

## Directiva (UE) 2019/713 de 17 de abril de 2019 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo

El mundo digital, su dimensión transfronteriza y los flujos económicos que a través de ellos circulan conduce a la Unión Europea a buscar la protección de los ciudadanos de la Unión y del mercado único digital mediante la persecución y castigo del fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

El fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo son una amenaza para la seguridad, ya que constituyen una fuente de ingresos para la delincuencia organizada y, por lo tanto, facilitan otras actividades delictivas como el terrorismo, el tráfico de drogas y la trata de seres humanos.

Representan asimismo un obstáculo para el mercado único digital, ya que socavan la confianza de los consumidores y provocan pérdidas económicas directas.

En los últimos años se ha registrado no solo un incremento exponencial de la economía digital, sino también una proliferación de la innovación en muchos ámbitos, en particular en las tecnologías de pago. Por consiguiente, el marco jurídico debe seguir siendo pertinente y actualizándose en función de esos adelantos tecnológicos a partir de un planteamiento tecnológicamente neutro.

La Directiva debe aplicarse a las monedas virtuales solo en la medida en que puedan usarse de manera habitual para efectuar pagos. Se debe animar a los Estados miembros a garantizar en sus respectivas legislaciones nacionales que las monedas de carácter virtual que permitan en el futuro sus bancos centrales u otras autoridades públicas disfruten del mismo nivel de protección frente a los delitos de fraude que los medios de pago distintos del efectivo en general.

Señalan el Parlamento y el Consejo que los instrumentos de pago distinto del efectivo pueden consistir en diversos elementos que actúan en conjunto, como sucede con una aplicación móvil de pago y la autorización correspondiente (por ejemplo, una contraseña). Cuando la Directiva emplea el concepto de instrumento de pago distinto del efectivo, debe

entenderse que dicho instrumento permite a su titular o usuario transferir efectivamente dinero o valor monetario o iniciar una orden de pago, y debe aplicarse también a las monedas virtuales en la medida en que puedan usarse de manera habitual para efectuar pagos, así como, y en la misma medida, a los monederos electrónicos que permiten efectuar transferencias en monedas virtuales. En sentido contrario, por ejemplo, la obtención ilícita de una aplicación móvil de pago sin la necesaria autorización no debe ser considerada obtención ilícita de instrumento de pago distinto del efectivo, ya que no permite en la práctica a quien la utilice transferir dinero o valor monetario.

Así, la Unión Europea acuerda que los Estados incorporen a sus ordenamientos sustantivos penales antes del 31 de mayo de 2021 (art. 20.1) las disposiciones que garanticen la aplicación de la sanción penal para personas físicas (art. 9) y jurídicas (arts. 10 y 11) en caso de producirse:

- 1.) La utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo que haya sido objeto de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita.
- 2.) La utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo falsificado o alterado.
- 3.) Relacionadas con medios de pago materiales (art. 4):
  - a.) la sustracción o cualquier otra forma de apropiación ilícita de un instrumento de pago material distinto del efectivo;
  - b.) la falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago material distinto del efectivo;
  - c.) la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido objeto de robo u otra forma de apropiación ilícita, o de falsificación o alteración;
  - d.) la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido robado, falsificado o alterado para su utilización fraudulenta.
- 4.) Relacionadas con Medios de pago inmateriales (art. 5):
  - a.) la obtención ilícita de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo, al menos cuando tal obtención haya

- supuesto la comisión de alguna de las infracciones a que se refieren los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE, o la apropiación indebida de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo;
- b.) la falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo;
  - c.) la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido objeto de obtención ilícita, falsificación o alteración, al menos si el origen ilícito del instrumento se conocía en el momento de su posesión;
  - d.) la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la venta, transferencia y distribución, o la puesta a disposición de terceros, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido obtenido de manera ilícita, falsificado o alterado, para su utilización fraudulenta.
- 5.) La realización o causación (art. 6) de una transferencia de dinero, de valor monetario o de moneda virtual, con el ánimo de procurar un beneficio económico ilícito para el autor o un tercero ocasionando en consecuencia un perjuicio patrimonial ilícito a otra persona, cuando se haya cometido intencionadamente:
- a.) sin derecho a ello, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información;
  - b.) sin derecho a ello, introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos.



## Guía de la Comisión Europea sobre circulación de datos no personales

En una economía cada vez más basada en los datos, la circulación de los mismos es esencial para las actividades comerciales de las empresas de todos los tamaños y sectores.

