



Asociación Española de la Economía Digital

Follow

Jul 3 · 15 min read

2018: ¿año cero para la economía digital?

Tres expertos repasan los principales retos regulatorios de la economía digital en 2018.



El tiempo vuela y, aunque ya vamos por la mitad, no podemos desprendernos de la sensación de que a 2018 le queda aún mucho recorrido.

Si miramos a la economía digital, los meses que han transcurrido no tienen desperdicio. A nadie se le escapa ya que, desde el 25 de mayo, es de aplicación obligatoria en nuestro país el nuevo **Reglamento General de Protección de Datos**; sí, el mismo que ha sido responsable de numerosas carreras en los pasillos de las empresas y de los miles de correos electrónicos que han recibido los usuarios. Sin embargo, aunque sea difícil de creer, no ha sido el único cambio que se ha producido ni tienen por delante las empresas españolas. Ha habido

incluso cambios a nivel político que han situado la Agenda Digital bajo el paraguas del Ministerio de Economía.

Para analizar los principales retos regulatorios que tiene por delante la economía digital y que condicionan su desarrollo en nuestro país, reunimos, en nuestras oficinas de Madrid, a tres abogados, expertos en estas materias. Invitamos a conversar entre cafés a **Carolina Pina**, socia del departamento de Propiedad Industrial e Intelectual y co-responsable del área de Telecomunicaciones & Media de Garrigues, **Alejandro Touriño**, Socio Director de la oficina de Écija en Madrid y responsable del área de Information Technology, y **Luis Seoane**, abogado especialista en Propiedad Intelectual e Industrial. Esto es lo que nos han contado...

Sabemos que es difícil de resumir, pero de entrada ¿cuál diríais que son los principales retos legales a los que se enfrentan las empresas que operan en el entorno digital en este momento en España?

Alejandro Touriño: A fecha de hoy, desde el punto de vista del cumplimiento normativo tenemos retos bastante amplios que no se ciñen a una norma concreta. El cambio más grande al que nos hemos enfrentado este año es, sin duda, la aplicación del nuevo **Reglamento Europeo de Protección de Datos**, que supone un gran cambio con respecto a un ecosistema anterior. Hay muchas otras normas que van a tener calado, pero quizás son más sectoriales. Esta es puramente transversal y afecta a todas las compañías, sobre todo, por el reto sancionador que recoge.

Carolina Pina: Coincido en que el RGPD es el más importante de este año, pero también es relevante ver cómo va a afectar la jurisprudencia en cuestiones como los **temas laborales**, lo que tiene una gran repercusión en algunos negocios (como es el caso de Deliveroo, Uber y Glovo). Además, también se avecinan cambios en la **fiscalidad**.

Luis Seoane: El RGPD es, sin duda, el cambio más importante, porque la directiva anterior tenía 20 años, un antecedente legal que queda muy lejos. No obstante, también habrá que ver cómo queda el tema de la propuesta de **ePrivacy**, otro de los ejes fundamentales a nivel de metadatos y que puede tener una relevancia trascendental.

Precisamente relacionado con el RGPD, se han podido palpar el temor y la preocupación en el ambiente en los meses previos al 25 de mayo, cuando comenzaba a

ser de aplicación obligatoria. ¿Cuál es vuestra percepción al respecto?

A: Dejadme que sea escrupuloso en esto, porque el Reglamento llevaba en vigor dos años y esto puede parecer una tontería, pero no lo es. Los cambios que vienen derivados de este nuevo Reglamento son realmente relevantes. Y los son en tres focos distintos. En primer lugar, la parte puramente jurídica, que tiene que ver con la **obtención de consentimientos** y, de manera expresa, el cambio en las reglas del juego en determinados ámbitos y la reformulación de todas las cláusulas de contratos con clientes. En segundo lugar, un **ámbito técnico**, porque pasamos de un reglamento de desarrollo de la ley, donde había una serie de cosas que daban bastante seguridad jurídica a las empresas, a una suerte de madurez, donde a cada uno se le dice que adopte las medidas que deberían ser adecuadas a efectos de cumplir con las normas según los tratamientos que va a realizar de los datos. Esto, obviamente, tiene ventajas porque no es un sistema cerrado, pero también genera cierta incertidumbre y va a dar margen para muchas interpretaciones a nivel jurisprudencial. Y la tercera parte, que hace referencia a los temas puramente organizativos: posiblemente, **el perfil profesional más demandado en el mundo de la abogacía es, a día de hoy, el especialista en protección de datos** por lo que hay una oportunidad brutal para quien quiera ubicarse en ese campo.

