríbor. Esta hipoteca suele predominar cuando los tipos de interés son bajos, puesto que los bancos ganan más dinero con ella.

Hipoteca mixta: el tipo de interés se mantiene fijo durante un periodo inicial, pero posteriormente pasa a ser variable. Este tramo variable se calcula a partir del euríbor + un porcentaje determinado. Por ejemplo, el primer año al 2,5 % de interés y posteriormente, al Euríbor + 0,8%.

Hipoteca variable: el interés siempre varía y por tanto, es totalmente dependiente de la evolución del euríbor. Si este sube, estas hipotecas merecen la pena y son rentables para los bancos.

En el caso de las hipotecas mixta y variable, los bancos suelen colocar límites para el tipo de interés, sacándose así un as de la manga.

- La **cláusula techo** es el valor máximo al que puede acceder un interés. Aunque puede parecer una medida justa para el consumidor, lo cierto es que los bancos elevan este listón para hacerlo prácticamente inaccesible.
- Además, es frecuente que los bancos se aseguren también el cobro mínimo de un interés **con la cláusula suelo**. De esta forma, evitan o reducen el riesgo de que se produzcan hipotecas con un interés negativo.

¿HIPOTECA FIJA O VARIABLE PARA LOS TIEMPOS QUE CORREN?

Es previsible que el euríbor alcance de nuevo terreno positivo en las próximas semanas o meses. Lógicamente, **el interés de los clientes será el contrario al de los bancos**. En tiempos de **intereses bajos, la hipoteca variable siempre sale ganadora**. Y **viceversa, cuando se produce la escalada del Euríbor; será más rentable una hipoteca fija**, al no estar tan sometida a esos vaivenes que pueda experimentar el interés.

Además, hay señales desde el **BCE de una posible subida de tipo de interés** antes de finales de este año. **Christine Lagarde**, su presidenta, ha advertido de que podrían **tomarse medidas excepcionales** para frenar una inflación que **alcanza el 7,5%** en la Eurozona. Si se produjera esta subida de tipos, **por ejemplo de 0,25% o 0,5%**; el euríbor se vería arrastrado a un movimiento paralelo. Esto es lógico, puesto que si el interés global del dinero vale más, el asociado a las operaciones de préstamo también lo hará.

Cuando se produzca una situación de incertidumbre, podemos reaccionar y cambiar nuestro tipo de hipoteca. Para ello, podemos utilizar métodos como la **subrogación o la novación**.

EJEMPLO PRÁCTICO SOBRE TU HIPOTECA

El portal **Euríbor Diario** tiene una **calculadora de hipotecas**. En nuestro ejemplo práctico, tendremos una hipoteca variable de 200.000 euros a 20 años y con un interés anual de euríbor + 1%.

- Si el **euríbor es del 2%**, deberíamos abonar una cuota de 1109,20 euros, con un importe total a pagar de 266.206,85 euros.

- Pero si el **euríbor es del 4%**, nuestra cuota ascendería a 1.319,81 euros, teniendo que satisfacer un importe de 316,778,75 euros.
- Y por último, si el **euríbor es del 0%**, nuestra cuota ascendería a 919,79 euros, teniendo que pagar 220.479,27 euros.

Como puedes ver, **el interés sí importa y mucho.**

LA CONFERENCIA DE YALTA: CAMINO A LA GUERRA FRÍA TRAS LA DERROTA NAZI

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 12 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

El **Siglo XX** es una época llena de **horrores y prodigios** para la humanidad. La centuria es imposible de entender sin las **dos guerras mundiales** y todas las consecuencias que provocaron. Entre ellas, la Conferencia de Yalta, celebrada en la entonces **Crimea soviética del 4 al 11 de febrero de 1945**, justo antes del final de la **II Guerra Mundial**. Duró solo una semana, pero cambió el mundo para siempre y supuso **el comienzo de la Guerra Fría**. Si quieres saber más sobre este acontecimiento, echa un vistazo a Lato Sensu en esta ventana a la historia.

A **principios de 1945, los Aliados** luchaban por derrotar definitivamente a la **Alemania Nazi**. Las tres principales potencias mundiales del momento se reunieron en el antiguo **palacio imperial Livadia**, con el fin de acordar un nuevo orden mundial. **EEUU**, presidido por **Roosevelt**; el **Reino Unido**, liderado por **Winston Churchill** y la **Unión Soviética**, dominada por **Stalin**; querían construir un nuevo tiempo en las relaciones internacionales. Sin embargo, y como se verá más adelante; **el cónclave precipitó la fractura entre la URSS (socialista) y Occidente (capitalista)**, provocando la división del mundo en dos bloques.

Yalta tuvo **consecuencias territoriales** muy importantes en Europa, como la **partición de Alemania**, la «recuperación» de Polonia y un **compromiso soviético de lucha frente a Japón**. En **1944, Churchill y Stalin** pactaron dividir Europa

en «**zonas de influencia**». Esto se tradujo en la **dominación soviética del este de Europa, con gobiernos afines y Estados satélite**.

Las relaciones entre **Gran Bretaña–Estados Unidos** y la **Unión Soviética** nunca fueron ideales. Las diferencias ideológicas eran abismales y la **Unión Soviética, debido a su victoria sobre Hitler en Kursk y Stalingrado a un precio altísimo; se vio con el derecho de controlar el este de Europa. Occidente** no podría negarse a ello, pues a pesar de los desembarcos de **Normandía y Sicilia**; el gran golpe lo asestaron los soviéticos. Ese es el contexto en el que se encuentra **Yalta**.

PRINCIPALES ACUERDOS ALCANZADOS

– **Declaración de la Europa Liberada**: las tres potencias firmantes expresaron su acuerdo para «**asistir a los pueblos dominados por la Alemania nazi y sus aliados del Eje**, resolviendo por vía democrática sus urgentes problemas políticos y económicos [...] «cada pueblo tiene el derecho a elegir el sistema de gobierno mediante el que quiere vivir». Para reforzar las condiciones de estos derechos, EEUU, la URSS y Reino Unido se comprometieron a:

- Establecer condiciones de paz interna.
- Adoptar medidas de emergencia para aliviar la situación de las personas.
- Formar gobiernos interinos que incluyan a todos los elementos democráticos y celebrar elecciones libres.
- **Facilitar el desarrollo de esas elecciones.**

Además, las tres potencias incluyeron su deseo de que el **Gobierno Provisional de la República Francesa**, presidido por **Charles de Gaulle**, se incorporara a este acuerdo.

ALEMANIA CAMBIARÍA POR DÉCADAS

Partición, desarme y desmilitarización de Alemania: se dividió en cuatro zonas (controladas por Francia, Reino Unido, Estados Unidos y la Unión Soviética, respectivamente). Según el tratado, las medidas eran un «**requisito para**

mantener la paz y la seguridad». Dentro de **Berlín**, la propia capital; también habría estas **cuatro zonas** (el embrión del futuro **Muro**).

– **Reparaciones de guerra**: Alemania debería pagar por todas las pérdidas ocasionadas por la guerra, «en primer lugar a los países que hayan sufrido más pérdidas humanas». Las tres potencias propusieron tres formas de abonarlas:

- Requisa de la riqueza nacional (equipamiento, maquinaria, barcos, dinero, inversiones extranjeras, transporte, participaciones en empresas extranjeras).
- El suministro de bienes producidos por un periodo a fijar.
- Mediante la fuerza de trabajo.

– Adicionalmente, se crearía una **Comisión Aliada de Reparación en Moscú**; con representantes soviéticos, británicos y estadounidenses.

– **EEUU y la URSS** acordaron que la cantidad total indemnizada sería de **22 billones de dólares**, de los que el **50% deberían a ir a la Unión Soviética** (fue el país que más bajas sufrió). **Reino Unido** no quiso especificar una cantidad.

RECUPERACIÓN DE POLONIA

– **Establecimiento de un Gobierno Provisional Polaco**, con «todos los elementos democráticos posibles, tanto de Polonia como de polacos que se encuentren fuera de ella». El objetivo será celebrar unas elecciones «lo antes posible», **con sufragio universal, voto secreto y la participación de todos los partidos anti-nazis**».

– **Nuevas fronteras territoriales**: Polonia perdió sus **tierras orientales** en favor de la **Unión Soviética** y a cambio, se la recompensó con antiguas posesiones alemanas: **Lebus, Pomerania, Prusia Oriental, Silesia y Dánzig**. La **Línea Curzón**, como indica la imagen, sería la **nueva frontera oriental** con la **URSS**.

ACUERDO SOVIÉTICO PARA ENTRAR EN LA GUERRA CONTRA JAPÓN

– La **Unión Soviética** declararía la guerra a Japón «**dos o tres meses después de que Alemania se rindiera y se acabara la guerra en Europa**». A cambio, recibiría lo siguiente:

- La preservación de la **República Popular de Mongolia Exterior** (un satélite de la URSS).
- La recuperación de las islas de **Sajalín y las Kuriles**.
- La utilización de infraestructuras de **ferrocarril y puertos en Manchuria (ocupada por Japón)**, mediante la colaboración con **China**.

Por su parte, la **Unión Soviética** se comprometería a trabar una amistad y **alianza con China** para liberarla del «yugo japonés».

EL INCUMPLIMIENTO DE YALTA LLEVÓ A LA GUERRA FRÍA

Stalin se comprometió a permitir elecciones libres en Polonia, Checoslovaquia, Hungría y Bulgaria; territorios ocupados anteriormente por Berlín . Sin embargo, **no lo hizo: suprimió todos los partidos no comunistas** y nunca permitió la celebración de elecciones democráticas. Había urnas, pero la mayoría de partidos estaban ilegalizados.

Este incumplimiento, unido a las **tensas relaciones** entre ambos por motivos **ideológicos, políticos y de pura ambición de poder**; provocó el **Telón de Acero y la Guerra Fría**, acontecimientos que duraron hasta **1991**.

NIETZSCHE Y EL SUPERHOMBRE: MÁS ALLÁ DE LA RELIGIÓN Y LA MORAL TRADICIONAL

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 18 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

Pocos pensadores han influido más decisivamente en la sociedad moderna que el **filósofo alemán Friedrich Nietzsche (1844-1900)**. Independientemente del grado de conformidad con ellas, sus ideas han supuesto un germen para las mejores y las peores intenciones. El **régimen nazi manipuló sus reflexiones** para justificar una dictadura y genocidio abominables, mientras que otros muchos seres humanos han leído su obra con la intención de **mejorar en su día a día y lograr extraer su máximo potencial** en la mayor cantidad de facetas posibles. Si quieres saber más sobre él, continúa esta ventana que Lato Sensu lanza hacia la filosofía.

Una de las teorías más importantes de Nietzsche es la **del superhombre (übermensch)**. Básicamente, este planteamiento confiere a los humanos libertad para imaginar su propia escala de valores, **más allá de los límites impuestos por la religión y la tradición** (en su época, la influencia del cristianismo). El filósofo germano considera que la religión obliga al individuo a seguir una serie de normas y moralidad. Al tener que cumplir todas estas percepciones sociales, el ser humano **no puede desprenderse de todas las cuerdas y vivir realmente libre**.

CLAVES DE LA TEORÍA DEL SUPERHOMBRE

En su libro '**Así habló Zaratustra**', Nietzsche desarrolla las claves de esta teoría, que se fundamenta en varios planteamientos:

– Según su línea de pensamiento, el ser humano se encuentra **a mitad de camino entre el primate y el superhombre**. Atado a ciertas cadenas morales (para él, la religión); no puede alcanzar su verdadero desarrollo. El objetivo que plantea es que **todas las personas superen la existencia de Dios, pudiendo establecer su propia escala de valores y actitudes, sin que exista un «rebaño» que las dicte**. Literalmente, lo expone en la siguiente reflexión: «El hombre es una cuerda tendida entre el animal y el superhombre —una cuerda tendida sobre un abismo. Un peligroso caminar, un peligroso mirar hacia atrás, un peligroso estremecerse y detener el paso».

– El alemán **rechaza el igualitarismo intrínseco**: para él, simplemente ningún ser humano puede ser igual a otro. Por ello, rechaza los movimientos colectivos y su moral asociada. Tal y como reflejan sus obras, percibe el cristianismo como una **«moralidad esclava» y «espíritu gregario»**. Esto alejaría al individuo de alcanzar los objetivos que podría alcanzar, arrastrándolo hacia una actitud conformista y compasiva. Ante todo, es **anti-victimista**: para él, la queja y la resignación no son aceptables.

– **Contra todos los determinismos absolutos**: Nietzsche se muestra en contra de todas las palabras con significado rotundo, como pueden ser raza, patria, religión o estado. Es un individualista a la más pura esencia. Por ello, su vinculación con el régimen nazi carece de sentido.

