

El TJUE y el Derecho internacional privado. Ante la digitalización de bienes y servicios

The CJEU and the International Private Law. Facing the digitalization of goods and services

MIGUEL-ÁNGEL MICHINEL ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Vigo

ORCID ID: 0000-0001-8116-4549

Recibido: 14.12.2022 / Aceptado: 17.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7554

Resumen: Ante los problemas que pueden surgir al articular las libertades comunitarias en el marco del mercado interior de bienes y servicios afectados por el creciente e imparable proceso de digitalización, el Derecho privado, por su parte, responde con nuevas normas que, cada vez con mayor intensidad, unifican aspectos donde se presentan discrepancias entre los sistemas de los distintos Estados Miembros. Pero, ante la dimensión claramente transfronteriza del tipo de relaciones existentes, el acervo del Derecho internacional privado de la U.E existente conserva una importante función, afinada por el TJUE, en la senda hacia el establecimiento de una soberanía digital europea. En el presente trabajo se examinan, desde la perspectiva de esa jurisprudencia, los avances más relevantes, desde la perspectiva de la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, en relación con ese mercado.

Palabras clave: Derecho internacional privado, bienes y servicios, digitalización, contratos internacionales, responsabilidad extracontractual, TJUE.

Abstract: Abstract: Faced with the problems that may arise when it comes to articulating community freedoms within the framework of the internal market for goods and services affected by the growing and unstoppable process of digitization, private law, for its part, responds with new rules that, each time with greater intensity, they unify aspects where there are discrepancies between the systems of the different Member States. But, given the clearly cross-border dimension of the type of existing relationships, the existing EU private international law acquis retains an important function, fine-tuned by the CJEU, on the path towards the establishment of a European digital sovereignty. This paper examines, from the perspective of this jurisprudence, the most relevant advances, from the perspective of liability, both contractual and non-contractual, related to that market.

Keywords: International private law, good and services, digitalization, international contracts, torts, CJEU.

Sumario: I. Introducción. II. Función y principios clave del Derecho internacional privado a considerar. III. Contratos internacionales sobre bienes y servicios. 1. Armonización material. A. El Reglamento (UE) 2019/1150. B. El contrato de suministro: la Directiva 2019/770. C. El contrato de compraventa: la Directiva 2019/771. 2. Problemas de Derecho internacional privado e interpretaciones del TJUE. A. Contratos sin consumidores. B. Contratos con consumidores. III. Responsabilidad extracontractual. 1. Armonización material. A. El Reglamento de Servicios Digitales. B. El Reglamento de mercados digitales. 2. El lugar del hecho dañoso como solución general. A. El lugar del hecho dañoso en actos ilícitos plurilocalizados. B. Jurisprudencia del TJUE materia de protección de la intimidad. 3. Supuestos especiales. A. Derecho de autor. B. Defensa de la competencia. C. Datos personales. D. Inteligencia Artificial. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. En septiembre de 2020, el Discurso sobre el Estado de la Unión que pronunció la presidenta Ursula von der Leyen incluyó la alusión a una “soberanía digital europea”, que debería garantizarse a través de una visión común¹. Sobre la base de esta aspiración, se elaboró la comunicación de la Comisión denominada “Brújula Digital Europea”², de 9 de marzo de 2021. El texto supone, en realidad, una continuación de la Estrategia “Configurar el futuro digital de Europa”³, presentada el 19 de febrero de 2020, justo antes de eclosionar la pandemia causada por la COVID-19. En el nuevo documento, se señalan los cuatro puntos cardinales que deben servir de base para cartografiar la trayectoria de la U.E. en el ámbito de la digitalización. Los dos primeros se centran en las capacidades digitales y en la creación de infraestructuras, así como en el acceso a las mismas; mientras que los otros dos, se proyectan sobre la transformación digital de las empresas y los servicios públicos en la Unión. Dentro de esos cuatro puntos, se incluyen diversas propuestas, que cabe resumir como sigue. En primer lugar, para 2030, por lo que se refiere a la ciudadanía con capacidades digitales y profesionales del sector, se propone que trabajen en la UE 20 millones de especialistas TIC, con convergencia entre mujeres y hombres. En segundo lugar, por lo que se refiere a infraestructuras digitales sostenibles, seguras y eficaces, se pretende que todos los hogares europeos gocen de acceso a una red de altísima velocidad, y todas las zonas pobladas dispongan de cobertura 5G, así como elevar la producción de semiconductores de vanguardia y sostenibles en Europa -procesadores incluidos- hasta alcanzar al menos el 20 % de la producción mundial en valor; todo ello, con un despliegue de 10.000 nodos de proximidad con alto grado de seguridad y climáticamente neutros, que garanticen el acceso a servicios de datos en milisegundos; todo ello, a partir de la inauguración del primer ordenador cuántico, prevista para 2025. En tercer lugar, sobre la transformación digital de las empresas, se aspira a que el 75 % haya adoptado en 2030 servicios de computación en nube, macrodatos e inteligencia artificial, y que más del 90 % de las pymes haya alcanzado al menos un nivel básico de intensidad digital. Finalmente, en cuanto a la digitalización de servicios públicos, se quiere que todos aquéllos considerados como clave estén a disposición en línea para ciudadanía y empresas; que toda la ciudadanía tenga acceso a sus historiales médicos en formato electrónico; y que al menos el 80 % utilice una solución de identificación digital.

