

Apuntes

EL DERECHO A SU ALCANCE

INDICE

- Nuevas claves para el control empresarial de los medios informáticos de los trabajadores
- Precios de transferencia: Aviso para navegantes
- Leer antes de usar
- G2B: Contratación electrónica con el sector público
- 15 Años de marcas comunitarias tridimensionales



Nuevas claves para el control empresarial de los medios informáticos de los trabajadores. Cómo evitar las nulidades probatorias en el control empresarial de los medios informáticos de los trabajadores

Uno de los temas probatorios que en la práctica ha dado lugar a mayores complejidades jurídicas ha sido el del control empresarial de los medios informáticos puestos a disposición de los trabajadores. En muchas ocasiones se ha declarado judicialmente la ilicitud de la prueba obtenida por el empresario contra el trabajador por entenderse que se le ha vulnerado su derecho a la intimidad.

Afortunadamente, desde hace pocos meses, dos resoluciones de altos tribunales (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo) han venido a coincidir en dar nuevos parámetros para legitimar dicho control empresarial.

La STEDH de 3 de abril de 2007 (asunto Copland contra Reino Unido) analizando la validez del seguimiento telefónico, correo electrónico y uso de Internet realizado por un Colegio a una de sus trabajadoras llega a la conclusión de su ilicitud –en términos del art. 8 CEDH- pues toda esta actividad de control empresarial se realizó sin conocimiento de la empleada, lo que constituye una injerencia en su derecho a su intimidad.

De igual modo, pocos meses después, y en la misma línea, la STS de 26 de septiembre de 2007, declara el carácter ilícito de la prueba obtenida por la empresa mediante el registro del ordenador personal de un trabajador que, en ningún momento, fue advertido de la posibilidad de dicho control. De forma rotunda, destaca la inaplicabilidad de los límites que establece el art. 18 ET –para el control de la taquilla personal del trabajador- al control del uso del ordenador por sus empleados, así como la imposibilidad de aplicarlo de forma analógica, ya que como bien se razona no hay ni semejanza de los supuestos, ni identidad de razón en las regulaciones (art. 4.1 CC). Por ello, lo que debe hacer la empresa, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, es establecer previamente las reglas de uso de los medios informáticos entregados a los trabajadores e informarles de que va a existir control y de los medios que van a aplicarse para comprobar la correcta utilización de dichos medios. En este caso, si el medio tecnológico se utiliza a efectos privados en contra de las prohibiciones –absolutas o parciales- fijadas y comunicadas por la empresa, con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se vulnera una expectativa razonable de intimidad, por lo que no habrá infracción del derecho a la intimidad del trabajador. Es lógico pensar que no hay intimidad ahí donde el trabajador es consciente de que pueden acceder terceras personas.

En conclusión, la nueva clave de bóveda sobre la que gira la permisibilidad del control empresarial radica en el conocimiento previo que debe tener el trabajador sobre el control de ello debe tener el trabajador. Y este conocimiento previo –que no consentimiento, de acuerdo a la jurisprudencia que acabo de indicar- puede tener lugar en el propio contrato de trabajo, en el convenio colectivo o en avisos periódicos que la empresa dirija a sus trabajadores. En todo caso, la prudencia aconseja establecer inmediatamente protocolos informáticos en las empresas que habiliten el control sobre el uso de los instrumentos informáticos por parte de sus trabajadores.

En la práctica, mientras no se generalice la existencia de estos protocolos informáticos, nos podemos encontrar con las siguientes dos situaciones: que el trabajador sea consciente de la posibilidad de un control empresarial. En este caso, no habrá problema alguno para intervenir directamente los instrumentos informáticos. Sin embargo, una norma de prudencia jurídica, aconseja intervenirlos mediante un fedatario público, al objeto de evitar la posterior alegación de manipulación o alteración en los contenidos de tales instrumentos; o que el trabajador desconozca la posibilidad de un control empresarial. En este caso, en la medida en que puede afectarse a la intimidad personal del trabajador, es aconsejable realizar el control



empresarial con las garantías del art. 18 ET, o hacer intervenir la autoridad judicial, por ejemplo, mediante la solicitud de un aseguramiento de la prueba, o directamente, mediante la práctica anticipada de una prueba pericial judicial en los términos del art. 293 LEC.