– **Creencia solamente en lo que se puede ver o percibir con los sentidos**: a diferencia de otros grandes pensadores como **Platón**, el filósofo alemán niega la existencia del alma y solo se fía de lo que pueda percibir con los sentidos.

– **La razón en primer término:** aunque no se excluyen los sentimientos, una de sus prioridades es mantener el control sobre todas las situaciones. En este apartado se percibe la influencia estoica.

EVOLUCIÓN HACIA EL SUPERHOMBRE

Para conseguir ser un superhombre, el ser humano tiene que modificar su antigua moral, atravesando diferentes fases desde **un estado inferior (espíritu) a otro superior (superhombre)**. Para ello, deberá pasar tres transformaciones (camello, león y niño). El uso de los animales es totalmente metafórico:

El espíritu se convierte en camello: el camello es un animal servicial, sometido a las normas y reglas de la sociedad. Su joroba es ideal para llevar las cargas. Sus características son la **resignación y la obediencia ciega**, sin cuestionar la moral tradicional.

El camello pasa a ser un león: esta fiera sí se enfrenta a la moral tradicional. Para conseguirlo, debe superar un dilema interior entre un león y un dragón. **El león quiere soltar las cadenas, pero el dragón le empuja a mantenerse en el redil.** En este punto, el ser humano tiene un cierto grado de autonomía, pero no el suficiente.

El león pasa a ser un niño y se libera: el niño implica un nuevo comienzo, unos nuevos valores. Los infantes necesitan jugar, relacionarse y abrir un mundo nuevo. Su inocencia les permite no seguir ninguna norma establecida, pudiendo disfrutar así de un nuevo mundo. En este punto, **habría 'nacido' un superhombre.**

LA MANIPULACIÓN NAZI SOBRE LA FIGURA DE NIETZSCHE

Pese a que **Nietzsche criticó tanto el racismo como el nacionalismo alemán;** el régimen nazi transformó algunas de sus reflexiones para justificar sus planteamientos. Esta disertación sirvió como pretexto de uno de los **mayores genocidios de la historia**, el cometido frente a la población judía.

Nada de ello habría ocurrido sin la intervención de su hermana **Elisabeth Förster-Nietzsche**. En **1885**, ella se casó con **Bernard Förster**, un maestro de escuela antisemita. Su esposo influyó decisivamente en su idea, tanto que la pareja intentó construir una **colonia puramente aria en Paraguay**. El proyecto **'protonazi' fracasó** y su marido se suicidó en 1889 (otras versiones dicen que fue un infarto).

Elisabeth fundó el **Archivo Nietzsche en 1894** para preservar la obra de su hermano. Tras **la muerte del filósofo en 1900**, su hermana comenzó a tergiversar su obra, vendiendo a su hermano como un nacionalista y un belicista. A lo largo de más de **40 años, manipuló, omitió relatos, ordenó frases a su manera y creó un libro falso «La voluntad de poder»**; provocando una imagen totalmente distorsionada de la realidad. Esto provocó que los sectores más radicales asumieran sus ideales, preparando así el terreno para lo que vendría.

Años más tarde, **Elisabeth se afilió al partido nazi** y puso las ideas de su hermano al servicio de la causa. Términos como el **'Übermensch' (superhombre)** se bifurcaron en **'Undermensch' (hombres inferiores que tienen que ser esclavizados: los judíos, los gitanos, los homosexuales o los inválidos)**. Todo esto se unificó en las **Leyes de Nuremberg (1935)**, convirtiendo a **Alemania** en un auténtico **Estado Racial Ario**. La influencia fue tal que el mismo Adolf Hitler acudió al funeral de **Förster-Nietzsche**.

Una vez pasada la **Segunda Guerra Mundial**, los italianos **Giorgio Colli y Mazzino Montinari** reconstruyeron las nuevas obras completas del filósofo, a partir de sus textos originales. Gracias a su esfuerzo y al de otros posteriores autores, se conoció la realidad de **Friedrich Nietzsche**. Su nombre pudo despegarse también del horror nacionalsocialista y así, su obra pudo **difundirse por el mundo hasta la actualidad**.

¿POR QUÉ ES IMPROBABLE QUE LA UE VETE LA IMPORTACIÓN DEL GAS RUSO?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 26 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

La **guerra en Ucrania** tiene visos de prolongarse en el tiempo, quizá meses o años. Aunque **Moscú ha renunciado**, al menos por el momento, **a tomar Kiev**; las operaciones se intensifican en el **Donbass (Donetsk y Lugansk)**. También en la ciudad de **Mariupol**, donde el **Batallón Azov** resiste en una acería fortificada (**Azovstal**). **Azov** es una de las **fuerzas élite** del ejército ucraniano, con **algunos elementos neonazis**). Precisamente, esta acusación fue uno de los pretextos empleados por **Rusia** para intervenir en **Ucrania**, con los argumentos de «**desnazificación y desmilitarización**». Difícil compaginar este argumento con las barbaridades perpetradas por otros aliados rusos: los **chechenos de Kadirov**, poco apegados a la democracia y a los derechos humanos.

Moscú ha expresado su hoja de ruta: quiere construir un corredor que **quite a Ucrania la salida al mar**: desde **Rusia a Transnistria**, pasando por **Crimea**. **Transnistria** es un territorio perteneciente a **Moldavia** sobre los mapas, aunque en realidad funciona como un **Estado independiente**. Actúa como **satélite de Rusia** y antiguo territorio soviético donde el ejército de la Federación **mantiene tropas de pacificación desde 1991**. La chispa ha prendido allí: **una serie de explosiones** en unos edificios de seguridad podría servir a **Moscú como excusa para abrir un nuevo frente**. El movimiento metería a **Moldavia** (fuera de la **OTAN**) en el conflicto y quizá a su **aliado estrecho**

Rumanía (sí en la OTAN y con bases militares de EEUU). El fuego puede extenderse rápidamente hacia un conflicto más globalizado.

Para evitar una **Tercera Guerra Mundial**, la **Unión Europea y Occidente** han eludido la intervención militar directa y han apostado por dos vías: **la ayuda militar y de inteligencia indirecta y las sanciones**. Hasta cinco rondas ha aplicado la **Comisión Europea** castigando a Moscú. Todo comenzó con **requisas de los bienes del Banco Central Ruso y la expulsión de varios bancos del sistema de pagos SWIFT**. Después, se aplicaron **vetos** sobre algunos productos, como el **vodka** o el **caviar**. Más tarde, los **barcos rusos** fueron prohibidos en muchos puertos europeos. Sin embargo, la **UE** no se ha atrevido a terminar con las exportaciones de gas y petróleo rusas. Y es que precisamente, **los ingresos de la energía permiten a Moscú continuar con la máquina de guerra**.

ALEMANIA, LÍDER DE EUROPA Y SU ESPECIAL RELACIÓN CON LA URSS-RUSIA

Alemania, la mayor economía de Europa (3,5 billones de euros de PIB) y líder de la UE; se ha opuesto radicalmente a este embargo de energía rusa. Las razones son claras: el Estado teutón realiza **compras** de gas ruso por **200 millones de euros**. Pese a sus esfuerzos por reducir la dependencia de Moscú, todavía **un 40% de su gas** procede de la extensa estepa de **Siberia**. No parecen haber alternativas a corto plazo; puesto que **Merkel** ordenó el **cierre** de todas las **centrales nucleares en 2011**, tras el accidente de **Fukushima**. Según la **web especializada Electricity Map**, el **carbón** es importante para **Berlín** (en torno a un **30% diario**). Les queda trabajo para la transición ecológica.

En base a esa dependencia, las **relaciones germano-soviéticas** **germinaron desde los años 60**. En plena **Guerra Fría**, con el **Telón de Acero** y la **división de Alemania** entre la **República Federal Alemana (occidental)** y la **República Demócrata Alemana (oriental)**; todo cambiaría drásticamente. El socialdemócrata **Willy Brandt**, canciller de la **República Federal Alemana entre 1969 y 1974**; puso en marcha la **Ostpolitik** (política del este). Su

objetivo, **normalizar** las relaciones entre un lado y otro del **Muro de Berlín**, reconocerse mutuamente y establecer vínculos con la **URSS**. En la misma época de la crisis de los misiles, **Berlín y Moscú** firmaron **proyectos de gigantes gasoductos** y otras infraestructuras industriales.

UN PUENTE ENTRE ORIENTE Y OCCIDENTE

Pasaron las décadas, pero la **Ostpolitik** no. Especialmente llamativo es el caso del también socialdemócrata **Gerhard Schröder**, **canciller de la Alemania unificada entre 1998 y 2005** y considerado «**el hombre de Vladimir Putin en Alemania**». Amigo personal del tirano y miembro del consejo de administración de la energética Gazprom; viajó a Sochi para reunirse con el líder ruso justo antes de que estallara el conflicto. Tal y como refleja el New York Times, Schröder actuó como lobbista de Moscú «respecto a la misma Ángela Merkel, los conglomerados industriales o los sindicatos». Su objetivo: hacer que **Alemania se atara a Rusia energéticamente**.

Esta dependencia se había incrementado hasta antes de la **ocupación de Crimea (2014)**. Durante el mandato de **Angela Merkel** se terminó el **gaseoducto Nord Stream-1 (2012)**, que transporta gas directamente desde **Rusia a Alemania**, a través del **Mar Báltico y sin pasar por Ucrania**. **Schröder** fue uno de sus grandes impulsores. Esta corriente de gas iba a incrementarse con el **Nord Stream-2**, cuyas obras fueron paralizadas por la **nueva acometida bélica de Moscú contra Ucrania, el pasado 24 de febrero de 2022**. La posición de **Schröder**, más común de lo que podría pensarse; ha pasado a ser **repudiada** por gran parte de los integrantes del **SPD (partido socialdemócrata)**.

El canciller actual, **Olaf Scholz**, ha criticado a **Schröder** por su postura; pero reconoce que no puede deshacerse de la energía rusa a corto plazo. Una postura compartida por su **homólogo austríaco Karl Nehammer**. Mientras las repúblicas bálticas han vetado el gas ruso y apuestan por el Gas Natural Licuado (GNL); muchos países de Europa del Este no pueden deshacerse de la noche a la mañana de su dependencia soviética.

LAS ELECCIONES FRANCESAS, UN ALIVIO

La **quinta columna 'pro-Putin'** es evidente en el corazón de Europa e incluso en **Italia**, pero **un triunfo de Marine Le Pen** podría haber empeorado todavía más las cosas. La victoria final del **centrista Emmanuel Macron (58,5% de los votos)** ha supuesto un alivio de cara a la política europea. Introducir en **París** a una **fervente admiradora de Putin hubiera tambaleado desde dentro los cimientos de la Unión Europea** y dificultado o imposibilitado una respuesta coordinada.

Perder una parte de Berlín y París para intereses europeos hubiera sido demasiado para Bruselas. Cabe esperar que **Alemania** evolucione hacia una **mayor independencia respecto de Rusia**. Sin embargo, **desembarazarse de seis décadas de relaciones** no ocurrirá a corto plazo y por ello, resulta improbable un embargo de gas. Al fin y al cabo, los teutones mandan en la UE.

¿QUÉ ES LA PRIMA DE RIESGO Y POR QUÉ NO DEBERÍA DESCONTROLARSE?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 27 de abril de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

La economía mundial no pasa precisamente por su mejor momento. Elementos como la **inflación, la elevada deuda pública, el Euribor y todas las derivadas de la invasión rusa en Ucrania** complicarán la situación en **Europa**. Sin embargo, otro **indicador** puede condicionar gran parte de los focos en los próximos meses: se trata de la **prima de riesgo**. ¿Quieres saber qué es y qué peligros conlleva? Pues sigue leyendo Lato Sensu en esta ventana a la economía.

La **prima de riesgo es la diferencia de interés** que un país tiene que pagar cuando acude a los mercados a financiarse, en comparación con otro país **más solvente** que actúa como referencia. En el caso de **España y la Unión Europea**; la referencia es siempre **Alemania**, considerada la economía más estable. Para calcular la prima de riesgo de **cualquier Estado de la UE**, se toma el diferencial entre el **bono a 10 años** del país requerido y su equivalente alemana.

Cuanto más alto sea este índice, **más riesgo de impago de deuda tiene un país**. Debido a esto, los inversores pueden obtener un **retorno de intereses más altos**, como contraposición al **riesgo** tomado.

Tomemos un ejemplo práctico:

– **Alemania** paga el **1%** de interés y otro país europeo lo hace por un **2%**. Por tanto, la prima de riesgo sería de **100 puntos básicos (1%)**. Cada punto básico equivale al 0,01%.