2. En suma, la Comisión ve necesario que la ciudadanía aproveche plenamente las oportunidades y tecnologías digitales. Para ello, entiende que las personas deben tener primero acceso a una conectividad asequible, segura y de alta calidad; que sean capaces de adquirir competencias digitales básicas, como derecho ciudadano; y que estén equipadas con otros medios que, conjuntamente, les permitan participar plenamente en las actividades económicas y sociales actuales y futuras. En este impulso a la digitalización en la sociedad europea, adquiere un claro protagonismo la transformación del acceso a los servicios y de las transacciones sobre bienes de consumo general, con indudable impacto sobre su regulación jurídica. Es obvia entonces la necesidad de un marco legal que, entre otros aspectos, garantice el acceso seguro y no discriminatorio a los servicios digitales, que los convierta en espacios fiables; con especial atención, entre otras cuestiones, a la protección de los consumidores, la toma ética de decisiones basadas en algoritmos y la protección de los datos personales. Partiendo así de que la regulación de los bienes y servicios es tradicional objeto del Derecho privado⁴, cabe añadir que el tipo de relaciones

¹ *Construyendo el mundo en el que queremos vivir: una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad*, Estrasburgo, 17 de septiembre de 2020, p. 15 (disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/state_of_the_union_es.pdf). En su discurso posterior, *Reforzar el alma de nuestra Unión*, de 15 de septiembre de 2021, insiste en que “de sector digital depende nuestro éxito o fracaso” (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_21_4701). En el último pronunciado, *Una Unión que se mantiene fuerte junta*, el 14 de septiembre de 2022 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/speech_22_5493) se vinculan economía digital y sostenibilidad, proponiendo una doble transición.

² COM(2021) 118 final (disponible en <https://espanadigital.gob.es/sites/espanadigital/files/2022-06/Br%C3%BAjula%20Digital%202030.pdf>)

³ Documentación disponible en Digital decade (espanadigital.gob.es).

⁴ Sobre el impacto de la digitalización de bienes y servicios desde la perspectiva del Derecho privado, *vid.*, la obra colectiva dirigida por E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE, *El Derecho privado en el La armonización del Derecho privado europeo y el impacto de la digitalización*, Barcelona, Marcial Pons, 2020.

que se presenta goza de un elemento transnacional inherente a la configuración del mercado interior europeo; de ahí que el recurso a las normas del Derecho internacional privado resulte imprescindible en este nuevo entorno digital. Por ello, a continuación, se expondrán, a título introductorio, la función y los principios básicos que determinan el juego del Derecho internacional privado con carácter general en este sector, que servirán de faro durante el resto de la exposición, para guiarnos en el denso entramado normativo que implica la digitalización de bienes y servicios en el mercado interior de la U.E. En la segunda y en la tercera parte, se tratarán los problemas específicos que aparecen, distinguiendo entre los dos grandes ámbitos de las obligaciones que se pueden generar en dicho mercado, esto es, contractuales y extracontractuales; al hilo de los cuales se irá exponiendo la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia (TJUE), cuya interpretación de los textos legales en este concreto ámbito constituye el hilo conductor del presente trabajo.

