

MARTÍNEZ NADAL, A.: *Big data, cloud computing y otros retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.



La tecnología emergente está generando un elenco de cambios disruptivos en la regulación legal actual. En ocasiones, puede resultar complejo el equilibrio entre el fomento de la innovación y la tutela de los potenciales destinatarios. Es cierto que las tecnologías emergentes posibilitan una gran cantidad de ventajas y de prerrogativas, aunque también plantean numerosas incertidumbres desde el plano jurídico. El paradigma legal decimonónico de que las regulaciones se

pueden desarrollar de forma pausada y deliberada y, posteriormente, continuar sin modificaciones puede considerarse superada y, más si cabe, en las cuestiones que se analizan en esta obra. Ésta incorpora los principales resultados de las investigaciones acometidas en el seno del grupo de investigación de Derecho y Nuevas Tecnologías de la Universidad de Islas Baleares cuya Investigadora Principal -IP- es, asimismo, la directora de la obra. Como veremos, se incluyen aportaciones jurídicas de vanguardia en relación a las tecnologías emergentes. Estamos frente a una monografía de carácter interdisciplinar, ya que cada capítulo cuenta con juristas expertos de cada área respectiva.

El contrato de *cloud computing* celebrado por el pequeño empresario se examina en el primer capítulo. Como bien se advierte en su contenido, existen prácticas contractuales desproporcionadas, injustas y extendidas que pueden reputarse comunes en la comercialización de los servicios de computación en la nube. Como consecuencia de lo anterior, el pequeño empresario ve reducida su posibilidad de elección si esta se fundamenta en el análisis de las condiciones generales predispuestas por los diversos proveedores. La suscripción de estos servicios supone dependencia del proveedor y la renuncia a una parte de sus derechos, sin tener, a diferencia del consumidor, de cobertura legal que les tutele. Por ello, como acertadamente se dispone, sería conveniente que los tribunales, en virtud de la analogía, extendieran la tutela que se destina al consumidor y/o usuario al adherente profesional. Este último se encuentra en una clara situación de desventaja económica y comercial respecto al proveedor. Además, no dispone de conocimientos tecnológicos y jurídicos. Son, por tanto, convenientes mejoras normativas que establezcan una salvaguarda real del pequeño empresario que posibiliten un mejor reflejo legal del principio de buena fe contractual entre profesionales.

El capítulo segundo versa sobre la computación en la nube y las transferencias internacionales de datos. El cliente en la computación en la nube es el responsable del tratamiento, mientras que el proveedor del servicio es el encargado del tratamiento. Tiene razón el autor en la falta de estabilidad en la ubicación de los datos. De hecho, es ciertamente habitual que los datos que están en un determinado momento, pocas horas después, estén en otro punto del planeta. A mayor abundamiento, el cliente no suele conocer los lugares en los que los datos se van situando a lo largo del tiempo. En el caso de que no exista transparencia en la computación en la nube, el cliente –responsable del tratamiento- no puede tener certeza de que se están respetando sus obligaciones en el ámbito de la privacidad. Resulta necesario que surjan nuevas herramientas para simplificar, en mayor medida, las transferencias internacionales, al mismo tiempo que se asegure la salvaguarda de datos personales. En el supuesto contrario, el espacio comunitario quedará rezagado en el terreno de la computación en la nube.

Los mecanismos de control de la externalización de servicios financieros en la nube se analizan en el capítulo tercero. Este efectúa un examen pormenorizado de las recomendaciones sobre la externalización de servicios a proveedores de servicios en la nube aprobadas por la Autoridad Bancaria Europea. Ofrece una visión sistemática del mismo que nos da la oportunidad de tomar conciencia del sentido y de la finalidad de las mismas. Este estudio, con buen criterio, se complementa con una referencia a una serie de criterios, aprobados por el Banco Central Europeo, en marzo de 2018, que también pivota sobre la delegación de actividades o funciones a través de servicios de computación en la nube.

El capítulo cuarto estudia la protección del *copyright* en la nube en los Estados Unidos. En el mismo se analizan, en toda su extensión, los efectos jurídicos del uso de los servicios de *cloud computing* cuando se plantea una violación de los derechos en relación a obras protegidas para determinar el tipo de responsabilidad de los proveedores de estos servicios. También se estudia la forma en la que han sido abordadas estas cuestiones desde la óptica de la normativa y la jurisprudencia de Estados Unidos. Ahora bien, como acertadamente se dispone en el capítulo, las nubes privadas representan un nuevo reto en la salvaguarda jurídica del *copyright*, pues puede aumentar la masificación en el uso de copias privadas. Debe considerarse que la copia privada es una excepción que nos permite el uso privado sin el consentimiento del autor. En cualquier caso, la determinación de la infracción dependerá de la casuística y la problemática en estos casos estriba en la complejidad de detectar estos hechos y analizar si el uso privado responde a una de las excepciones permitidas.