Joan Picó i Junoy
Catedrático de Derecho Procesal URV
Colaborador de Baker & Mckenzie



Precios de transferencia: Aviso para navegantes

El Departamento de Inspección y Financiera Tributaria emitió una nota con fecha de 24 de abril de 2008 en relación con las operaciones vinculadas. Razonablemente no le faltaban, ya que desde que la Ley 36/2006 modificó el régimen de precios de transferencia en España introduciendo la obligación del contribuyente de valorar las operaciones vinculadas por su valor normal de mercado, inmediatamente surgió el interrogante respecto al mejor modo de justificar la valoración.

Es cierto que la normativa anuncia posterior desarrollo reglamentario de la documentación necesaria para justificar la valoración. Sin embargo, el reglamento no acaba de aprobarse, y mientras tanto se ha cerrado ya el ejercicio 2007. El nivel de inseguridad generado no beneficiaba a nadie.

Ante este panorama, la Inspección ha emitido su nota dando un mensaje de lo que espera encontrar en la eventual comprobación de las operaciones vinculadas del impuesto sobre sociedades del ejercicio impositivo cerrado el 31 de diciembre 2007 y de cómo va a enfrentar esas comprobaciones tributarias. A saber : (i) espera encontrar documentación probatoria respecto la valoración de mercado conforme con los métodos previstos en la normativa (i.e., Art. 16 de la Ley del Impuesto

sobre Sociedades) y que siga la metodología de las directrices de la Guía de Precios de Transferencia de la OCDE; (ii) o bien para aquéllos elementos y activos respecto de los cuales no exista un mercado comparable, espera una valoración según modelos y técnicas universalmente aceptadas y finalmente; (iii) cuando el contribuyente no cumpla con la obligación de valorar a precios de mercado y el valor declarado en el impuesto sobre sociedades se aleje sustancialmente del que resulte de la aplicación de los métodos del art.16, será justificada la aplicación del régimen sancionador general.

La posición de la Inspección es clara. Es hora de revisar las operaciones vinculadas de 2007 para aquellos que no lo hayan hecho todavía. La falta del reglamento desarrollando las obligaciones de documentación no se aceptará como excusa en sede de comprobación tributaria. Hasta ahora los asesores habíamos alertado sobre la necesidad de documentar. Ahora estamos todos avisados.

Manel Garcia
Departamento Fiscal Baker & McKenzie Barcelona
Manel.garcia@bakernet.com



Leer antes de usar

“¿Y ahora me tengo que leer este manual de instrucciones?”. Ésta quizá es la pregunta que se hacen muchos consumidores cuando adquieren un producto, antes de guardarlos en un cajón, sin leerse el contenido de tales manuales. No lo podemos negar, muchos recurren a él únicamente cuando ya existe el problema.

Sin embargo, la perspectiva desde el punto de vista del fabricante debe ser otra. Legalmente, la importancia del manual de instrucciones es fundamental, porque establecen las características, finalidades y modo de empleo de los productos a los que hacen referencia. Por ello, no sólo desde el punto

de vista del consumidor, sino también del empresario encargado de su fabricación, debe prestarse mucha atención a las instrucciones de uso. Y ello desde un doble punto de vista, (i) el de las características del producto y (ii) el de su modo de empleo.

Por lo que a las características del producto se refiere, las instrucciones deben contener sus particularidades técnicas y valores de rendimiento. Así, de no corresponderse tales especificaciones con la realidad, el fabricante puede verse en la tesitura de tener que responder frente al consumidor por tal discordancia.

En cuanto al modo de empleo del producto, el fabricante y/o distribuidor debe ser cauteloso en la preparación de las instrucciones. Recordemos que la responsabilidad por producto no sólo alcanza al productor por su fabricación, sino también por defectos en la prestación de información sobre el uso o la realización de prevenciones de seguridad. Para evitar estos últimos es necesario que las instrucciones de los manuales estén bien realizadas y sean lo más completas posibles.

Nuestro más Alto Tribunal viene sosteniendo de antiguo que el consumidor debe ser guiado en el uso del producto por el fabricante, de tal suerte que, de no ser la información de uso adecuada, veraz o exacta, éste último debe ser responsable de los daños ocasionados por tal incorrecto uso. Por el contrario, y en sentido positivo, podemos igualmente afirmar que el fabricante quedará exonerado de responsabilidad por todo uso del consumidor disconforme con las instrucciones e información otorgada.