“El advenimiento de la tecnología, el cambio tan radical en el comportamiento y el entendimiento de los usuarios y los negocios, hacen que una autorregulación responsable y en consonancia con normas flexibles pueda llevarnos a una situación en la que tengamos la cobertura que necesitamos.”

C: Yo añadiría que es importante **que el esfuerzo en protección de datos no se centre solamente en el tecnicismo** (cómo hay que recabar o cómo hay que hacer la cláusula), sino que ha de tener en cuenta la idiosincrasia del negocio porque de eso depende el diseño del sistema: no es lo mismo ser una empresa de marketing digital que una inmobiliaria. Hay que hacer un estudio específico de lo que es el negocio desde el punto de vista del **impacto jurídico pero también tecnológico**; hay que verlo desde 360°.

L: La principal cuestión que afecta a todos es el tema del consentimiento. Yo creo que esto también tiene que verse como una oportunidad para la empresa, no solo desde el punto de vista del temor

a las sanciones, sino como una oportunidad para **ofrecer al usuario una imagen de marca mucho más transparente** y más información de una manera más limpia y con un lenguaje sencillo y cercano.



¿Y es fácil hacer ese cambio?

A: El que nace de nuevas tiene todo un camino trazado acorde a la realidad de los tiempos, pero el que viene del histórico asume riesgos y esto es una realidad. Porque cuando tienes bases de datos de millones de datos de usuarios a nivel internacional, hacer un *'refresh'* de esos consentimientos es algo realmente complejo.

C: Por eso es importante que a la hora de implementarlo no haya costes de traslación demasiado altos para las empresas. Y **que tampoco afecte al Mercado Único Digital**, que es lo que puede pasar si los distintos Estados siguen aplicándolo de forma divergente.

Porque, al final, el Reglamento europeo es la base, pero cada país lo adapta y, en el caso de España, por ejemplo, estamos pendientes todavía de una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos...

C: Lo que se observa es que los países anglosajones tradicionalmente han tenido una percepción distinta mucho más orientada a negocio (son más liberales, confían más en el propio individuo y el Estado está ahí para intervenir lo justo), mientras que **los países de Europa continental han tenido una concepción mucho más proteccionista.**

Al final, estos pilares del Estado dejan ver cómo se implementan las normas. Ahora mismo hay un Reglamento, pero a partir de ahí va a ver discrepancias sobre cómo se aplica la norma y sobre el acervo jurisprudencial.

De hecho, hablando de nuestras diferencias con otros país, ¿en qué punto exacto veis a España en materia de regulación de las empresas que operan en la economía digital?

C: En España tenemos talento, que creo que es lo más difícil porque es la distintividad, pero observamos que **hay un exceso de regulación que dificulta que ese talento se consolide** y que hace que el pobre emprendedor tenga que subir una montaña con una mochila que cada vez pesa más y más, y que muchas veces se caiga porque es muy complicado llevarla encima. En otros Estados tienen una regulación mucho más fácil y sencilla y facilitan ese ecosistema que ayuda a crecer. Aunque aquí la estructura burocrática ha mejorado en los últimos años, creo que queda mucho por hacer para encontrar **el punto exacto entre un Estado que debe proteger con la normativa laboral y fiscal pero que también debe ayudar a que quien está en un proceso de iniciación** pueda desarrollar esa empresa de una manera más sencilla.