El desarrollo de nuevas tecnologías digitales ofrece nuevas oportunidades para los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas en la Unión Europea. Para aumentar aún más el intercambio transfronterizo de datos e impulsar la economía de los datos, en noviembre de 2018, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el Reglamento (UE) 2018/1807, relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea, a partir de una propuesta de la Comisión Europea. **El Reglamento es aplicable a partir del 28 de mayo de 2019.**

El principio de libre circulación de datos personales se recoge en el Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Así pues, ahora existe un marco integral para un espacio de datos europeo común y la libre circulación de todos los datos dentro de la Unión Europea.

El Reglamento de libre circulación de datos no personales proporciona seguridad jurídica para que las empresas procesen sus datos en cualquier punto de la UE, aumenta la confianza en los servicios de tratamiento de datos y contrarresta las prácticas de dependencia de un solo proveedor. De esta forma, el cliente tendrá más donde elegir, se mejorará la eficiencia y se estimulará la adopción de tecnologías en la nube, lo que generará ahorros significativos para las empresas en la UE. Un estudio demuestra que las empresas de la UE pueden ahorrar entre el 20 -50 % de sus costes en TI al migrar a la nube.

Gracias a estos dos Reglamentos, los datos pueden circular libremente entre los Estados miembros, lo que permite a los usuarios de servicios de tratamiento de datos utilizar los datos recopilados en diferentes mercados de la UE para mejorar su productividad y competitividad. Por lo tanto, los usuarios pueden aprovechar al máximo las economías de escala proporcionadas por el gran mercado de la UE, mejorando su competitividad global y aumentando la interconexión de la economía de los datos europea.

El Reglamento de libre circulación de datos no personales tiene tres características notables:

- Por norma, prohíbe a los Estados miembros imponer requisitos sobre dónde deben localizarse los datos. Las excepciones a esta regla solo pueden justificarse por razones de seguridad pública de conformidad con el principio de proporcionalidad.
- Establece un mecanismo de cooperación para garantizar que las autoridades competentes puedan seguir ejerciendo los derechos que tienen para acceder a los datos que se están tratando en otro Estado miembro.
- Proporciona incentivos para que el sector, con el apoyo de la Comisión, elabore códigos de conducta autorreguladores sobre el cambio de proveedores de servicios y la transferencia de datos.

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento de libre circulación de datos no personales, que exige que la Comisión publique orientaciones sobre la interacción entre este Reglamento y el Reglamento general de protección de datos, «en particular en lo que se refiere a los conjuntos de datos compuestos tanto por datos personales como no personales», la **Comisión Europea** ha publicado una Guía: *“Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea sobre la libre circulación de datos no personales.”*

Estas orientaciones pretenden ayudar a los usuarios, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, a comprender la interacción entre el Reglamento de libre circulación de datos no personales y el Reglamento general de protección de datos<sup>5</sup>. Por lo tanto, el documento de orientación aborda particularmente:

- i) los conceptos de datos no personales y datos personales;

- ii) los principios de libre circulación de datos y la prohibición de los requisitos de localización de datos en virtud de ambos Reglamentos; y
- iii) la noción de portabilidad de datos dentro del Reglamento de libre circulación de datos no personales. También cubre los requisitos de autorregulación establecidos en ambos Reglamentos

Los **datos no personales** son aquellos que, desde un origen, no se asocian a una persona física identificada o identificable o bien aquellos que, siendo datos personales en su origen, han devenido no personales a través de mecanismos de anonimización.

En la actualidad, los responsables de los datos pueden tratar personales y no personales en el ejercicio de una misma actividad comercial, por lo que pueden plantearse dudas, como la de si deben llevarse a cabo tratamientos separados para cada tipo de datos.

La Comisión, en cumplimiento del nuevo **Reglamento 2018/1807 sobre la libre circulación de datos no personales**, ha redactado la Guía con la finalidad de ayudar y facilitar, a entender la interacción entre la nueva normativa y el **Reglamento 2016/679 General de Protección de Datos** cuando apenas se cumple un año desde la plena aplicación de este último. Ambos Reglamentos se enmarcan en la voluntad de creación de un **espacio común europeo de datos**, en el que se pueda desarrollar el potencial de la economía de datos.

Si el nuevo Reglamento sobre la libre circulación de datos no personales ya ofrece un entorno jurídico y empresarial estable para el tratamiento de los datos, la función de la Guía es la de clarificar conceptos. No obstante, destaca la incorporación de ejemplos prácticos de suma importancia como la aplicación de normas cuando una empresa trate conjuntos de datos en los que figuran tanto datos personales como datos de carácter no personal.

La Guía es un soporte para las empresas y permitirá aumentar la seguridad jurídica en el ámbito de la protección de datos.