Por último, debemos hacer especial mención a los productos denominados "inútiles". Nos referimos a aquellos productos

que no responden a las finalidades para las que están publicitados o comercializados. Pensemos, por ejemplo, en el uso de medicamentos que, pese a estar prescritos para determinadas patologías, ningún efecto positivo producen sobre éstas. En este caso, el consumidor que adquiera un producto con el convencimiento de que éste es hábil para la finalidad pretendida, y vea frustrada su pretensión por la "inutilidad" del producto, puede verse resarcido de su frustración, no sólo por el importe de adquisición del producto, sino también por el importe de los daños y perjuicios que el uso de tales productos pueda haberle causado o agravado.

Por todo lo anterior, para evitar responsabilidades es necesario que el manual de instrucciones pase a tener una mayor consideración y someterse a un mayor examen antes de comercializar cualquier producto en el mercado.

Gabriela Haurie
Departamento Procesal Baker & McKenzie Barcelona
Gabriela.Haurie@bakernet.com



G2B: Contratación electrónica con el sector público

Desde el 2 de mayo está operativa la Plataforma electrónica de Contratación del Estado en el sitio web (www.contratacion-delestado.es).

La puesta en marcha de esta plataforma es el primer efecto tangible de la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007) que supone un importante avance en la modernización de la contratación pública mediante el impulso de la contratación electrónica.

Esta nueva plataforma permitirá reducir los costes de licitación, agilizar los plazos de contratación, garantizar la publicidad y la transparencia y favorecer la competencia.

Para los órganos de contratación que publicarán su "Perfil de contratante" (obligatoriamente: Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales; voluntariamente: restantes entes del sector público estatal y de los órganos de contratación de las CC.AA y las Entidades Locales), la plataforma cumple con dos grandes funciones:

- Informativa: publicación de anuncios previos, anuncios de licitación, pliegos, instrucciones de contratación de sociedades y fundaciones, notificación de la adjudicación provisional y definitiva, así como otra información relevante que el órgano de contratación considere adecuado difundir.
- Espacio virtual de licitación: permite al órgano de contratación disponer de un espacio de licitación donde albergar los datos y documentos referentes al proceso de contratación, con control (sellado de tiempo) del momento en que se han presentado. Asimismo, ofrece un servicio de recepción de ofertas para su posterior remisión al órgano de contratación.

Para los usuarios-operadores económicos (ya se han registrado más de 300), la Plataforma cumple un triple objetivo:

- Facilita el encuentro de oportunidades de negocio a través de un motor de búsqueda.
- Servicio de suscripción a avisos sobre nuevas licitaciones en el momento en que se publiquen por los órganos de contratación.
- Permite la recepción de ofertas electrónicas.

El próximo efecto de la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público será su propio desarrollo reglamentario que se espera para mediados de 2009. Para entonces, habrá que estar no solamente registrado sino familiarizado con la Plataforma electrónica de Contratación.

Jordi Masdevall
Departamento IT/IP Baker & McKenzie Barcelona
Jordi.Masdevall@bakernet.com





15 Años de marcas comunitarias tridimensionales

Según la Asociación Internacional de Marcas (INTA) y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), las empresas que desean ampliar el alcance de protección de sus productos recurren cada vez más al registro de marcas de las denominadas "no tradicionales".

Las marcas "no tradicionales" pueden consistir en sonidos, perfumes, y, muy especialmente, en las formas externas del producto o de su envase. Éstas son las conocidas como "marcas tridimensionales".

Según las estadísticas de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (agencia comunitaria encargada del registro de marcas y diseños comunitarios), el número de marcas comunitarias tridimensionales registradas asciende a 2.354, lo que representa menos del 5% del total de las marcas comunitarias registradas.

Lo cual resulta sorprendente a la vista de la importancia que las formas de productos y envases tienen para determinadas industrias (estamos pensando, por ejemplo, en perfumería, joyería o alimentación).

Este escaso número de marcas comunitarias tridimensionales puede justificarse por la doctrina jurisprudencial ciertamente estricta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación a los estándares mínimos de distintividad requerida para registrar la forma externa de un objeto como marca.

De todas maneras, la legislación aplicable permite registrar una marca tridimensional también en casos en los que se demuestre que se ha ganado "carácter distintivo" como consecuencia del uso de la forma en el mercado con carácter previo a su registro.

Ello ocurre cuando formas de productos que originariamente no presentaban aptitud diferenciadora o distintiva han acabado por ser reconocidas por los consumidores como indicaciones del origen empresarial correspondiente, y ello como consecuencia de la promoción comercial y/o éxito del producto en el mercado.