3. Asimismo, conviene aclarar que quedarán fuera de estudio dos aspectos que no impactan directamente sobre el tema central elegido, aunque presenten cierta relación indirecta con éste; a saber, la digitalización de las sociedades en la U.E. y la propuesta de digitalización de la cooperación judicial transfronteriza. Su inclusión hubiera supuesto una prolongación exagerada del espacio disponible, tan amablemente cedido en esta revista. No obstante, cabe recordar, sobre el primero, la existencia de la Directiva 2019/1151, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132, en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades⁵. La Directiva 2019/1151 codifica las existentes en materia de Derecho europeo de sociedades y fija estándares comunes en: a) identificación y acceso a información societaria en plataformas electrónicas; b) constitución en línea de sociedades; c) registro en línea y cierre de sucursales; d) publicidad registral⁶. También, la Directiva (UE) 2017/828⁷, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE, donde se incluye tanto la cadena de transmisión del derecho de voto como el empleo de medios electrónicos en el asesoramiento a sociedades que prestan los “*proxy advisors*”. Por lo que se refiere al segundo asunto excluido, destaca la propuesta de Reglamento sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos legislativos en el ámbito de la cooperación judicial, de 1 de diciembre de 2021⁸. Con este instrumento, el legislador europeo quiere garantizar la disponibilidad y el uso de medios de comunicación electrónicos en asuntos transfronterizos entre las autoridades competentes de los Estados miembros, permitiendo también dicho uso en asuntos transfronterizos entre personas físicas y jurídicas y órganos jurisdiccionales y autoridades competentes. Con ello se confía en una comunicación más rápida, barata, segura, interoperable, fiable y confidencial entre autoridades y entre las mismas y las personas⁹. A tal fin, el mecanismo estará formado por sistemas informáticos y puntos de acceso interoperables, de uso obligatorio, funcionando bajo la responsabilidad y la gestión de cada Estado miembro (EM, a partir de ahora).

II. Función y principios clave del Derecho internacional privado a considerar.

4. A la vista de los antecedentes legales más remotos, el Derecho internacional privado que se maneja hoy día integra una disciplina relativamente moderna. Aun así, dentro de la misma, ya se pueden

⁵ DOUE nº 186, 11 de julio 2019.

⁶ C. TEICHMANN, “The Company Law Package – Content and State of Play”, *European Company and Financial Law Review*, 1/2, 2019, pp. 3-14; M. FUENTES NAHARRO, “Hacia la mejora del Derecho de Sociedades de la Unión Europea en materia de digitalización de la vida societaria y de facilitación de operaciones transfronterizas”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 150, 2018, pp. 275-276.

⁷ DOUE nº 132, 20 de mayo 2017.

⁸ COM/2021/759 final [disponible en EUR-Lex - 52021PC0759 - EN - EUR-Lex (europa.eu)].

⁹ *Vid.* una primera aproximación en N. ESCALONA MARCHAL, “Hacia la digitalización de la cooperación judicial en los asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales en la UE”, *Legal Today*, 7 de febrero de 2002 (disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/internacional>).