También puede aplicarse al mundo de las empresa, midiendo así el valor adicional o 'prima' que pagan por financiarse. Como referencia, se tomarían **las empresas más sólidas del sector interesado**. Al fin y al cabo, la **prima de riesgo es un valor** que proporciona una visión más real de la rentabilidad y los inconvenientes de cualquier inversión en un determinado país.

PASADO Y SITUACIÓN ACTUAL EN EUROPA

Alemania lógicamente es la referencia y a **27 de abril de 2022**, los valores en Europa son los siguientes: **Grecia (223)**, **Noruega (190)**, **Italia (177)**, **Portugal (104)**, **Reino Unido (103)** y **España (99)**. No son valores excesivamente elevados, especialmente si se comparan con la **anterior crisis de 2008**.

Durante la **Gran Recesión (2008-2014)**, el año **2012** fue el más nocivo para este índice: llegó a superar los **3.000 puntos** en una **Grecia que fue rescatada** (lo que implica diferencias del 30% de interés en bonos a 10 años), los **1.500 en Portugal**, alcanzó **636 puntos en España** y más de **500 en Portugal**. La situación de estos países les granjeó el calificativo de **dudoso honor 'PIGS'**, que significa cerdos en inglés. El **sur de Europa** nunca ha brillado por su ortodoxia económica, algo que cabrea especialmente al norte.

¿Cuál puede ser el futuro? Nadie tiene una varita mágica, pero cabe prever aumentos en el precio de los bonos. En nuestro país, el **interés del bono ha escalado desde el 0,4% hasta el 1,8%** en tan solo un año. Además, la deuda pública **alcanzó el 118,4% del PIB en 2021**, siendo el **cuarto más endeudado de la UE según Eurostat**. A **más deuda pública, más dificultad** para pagarla y más desconfianza en los acreedores, que pedirán más intereses por asumir el riesgo

de comprarla. Los próximos meses, especialmente si Putin continúa la guerra, serán cruciales.

LA INFLACIÓN SIGUE DISPARADA EN OCCIDENTE: SUBIDA DE TIPOS INMINENTE DEL BCE

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 19 de mayo de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

La **inflación no da respiro** en casi todos los países desarrollados, muy fomentada por la guerra de Ucrania en las últimas semanas. El **Reino Unido** ha registrado una **tasa del 9% en el mes de abril**, en una cifra que supone una subida del 2% respecto a marzo. Por su parte, **Eurostat** ha publicado los datos **referentes a la UE**, durante el mes de abril. La cifra se sitúa en el **7,4% en la zona euro**, una cantidad similar a la de hace un mes. **Estonia (19,1%), Lituania (16,6%), República Checa (13,3%) y Letonia (13,2%)**; cercanas a Moscú geográficamente, sufren con mucha más intensidad sus efectos. Las menores tasas se encuentran en **Francia (5,4%), Malta (5,4%) y Finlandia (5,8%)**.

La tendencia también es parecida en **EEUU (8,3% en abril**, dos décimas menos que en marzo). Sin embargo, sus causas son diferentes a las europeas. Mientras que en el **Viejo Continente no se ha observado una significativa subida de sueldos**, en **Norteamérica sí se está produciendo**. En 2021, los empleadores pagaron **un 4% más** a sus trabajadores, en un intento de paliar su falta de mano de obra. Un fenómeno conocido como la **Gran Dimisión** recorre la principal economía mundial: muchos trabajadores simplemente se están **negando a trabajar** por debajo de determinadas condiciones. Por el momento, no existe una situación parecida en Europa.

Sea como fuere, la situación ya ha provocado la **reacción de la Reserva Federal**, responsable de la política monetaria estadounidense. **Jerome Powell**, su dirigente reelegido para un segundo mandato; ha comunicado que hará **«todo lo necesario para parar la inflación»**. Esto incluye una subida frenética de los **tipos de interés**, ya comenzada. El **17 de marzo**, los tipos se elevaron hasta el **0,25-0,5%**. El **5 de mayo**, por su parte, la subida fue de **50 puntos básicos (0,5%)**, hasta alcanzar el **0,75-1%**. Las previsiones advierten de que los tipos de interés pueden llegar al 3% antes de acabar el año. Ya no hay dudas, **los halcones han ganado a los palomas**.

Otros bancos centrales han tomado decisiones parecidas. El **Banco Central de Inglaterra** ha seguido el mismo camino, con **cuatro subidas de interés desde el 16 de diciembre de 2021, pasando del 0,10% al actual 1%**. **Canadá** también los ha establecido en el 1% y **Australia** en el **0,35%**. En Occidente y sus aliados, solo Japón aguanta en terreno negativo (-0,1%). La subida de costes-precios es un fenómeno mundial y las reacciones deberán llegar en las próximas semanas o meses.

Además, un fenómeno nuevo amenaza con golpear el sistema económico mundial, **la estanflación**. **Un combo entre alta inflación y nulo crecimiento económico** sería algo realmente difícil de controlar. En estos momentos, existen tres riesgos principales por los que podría aparecer:

- **Subir demasiado rápido los tipos de interés**: si la reacción de los bancos centrales es demasiado agresiva, es muy probable que las economías entren en recesión.
- **El embargo energético a Rusia**: según un estudio del **Bundesbank, Alemania** **decrecería un 2% si prescinde súbitamente del gas de Moscú**. Un embargo al petróleo ruso parece más probable, aunque el acuerdo entre los países de la UE se ha retrasado bastante más de lo previsto. La oposición de Hungría, que obtiene suministros de forma económica gracias a su cercanía al Kremlin, resulta decisiva en este aspecto.

– **La caída controlada de la demanda:** implicaría provocar una recesión, con el objetivo de parar la inflación. En Alemania ya se preparan para esta posibilidad, porque el **Bundesbank habla ya de recesión del 2% en 2022, del 4% en 2023 y del 4% en 2024.** Y todo eso, sin contar un corte de gas.

LAGARDE ELIGE JULIO PARA SUBIR TIPOS

La **UE suele ser más precavida que EEUU** respecto a la política económica. Sin embargo, al BCE no le queda mucho margen de maniobra. **Christine Lagarde**, presidenta de la entidad, afirmó que **«una subida de tipos en julio sería adecuada»**. Y todo hace indicar que **no será la última en 2022.** Además, el BCE también ha anunciado **que parará la compra de deuda soberana en julio.** Esto puede significar un golpe a la línea de flotación de muchas economías. Entre ellas, la española, con una **deuda del 117,7% del PIB**, tal y como indicó el **Banco de España.**

Ahora bien, ¿qué consecuencias podría tener esta decisión para la economía de nuestros bolsillos? El principal impacto se notará en una subida de las hipotecas, **como ya explicamos en este post.** En líneas generales, **prepárate para pagar más por tu hipoteca y trata de cambiarla a plazo fijo.** Vienen meses turbulentos, ya no cabe ninguna duda.

INTRODUCCIÓN AL ARTE OPERACIONAL

(PRIMERA PARTE)

JOSÉ ANTONIO CALZADA ÁNGELES

Publicado el día 13 de octubre de 2022

#Artículo #AnálisisInternacional

PLANOS ESTRATÉGICO, TÁCTICO Y OPERACIONAL

Dentro de la teoría militar, los grandes campos de estudio históricamente han sido la estrategia y la táctica. Estos dos conceptos tratan de diferenciar dos elementos compartidos y complementarios entre sí dentro del campo de batalla, el nivel estratégico y el nivel táctico y que se refieren en esencia a la planificación de los conflictos armados. En ocasiones estos términos dan lugar a confusión y muchas veces nosotros mismos los aplicamos en nuestro día a día, ¿pero están bien utilizados?

Como todo, estos conceptos tanto en el plano teórico como en el práctico han sufrido evoluciones. Ambos tienen una serie de objetivos a alcanzar y, por ende, unos métodos para su consecución.

La **estrategia** busca un objetivo final, determinante y decisivo. Entendiendo la guerra como la entiende Carl Von Clausewitz¹⁰⁰, cuyos conocimientos en ciencia militar quedaron plasmados en su libro *De la Guerra*, «la guerra es la continuación de la política por otros medios». Es decir, la guerra busca un

¹⁰⁰ CARL VON CLAUSEWITZ (1780-1831) militar y pensador prusiano y principal teórico de la ciencia militar moderna.

objetivo político de extrema necesidad o de carácter vital para un estado y es en estos términos donde opera la estrategia militar. La estrategia respondería a todas esas acciones que llevan a un estado o a un mando en guerra a planificar, diseñar métodos y capacidades que le permitan obtener esos resultados. Suele ser un plano transversal en el que operan de manera conjunta varios elementos como la sociedad, la economía, la política y por supuesto el militar.

Mientras tanto, la **táctica** es el desempeño militar de las unidades en el campo de batalla. Se trata de un plano inferior que de cuyo éxito depende el éxito estratégico, pero no lo determina (con esto en mente veremos cómo ha ido evolucionando la sinergia entre estos dos planos). En este plano es clara la observancia de las victorias y las derrotas y donde una concatenación de estas en un sentido u otro determina la victoria o derrota estratégica, es decir, ganar o perder una guerra.

Antiguamente, una batalla determinaba una guerra, en este sentido, la táctica y la estrategia eran hasta cierto punto una misma entidad, con el progreso económico, el desarrollo industrial y la extensión del conflicto a mayores territorios involucrando a más personas, consecuentemente implicó la extensión del conflicto en tiempo y espacio haciendo que estos dos planos se diferenciases más. Podríamos simplificarlo en que la estrategia se refiere a la guerra y la táctica a la batalla.

Como hemos señalado, la extensión de los conflictos creaba una brecha entre un plano y otro, pues ya la guerra no se reducía a una batalla o serie de batallas, sino a campañas enteras que había que sostener en el tiempo y el espacio, pero que a su vez eran diferenciadas de otras en un mismo conflicto, por lo que de alguna manera había que conectar ambos planos y es por lo que se define un nuevo nivel militar sumado a estos dos ya clásicos. Surge de esta manera el **plano operacional**¹⁰¹ y al igual que las batallas o plano táctico, una guerra se

¹⁰¹ El concepto aparece descrito como tal por primera vez por militares y teóricos soviéticos durante los años 20 para explicar cómo se conectan los objetivos estratégicos con los éxitos tácticos en las operaciones militares.

compondría de varias campañas que a su vez encerraría varias batallas y el éxito en estas batallas determinaría el éxito de estas campañas cuyos éxitos podría decidir la balanza en el plano estratégico y decidir de esta manera la guerra.

El plano operacional pretende dilucidar las líneas gruesas que expresa la estrategia y darles un sentido práctico. Se trata de traducir el objetivo estratégico en una serie de acciones conjuntas donde entraría el juego el nivel táctico, diseñando, planificando y dirigiendo todas las acciones militares que serían necesarias para conseguir ese objetivo. Sin embargo, el plano operacional se caracteriza por el dinamismo que ofrecen los factores operacionales que son, el **terreno, el espacio y la fuerza propia**.

El estudio y el análisis de estos factores permiten a los líderes operacionales planificar campañas, estableciendo objetivos de carácter operacional. Todo ello determina cómo se va dirigir una campaña militar dotándola de apoyos en forma de inteligencia, logística y reservas con el fin de alcanzarlos. Surge de esta manera el concepto de **Mando y Control** (*Command and Control*) que es el órgano encargado de las tareas orientadas a la conducción de las **operaciones**, dotando de herramientas y medios al plano táctico teniendo siempre como guía el plano estratégico.

Una vez introducido el plano operacional, si la estrategia se refiere a planificación militar y la táctica a desempeño militar, la operación se refiere a conducción militar y es este el punto de partida donde comenzar a entender este concepto y como muchos lo describen, como un auténtico **arte**, pues con base en un ejercicio de interpretación de las consignas estratégicas se crean diseños y planeamientos que ningún otro ámbito humano es capaz de concebir en cuanto a dimensiones e intensidad.

ARTÍCULOS DE OPINIÓN

DEBEMOS ¿VULGARIZAR? EL DERECHO

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 28 de agosto de 2021

#Opinión

Cada vez que intento redactar un artículo o post para Lato Sensu me encuentro con una constante. Algo que no me parece, ni de lejos, normal pero que, si que a mi parecer puede suponer una barrera de entrada, un obstáculo para el acceso al conocimiento. El Derecho, como rama del conocimiento, requiere de una dedicación continuada para consolidar su entendimiento, para poder entender el porqué de la interpretación consolidada en una u otra resolución jurisprudencial. Ello sin olvidar la fuerte tendencia investigadora en ramas del conocimiento jurídico de nueva aparición. Lo que se conoce como *Derecho Digital*, al que tantas veces hago referencia y que, aunque parezca algo moderno, sus raíces se encuentran enterradas en lo más profundo del derecho civil, al menos la parte funcional y más cercana a los usuarios.