COMITÉ EDITORIAL Laia Colomé, Manel Garcia, Fernando de la Mata, Ignacio Marqués, Ivan Martí, Jordi Masdevall, Mireia Sabaté, Jordi Sánchez, Georgina Teixidó

Protección de datos: Los datos personales que nos proporcionen en el ámbito de nuestra relación profesional serán incluidos en nuestros ficheros, lo que nos permitirá prestarles y minutarles nuestros servicios profesionales, mantenerles informados sobre nuestro asesoramiento profesional y sobre novedades legislativas y actividades de formación. Tales datos podrán ser cedidos con idéntica finalidad a las distintas oficinas de Baker & McKenzie dentro y fuera del Espacio Económico Europeo, así como a las empresas o instituciones que colaboren en nuestras actividades de formación. Si en un futuro desearan revocar este consentimiento o acceder, rectificar o cancelar sus datos personales, rogamos nos lo hagan saber. Si no desea recibir nuestras newsletters, rogamos envíe un mensaje a georgina.teixido@bakernet.com

De lo anterior se deduce que la óptima protección de los signos distintivos de una compañía requiere de la coordinación entre los departamentos jurídicos y de marketing. Lo cual aplica muy especialmente en el caso de las marcas tridimensionales.

*Ignacio Marqués y Riccardo Ciullo
Departamento IP Baker & McKenzie Barcelona
Ignacio.Marques@bakernet.com
Riccardo.Ciullo@bakernet.com*

BAKER & MCKENZIE

Baker & McKenzie, International Law Firm of the Year 2008

Baker & McKenzie ha sido nombrada Firma Internacional del Año por PLC, Which lawyer?, y firma líder en Asia, Europa Central y del Este, América Latina y Oriente Medio. La encuesta se realizó entre más de 5.000 abogados internos de compañías en todo el mundo.



Rafael Jiménez-Gusi, miembro del Executive Committee de Baker & McKenzie y socio de la Firma en Barcelona.

Asesoramientos probono:

Baker & McKenzie ha asesorado a la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona en relación al derecho legal de los abogados de representar a terceras partes ante la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Baker & McKenzie ha asesorado a la Fundación Active Africa en materia de Propiedad Industrial.

Baker & McKenzie ha asesorado al Colegio Montserrat en materia de Derechos de Autor.