calificar como “clásicos” ciertos principios que la acompañan desde su refundación por Savigny en el siglo XIX y que procede emplear, bien como criterios de solución, bien como criterios de interpretación, ante un reto tan novedoso y complejo como es el fenómeno de la digitalización de bienes y servicios. Entre esos principios, cabe destacar ahora los cuatro sobre cuya interrelación se construye la brújula que permite navegar el proceloso mar que genera el tsunami de la digitalización de bienes y servicios en el mercado interno de la U.E. El primero de ellos se refiere a la tensión entre armonización conflictual y material. Obviamente, la segunda alivia la necesidad de recurrir al tipo de normas paradigmáticas del Derecho internacional privado. Pero, considerando lo utópico de tal perspectiva en un futuro inmediato a nivel global, ante la obligación de resolver adecuadamente cierto tipo de problemas a los que el fraccionamiento jurídico da origen (esto es, el conjunto habitualmente denominado como discontinuidad de las relaciones jurídico-privadas), lo cierto es que el Derecho internacional privado, de momento, lejos de disminuir, crece en cantidad y complejidad. Al menos, así es en el marco de la U.E., con base en el reconocimiento mutuo¹⁰ como piedra angular de la cooperación en materia civil de la Unión, entronizando así el principio del país de origen en el corazón de su Derecho internacional privado¹¹.

5. Esto sucedió -tras el fracaso de la denominada “Constitución Europea”¹²- con el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009¹³, por el que se modificó finalmente el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (integrando el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE), de modo que la Unión sustituyó y sucedió definitivamente a la Comunidad Europea. En verdad, como es sabido, el Tratado de Lisboa supuso una continuación del espacio de libertad, seguridad y justicia, ya iniciado por el Tratado de Amsterdam¹⁴; de modo que el artículo 81 TFUE -cuando reemplazó el artículo 65 de aquél- comienza enfatizando que la Unión “desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Así, para el ámbito territorial de integración que implica la U.E., el sector de normas del Derecho internacional privado, bajo el impulso que le proporciona el paraguas del artículo 81 TFUE, ha experimentado un crecimiento exponencial en lo que va del presente siglo, creando un cuerpo armonizado para el territorio de un espacio donde todavía persisten fuertes disparidades entre sistemas jurídicos materiales y procesales de los distintos EE.MM. De ahí que la técnica priorizada haya estado tradicionalmente basada en combinar esa armonización o unificación del sistema de normas de Derecho internacional privado con una armonización básica o mínima de las normas jurídicas de Derecho material o procesal interno de los EE.MM., dadas las tradicionales dificultades, en este segundo terreno,

¹⁰ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *Revista de la Contratación Electrónica*, nº 20, octubre de 2001, pp. 3-40, p.10. Sobre este principio la literatura es muy abundante; tan solo en la doctrina española, en referencia al Derecho internacional privado, cabría destacar a A. J. ARIÁN ARNAIZ, “La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen”, *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13-16 dic. 1993)*, vol I, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 41-100; M. BALLBÉ Y C. PADRÓS, *Estado competitivo y armonización europea*, Barcelona, Ariel, 1997; M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999; L. GONZÁLEZ VAQUÉ Y S. ROMERO MELCHOR, “Las cláusulas de reconocimiento mutuo en el ámbito del mercado único”, *Derecho de los Negocios*, n.º 77, feb. 1977, pp. 10 y ss.; M. LÓPEZ ESCUDERO, “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica*, Serie D-19, 1993, pp. 119 y ss.; M. GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, pp. 405-438.

¹¹ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo en la Comunidad Europea y su incidencia en las normas materiales imperativas de los estados miembros ¿hacia la regulación por el país de origen?*, Barcelona, SPUAB, 1997, *passim*.

¹² DOUE, de 16 de diciembre de 2004, serie C, nº 310.

¹³ DOUE, de 17 de diciembre de 2007, serie C, nº 306.

¹⁴ Vid., J. J. ÁLVAREZ RUBIO, “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 15, 2008, pp. 1-33, pp. 8-10; H. AGUILAR GRIEDER, “La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, pp. 308-338, p. 309.

para conseguir fraguar acuerdos más ambiciosos. No obstante, recientemente, este *modus operandi* está dejando paso a la unificación fuerte del Derecho material en aspectos puntuales; siendo precisamente el ámbito de la digitalización de bienes y servicios uno de los que más despunta, como se verá.