La espectacularidad de este "nuevo" sector suele estar vinculada con la cercanía a las nuevas tecnologías, la aparición de la Sociedad de la Información y de la Web 2.0, pero también se encuentra estrechamente unida a la figura de la persona destinataria de estos servicios, lo que tendemos a conocer como "usuario" registrado o, más bien, la punta de lanza para poder incardinar el Derecho de Consumo dentro de esta nueva rama jurídica. ¿Dónde quiero llegar con esto? Os preguntaré. Me gusta resumirlo de la siguiente forma. "Ni todo lo nuevo es novedoso, ni todo lo novedoso es nuevo". Cada año vemos como

productos tecnológicos se promocionan con unas características similares dejando de lado la innovación en su más puro estado pero, ¿Dónde radica esta diferencia entonces?

Cuando se presenta por primera vez un producto en el mercado podemos hablar de algo "novedoso", sin embargo, cuando se presenta la secuela a este producto con una serie de mejoras pero sin romper el esquema ya construido por la promoción del producto germen, entonces, hablamos de algo "nuevo". Lo mismo ocurre con algunos aspectos del Derecho Digital y seguirá ocurriendo con las sucesivas apariciones de cuestiones jurídicas en el futuro. Muchas de ellas encontrarán origen en los bloques generales del Derecho ya sentado mientras que, otras muchas, requerirán de investigación, de un método de estudio y análisis "*novedoso*".

Y llegados a este punto ¿Qué tiene todo esto que ver con la vulgarización del derecho? Desde que finalicé el Grado en Derecho he valorado en muchas ocasiones cómo poder acercar todo lo que a mi parecer resulta interesante dentro del mundo jurídico a personas que, o bien desconocen la existencia de este campo o bien son legas en la materia y que, por tanto, desconocen el total funcionamiento del ordenamiento jurídico en cuestiones tan cotidianas como el uso de una red social. Y por eso lanzo una pregunta generalizada ¿Es posible dar a conocer el Derecho sin caer en la vulgarización del mismo? ¿Es incompatible la explicación general del derecho sin caer en latinismo y tecnicismos excesivos que comporten una curva de aprendizaje desmedida?

No entendería la vulgarización absoluta de la terminología legal en tanto la propia solemnidad de este lenguaje es inherente a su naturaleza. Sería como retirar parte de sus características más vitales que le permiten mantenerse dentro del léxico legal y, a la par, mantener un cierto nivel de comprensión general para todas las personas legas en la materia jurídica. Es por ello que, a medida que avanzamos en la modernización y digitalización de la sociedad, y en tanto el Derecho es un "ser vivo" adaptativo al entorno social, económico,

demográfico, político y a un sinfín de factores añadidos, éste ha de evolucionar en su más pura expresión, que no es otra que el lenguaje y terminología.

Esta adaptación no viene motivada por el azar sino que, ya desde el año 2002, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia contenía una serie de directrices suficientemente claras a la hora de abordar la comprensibilidad de la Justicia y del lenguaje jurídico. Pero esta labor de modernización no quedó aquí y continuó, ya en 2009, con la constitución de la Comisión de expertos de Modernización del Lenguaje Jurídico, hecho promovido por el propio Ministerio de Justicia. Las funciones que se le atribuían eran más que claras y su motivo quedaba reflejado en el Informe emitido por la Comisión en 2009, en el que rezaba lo siguiente:

Las quejas formuladas ante el Servicio de atención al ciudadano del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) indican que el lenguaje jurídico es críptico y oscuro, y que resulta incomprensible para el ciudadano, especialmente en aquellos procedimientos en los que no es preceptiva la asistencia letrada.

Precisamente en este informe se contenían una serie de consideraciones o "Guidelines" a seguir por los profesionales y a las instituciones a la hora de comunicar el lenguaje jurídico al particular no familiarizado con la complejidad de este léxico. Y ya no solo hablamos de términos "vagos" o "ambiguos" sino que incorpora la variable de utilización de tecnicismos y aforismos latinos más allá de los límites contextuales que pudieran preverse para los mismos, o en otras palabras, sin caer en el estilo coloquial del lenguaje, abordar cuestiones del día a día jurídico aplicando, en la justa medida, los tecnicismos y aforismos propios del lenguaje legal sin caer en un lenguaje oscuro, opaco e incomprensible para el particular lego en la materia.

Incluso, es fácil encontrar esta pretensión de adaptación práctica en el Reglamento de organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto el

2 de junio de 1944. La reforma operada en este Reglamento a través del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, alteró levemente la redacción del artículo 148 del Reglamento que, aun sin ver cambiado sustantivamente su contenido, dispone lo siguiente:

[...] Los instrumentos públicos deberán redactarse empleando en ellos estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.

Sumado a todo esto, en 2017 se publicó **el Libro de estilo de la Justicia**, dirigido por Santiago Muñoz Machado, que iría más allá del mero análisis del uso del lenguaje jurídico hasta el estudio pormenorizado de la estructura de la oración dentro del documento legal.

Con estos antecedentes entiendo posible la extracción de **dos ideas clave**; la primera de ellas, el Derecho y el lenguaje jurídico son dos caras de la misma moneda. Desprender al Derecho de su lenguaje propio supondría “desvestirlo” hasta el punto de desnaturalizarlo. Y en segundo lugar, considero que, más que vulgarizar el Derecho lo que debería hacer es culturizar lo coloquial, hacer que no se entienda el comprender el ámbito jurídico como un obstáculo insalvable sino como un tema novedoso e interesante, acercarlo al público a través de los nuevos medios y hacer conocedores a la pluralidad de las personas de nuestra sociedad que el Derecho vive junto con todos nosotros, nos rodea y nos acompaña.

A modo de conclusión, creo que el Derecho, sobre todo la rama del conocimiento jurídico con un enfoque mucho más tecnológico y digital, ha de adaptarse a las nuevas realidades y medios de difusión con los que puede llegar a contar. La figura del “divulgador jurídico” va a consolidarse en los próximos años como un modo mucho más cercano de dar a conocer el mundo jurídico en su conjunto a

la población. Y es precisamente a través de medios como este dónde se puede encontrar esa brillantez investigadora que junto con la divulgación pueden fortalecer los pilares para una nueva forma de entender, mostrar y dar a conocer el Derecho. Y precisamente, en este caso, no hablamos de vulgarizar el Derecho sino de adaptarlo a nuestra "Nueva Normalidad".

COMPARTIR CONOCIMIENTO ¿VALE LA PENA?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 29 de septiembre de 2021

#Artículo #Opinión

Estoy seguro de que todos nosotros, en algún momento, nos hemos llegado a preguntar ¿Y si escribo? ¿Habrá alguien dispuesto o dispuesta a leerme? Esta ha sido mi pregunta durante los últimos años a la hora de valorar escribir un "post" de ámbito jurídico para cualquier blog en el que se me invitaba a colaborar. Aunque este tipo de preguntas han ido desapareciendo para dejar espacio a la pregunta de ¿valdrá la pena compartir este tipo de contenido?

Tanto en Instagram como en el resto de plataformas de compartición de contenido la efectividad de las publicaciones queda, aparentemente, medidas en *likes*, número de *shares* y comentarios enlazados a cada publicación pero ¿es este el verdadero alcance de cada una de estas publicaciones? Decir que todo esto no importa sería mentir a cara descubierta pero también es cierto que tener un comentario positivo, un razonamiento o apertura de debate acerca del contenido de un post resulta casi tanto (o más) enriquecedor que un aumento de las estadísticas de una web o de una cuenta en una red social. No obstante, volvemos a retomar la misma cuestión ¿vale la pena compartir conocimiento?

Mi respuesta es absolutamente afirmativa. A pesar de todas las aristas que pueden encontrarse a la hora de investigar los infinitésimos regímenes jurídicos y encajes normativos que se plantean ante cada caso, ante cada circunstancia o resolución analizada, sin tener todo esto en cuenta, con todo el trabajo que implica, la posibilidad de poder escribir sobre lo que nos gusta, sobre lo que nos

apasiona, sobre lo que conocemos y sabemos de primera mano creo que supera con creces todos los obstáculos que pueden aparecer, y que desde luego lo hacen, desde la búsqueda de información más primigenia hasta el punto final de cada post o artículos.

A pesar de no ser algo más allá que un mero artículo de opinión, invito a todas aquellas personas interesadas en el estudio de un ámbito jurídico (o no tan jurídico) concreto a azuzar las ascuas del interés, esa pequeña llama que tenemos todos dentro y que, de vez en cuando, no está de más agitar hasta conseguir un estallido flamígero de creatividad y motivación capaces de opacar cualquier crisol.

EL ABOGADO ¿PERFECTO?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 2 de enero de 2022

#Artículo #Opinión #Derecho #Sociedad

He llegado a ese punto en el camino en el que hablar del ejercicio de la abogacía se me antoja difícil sin poner varios interrogantes sobre la mesa. Quizá, el más importante de todos ellos es ¿Existe el abogado perfecto? Un abogado que cumpla a la perfección todos los parámetros existentes que acompañan al ejercicio de la abogacía y que, a su vez, los cumpla con un rigor absoluto, casi divino.

Obviamente no. Hace escasos días pude acabar *"El abogado líder"* de Juan Gozalo Ospina (@juangoospina) y coincido plenamente en su análisis en referencia a los tres elementos principales que todo abogado debe tener/poseer o cultivar; y que no son otros que el CONOCIMIENTO – sobre su ámbito de estudio y de trabajo – ORATORIA – un buen abogado debe ser un buen comunicador para hacer valer el derecho de defensa- y, por último, pero no menos importante, capacidad de REDACCIÓN – que resulta indispensable en el ejercicio diario de la abogacía. Y, ciertamente, recomiendo la lectura de *"El abogado líder"*, más aún si eres, como yo, estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía y deseas el día de mañana dedicarte al ejercicio, con independencia de la rama del Derecho a la que dediques tus esfuerzos futuros. En pocas páginas es capaz de concentrar la pasión suficiente como para relegar a un segundo plano todas tus dudas y cuestiones actuales y centrarte en objetivos a corto-medio plazo.

Si bien es cierto que el ejercicio profesional de la abogacía es una labor que requiere de una dedicación continua, no es menos cierto que, en la realidad, la labor que desempeñan los profesionales de la abogacía – y que espero, el día de mañana llevar a cabo – extralimita, en muchas ocasiones, las consideraciones de las reglas técnicas por las cuáles habrán de guiar sus actuaciones, esto es, por el Código Deontológico de la Abogacía Española. Esto no es, ni mucho menos, una crítica al Código Deontológico– a pesar de que disienta respecto de ciertos aspectos sobre la publicidad del ejercicio profesional en una sociedad dónde el marketing WOM (*Word Of Mouth*) ya no es tan efectivo como antes, entre otros asuntos – al contrario, pero la búsqueda del abogado perfecto es, ya no una utopía, sino un camino interminable; y quiero matizar esto.

A pesar de compartir la división que hace Juan Gonzalo Ospina de los tres elementos nucleares que todo abogado ha de considerar, considero que, al menos uno de ellos, es inabarcable. Como toda opinión, tendrá sus detractores y sus defensores, pero considero que quizá, el punto crítico se encuentra en la **SED DE CONOCIMIENTO**. Y la pregunta que le sigue es un claro ¿Por qué? ¿Por qué el conocimiento y no el desarrollo de capacidades de oratoria o de redacción? ¿Por qué no el perfeccionamiento de la capacidad de transmitir?

Nuestro camino, desde el comienzo del Grado en Derecho tiene dos vertientes claramente marcadas. La vertiente más “teórica”, el estudio del negro sobre blanco; y la vertiente “práctica” dónde aplicamos el papel a la realidad y vemos como, en numerosas ocasiones, la realidad supera a la ficción.

Para ejemplarizar esto me gusta hacer referencia a la SAP de Barcelona 105/2014, de 11 de marzo de 2014 (Rec. 423/2012); la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso presentado por una consumidora que encontró un tornillo en la masa de una pizza al considerar que la mujer tiene derecho a ser

resarcida (daños morales) por "*perturbación y angustia*" provocada por el incidente. Por casos como este, la *Justicia* es maravillosa.