A: En España no nos podemos permitir ver cómo en EEUU o Reino Unido, cuando hay una norma que no se adecúa a lo que están haciendo algunas de las compañías que más crecen y que están respondiendo a las peticiones de los usuarios y consumidores, se da una vuelta y **se busca un equilibrio entre lo nuevo y el derecho consolidado**, mientras que muchos de esos operadores no pueden entrar en nuestro país (o, si lo hacen, entran con un cambio de modelo de negocio brutal que al final los desnaturaliza). Esto, además, hace que el territorio sea poco atractivo. Y ya no es solo que no vayan a entrar otros, es que aquí no va a nacer ninguno, y creo que, hablando como ciudadano español o alguien que mira la economía española, **da un poco de lástima que ese talento tenga que buscar vías y oportunidades fuera de nuestro territorio** porque la mochila sea demasiado pesada en España o en Europa y no lo sea en otros territorios.



L: Estoy totalmente de acuerdo con lo que han dicho ambos. El problema aquí es que tenemos **una normativa que es quizá demasiado estricta** y, sobre todo, transversal y que se aplica igual para una pyme que para una empresa que cotiza en el Ibex 35. A esa dificultad de adaptación, hay que sumarle que el presupuesto con el que cuenta la pequeña empresa es menor que el de una empresa más grande, por lo que ambos tipos de organizaciones asumen esto de manera diferente. Creo que es ahí donde radica el principal problema.

Empresas a las que se descuida un poco mientras, quizás, ¿se 'sobrepotege' al consumidor?

A: Eso ha pasado siempre y se entiende muy bien en el ámbito publicitario. En Reino Unido, cuando ponía la tele y veía los anuncios, me divertía porque muchos iban un poco más allá de la moral más tradicional: de repente, dos empresas rivales de ciertos oligopolios 'se peleaban' entre sí. Aquí, la regulación y la concepción del legislador con respecto al usuario medio es mucho más pobre que la que se tiene en los países anglosajones y creo que esa **mentalidad de sobreprotección del usuario medio hace que nosotros seamos menos competitivos** de lo que puedan ser otros territorios.

C: Y luego, como decía Santo Tomás de Aquino, **las leyes demasiado severas están abocadas a ser incumplidas**. Con una ley tan tan estricta, a veces, el español, que siempre se ha caracterizado por cierta picaresca, prefiere coger el camino de 'no cumplir nada'. Y esto genera toda la **economía sumergida**.

“Cuando estás en una economía absolutamente global, el tratar de poner muros muy bajitos que son muy fáciles de saltar no sé si tiene sentido”.

L: No solamente eso. Al ser tan garantistas y tan proteccionistas, en determinadas situaciones **se va en contra de los propios intereses del usuario**. Por ejemplo, en el caso de la aplicación del RGPD, para determinadas compañías el usuario tiene que enfrentarse a unas casillas de consentimiento casi infinitas y eso puede ser tedioso e ir en contra de sus intereses. Y, si nos vamos a la propuesta de reglamento de ePrivacy, sucederá que en algunos casos puede que lleguemos al absurdo de recibir publicidad que no se ajuste a nuestros intereses en absoluto. Imagínate que yo estoy interesado en unas zapatillas para fútbol y recibo impactos de bailarinas para niñas. Hay que buscar una ponderación entre el interés del usuario y la protección de sus derechos y reforzar una industria que sea más competitiva.

Al final, parece que nadie queda conforme, ni la empresa ni el usuario...

C: A veces dicen que las buenas leyes son las que generan descontento porque son las equilibradas. La propia redacción del reglamento fue extremadamente complicada, porque fue la normativa que más enmiendas recibió. Ha generado tensiones entre los implicados y, al final, como le ocurre a la democracia, el resultado es conseguir el sistema ‘menos malo’. Que haya descontento entre las partes para que haya ese equilibrio es normal. En este sentido, **también es muy importante cómo se va a interpretar por parte del Tribunal de Justicia de la UE**, porque en la redacción siempre se crean artículos que son susceptibles de interpretación.

Otra de las normas de las que las empresas españolas están pendientes en este momento es la nueva normativa de Geobloqueo. ¿Qué va a cambiar?