## Creación del Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social

El 19 de junio se ha publicado en el BOE la Orden TMS/667/2019, de 5 de junio, por la que **se crea el Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social**.

La lucha contra el fraude constituye un elemento esencial para garantizar la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social. La coordinación de las actuaciones de los organismos e instituciones implicados en esta labor y la puesta en marcha de medidas que resulten de una actuación participada contribuyen en gran parte a evitar conductas irregulares y dan una mayor credibilidad al sistema.

En el artículo 3 del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social, se atribuye a la Dirección General de este servicio común competencias para el desarrollo de programas de lucha contra el fraude.

De acuerdo con ello, la Tesorería General de la Seguridad está desarrollando en el ámbito de sus competencias un **proyecto de lucha contra el fraude a la Seguridad Social** para su prevención durante la gestión de la afiliación, la cotización y la recaudación, así como su detección precoz para evitar y corregir el acceso a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social de forma indebida, llevando a cabo una planificación estratégica de todas estas actuaciones y un continuo seguimiento y control de resultados.

La finalidad que se pretende conseguir con la creación del Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social es la recuperación de los recursos del sistema de la Seguridad Social que se pierden en la actualidad por incumplimientos de las obligaciones en esta materia y por conductas irregulares, así como el reforzamiento de la confianza y sostenibilidad de dicho sistema.

En este aspecto, la actividad desplegada en los últimos años para el control y la corrección de comportamientos irregulares en la percepción de beneficios y prestaciones de Seguridad Social debe de continuar con una perspectiva integral y especializada.

El observatorio se crea como un órgano de participación y recogida de información, que se

complementa con la posibilidad de realizar estudios y análisis de datos para la formalización de propuestas de actuación preventivas y de corrección de fraude, así como, para la evaluación y difusión de los resultados.

De conformidad con lo que antecede, esta orden responde a la voluntad de crear un Observatorio para la lucha contra el fraude a la Seguridad Social, como medida de mejora de los instrumentos que ya existen de colaboración y coordinación en el ámbito de actuación de la identificación y corrección de situaciones de irregularidad y de fraude al sistema de la Seguridad Social.

De acuerdo con ello, esta orden se atiene a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, la norma es respetuosa con los principios de necesidad, eficacia y proporcionalidad, en tanto que con ella se persigue el fin pretendido, que es la creación del citado observatorio con el objetivo de recuperar los recursos del sistema que se pierden por los incumplimientos de las obligaciones en esta materia y reforzar su sostenibilidad, constituyendo el instrumento más adecuado para garantizar su consecución, ya que contiene la regulación imprescindible para atender las necesidades que pretende cubrir, no tratándose de una norma restrictiva de derechos.

La iniciativa es también coherente con el resto del ordenamiento jurídico tanto nacional como de la Unión Europea, sus objetivos se encuentran claramente definidos y no impone cargas administrativas, cumpliendo con los principios de seguridad jurídica y eficiencia, puesto que se integra de manera coherente con el resto del ordenamiento del sistema de la Seguridad Social, generando un marco normativo estable, predecible, integrado y claro en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social para la lucha contra el fraude en esta materia.

El observatorio se crea como un órgano de participación y recogida de información, que se complementa con la posibilidad de realizar estudios y análisis de datos para la formalización de propuestas de actuación preventivas y de corrección de fraude, así como, para la evaluación y difusión de los resultados.

De conformidad con lo que antecede, esta orden responde a la voluntad de crear un Observatorio para la lucha contra el fraude a la

Seguridad Social, como medida de mejora de los instrumentos que ya existen de colaboración y coordinación en el ámbito de actuación de la identificación y corrección de situaciones de irregularidad y de fraude al sistema de la Seguridad Social.

De acuerdo con ello, esta orden se atiene a los principios de buena regulación previstos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, la norma es respetuosa con los principios de necesidad, eficacia y proporcionalidad, en tanto que con ella se persigue el fin pretendido, que es la creación del citado observatorio con el objetivo de recuperar los recursos del sistema que se pierden por los incumplimientos de las obligaciones en esta materia y reforzar su sostenibilidad, constituyendo el instrumento más adecuado para garantizar su consecución, ya que contiene la regulación imprescindible para atender las necesidades que pretende cubrir, no tratándose de una norma restrictiva de derechos.

La iniciativa es también coherente con el resto del ordenamiento jurídico tanto nacional como de la Unión Europea, sus objetivos se encuentran claramente definidos y no impone cargas administrativas, cumpliendo con los principios de seguridad jurídica y eficiencia, puesto que se integra de manera coherente con el resto del ordenamiento del sistema de la Seguridad Social, generando un marco normativo estable, predecible, integrado y claro en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social para la lucha contra el fraude en esta materia.