La protección penal del servidor de *cloud computing* y de los datos almacenados o en proceso de transferencia hacia él, se estudia en el capítulo quinto. El derecho penal no da al contenido de la nube una tutela unitaria, sino una protección parcial en virtud de diversos tipos del Código Penal. Dentro de estos últimos deben considerarse, por un lado, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 del Código Penal en el supuesto de particulares y, por otro lado, del art. 278 del Código de Penal para los casos de secreto de empresa. En 2015, como consecuencia de la Directiva de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información, se introdujeron dos tipos penales. Estos últimos protegen, en primer lugar, al propio servidor respecto a accesos no deseados que produzcan una brecha en su seguridad y, en segundo término, el proceso de transmisión de datos informáticos hacia este, instante en el que son más vulnerables. El presente capítulo examina, desde la perspectiva penal, la tutela de las tecnologías de *Cloud Computing* desde dos puntos de vista, a saber: la protección del contenido -es decir los ficheros que se almacenan en el servidor- y de la salvaguarda del continente -el propio servidor-.

El capítulo siguiente versa sobre la relevancia del *big data* para la formación de contratos relacionados con viajes combinados o arreglos de viaje vinculados, según la nueva directiva de viajes combinados. En la Directiva de 2015 sobre viajes combinados y servicios de viaje vinculados resulta clara la búsqueda de respuestas en lo que se refiere a los nuevos modelos de negocios. Existe un creciente uso de plataformas tecnológicas que se fundamentan en el *big data* por parte de las empresas turísticas que ha quedado fuera de los criterios de la Directiva que, en cierta medida, nació desfasada. El *big data* en los viajes va más allá de ofrecer un mejor soporte, en cuanto a la decisión y la maximización de eficiencia, ya que el *big data* repercute en la organización de la oferta. Los modelos fundamentados en el *big data* son susceptibles de representar una verificación permanente de los clientes ya que, entre otros aspectos, pueden: ser datos tratados a tiempo real, que se conservan por tiempo indeterminado y que permita crear perfiles detallados para cada cliente. Por todo ello, se debe recurrir al Reglamento que se refiere a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos.

El turismo inteligente y el Derecho, desde la perspectiva de la intervención administrativa, es objeto de examen en el capítulo séptimo. Resulta especialmente sugerente el análisis que se realiza en materia de privacidad y seguridad. Existen diferentes fenómenos –la minería de datos, el internet de las cosas y la inteligencia artificial- que, referidas al sector turístico, nos permiten desarrollar el turismo inteligente. Este último suscita desafíos jurídicos que no había incluido el legislador habida cuenta de la celeridad de su implantación. En el acceso y reutilización de datos turísticos tanto la calidad del sistema democrático como la eficacia y eficiencia de los poderes públicas requieren un incremento de la transparencia, la personalización de los servicios prestados, la optimización de la gestión de los servicios, y, en definitiva, mayores niveles de innovación.

La digitalización del concepto tributario de establecimiento permanente se estudia en el capítulo octavo. Debe valorarse si podemos pensar en una versión digitalizada del concepto tradicional de Establecimiento Permanente como instrumento para hacer frente a los modelos de negocio que, en virtud de las nuevas tecnologías, consiguen evitar tributar en el país de la fuente como consecuencia de los beneficios logrados en el territorio de ese Estado.

El capítulo noveno se refiere al alquiler turístico vacacional y las plataformas digitales. En primer lugar, cabe destacar que la fragmentación y dispersión autonómica, habida cuenta del reparto competencial, da lugar a resultados indeseables por la desigualdad en la ordenación de una misma actividad. Es conveniente, con total observancia del marco de distribución de competencias, la instauración de instrumentos de coordinación entre las diversas Autonomías

que hagan posible la uniformización de soluciones legales. En segundo término, no parece oportuno que el estudio del alojamiento turístico vacacional dentro de la economía colaborativa y los nuevos modelos de prestación de servicios. En efecto, el alquiler vacacional no siempre se da en actividades de economía colaborativa, ya que, en muchas ocasiones, el arrendador no es un particular, sino un profesional o empresario del sector. Respecto al alquiler vacacional, debe considerarse que, como se indica en el capítulo, estamos ante un fenómeno global que está siendo objeto de diversas iniciativas reguladoras a nivel mundial. Al estar en un mundo globalizado y una economía sin fronteras, es esencial realizar un seguimiento de la ordenación internacional de estas materias, así como identificar sus tendencias y soluciones más oportunas. En cualquier caso, debe tenerse presente que estas iniciativas reguladoras deben tender hacia una ordenación equilibrada que tenga en consideración los distintos intereses en juego y sobre todo los nuevos intereses reconocidos por la normativa y la jurisprudencia españolas.

La resolución online de conflictos y, en concreto, su análisis en la plataforma europea de resolución de litigios se trata en el último capítulo. Esta última es un mecanismo ODR que nace en Europa en virtud del Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en materia de consumo. El uso de la plataforma que se analiza en el capítulo se limita a los conflictos de consumo y, en gran parte de los supuestos, solo a favor de los consumidores. Gracias a estos mecanismos ODR, se han podido ir superando ciertos obstáculos tradicionales de la vía judicial.

En suma, la obra que es objeto de reseña representa una obra de referencia por lo que se refiere a la regulación de las tecnologías emergentes. Estas últimas implican numerosos beneficios tanto para la propia industria como para sus destinatarios –consumidores y/o usuarios-, aunque también plantea numerosas preguntas acerca de cómo debería acometerse tal regulación.

David López Jiménez
EAE Business School