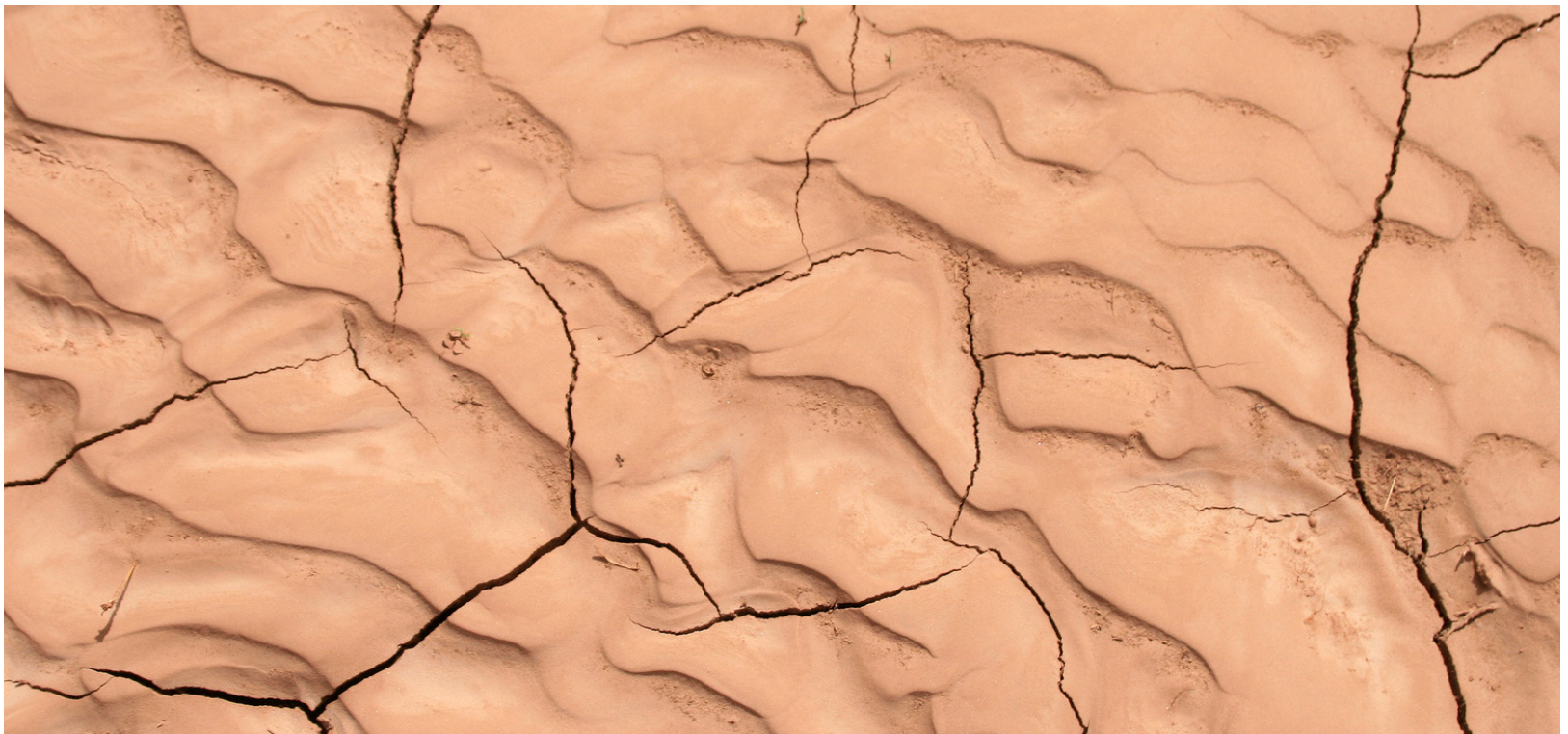
Apuntes

MEDIOAMBIENTE

Reflexión sobre la sequía

AMPHOS²¹

Durante los meses pasados la sequía ha sido uno de los temas de mayor actualidad en Catalunya. Entorno a la sequía se ha generado un debate público de gran intensidad y no exento de pasión, en demasiadas ocasiones. Algunos nos hablaban sobre los desastres y otros sobre las grandezas de los trasvases, partidarios del Ródano frente a los del Ebro, defensores acérrimos de las desalinizadoras que acabarán con todos los problemas frente a los partidarios del ahorro como única solución sostenible. Es decir, nada nuevo. Invito a los lectores a revisar las hemerotecas y leer los artículos publicados durante el último gran episodio de sequía en el sur y el levante de España (años 1991-1995). Idénticas discusiones e idénticos argumentos. Y, sobre todo, a nuestro parecer, idéntica demagogia.



Un clima como el Mediterráneo se caracteriza por una variabilidad meteorológica alta, intra e interanualmente. La sequía meteorológica es algo habitual que siempre ha existido y siempre existirá. La sequía meteorológica la definimos habitualmente como aquella situación con precipitaciones inferiores a un valor determinado (arbitrario), durante un tiempo dado (arbitrario) y en una zona geográfica definida (arbitraria). Como se puede observar, decidir si estamos o no estamos en una situación de sequía no es trivial. La Organización Meteorológica Mundial proporcionó, en el año 1986 y a petición del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, los siguientes umbrales para definir una situación de sequía meteorológica: "se dice que hay sequía en una región si la precipitación anual es inferior al 60% de la normal durante más de dos años consecutivos en más de 50% de la superficie de la región". Ahora vendría la discusión sobre si la precipitación anual "normal" es la media de los últimos 10 años o de los últimos 50, si la "región" es la comunidad autónoma, la cuenca hidrológica o un conjunto de subcuencas determinadas, o si estos umbrales (60% y 50%, o los dos años) son tan arbitrarios como cualquier otro conjunto de valores que hubiéramos adoptado.