## Sentencia que absuelve de un delito contra la propiedad intelectual por ser anteriores a la reforma del Código Penal

**La sentencia del juzgado de lo Penal número 4 de Murcia** absuelve de un delito contra la propiedad intelectual a los que fueran administradores de las páginas webs “películasyonkis.es”, “seriesyonkis.es” y “videosyonkis.es” de los años 2008 a 2014, *considera que, antes de la reforma del Código Penal de 2015, la conducta de enlazar a otras webs con contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, no estaba sancionada penalmente. La resolución hace un análisis completo e individualizado de toda la jurisprudencia que “no ha sido pacífica en esta materia sino altamente controvertida”.*

La resolución considera probado que las citadas páginas, contenían enlaces o hipervínculos (links), clasificados según diferentes criterios, precedidos o no de una sinopsis de la obra y de su carátula, con un foro de discusión; y se limitaban a redirigir a megaservidores externos (fundamentalmente megavideo y megaupload), “donde terceras personas no identificadas (uploaders) habían alojado obras audiovisuales protegidas por derechos de propiedad intelectual, optando estos últimos porque la obra no apareciera como visible para cualquier público que la buscara directamente en el megaservidor”.

De modo que, según la prueba practicada, “estas webs no contenían ningún tipo de contenido audiovisual, sino que se limitaban a la publicación de los enlaces que conducían a otros servidores donde se alojaban las obras”.

En los fundamentos jurídicos, hace un análisis de la doctrina y la jurisprudencia existente sobre esta materia, recogiendo incluso la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, y concluye, tras un detallado estudio para encuadrar el supuesto enjuiciado a este marco teórico, que los hechos probados no encajan en el delito contra la propiedad intelectual recogido en el artículo 270 del Código Penal, antes de la reforma operada en julio de 2015.

En concreto, atendiendo a la normativa aplicable al momento en que las páginas estuvieron activas, se sanciona penalmente al que *“reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente, en todo o en parte, una obra ...”* Con lo que el núcleo de la fundamentación de la sentencia se centra, pues, en determinar si los hechos probados encajan en el concepto de *“comunicación pública”* recogido en el Código Penal. Lo que requiere un análisis pormenorizado, pues, como reconoce la propia resolución, la jurisprudencia *“no ha sido pacífica en esta materia sino altamente controvertida”*. *“Precisamente la interpretación jurisprudencial de estos dos apartados relativos al concepto de comunicación pública ha dado lugar a soluciones dispares a la hora de criminalizar o no las conductas objeto de autos”*, subraya.

Por tanto, la sentencia viene a dilucidar *“si la conducta de enlazar desde un web a otra diferentes contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, (aun ofreciendo en esa web una relación ordenada y catalogada en diferentes categorías de enlaces relativos a obras audiovisuales), cuando en la web inicial no se alojan”* y, además, estos contenidos están *“en una web diferente correspondiente a un megaservidor externo, habiendo sido alojados en este por personas diferentes”*, colma o no el concepto de comunicación pública a que se refiere el tipo del art 270.1 CP.

Analiza la conocida como sentencia Svensson, dictada en 2014 por el TJUE, para la interpretación Directiva 2001/29/CE, base normativa de los derechos de autor de la Unión Europea, y que *“constituye un antes y un después en la interpretación del concepto de comunicación pública y de puesta a disposición”*. En ella, se fija como criterio que: *“el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de “puesta a disposición”* y, en consecuencia, de *“acto de comunicación”*.

La resolución reconoce que, *“a la vista de dichas argumentaciones, la conducta de los acusados en este procedimiento integraría el concepto de comunicación pública del art 20 de LPI y podría colmar las exigencias del art 270.1 CP”*. No obstante, recalca, que esta interpretación *“no parece que deba ser aplicada a supuestos acontecidos con anterioridad”*.

Finalmente, el último argumento jurídico utilizado en la sentencia como de cierre para entender que las páginas de enlace como las presentes no eran constitutivas de infracción penal es que en la reforma del Código Penal del año 2015 se introduce un nuevo tipo penal en el capítulo de delitos contra la propiedad intelectual que, de forma expresa (artículo 270.2 CP), criminaliza la conducta de enlazar ofreciendo listados ordenados y clasificados de obras, aunque los enlaces hayan sido facilitados por otros.

Sin embargo, las conductas objeto de la sentencia a partir de la reforma del Código Penal sí que es constitutiva de un delito penal.