L: Si vamos a la norma, lo que sucede es que el ecommerce está obligado a vender determinados bienes de manera regular, independientemente de dónde esté el usuario, pero al final no tiene la obligación de envío. ¿Hasta qué punto es una norma que realmente puede estar adaptada a ofrecer un Mercado Único Digital a todos los ciudadanos? Veremos a ver cómo se aplica y hasta qué extremos puede llegar a afectar a las empresas, pero **falta desarrollo en ese sentido**. También por las materias que deja fuera, como todo el tema de mercados relativos a derechos de autor. Creo que hay luces y sombras

en esta materia que no quedan del todo definidas y que no van a tener una aplicación real.

A: Para mí es una norma que nace muerta. Técnicamente es un poco reflejo de la realidad en la que vivimos. Un usuario que quiere acceder a contenidos que se ofrecen desde otro continente tiene servicios económicamente irrisorios para poder acceder a dichos contenidos. Esto, aunque esté manido, quiere decir que no se pueden poner puertas al campo. Cuando estás en una economía absolutamente global, **el tratar de poner muros muy bajitos que son muy fáciles de saltar no sé si tiene sentido**. ¿Qué ocurre? Que estamos en una etapa para mí transitoria, que la transición puede durar años o décadas, y que vivimos en un mundo en el que hay operadores que operan a escala global. Entiendo que, si hay restricciones en un territorio, esas restricciones se apliquen al que opera on y offline. Si dentro de 50 años estamos igual que ahora, tratando de poner pequeños muros para que la gente no los salte, yo creo que habremos fracasado también como cultura de acceso y de provisión global de servicios y de productos.

Y qué pasa con ePrivacy, ¿qué destacarías en concreto?

L: Lo que más llama la atención es esa obligación de que, por defecto, toda la tecnología *cookie* esté capada de inicio y que tenga que ser el usuario quien, desde los propios navegadores, tenga que activarla. Yo creo que esto a nivel de industria publicitaria es un cambio radical y puede tener unas consecuencias impredecibles. Eso, contando con que el texto continúe con la redacción vigente. Otra cosa será cómo quede finalmente y cómo después se vaya aplicando: tendrán que ser los órganos reguladores los que, al final, le den una interpretación definitiva. Porque, al principio, cuando comenzó a aplicarse la actual **Ley de Cookies**, todo el mundo se echaba las manos a la cabeza; visitabas determinadas webs en las que saltaba un *banner* que invadía toda la pantalla y no te permitía seguir con la navegación, etc. Y, después todo eso, se quedó en un pequeño *banner* que aparecía en el *footer* de todos los sitios webs y que no era ni tan intrusivo ni tan molesto para los usuarios. Así que veremos cómo queda la redacción definitiva y cómo afecta finalmente a la industria y al consumidor.



A: Es una norma muy complementaria a la regulación de Protección de Datos. El nuevo reglamento de ePrivacy no puede decir cosas contrarias a lo que establece la primera, pero tampoco puede cargarse una industria que está alimentando y sosteniendo muchos modelos de negocio. Y aquí quiénes están más preocupadas son las agencias de medios y las propias marcas. Es un campo complejo de abordar pero donde hay una cantidad de dinero de la que no sé si todo el mundo es consciente.

C: Por eso yo estoy muy obsesionada con que, **cuando uno regula sobre este sector, las normas vayan acompañadas de la memoria y el estudio del impacto económico** de dichas normas y no solo de la parte técnica que realiza el abogado.

¿Por qué no se tiene ese enfoque? ¿Es porque no se tiene esa información o porque no interesa?

C: Yo creo que, en general, en España existe déficit de expertos en el impacto económico de las leyes. La Escuela de Chicago, por ejemplo, tiene textos y formación sobre la política económica en materia de propiedad intelectual, porque, si se quiere apoyar el I+D+I, hay que tener este marco jurídico. Aquí hablamos de cambiar el modelo productivo del ladrillo al I+D+I, pero luego te das cuenta de que las piezas del puzzle no están bien hechas, porque **lo que hay que analizar es la política económica y hacer la normativa más adecuada** a ella, es decir, tener el mapa al completo.

"Cuando uno regula, las normas han de ir acompañadas de la memoria y el estudio del impacto económico."