6. Además, otro rasgo esencial del Derecho internacional privado clásico es su neutralidad; lo que implica, en esencia, la creación de una tipología normativa paradigmática, mediante la incorporación de conexiones con las que se pretende ubicar un litigio bien en una jurisdicción, bien en un ordenamiento jurídico determinado, a los efectos de que sea dirimido. Durante la época estatutaria, se trataba primero de delimitar, con carácter universal, entre ámbitos materiales de aplicación de las normas jurídicas, pasando después a decidir -desde una perspectiva unilateral- sobre el ámbito de coercibilidad de las mismas; algo que sucede todavía hoy, al menos con carácter general, con el Derecho público. De esta forma, se creaba un vínculo primario entre la autoridad que conocía de un litigio y su propio ordenamiento¹⁵, lo que obligaba a ésta a declinar su competencia cuando no podía aplicarlo¹⁶. En cualquier caso, la respuesta a la pregunta sobre el objeto del Derecho internacional privado giraba siempre en torno a la aplicabilidad de las normas. El *kopernikanische Wende* de Savigny se produjo no tanto en el orden lógico como en el psicológico. Para elaborar su revolucionaria construcción, el jurista alemán partió de la existencia de dos elementos constatables dentro de toda relación, a saber, el fáctico y el jurídico: puesto que cada legislador asocia concretas reglas a determinados hechos de la vida de las personas, del mismo modo, los elementos fácticos de una relación jurídica pueden conectarla con más de un sistema jurídico; por tanto, lo decisivo será identificar la sede (*Sitz*)¹⁷ de cada relación en el ordenamiento más próximo a la misma. Con tal fin, Savigny ideó un nuevo paradigma científico, la denominada “norma de conflicto”, a partir de la siguiente idea clave: si el Derecho privado tiene por objeto intereses privados -y no soberanos-, las soluciones presentes en los distintos ordenamientos jurídicos deben considerarse con un valor equivalente y, de ahí, su fungibilidad. Se rompe entonces, para el Derecho privado, el vínculo primario entre el juez y su propio Derecho sustantivo, sustituyéndolo por uno nuevo, entre cada autoridad competente y su propio sistema conflictual.

7. En suma, como es sabido, el modelo savignyano se edifica sobre la base de tres conceptos centrales: a) el carácter privado de las relaciones jurídicas entre particulares, que excluye problemas de soberanía; b) la fungibilidad -a salvo del orden público- de las normas que las regulan, que deben considerarse por tanto equivalentes (no hay unas leyes “mejores” que otras); y c) la conveniencia, derivada de lo anterior, de localizar el Derecho más vinculado con cada concreta relación jurídico-privada, en el ámbito

¹⁵ Esta correlación -o vínculo primario-, como es ampliamente sabido, puede ser directa (entre la autoridad competente y su Derecho), o inversa, de modo que la competencia de una autoridad dependa de que pueda aplicar su propio ordenamiento. La importancia de esta sincronía ha sido puesta de manifiesto principalmente por la doctrina alemana, en la construcción teórica que se ha dado en llamar *Gleichlauftheorie*, donde destacan trabajos clásicos de G. BREULEUX, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1969, *passim*; P. H. NEUHAUS, “Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht”, *RebelsZ*, 1955, pp. 201-269; A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin/Tübingen, De Gruyter/J. C. B. Mohr, 1969, *passim*; A. E. VON OVERBECK, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *Annuaire Suisse de Droit international*, 1964, pp. 25-48; la evolución y las manifestaciones de la teoría aparecen muy bien sintetizadas (aunque sólo desde el punto de vista procesal) en J. KROPHOLLER, *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts*, vol. I, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1984, pp. 239-250. Sobre estas cuestiones, en la doctrina española, destaca el trabajo de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado: caracterización y dimensiones del problema”, *Anuario de Derecho Internacional (ADI)*, 1977, pp. 89-136, donde habla de “correlación funcional de soluciones”.