Como decía, nuestro camino parte del conocimiento y, lógicamente, el germen de nuestras funciones nace y se reproduce a partir del conocimiento del mundo jurídico y del ordenamiento vigente. ¿Dónde está entonces el fundamento de todo esto? El ordenamiento jurídico es un ser vivo que se multiplica constantemente. Nace, entra en vigor, se modifica y se deroga. Ese círculo provoca que nuestra labor formativa no cese nunca. Más aún si añadimos como punto de partida el cambiar de la jurisprudencia.

Sin duda alguna, la creciente digitalización e introducción de las IT (*Information Technologies*) en el mundo jurídico es otro reto a salvar por los juristas (y la Administración de Justicia, en términos generales) lo que, no sólo incorpora un nuevo ámbito o sector del conocimiento jurídico, sino que amplifica los ámbitos más tradicionales con la inclusión de nuevas realidades a considerar.

Nunca está de más recordar el artículo 3.1 del Código Civil para combatir aquellas perspectivas opuestas a la dinamización del Derecho. Como decía, el Derecho es un ser vivo que evoluciona junto con la sociedad, a pesar de que luego ésta involucre o haga un mal uso de las herramientas que desarrolle:

"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

Concluyo, de forma un tanto abrupta a mi pesar, que el término acuñado por Dworkin sobre el todopoderoso "*Juez Hércules*" aplica, sin lugar a dudas, al jurista del Siglo XXI, salvando las distancias con la aplicación inicial de dicho concepto. De esta forma, el jurista actual – y por ende, el abogado- ha de conocer la ley, sus fundamentos y principios y, a la par, ser capaz de trasladar

ese conocimiento eminentemente "teórico" a la plasticidad social, identitaria, filosófica y cultural reinante.

Si bien es cierto que, a diferencia del Juez, el jurista no es el operador jurídico que dicta sentencia o fallo sobre el asunto, no es menos cierto que su hacer es clave para la determinación y calificación de un hecho concreto en un contexto espacio-temporal determinado. Esta es una de las partes esenciales del derecho a una tutela judicial efectiva, contenida en el artículo 24 de la Constitución Española, que a su vez, engarza con el artículo 120.3 de la Constitución ("*3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*") y que se encuentra reflejada en el artículo 209 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) entre otras.

El abogado perfecto es una idea, es una aspiración. No tanto un objetivo alcanzable sino un "mentalidad" que difiere entre unos y otros juristas con lo que, es lógico que una y otra opinión tenga más o menos apoyos. Soy fiel defensor de que cada jurista puede alcanzar esta meta, con independencia del camino que haya escogido y las condiciones que haya tenido que sobrellevar. Todos elegimos nuestro camino, lo allanamos o lo dificultamos con nuestras decisiones pero, son estas decisiones las que nos acaban fortaleciendo como juristas, abogados y personas; todos podemos llegar a ser los abogados perfectos, tan solo necesitamos esfuerzo, constancia y dedicación.

LA JUSTICIA NO ENTIENDE DE EDADES

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 25 de enero de 2022

#Artículo #Opinión

Hace unas semanas se publicó en varios medios de comunicación la siguiente noticia; "Carolina Herrera, una malagueña de 24 años que se convertirá en una de las juezas más jóvenes de España¹⁰²."

Una noticia para celebrar, desde luego, pero también un zarandeo de las colmenas de las redes sociales. Obviamente, las respuestas eran de lo más variopinto teniendo como argumento principal la edad de Carolina.

"Con 24 años no se tiene experiencia de vida como para poder ser un buen juez"
"Como va a hacer justicia alguien con su edad? Si no ha vivido nada."

Parece increíble que alguien pueda hacerse estas preguntas olvidando por completo la labor de estudio, constancia y dedicación que requiere la preparación de las pruebas selectivas para el acceso a la carrera judicial y a la carrera fiscal. A modo de ejemplo, muchos de los estudios que se han centrado en analizar la duración promedio de dedicación a la preparación de una oposición de este calibre han establecido una duración **PROMEDIO** de 4 a 5 años para aprobar el proceso selectivo y una **EDAD MEDIA** de los aprobados que se sitúa en los 29 años.

¹⁰² https://www.malagahoy.es/malaga/Carolina-Herrera-jueza_0_1646537323.html

Roza el surrealismo más absoluto llegar a afirmar que “para impartir justicia hay que tener vivencias personales”. No, en absoluto de acuerdo con ello. Una persona que dedica 10 horas – o incluso más – a una formación de envergadura como es la que presenta una Oposición no necesita de “vivencias” que le doten de una suerte de sabiduría omnicomprendiva, para poder impartir justicia se ha de estar preparado para ello. Desde mi esquina considero que la Justicia no debe entender de edades como un elemento clave para entender que una persona acumula capacidad suficiente como para despachar Justicia. La formación es la clave y recuerdo, en absoluto se trata de un mero trámite. Estamos hablando de un esfuerzo que no tiene porqué acabar en una recompensa.

Confundir así vivencias con capacidad es algo común, a la vista queda la imposibilidad de encontrar un trabajo sin que se tengan en cuenta la experiencia como un requisito indispensable.

¿Dónde queda la formación? ¿Dónde queda ese supuesto proceso de adquisición de capacidades y competencias para especializarse en un determinado sector o nicho de mercado? ¿Cómo se pretende encontrar personas con experiencia en un sector determinado si no son los propios operadores los que den vías o mecanismos de entrada para adquirir ese tipo de experiencia?

Es la pescadilla que se muere la cola, una y otra vez. Una paradoja constante que nos envía, una y otra vez, a la misma casilla de salida.

Así, por retomar el caso, parece que la experiencia y las “vivencias” priman – o han de primar – frente a una formación reglada continuada. Este tipo de consideraciones son dignas de ser encajadas en esa categoría de “*cuñadismos*” baratos que desprecian y minusvaloran el esfuerzo ajeno. Cuan grato sería alegrarse de contar con jóvenes profesionales tan especializados y con un recorrido futuro abierto a alcanzar el perfeccionamiento de algo tan importante como es nuestra Administración de Justicia.

HOUSTON, EL PENSAMIENTO CRÍTICO SE NOS VA

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 27 de enero de 2022

#Artículo #Opinión

Vivimos en una época de fuertes contrastes: tenemos acceso a la mayor capacidad de información de nuestra historia como especie; pero a la vez, nos sentimos más desinformados que nunca. El especialista en información Alfons Cornella ideó el término infoxicación, o intoxicación por información. A la desaparición del término objetividad, imposible intrínsecamente; se le unen ahora la pérdida de sentido de otras palabras como "verdad", "bien" o "mal". ¿Qué es la verdad? ¿Qué es lo correcto? Honestamente, cada día que pasa es más difícil de saberlo.

«Occidente ha cometido muchos errores a lo largo de la historia, pero sería necio negar sus virtudes y su función de "faro cultural" y social a nivel planetario»

Occidente ha cometido muchos errores a lo largo de la historia, pero sería necio negar sus virtudes y su función de "faro cultural" y social a nivel planetario. Tuvimos que aprender a unirnos tras años de guerras. Alemania se estrelló hasta en tres ocasiones en guerras cada vez más mortales contra Francia, antes de unirse al país galo en la CECA; embrión de lo que hoy es la actual Unión Europea. De las ruinas de la Segunda Guerra Mundial surgieron las estructuras que han provocado que los europeos vivamos el periodo de estabilidad y prosperidad más grande de nuestra historia. Al menos, hasta el estallido del coronavirus en 2020. Pero ese tema queda para más adelante.

De las peores desgracias surgen los mayores puentes y así lo entendieron Europa y EEUU, que se unieron para detener la amenaza más importante de su historia: el nazismo. Los norteamericanos abandonaron su aislacionismo para salvar a sus compatriotas europeos. Incluso la Unión Soviética, opuesta ideológicamente, se desangró parcialmente para evitar una Europa del Tercer Reich. La historia siempre ha ejercido un papel fundamental en el desarrollo de las sociedades, pero en los últimos años, una buena parte de occidentales ha realizado una enmienda a la totalidad de su historia. A mi juicio, un absoluto suicidio.

«No cabe duda de que nos encontramos en una época posmoderna, donde importa más el relato que acercarse a la verdad de los hechos»

No cabe duda de que nos encontramos en una época posmoderna, donde importa más el relato que acercarse a la verdad de los hechos. La ideología woke o cultura de la cancelación, pretende revisar la historia para adaptarla a su punto de vista, frecuentemente rígido, inflexible y buenista al extremo. Pondré un ejemplo práctico: en Canadá, una charla de una víctima de abusos en el Estado Islámico fue cancelada por el riesgo de ofensa hacia la fe islámica. No sé vosotros, pero si fuera musulmán; no querría tener nada que ver con esos terroristas. Flaco favor a la segunda religión más profesada en el globo, con 1.200 millones de fieles y un número en clara alza durante las próximas décadas.

A menudo, su forma de ver el mundo se basa en una dialéctica de opresores y oprimidos. Un juego simplista de suma 0 donde se fomenta la división social: hombres/mujeres, negros/blancos, jóvenes/mayores, izquierdas/derechas. Las trincheras de la I Guerra Mundial han pasado, afortunadamente de forma metafórica, al debate social. Para gran parte de la población, solo hay dos formas de plantearlo: o estás contra mí o formas parte del enemigo. La persecución política, el hostigamiento al diferente, las cancelaciones de libros

por meras opiniones, el señalamiento a la mínima disidencia en los medios de comunicación masivos o la polarización extrema son síntomas de que nuestra democracia está enferma. Y por supuesto, el pensamiento crítico corre serio riesgo de desaparecer.

«Leer cultiva la discrepancia, el vocabulario y la creatividad. Dejar de hacerlo es ponérselo un poco más fácil a quienes esperan una sociedad acrítica y sumisa»

En la obra *Fahrenheit 451*, **Ray Bradbury** presenta una sociedad estadounidense distópica, donde los libros están prohibidos. ¿Realmente estamos tan lejos de ello? Quizá no se quemen libros en un sentido literal, pero cada vez se pasan más horas delante de pantallas y menos delante de páginas. Leer cultiva la discrepancia, el vocabulario y la creatividad. Dejar de hacerlo es ponérselo un poco más fácil a quienes esperan una sociedad acrítica y sumisa. La lectura crítica aviva la crítica constructiva hacia el poder. No lo olvidemos: en una democracia, los representantes públicos son elegidos por y para servir al pueblo.

Pero la democracia encuentra su principal problema en el cortoplacismo. No nos engañemos, los políticos (españoles y europeos) no buscan siempre lo mejor para su país, sino mantenerse en el poder. Sus decisiones son electoralistas y la política, totalmente de bloques. La transversalidad es difícil en la mayoría de países occidentales, por lo que los grandes pactos en materia de inmigración, educación, sanidad, defensa o cultura son difíciles de llevar a cabo. Las leyes cambian cuando cambia el partido político que gobierna. No hay continuidad.

Frente a esa democracia, otros Estados apuestan por regímenes autoritarios sin tanto respeto a los derechos humanos y a las libertades básicas. Es el caso de Rusia, que consideró a la organización anti-estalinista Memorial como "cooperante extranjero", por el gran pecado de desenterrar las memorias de Stalin, el otro demonio del siglo XXI junto a Hitler. O de China, que a pesar de la

apertura económica liderada por Deng Xiaoping en los 80, sigue manteniendo su sistema de partido único, queriendo eliminar la excepcionalidad en Hong Kong y manteniendo sus ojos bien fijados en la isla de Taiwán (el único reducto de la China nacionalista derrotada por Mao).

La principal virtud de estos Estados es su continuidad. Nadie podrá decir que China o Rusia no tengan claros sus planes. El gigante asiático, un león que por fin despertó, contempla dominar el mundo y superar a EEUU en 2047. Su apuesta es clara: extender sus tentáculos económicos por todo el mundo. Malasia, Sudamérica, África o incluso Grecia, con el puerto del Pireo. Al no haber elecciones, los gobernantes pueden centrarse en un plan más elaborado para llevar a cabo sus planes. Mientras Europa se muestra cada vez más dividida, con debates frecuentemente triviales; China avanza y desafía ya con claridad a los Estados Unidos de América.

Europa, mientras tanto, afronta una crisis social y política no vista en décadas. El descrédito de los líderes políticos es un hecho. Y la gestión de la crisis del coronavirus no ha ayudado lo más mínimo para ello. Sin espacio para el pensamiento crítico, los gobernantes europeos se han empeñado en reducir derechos e imponer normas draconianas a los ciudadanos; unos códigos de conducta que los líderes no han respetado. Dos años después del estallido de la pandemia, hay que decirlo alto y claro: se ha usado el terror para controlar a la población y se ha suprimido toda mínima disidencia.