A: Yo estoy muy de acuerdo. Creo que, al final, **no hacemos las preguntas necesarias**. Si a mí me preguntan que si quiero recibir de manera recurrente publicidad, mi respuesta va a ser que no; pero, si me preguntan si estoy dispuesto a recibir publicidad a cambio de que determinados servicios se sigan prestando de manera gratuita, a lo mejor mi respuesta es que sí. Pero, claro, me tienen que hacer todas las preguntas. Si solamente me hacen unas, la norma va a ser parcial y tenemos que aspirar a normas que tengan la *big picture*.

C: Supongo que no es que se olvide. Lo que ocurre es que todo está pasando con tanta rapidez que la formación y encontrar a gente que tenga esa visión tan completa tampoco es sencillo. Y **hacen falta leyes flexibles** y que sea el Ministerio de Justicia o el regulador el que vaya diciendo sigue este camino. Porque si lo que queremos es ir a la coma de la coma, entramos en el mundo de una obsolescencia inmediata. Estamos viendo cómo los jueces están incluso aplicando una visión bastante empresarial. Yo que tengo la fortuna de ver procesos paneuropeos, veo que los jueces españoles en algunos casos sí que están dirigiendo bien los temas.

En este sentido, ¿qué consejos daríais a las empresas?

A: Yo muchas veces digo una cosa, sobre todo en la universidad y entre gente de negocio, y es **'ponga un abogado en su vida'**. Cuando planteas o diseñas un modelo de negocio y al final llamas al abogado, el abogado suele dar malas noticias, porque no se le ha tenido en cuenta antes. Muchas veces se nos ve como 'no facilitadores' de negocio pero a las nuevas generaciones de abogados les toca dar un cambio y estar al lado del empresario y decirle 'sí se puede, pero tienes que hacer esto para estar dentro de la norma'.



C: En todo lo que tiene que ver con la privacidad y del marco jurídico al respecto, si lo haces desde el principio, es fácil de subsanar los pequeños problemas que vayan surgiendo, pero de forma sobrevenida puede destrozar la viabilidad del negocio. Entonces, hazlo desde el principio porque es desde el punto de vista económico más barato. Y, desde luego, **tenemos que ser abogados que entiendan de negocio** (el abogado que describía el marco jurídico se ha acabado) y que sea capaz de valorar riesgos.

L: Coincido completamente. Nosotros les ofrecemos a nuestros clientes información sobre dónde están las líneas rojas de su modelo de negocio, hasta dónde pueden llegar y cómo pueden asumirlo a nivel de negocio. A partir de ahí hay una serie de riesgos que cada empresario está dispuesto a asumir y se crea una solución lo más adaptada posible al modelo de negocio del cliente.

¿Vuestro futuro deseable?

L: Uno en el que exista **una normativa más adaptada y más comprensiva con el mundo de la industria** y que permita, a la vez, una ponderación más fácil entre derechos de usuarios y empresarios.

C: **Un Mercado Único Digital de verdad** y ya, rápido, porque Europa tiene que competir con EEUU, Singapur y China y tenemos que dejarnos de discusiones vacías y de nacionalismos. Y, luego, **que en el marco jurídico español haya una visión más cercana al negocio** y de 360° para que se sepa, claramente, qué normas tengo que cumplir

cuando tengo que montar una empresa. Y, con las pymes especialmente, que haya un impulso y no se pongan trabas al talento.

A: A día de hoy se siguen regulando por un lado escenarios online y por otro escenarios offline. Eso no tiene ningún sentido, porque al final convergen. **Tiene que haber menos normas.** Yo creo que caemos en el exceso de la sobre-regulación y, además, las normas que queden deberían ser más flexible en el sentido de que deberían tener más margen de interpretación por parte de las autoridades (jueces, autoridades de control, etc.). Y yo creo que hay un mecanismo, sobre todo en los mercados más incipientes y más inmaduros, que es la parte de **autorregulación**: el advenimiento de la tecnología y el cambio tan radical en el comportamiento, y el entendimiento de los usuarios y los negocios, hacen que una autorregulación responsable y en consonancia con normas flexibles pueda llevarnos a una situación en la que tengamos normas que realmente nos den la cobertura que necesitamos.

. . . .

Artículo co-escrito por Bárbara Yuste e Isabel Benítez, equipo de Comunicación de Adigital.