Sea como fuere, tras la sequía meteorológica acostumbra a venir la sequía agronómica, que es una situación con déficit de humedad en el suelo de cara a satisfacer las necesidades de crecimiento de un cultivo determinado en cualquiera de sus fases de crecimiento. Dado que la cantidad de agua es diferente para cada cultivo, e incluso puede variar a lo largo del crecimiento de una misma planta, no es tarea fácil establecer umbrales de sequía agrícola válidos ni tan siquiera para un área geográfica. En zonas de cultivos de secano, la sequía agronómica va ligada a la sequía meteorológica con un pequeño desfase temporal dependiente de la capacidad de retención de humedad del suelo. En zonas con cultivos de regadío la sequía agrícola está más fuertemente vinculada a un tercer "tipo" de sequía: la sequía hidrológica. Precisamente ésta es la que se torna clave, no sólo para los regadíos, sino también para los abastecimientos de agua potable a las poblaciones. Las sequías hidrológicas tienen que ver con episodios temporales en los que se registran caudales circulantes por los cursos de agua, y/o volúmenes embalsados y/o recursos explotables en los acuíferos, por debajo de lo normal. Y ya estamos otra vez con el lío de definir lo que es "normal" o lo que no lo es. Cabe resaltar por tanto, que un régimen de precipitaciones que para una zona puede considerarse aceptable, para otra región puede ser insuficiente y provocar una situación de sequía meteorológica. Pero incluso una misma situación de sequía meteorológica puede convertirse en sequía hidrológica en unas circunstancias y no en otras. Un mes sin lluvias se convierte casi automáticamente en un episodio de sequía hidrológica en muchas zonas de Galicia, por ejemplo, pero no en otras con mejores infraestructuras. En el caso de Barcelona, una misma situación de sequía meteorológica es mucho más preocupante hoy en día que hace diez años, puesto que la población a abastecer ha aumentado a un ritmo muy superior que las infraestructuras disponibles. Por tanto, la ciudad se ha hecho más vulnerable a la sequía hidrológica. Es importante resaltar la obviedad de que la sequía hidrológica no sólo depende de los caprichos de la naturaleza, sino también de las infraestructuras disponibles, sean de almacenamiento superficial, de captación subterránea o de conexión entre infraestructuras y redes.

Por definición, la sequía meteorológica es siempre una situación temporal, a diferencia de la aridez que es la escasez de lluvias como característica permanente del clima de una región. Por tanto, se puede afirmar sin temor a equivocarse que cada día que pasa durante un episodio de sequía, es un día menos que falta para que vuelva a llover. O lo que es lo mismo, todos los episodios de sequía acaban pasando. El razonamiento anterior es tan cierto como poco útil para el gestor del recurso hídrico. De poco nos sirve la certeza de que tarde o temprano lloverá, sino que precisamos que llueva en una cantidad determinada y a lo largo de un periodo concreto, dependiendo de la garantía de suministro de nuestro sistema, que a su vez es el resultado último de la gestión del recurso disponible para satisfacer una cantidad y tipología de usos. Las herramientas disponibles para la gestión hídrica son diversas, pero cabe agruparlas en dos tipos fundamentales: (1) aquellas que permiten gestionar la oferta, como por ejemplo la construcción de embalses, canalizaciones, pozos de bombeo,... y, (2) aquellas que permiten gestionar la demanda, como por ejemplo las campañas de concienciación ciudadana para el ahorro o los ajustes de precios y tarifas, entre otras. Se trata de encontrar la mejor combinación para la gestión racional de los recursos hídricos disponibles. Dicha gestión racional debe manejar parámetros diversos y muchas veces complejos, de tipo hidrológico, económico, político, social, medioambiental, cultural,... Dicha gestión racional de los recursos hídricos requiere administraciones y empresas competentes y con solvencia técnica, inversiones públicas y privadas, respeto y sensibilidad medioambiental, educación ciudadana, participación pública, transparencia, democracia... En definitiva, se requiere

la integración y confluencia de muchas cosas, para las cuales los anglosajones han encontrado un concepto aglutinador al que llaman gobernabilidad (o gobernanza, no está claro como traducirlo en castellano).

Más allá de las discrepancias políticas y de la conflictividad social que a menudo acompaña cualquier decisión que se tome sobre la gestión del ciclo de agua, las autoridades competentes en su gestión deben tener unos plazos de trabajo que permitan planificar y ejecutar más allá de los intermitentes ciclos (hidrológicos y electorales). Así, resulta imprescindible definir las necesidades hidrológicas de cada cuenca, subcuenca y usuario y actuar en consecuencia garantizando el suministro por periodos de tiempo más allá del mismo año hidrológico. Este suministro debe incorporar, a su vez, la incertidumbre de eventos que si bien en este momento son de sequía, en otras ocasiones son de exceso y por tanto de inundaciones.

Jorge Molinero Huguet y Jordi Guimerà Solà
Amphos 21
jorge.molinero@amphos21.com
jordi.guimera@amphos21.com