Las televisiones tienen mucha responsabilidad. Invasadas por un sensacionalismo atroz; han dibujado siempre la peor escena de la pandemia, se correspondiera con la realidad o no. Las palabras "*irresponsable*" y "*negacionista*" se han empleado con dureza contra todo el que osara cuestionar algo. No voy a entrar en profundidad en el análisis de la pandemia. Honestamente, no debería opinar profundamente de ello. Debemos normalizar la duda y la prudencia en cuestiones donde no somos competentes.

Como decía Winston Churchill, siempre es mejor proponer ideas que dar órdenes. Ochenta años después del genial político británico, no hay ni un solo líder que se aproxime a su altura. En lugar de facilitar un debate sosegado, se ha impuesto una única visión de la pandemia y la sociedad. En esta locura con tentaciones autoritarias, rescato a Sócrates: "Solo sé que no sé nada". La duda masiva es la tumba de los extremos y cierra el camino al populismo. Pongámoslo más en práctica.

Con la democracia seriamente amenazada, echar más leña al fuego no parece buena idea. Tanto la extrema derecha como la extrema izquierda quieren pescar en terreno revuelto. Las restricciones pandémicas han aumentado la desigualdad social en plazos de tiempo nunca vistos, la inflación no da tregua y mucha gente ha perdido la esperanza. No hay nada más peligroso que la gente sin esperanza, pues pueden aferrarse a cualquier opción sin cuestionar sus riesgos.

«Mientras exista diversidad de ideas, existirá libertad. Cuando esta se esfume, dejaremos también de ser humanos»

Perdido parcialmente el pensamiento crítico y casi totalmente la confianza en la política para solventar los problemas reales de la gente de a pie, emergen las soluciones rápidas. Fenómenos populistas, capaces de reducir el mundo a opciones binarias, amenazan con transformar para siempre nuestra sociedad. Frente a ello, tres remedios: duda, pensamiento crítico y pluralidad. Mientras exista diversidad de ideas, existirá libertad. Cuando esta se esfume, dejaremos también de ser humanos.

LA DESHUMANIZACIÓN CONTEMPORÁNEA: ¿DEJARÍAS MORIR A ALGUIEN EN LA CALLE?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 1 de febrero de 2022

#Artículo #Opinión

El pasado 27 de enero, el fotógrafo suizo René Robert falleció por hipotermia a los 84 años en plena calle de París. Robert se cayó sobre una bulliciosa acera de la capital francesa. Pasaron nueve horas, nueve eternas horas en las que ningún ser humano le atendió. Quizá muchos volverían del trabajo, algunos eran turistas y otros estarían ocupados en Instagram, Twitter o Tinder. El caso es que el ex profesional perdió su vida en medio de la indiferencia general. Pocas cosas más mezquinas que una omisión deliberada y masiva de socorro.

Ante esto, surgen tres preguntas: ¿por qué ha pasado?, ¿por qué muchos humanos han perdido la costumbre de ayudar al próximo? y sobre todo, ¿crees que podría pasar en tu ciudad? Por fortuna, veo difícil que esto ocurra en mi entorno.

Día cualquiera, parque cualquiera de Logroño. Una señora sufre un pequeño tropiezo e inmediatamente, más de diez ciudadanos acuden en su ayuda. No puede ser de otra manera. Quizá eso sea lo bueno de vivir en una ciudad pequeña: no deja de ser un pueblo grande donde los vínculos entre las personas siguen intactos.

Ahora bien: ¿qué puede llevar una masa tan grande de personas a abandonar a un anciano? ¿No hay un solo ciudadano capaz de perder diez minutos de su vida en salvar a su semejante? En un mundo gobernado por las prisas, los estímulos y el último minuto; bien haríamos en impulsar la empatía y la solidaridad. Nunca una pantalla sustituirá lo que nos hace humanos. El error cometido una vez es un despiste; pero cuando se repite, ya es una decisión.

No debería haber excusas

Quizá sea impensable que ocurran casos extremos como este en España, pero nos hemos acostumbrado a otras escenas que deberían ser intolerables: temporeros hacinados al raso, mendigos pidiendo limosna en medio de la absoluta indiferencia general, ciudadanos considerados de segunda por un sistema que les relega a una esquina. Así le ocurrió a Robert, pero así nos puede pasar a cualquiera cuando el laberinto de la vida se tuerza.

Dejar morir así a Robert o a cualquier otro ciudadano debe ser catalogado como un rotundo fracaso social. La Francia de las luces, la Ilustración y los derechos humanos también tiene sombras imborrables. Me costará bastante tiempo olvidarme de este lamentable suceso.

¿DÓNDE QUEDÓ LA ÉTICA PROFESIONAL?

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 17 de marzo de 2022

#Artículo #Opinión

Las redes sociales son unas plataformas de lanzamiento que, como han venido demostrando, funcionan como auténticos "trampolines" mediáticos y, en muchas ocasiones, estos "saltos" se dan con independencia del contenido que se viraliza.

Seguro que lo primero que nos viene a la mente cuando pensamos en redes sociales y en contenido viral es algún contenido humorístico o de actualidad, noticias de gran impacto o campañas de publicidad con un estudio y análisis tremendamente medido para conocer y apuntar, directamente, a los consumidores objetivo.

No voy a poner ejemplos concretos ya que estoy seguro de que a todos nosotros se nos ocurren unos cuantos ejemplos de publicidad que, cuando la hemos visto, lo primero que hemos pensado ha sido ¿Pero que narices es esto?, bien porque nos haya causado un gran interés o, por todo lo contrario, una vergüenza ajena capaz de quitarte las ganas de seguir navegando en redes.

El sector de la Abogacía no es ajeno a esto y, por tanto, la proliferación de las herramientas de promoción y **branding** de marcas, productos y servicios también se ha hecho un hueco.

Esto no deja de ser un paso más en el desarrollo lógico en la prestación de servicios y la Abogacía no va a ser la excepción aunque, desde mi opinión personal, el sector jurídico siempre ha sido algo más parco respecto de su integración en el ámbito digital. Siempre se ha respirado ese aire de «solemnidad» que gira en torno a todo lo que sigue el adjetivo de «jurídico». Ya es hora de romper con ese esquema tradicional de seriedad absoluta.

El Derecho no deja de ser algo maleable, flexible y, por su propia naturaleza, adaptable al dinamismo social e histórico. Precisamente, la entrada de los especialistas del sector legal en las redes sociales y en las plataformas de comunicación responde a la necesidad de alcanzar un nuevo nicho de potenciales clientes.

Un nuevo *modus operandi* que permita transformar la forma tradicional de entender la prestación de servicios jurídicos. ¿Dónde quedó la ética profesional?

Ahora bien, un servidor no comprende como este «salto» a las nuevas plataformas parece, en algunos casos, dejar de lado las normas de conducta y ética por las que se debe regir el actuar de un profesional de la abogacía. Esto no es una crítica a la experimentación con determinados formatos, sino a lo que dichos formatos esconden.

Una y otra vez se nos repite durante nuestra formación – hasta el agotamiento – que el actuar de un profesional de la abogacía ha de respetar los fundamentos integrados en el Estatuto General de la Abogacía Española y los principios recogidos en el Código Deontológico de la Abogacía Española.

Y en ambos documentos normativos encontramos un precioso apartado dedicado a “**LA PUBLICIDAD**”¹⁰³ en el que se exponen una serie de principios que se deberán respetar y, además, se limitan ciertas actitudes que, como

¹⁰³ Artículos 19 y 20 del Estatuto General de la Abogacía y artículo 6 del Código Deontológico.

refieren tanto el Código Deontológico como el propio Estatuto General, no pueden suponer publicidad.

Dentro de esta categorización de conductas que no son admitidas encontramos las siguientes:

- La revelación directa o indirecta de hechos, datos o situaciones amparadas por el secreto profesional.
- La incitación genérica o concreta al pleito o conflicto.
- **La promesa de obtener resultados que no dependen exclusivamente del que la realiza**, entre otras.

Y, a modo de cláusula de cierre, no se reconoce como publicidad toda aquella que sea contraria a las normas deontológicas de la profesión de la abogacía.

Ahora, la controversia – y el porqué de este post – aparece cuando en plataformas y redes sociales comienza a proliferar contenido en el que se induce, indirectamente, a creer que en determinadas circunstancias, se pueden obtener unos resultados determinados. **¿Dónde está el problema en este tipo de contenido?**

No debemos confundir la publicidad de los servicios con una promesa, aun siendo indirecta, de una cantidad determinada. Es más, el conflicto no se reduce a este tipo de *promesas* sino también en las **cantidades** que se usan **como reclamo** para la contratación de determinados servicios.

La otra cara de la moneda surge cuando se observan los giros que se han sucedido en la doctrina del Tribunal Supremo en lo que respecta a la utilización e interpretación de baremos¹⁰⁴ para determinar el **quantum**.

¹⁰⁴ El Alto Tribunal utiliza los baremos fijados por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Estos baremos se actualizan a través de las resoluciones anuales emitidas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. La última de estas resoluciones se produjo el pasado 2 de febrero de 2021.

No obstante, y rompiendo con todo esto, tampoco creo que se deba comenzar una caza de brujas contra este tipo de contenido de forma masiva. Existen mecanismos habilitados para poder actuar contra este contenido en caso de que se considere *lesivo* o *contrario* a los principios que han de regir el ejercicio de la abogacía.

No nos olvidemos que, poco tiempo atrás, también se formó un tremendo revuelo alrededor de los famosos ***divorcios exprés***, algo que se llegó a calificar como un atentado contra la Abogacía y su imagen y, sin embargo, aquí seguimos, ley en ristre.

Por finalizar – ya que esto no deja de ser un breve post de opinión y no de contenido jurídico per se – quiero romper una lanza en favor de la utilización de los nuevos medios y tecnologías para que el contenido de índole jurídica sea más accesible y comprensible.

La divulgación técnico-jurídica es algo de lo que disfrutamos en Lato Sensu y, aunque podamos sonar rimbombantes con nuestros aforismos, el encanto del lenguaje jurídico parte de ese aura de encanto, de misterio, que envuelven nuestras formas y métodos.

Por tanto, el reto que enfrentamos no es otro que transformar ese misterio en entretenimiento, en algo atractivo a la par que didáctico.

EL MITO DE LA CAVERNA DE PLATÓN: ¿ES LA REALIDAD LO QUE CREEMOS?

DANIEL GARCÍA ARNÁIZ

Publicado el día 4 de abril de 2022

#Artículo #Opinión

La filosofía cuenta con varios nombres destacados a lo largo de la historia. **Hypatia de Alejandría, San Agustín, Karl Marx, Friedrich Nietzsche o Platón** pasarán sin duda a la historia de esta disciplina. En esta ocasión, vamos a hablar sobre este último y genial griego. Se trata de un magnífico hombre (427-347 a.C), **cuyos pensamientos son todavía vigentes a pesar de que hayan pasado más de 2.000 años**. Dentro de su gran conocimiento, una de sus reflexiones más conocidas seguramente sea el **Mito de la Caverna**. ¿Quieres conocer qué es de forma resumida y cómo se aplica? Pues sigue leyendo.

¿QUÉ ES EL MITO DE LA CAVERNA?

Para Platón existían dos mundos: el **mundo sensible** (percibido a través de los **sentidos**) y el **mundo inteligible** (formado por las **ideas**).

El mundo sensible: implica una **mera apariencia de realidad** y corresponde con lo que vemos, oímos, tocamos, olemos o comemos. **Platón** lo identifica con el **cuerpo**, algo terrenal y simple apariencia.

El mundo inteligible: implica el **mundo de las ideas**, más allá de lo que podemos percibir con los sentidos. Para llegar a este nivel, se necesita, conocimiento, experiencia vital y reflexión profunda. El filósofo lo identifica con el **alma**.

El **Mito de la Caverna** es una metáfora que muestra al ser humano en una **cueva, encadenado desde que nace** y condenado a ver sombras que cree reales, pero que solo son verdaderas apariencias. Para acceder a la realidad, es **necesario «salir» de esa oscuridad mediante la educación** (mundo sensible) y tratar de alcanzar la luz del sol, la luna y las estrellas (mundo inteligible, conocimiento). in embargo, ese proceso no es fácil: Platón nos quiere demostrar que la mayoría de personas pueden sentirse muy cómodas en su ignorancia. **No solo no están dispuestas a cambiar, sino que son capaces de emplear la violencia contra aquellos que sí quieran hacerlo.** No en vano, las páginas de la historia están llenas de asesinatos y ejecuciones a personas solo por pensar diferente. Ya le ocurrió a **Sócrates**, condenado a morir tras ingerir **cicuta**. Por tanto, esta explicación sigue más viva que nunca.