¹⁶ En el ordenamiento español, encontramos este tipo de regulación, por ejemplo, en el Derecho penal y administrativo internacional (artículos 23 y 24 respectivamente de la LOPJ). Por otra parte, es la base del sistema americano en Derecho *antitrust*, donde la denominada *jurisdiction to adjudicate* (competencia judicial internacional) se encuentra vinculada de tal modo con la denominada *subject matter jurisdiction* o *jurisdiction to prescribe* (ley aplicable) que, como consecuencia, si el asunto queda regido por una ley extranjera, los jueces simplemente desestiman la demanda. Resume muy bien las causas W. S. DODGE, “Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism”, *Harvard International Law Journal*, 1998, pp. 101-169, p. p. 109, nota 40: por un lado, estaría el denominado *public law taboo*, según el cual los Estados no aplican normas extranjeras que consideran Derecho público; la segunda causa sería que, ante un tribunal federal, la determinación de la ley aplicable, en el sistema de los Estados Unidos, puede depender de la existencia de una cuestión federal, por lo que, si el Derecho federal no resulta aplicable, ello implica la falta de jurisdicción para el tribunal.

¹⁷ *Vid.* F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1849, pp. 28, 108 y 118.

internacional¹⁸. En consecuencia, en el Derecho internacional privado resiste todavía -al menos, como presupuesto básico de funcionamiento- el carácter esencialmente localizador y, debido a ello, la mayoría de sus normas, tanto sobre competencia judicial internacional como sobre Derecho aplicable, utilizan criterios basados en la ubicación territorial, para poder alcanzar la consecuencia jurídica que persiguen; esto es, bien sea la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional, bien la sujeción del caso al Derecho material de un concreto Estado, respectivamente. Esta naturaleza -en esencia, localizadora- de la función del Derecho internacional privado constituye, posiblemente, el factor donde mayor impacto genera la digitalización de bienes y servicios, por una razón obvia: la mayoría de las transacciones y prestaciones en este ámbito se llevan a cabo tanto sobre bienes que pueden carecer de sustrato físico, como en relación con servicios susceptible de prestarse en un entorno virtual (sin olvidar que ambas situaciones pueden incluso concurrir). La eventual digitalización del objeto de intercambio y/o del propio lugar donde éstos se llevan a cabo provoca la necesidad -al menos, en apariencia- de adaptar al nuevo escenario un sistema tan tradicionalmente focalizado en refinados mecanismos de localización territorial, como resulta ser el Derecho internacional privado. Pero, a la hora de aplicar las normas existentes, mientras no se introduzcan cambios de mayor calado en ellas -de ser oportunos-, no cabe obviar la existencia de otros principios que deben conjugarse con su tradicional neutralidad; aun siendo las alteraciones de ésta numerosas en relación con casos concretos, aspecto en el que no procede extenderse ahora.

8. Tampoco se puede olvidar que la digitalización de bienes y servicios incide dentro de un núcleo de relaciones jurídico-privadas de clara naturaleza patrimonial, donde un principio tradicionalmente asentado es la autonomía de la voluntad de las partes; el cual -en paralelo a lo que se expondrá seguidamente respecto de la tutela judicial efectiva- se proyecta también, aunque de forma distinta, con su misma esencia tanto en el ámbito de las relaciones transfronterizas como en de las que carecen de tal dimensión, aunque la forma de adoptarlo presente sus matices en el primer terreno respecto del segundo. En cualquier caso, la primera consecuencia que reviste la proyección de la autonomía de la voluntad sobre el ámbito de las relaciones patrimoniales transfronterizas es que los problemas más agudos típicamente abordados por el Derecho internacional privado, en la práctica, se vean sensiblemente reducidos, al menos, en tanto que las partes de la relación jurídico-privada procedan a un empleo no patológico de dicha autonomía. Además, aunque cada legislador individual es soberano para decidir cómo orienta su propio sistema de Derecho internacional privado, debe recordar el marco internacional en el que está inmerso¹⁹, que se altera, por otra parte, en presencia de un proceso de integración regional, como es el caso de la U.E.; cuya fórmula inicial partió de la eliminación de las barreras jurídico-*públicas*, a través del fortalecimiento de las libertades comunitarias. Posteriormente, al no ser posible -ni, tal vez, conveniente- un escenario de unificación absoluta de los ordenamientos *privados*, se asume que su diversidad convivirá necesariamente con una armonización jurídico-privada material mínima; ésta construirá el *level playing field* (el campo de juego equilibrado) donde podrá desarrollarse una libre competencia entre los diferentes sistemas de Derecho privado (en una suerte de “mercado de productos jurídicos”) arbitrada mediante las reglas del Derecho internacional privado. De esta forma, al menos en el entorno de integración de la U.E., nos hallaríamos ante una contraposición entre el principio del país de origen y el del país de recepción²⁰, donde el primero supone, con carácter general, que los bienes y servicios se introducen en el mercado de acuerdo con el Derecho del país de origen, lo que es reconocido por los demás Estados. Esto implica, en suma, un sistema con el “reconocimiento mutuo” como regla de base donde la autonomía de la voluntad de las partes permitiría identificar el país de origen en cada supuesto: en el caso de la ley aplicable, será el Estado cuyo Derecho ha sido elegido; en el caso de los servicios jurisdiccionales, para la tutela por declaración, será el Estado cuyos tribunales han sido escogidos para el proceso declarativo; en la tutela por reconocimiento, la sentencia judicial despliega los efectos que le son propios según el Derecho procesal del Estado en que se dictó.