DE LA IGNORANCIA AL CONOCIMIENTO

El mito de la caverna es un diálogo entre su **mentor Sócrates y Glaucón (hermano de Platón)**, que describe el camino entre la ignorancia y el conocimiento:

– En primer lugar, **existen prisioneros encadenados desde su nacimiento** detrás de un muro, dentro de la cueva. Un **fuego** ilumina al otro lado y los prisioneros ven las **sombras proyectadas por objetos** detrás de este muro. Pero estos objetos son cambiados a su antojo por otras personas que pasan por ahí. Es decir, la apariencia de realidad ni siquiera es permanente, sino una **cortina manipulada**. Los prisioneros, absortos en su engaño, piensan que observan el mundo real; pero en realidad solo son apariencias.

– Un **prisionero logra liberarse** de las cadenas. Posteriormente asciende y ve el **fuego**, quedándose **ciego** por el resplandor de la llamarada. La persona liberada sigue subiendo y ve los reflejos de las cosas. Esto supone las primeras fases del conocimiento,

– Posteriormente, sale al exterior y **queda totalmente deslumbrado**. Tras pasar la confusión, pasa a ver los reflejos y sombras de los componentes de la

superficie. Después de adaptarse, percibe también **las cosas y las personas directamente**.

– En la fase siguiente, el hombre observa **las estrellas, la luna y el sol**. Según Sócrates, es aquí donde el hombre entiende que el mundo de las ideas es **superior**, alcanzando la dimensión del **alma**. En esta fase, se habría alcanzado el **conocimiento completo**. Siglos después, las religiones han utilizado este concepto para elaborar sus teorías: del **paraíso cristiano-judío-musulmán a la iluminación budista**. Platón por tanto, fue un pionero al reflejar creencias que hoy en día, marcan países o sociedades.

– Cuando el hombre sabe todo esto, decide regresar a la caverna **para liberar a los demás prisioneros**. De vuelta a la oscuridad, el hombre no ve bien y vuelve a cegarse. La reacción de los prisioneros no es la esperada: **incluso le atacan, tildándole de loco**. La conclusión es que, el adoctrinamiento es tal, que incluso **estarían dispuestos a matar por seguir atados a las cadenas**.

El **Mito de la Caverna** es también un **duro y realista reflejo** de la sociedad actual. Únicamente **una pequeña parte de la población controla la información y el conocimiento**, mientras que la gran mayoría se ve forzada a vivir siguiendo la corriente, siempre a la **expectativa** y con miedo a ser tachado de incorrecta socialmente. Al fin y al cabo, esta explicación analiza directamente la naturaleza humana y el **miedo histórico al cambio**.

Cuando llegó el **tren**, los europeos de la época lo caracterizaban de «**monstruo demoníaco**». De igual forma ocurrió con el avión y siglos antes, con la **ciencia, la educación o el papel de la mujer**. La sociedad no suele aceptar de buen grado las novedades. En casos extremos (**Alemania nazi, URSS de Stalin**) incluso se llega a asesinar por una mínima discrepancia. Es difícil, por tanto, que este mito deje de estar nunca vigente.

En la actualidad, la presencia de **grandes entretenimientos de forma prácticamente gratuita** provoca que las personas no sean conscientes de otros

problemas más importantes que se ciernen sobre ellos. La **cultura de masas propicia** en gran manera esto.

APLICACIONES DEL MITO DE LA CAVERNA EN LIBROS, PELÍCULAS Y CULTURA POPULAR

Las principales distopías y obras de ciencia ficción se sirven de este conflicto entre apariencia y realidad.

Ahí van unos cuantos ejemplos.

- **Un mundo feliz**, Aldous Huxley (libro): una sociedad anestesiada, ¿te suena?
- **Matrix**, Lana y Lily Wachowski (película): ¿recuerdas la escena de la pastilla azul y la roja?
- **El Show de Truman**, Peter Weir: un programa de televisión puede ser la realidad..
- **El Mito de la Caverna**, Anima Sacra (canción).

EL SÍNDROME DEL IMPOSTOR, ABOGADOS Y ESTUDIANTES

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 15 de julio de 2022

#Artículo #Opinión

El pasado día 9 de julio, *Economist&Jurist* publicaba un artículo titulado "7 de cada 10 abogados sufren el síndrome del impostor"¹⁰⁵ acompañado de "Podemos tener éxito, infinitud de títulos académicos y en realidad nos sentimos «impostores» como subtítulo. Y el día de hoy vamos a comentar de forma general el conocido como "Síndrome del impostor".

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE COMO SÍNDROME DEL IMPOSTOR?

Tomando como referencia el estudio realizado por Pauline Rose Clance y Suzanne publicado en 1978, el denominado como "fenómeno del impostor" refiere a un sentimiento o experiencia interna de falsedad intelectual en el que el sujeto cree de forma persistente que no posee una determinada capacidad intelectual, que esa apariencia de "brillantez" no se corresponde con su capacidad real y que, por tanto, esa imagen que se proyecta no hace sino ser una apariencia, engañando así a su entorno¹⁰⁶.

¹⁰⁵ TUDÓ RAMÍREZ, PATRICIA, "7 de cada 10 abogados sufren el síndrome del impostor", publicado en *Economist&Jurist*, el 9 de julio de 2022. Recuperado de: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/7-de-cada-10-abogados-sufren-el-sindrome-del-impostor/>

¹⁰⁶ ROSE CLANCE, P., AMENT IMES, S., "THE IMPOSTOR PHENOMENON IN HIGH ACHIEVING WOMEN: DYNAMICS AND THERAPEUTIC INTERVENTION.", publicado en *Psychotherapy: Theory, Research and Practice*, Volumen 15, Núm. 3, 1978.

Así es como se enuncia en el propio *abstract* del estudio, el enfoque principal del mismo radica en la presencia de este síndrome entre mujeres con alto nivel de capacidades intelectuales y con éxito y posicionamiento líder en sus respectivos sectores. Por tanto, sin apartarnos demasiado del objeto del análisis del documento, resulta conveniente hacer una brevísima remisión a las distintas pautas de comportamiento observable en los sujetos participantes, sus conductas y las teorías que esgrimen las autoras para identificar una suerte de patrones comunes y reiterativos presentes en las relaciones interpersonales en las que medien situaciones estrechamente vinculadas con el reconocimiento de estas capacidades intelectivas de los sujetos.

Las autoras describen hasta cuatro tipologías distintas de comportamiento toda vez que el sujeto ha asumido que existe esta apariencia de falsedad intelectual, siendo posible que estos comportamientos se den de forma simultánea.

El **primero** de estos tipos involucra diligencia y trabajo duro por parte del sujeto – el miedo a que se descubra esta falsa apariencia fuerza al sujeto a llevar a cabo grandes esfuerzos para tratar de prevenir que se de ese descubrimiento.

El **segundo** de ellos, se genera una sensación de miedo a dar una determinada opinión que pudiera ser debatida por miedo a no ser capaces de sostener una postura y, por tanto, se trata de agradar al resto de individuos que el sujeto aprecia como “superiores” a través de la autocensura.

El **tercero**; sitúa al sujeto junto a otro al que el primero considera superior a fin de que se produzca una suerte de reconocimiento del primero por parte del seguro para consolidarse en su entorno y abandonar esa sensación de “falsa apariencia”¹⁰⁷. Y el **último** de ellos implicaría una influencia del entorno social

¹⁰⁷ Vid. ROSE CLANCE, P., AMENT IMES, S., “THE IMPOSTOR PHENOMENON...”, página 4. En este punto, las autoras afirman lo siguiente; *Typically, she believes, «I am stupid,» but at another level she believes she is brilliant, creative, and special if only the right person would discover it. She is looking for a mentor to discover her genius and thereby help her believe in her intellect. [She] first finds a candidate she respects and then proceeds to impress that person; studies the person carefully and*

como opresiva o que condicionara el comportamiento del sujeto afectado por este fenómeno¹⁰⁸.

Evidence of the impostor phenomenon has typically emerged after an individual has been in a group or individual psychotherapy for several sessions. It is rarely stated as the presenting problem since it is a well-guarded secret which is not shared immediately. The «impostor» is so convinced her belief is correct that nothing could be done to change it anyway. She also believes that if she revealed her assumed unique feelings of phoniness she would meet with criticism or at least very little understanding on the part of others. It is generally her anxiety about achieving a particular goal which leads her to disclose feelings of intellectual phoniness.

2. EL SÍNDROME DEL IMPOSTOR EN LA ABOGACÍA

Como se comenta en el artículo que comentamos en esta publicación, la labor que desempeñan los profesionales de la abogacía acarrea, en un gran número de ocasiones, la generación de un sentimiento de agobio y estrés que es capaz de poner contra las cuerdas a quienes lo padecen.

La labor fundamental del abogado es la **defensa de los intereses de su cliente** y labor profesional discurre paralela a los senderos de la duda, de las posibilidades y de cientos de factores adicionales que pueden resultar condicionantes para la actuación de los abogados y abogadas a cargo de un determinado asunto.

Ver como transcurre todo ello desde la barrera desde luego que dificulta el conocer de primera mano cómo un profesional de la abogacía hace frente a

perceives very accurately what that person will be responsive to. Ello nos llevaría a pensar que este comportamiento se acercaría más a una relación de dependencia intelectual o, en ciertos aspectos, incluso emocional.

¹⁰⁸ Concretamente, las autoras sostienen que este fenómeno perdurará como respuesta a las consecuencias negativas que recaen sobre las mujeres que hacen despliegue de sus habilidades y capacidades en la sociedad.

miedos tan imperecederos como ha sido, es y creo que será por los siglos de los siglos – amén – la celebración de una vista en Sala.

Como estudiante del Máster de Acceso a la Abogacía no han sido precisamente pocas las ocasiones en las que he solicitado consejo a abogados y abogadas con un largo recorrido a las espaldas en el gremio y la misma respuesta se repite:

Todos hemos tenido miedo en nuestra primera vista, es una sensación extraña, de sumo respeto y que te acompaña desde entonces. El miedo no se esfuma, se agazapa y susurra cuando toca celebrar pero con experiencia es posible domarlo y que no afecte tanto como en las primeras ocasiones.

Si a ello le sumamos las posibilidades infinitesimales de conocer con detalle la totalidad del ordenamiento jurídico nacional el cóctel es, como poco, explosivo. Un cúmulo de dudas y cuestiones constantes que puede afectar – y lo hará – a nuestro desempeño profesional, dentro y fuera de sala, especialmente en lo que al contacto con el cliente se refiere.

En una sociedad en la que la especialización está siendo una de las muchas vías de supervivencia de un sector en constante renovación como es el ámbito jurídico y legal, el estado psicológico y emocional de los profesionales pasa a primera línea siendo uno de los primeros afectados por una curva *in crescendo* del estrés por fidelizar nuevos clientes a la par que tratamos de mejorar nuestros servicios adaptándonos de forma constante y continuada aun cuando no en todos los puntos de la geografía nacional la búsqueda de un nicho de clientes es la solución.

Por lo tanto, son varios los frentes que se han mencionado hasta el momento, ello sin contar con la situación en la que el profesional liberal dedicado al ejercicio de la abogacía – ya fuera esta por cuenta propia o por cuenta ajena – con todos los pormenores que conlleva cada régimen.

Y creo que no hay mejor forma de resumir todo esto que suscribiendo las palabras de Patricia Tudó en el artículo¹⁰⁹ en cuestión:

"[...] es entonces, cuando aparece el síndrome del Impostor en nuestra carrera profesional. 7 de cada 10 profesionales de la abogacía sufren este síndrome. Esto está relacionado con la duda, la pérdida de autoestima o la desconfianza hacia uno mismo. Podemos tener éxito, infinitud de títulos académicos y en realidad nos sentimos "impostores" ante nuestro cliente o ante nuestro jefe y, peor aún, ante nosotros mismos."

3. ESTUDIANTES ¿E IMPOSTORES?

¿Y qué decir en el caso de los estudiantes? Somos esa figura que se encuentra a galope entre finalizar su formación académica y dar el salto profesional, tratando de salvar obstáculos como son el empleo precario y/o la falta de experiencia – falta que, por otro lado, no se reduce en tanto muchas empresas no contemplan la formación como una parte más del proceso de integración laboral sino como algo "traído de las aulas".

No serán pocas las ocasiones en las que tenemos que hacer frente a comentarios del estilo "las universidades preparan magníficos profesionales, pero no trabajadores" como si el proceso de absorción del conocimiento y competencias fuera algo tan natural como el respirar; no deja de ser un círculo vicioso que ha de fracturarse por algún punto en tanto si la experiencia no se adquiere, en algún momento, el mercado se quedará vacío de "trabajadores" y sólo quedaremos nosotros, los "profesionales".

A fin de no redundar en una cuestión ya por todos conocida, el Síndrome del Impostor también se encuentra presente en nosotros los estudiantes. Ya

¹⁰⁹ Tudó Ramírez, Patricia, "7 de cada 10 abogados sufren el síndrome del impostor", publicado en *Economist&Jurist*, el 9 de julio de 2022. Recuperado de: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/7-de-cada-10-abogados-sufren-el-sindrome-del-impostor/>

seamos estudiantes de un Grado Universitario, un Grado Medio, un Grado Superior, una FP u otra alternativa académica asimilable, uno de nuestros objetivos principales es finalizar este proceso para poder incorporarnos al mundo laboral y, con un poco de suerte, desempeñar aquellas funciones para las cuales nos hemos estado preparando.

Ahora bien, durante este trayecto es común encontrarse con preguntas que, a priori pudieran resultar espurias, algo peregrinas, pero que poco a poco, se acaban convirtiendo en susurros que asoman en los momentos de mayor tensión.

El miedo al fracaso escolar, el miedo a decepcionar a las personas que tienen depositadas esperanzas en uno mismo – sean académicas o de otra índole – las dudas acerca de la capacidad intelectual en este u otros ámbitos, profesionales o académicos y la existencia de unos estándares autoimpuestos son algunos de los ejemplos más claros que se pueden presenciar en el ecosistema académico.

El Síndrome del Impostor adopta muchas formas e implica comportamientos de duda dentro del sujeto que lo experimenta; dudas sobre sus capacidades, pone en duda sus propios méritos y los posibles comentarios positivos que reciba por ello, convierte este *feedback* positivo sobre su trabajo en un sentimiento de “falsa apariencia” al considerar que no se corresponde con las capacidades “reales” de sí mismo, etc.

Por si esto fuera poco, rescatando los estudios realizados por PAULINE ROSE y SUZANNE AMENT este sentimiento puede proceder, incluso, del ámbito familiar. Así, las autoras observaron que:

[...] observando el origen y las dinámicas de este fenómeno, es típico que estos “impostores” puedan subsumirse en dos grupos respecto del historial familiar en etapas tempranas de su vida. [...] Por un lado, encontramos aquellas mujeres

que tienen un hermano o un familiar que ha sido designado como “el miembro inteligente de la familia”. Así, se ha relegado a las mujeres a un plano más “sensitivo” o socialmente adaptado a los roles familiares. Ello implica de forma directa que no podrá **JAMÁS** demostrar que es tan inteligente como su hermano o familiar, con independencia del esfuerzo que realice¹¹⁰.

[...] Mientras que, por otro lado, nos encontramos con aquellas situaciones en las que la mujer es superior en todos los niveles – intelectual, en personalidad, apariencia y distintos talentos. No hay nada que no pueda hacer si se lo propone. Sin embargo, la niña comienza a tener experiencias en las que no es capaz de hacer todo lo que ella quiere, aunque se ve obligada a cumplir con las expectativas de la familia aun sabiendo que no va a ser capaz de perdurar así en el tiempo. [...] ¹¹¹”.

No resulta algo tan ajeno ¿No? Sin ánimo de extenderme mucho más allá, me gustaría cerrar esta breve publicación con dos escasas líneas.

4. CONCLUSIÓN

Resulta de vital importancia normalizar el estudio y el impacto de cuestiones de esta índole en el ejercicio profesional – con independencia del trabajo del que se trate – a fin de dotar al trabajador de herramientas para alcanzar un bienestar físico y mental dentro de su entorno laboral y, como conclusión; denotar, una

¹¹⁰ Vid. ROSE CLANCE, P., AMENT IMES, S., “THE IMPOSTOR PHENOMENON...”: *Each of the women, on the other hand, has been told directly or indirectly that she is the «sensitive» or socially adept one in the family.* The implication from immediate and/or extended family members is that she can never prove that she is as bright as her sibling regardless of what she actually accomplishes intellectually. One part of her believes the family myth; another part wants to disprove it. School gives her an opportunity to try to prove to her family and herself that she is bright. She succeeds in obtaining outstanding grades, academic honors, and acclaim from teachers. She feels good about her performance and hopes her family will acknowledge that she is more than just sensitive or charming.

¹¹¹ Vid. ROSE CLANCE, P., AMENT IMES, S., “THE IMPOSTOR PHENOMENON...”: Because she is so indiscriminately praised for everything, she begins to distrust her parents' perceptions of her. Moreover, she begins to doubt herself. When she goes to school her doubts about her abilities are intensified. Although she does outstanding work, she does have to study to do well. Having internalized her parents' definition of brightness as «perfection with ease,» and realizing that she cannot live up to this standard, she jumps to the conclusion that she must be dumb. She is not a genius...

vez más, la importancia de la salud mental en profesiones como la Abogacía en la que el contacto directo con clientes y con el propio ejercicio produce un desgaste considerable en los profesionales del sector a fin de prevenir que ello afecte a su desempeño laboral y a su estado personal.

DESPACHOS DE ABOGADOS EN PRIMERA LÍNEA

SERGIO CAPELLÁN UGALDE

Publicado el día 19 de octubre de 2022

#Artículo #Opinión

Ha pasado mucho tiempo desde la última vez que dediqué un poco de tiempo delante del teclado para escribir algo que no fuera eminentemente jurídico. Algo que se alejara del contenido normativo o de aquellos artículos enfocados en el estudio de un ámbito u objeto determinado.

Ha transcurrido más tiempo desde la última vez que pausé el abrumador ritmo de producción de artículos y publicaciones en las que mi opinión y mi subjetividad quedaban cerradas bajo llave en el mismo cajón.

Con estas líneas pretendo justamente liberarlas. Romper la cerradura, forzar su escape y hablar de una cuestión que me surgió el otro día en una conversación con un abogado de confianza.

Con un café delante, me acerqué a mi tutor y le lancé la siguiente pregunta:

"Oye ¿Y por qué no un despacho en primera línea? En la calle, cercano al ciudadano y al cliente. Algo accesible"

Él me miró, y después de un par de segundos, me lanzó una pregunta que me pilló por sorpresa:

"Cuando tienes un problema ¿te gusta pensar que la gente pueda saber que tienes un problema? ¿O preferirías mantenerlo para ti?"

Y razón no le faltaba. Obviamente, la privacidad es algo que creemos que tenemos hasta que lo perdemos, consciente o inconscientemente. Porque sí, es posible airear nuestra vida incluso cuando no es esa nuestra intención. A la vista quedan las redes sociales y todo el contenido que en ellas colgamos. Servidor siendo el primer pecador en este caso.

“Nadie quiere sentirse observado a la hora de entrar en aquellos lugares donde supuestamente podemos arreglar ciertos problemas. Es así, es un tabú, pero es un tabú que está destinado a perdurar.”

Como no podía ser de otro modo, este tipo de cuestiones que pueden resultar aparentemente tan superfluas me pierden y la bombillita de “publicaciones” se encendió.

Si lo analizamos desde una perspectiva objetiva, ciertamente, el cliente acude al abogado con el fin de resolver un problema que le acucia. El contexto, además, es un elemento primario; conocer la historia del problema, su procedencia o incluso la gravedad del asunto son cuestiones que discurren de forma paralela y que, a pesar de no afectar por igual, resultan punzantes en su medida.

El abogado es, en muchas ocasiones, el encargado de dar con la solución, con la respuesta a estos problemas. Unas veces actuando como mediador entre las partes, otras como un simple comunicador y en todas ellas como defensor de los intereses del cliente. Visto de este modo ¿por qué el tabú?

Porque, en mi humilde y totalmente subjetiva opinión, la figura del abogado se comprende dentro de la ecuación, es decir, dentro del problema. No es una figura que viva separada de la participación del conflicto y, es por todos sabido, que requerir de los servicios de un profesional de la abogacía va íntimamente anexo a una solución poco o nada amistosa.

El abogado se entiende como un solucionador de problemas, la última opción viable para poder resolver un conflicto, el profesional que puede ofrecernos una

alternativa. Pero ¿es cierto eso de que solucionamos problemas? Yo creo que no.

El abogado, antes de ser abogado, es jurista. Y como juristas, conocemos el ordenamiento jurídico, un marco normativo que hacemos nuestro a la hora de tratar de resolver los casos que se presenten ante nosotros. Hacemos uso de éste como si de herramientas se tratara. Es nuestro medio, es la base de nuestro trabajo y de nuestra capacidad depende el buscar una “posible” solución partiendo de las vías que el ordenamiento dispone.

Entonces, si no somos originarios dentro del problema ni tampoco tenemos la solución en términos absolutos ¿por qué buscar un abogado parece ser un tabú?

Considero que no es tanto ya cuestión de privacidad sino de la naturaleza de estas visitas. Todos sabemos que una visita a un abogado puede esconder perfectamente una revisión de las cláusulas contractuales de un contrato de arrendamiento sin necesidad de entrañar hechos de mayor enjundia o gravedad. Resulta muchas veces contradictorio el hablar de cuestiones aparentemente tan neutrales, tan blancas, con tan escasa gravedad y a la par cuestionar el porqué del celo con el que se trata de esconder acudir a un despacho de abogados.

Ahora, esta situación tiene una doble vía. ¿Cuántas veces nos hemos topado con un despacho a nivel de calle? ¿Cuántos despachos han dado el paso y han abierto una sede en primera línea?

La elección del lugar del despacho es una de los puntos más importantes – si no el que más – a la hora de situarnos. Va a marcar un punto de referencia a la hora de llegar al cliente objetivo y a la hora de crear una marca personal¹¹². Por

¹¹² ABAD RAMON, M., “Dime qué bufete eres y te diré cómo captar clientes en la calle y en Internet”, publicado en *CincoDías*, 21 de febrero de 2022, Madrid. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/02/17/legal/1645097908_217265.html

tanto, la ubicación también juega un papel fundamental y no meramente instrumental.

"Mientras que los grandes despachos suelen situarse en los centros de negocios de las principales ciudades, como ocurre en Madrid con el Paseo de la Castellana, los bufetes medianos o más pequeños optan por zonas donde puede estar su público objetivo. Así, por ejemplo, en el capitalino barrio de Malasaña están irrumpiendo firmas de jóvenes letrados con una imagen de marca más transgresora.

Como explica Diana Jennen, directora de negocio de la consultora para abogados Gericó Associates, "la ubicación sigue siendo un elemento importante en términos de accesibilidad y reputación y tiene influencia en la elección del tipo de cliente al que se dirige" la firma."

Por tanto, también es algo que dependerá del tipo de cliente al que aspiramos como profesionales. Y esto no debe interpretarse como puñal lacerante para distinguir entre clientes "de primera" y clientes "de segunda". Cada cliente vive una situación, cada situación plantea un problema y se nos consultan las posibilidades respecto de X o Y asunto.

El nicho o especialidad en la que pretendamos realizar el total o la mayor parte de nuestro desempeño profesional nos permitirá generar una cartera de clientes a los que fidelizar a través de nuestro trabajo y de sus frutos, es decir, a través de resultados. Por tanto, distinguir entre clientes en categorías en función de la envergadura de los casos no me parece lo más apropiado¹¹³.

Recordemos que una simple multa de tráfico para un cliente puede resultar algo imperioso y primario mientras que para nosotros ello pudiera no ser sino una cuestión secundaria. No por ello el asunto desmerece nuestra atención, siempre

¹¹³ RUIZ DE VALBUENA, I., "Cómo abrir un despacho de abogados desde cero.", publicado en *CincoDías*, 28 de marzo de 2022, Madrid. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/03/24/legal/1648118427_025994.html

y cuando la relación cliente-abogado se respete por ambas partes (y si, me refiero expresamente a la correlación trabajo-pago).

Parece que ya no solo es cuestión de la existencia de un tabú sino también del tipo de nicho en el que nos especialicemos. No creo que sea necesario explicitar las diferencias entre un caso de naturaleza penal que un caso de naturaleza marcaria, a pesar de que la afección económica en este último pudiera suponer una carga mucho mayor que en el primero.

Por concluir; si bien es cierto que puedo llegar a entender esa sensación de privacidad cuando hablamos de acceder a un despacho de una forma no tan directa, también es cierto que considero que en muchas ocasiones ello va a depender del tipo de cuestión que vaya a plantearse. La envergadura de un asunto puede suponer una carga muy pesada y una losa para el cliente, una losa que a menudo es mejor ocultar. No por el abogado, sino por el "qué dirán".

He ahí, quizá, el tabú de la primera línea.