¹⁸ Para ver el diseño original, *ibid.*, p. 38.

¹⁹ Para M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, 254, 2004, pp. 1-20, pp. 2-3 estaríamos ante una “lógica de internacionalidad”.

²⁰ Para un desarrollo más amplio de esta idea, *ibid.* pp. 8-20.

9. En defecto de elección expresa, será el sistema de Derecho internacional privado el que deberá tender a reconstruir la voluntad hipotética de las partes²¹. Por tanto, la segunda consecuencia que se debe considerar a la hora de construir y de aplicar las normas de Derecho internacional privado en relación con el impacto de la digitalización, es que la autonomía de la voluntad funciona como un mandato para el legislador y el intérprete del sistema establecido; de modo que, en defecto de manifestación expresa o tácita de las partes, tanto por lo que se refiere a la competencia judicial internacional como a la determinación de la ley aplicable, las normas del Derecho internacional privado estarán destinadas, en mayor o menor medida, a tratar de reconstruir esa voluntad común hipotética; ofreciendo la solución que mejor la represente y que respete, en todo caso, la esencia del acuerdo que se pretende emular, en ausencia del mismo; todo ello, en combinación con el resto de principios básicos que vertebran el sistema, con los matices propios, tanto respecto del sector de la competencia judicial internacional como del correspondiente al Derecho aplicable. Finalmente, cabe recordar que la autonomía de la voluntad en Derecho privado reclama, entre otros aspectos, la existencia previa de un campo de juego equilibrado en el que pueda ser desplegada por ambas partes, lo que puede exigir una actitud intervencionista en el mercado por parte del legislador, precisamente para garantizar tal presupuesto. En este sentido, ya existen en Derecho internacional privado mecanismos que limitan la autonomía de la voluntad de la contraparte que contrata una parte considerada más débil en la relación (consumidores, trabajadores, asegurados...). Pero las peculiaridades de la digitalización pueden requerir herramientas de mayor alcance, tanto por lo que se refiere a la configuración de las propias relaciones contractuales existentes, como en lo que atañe a las responsabilidades de los nuevos sujetos (prestadores de nuevos servicios, plataformas digitales...); todo lo cual debe plasmarse en los correspondientes instrumentos armonizados, como se verá, a fin de poder conseguir el objetivo final de salvaguarda del mercado digital interior de la U.E.

10. Para terminar, conviene insistir en que el Derecho internacional privado de la U.E. deriva esencialmente del contenido previsto en el artículo 81 TFUE. Del conjunto de materias que se detallan en dicho artículo, resulta la clara dimensión procesal que reviste hoy en día este sector y, por tanto, la incidencia de un principio clave, como es la tutela judicial efectiva, que se menciona expresamente. Como se ha destacado tradicionalmente, la forma en la que se presta dicha tutela puede cambiar, al trasladarse del ámbito interno al internacional, pero su substancia no varía²²: se trata, siempre y en todo caso, de diseñar e implementar un cauce que incluya todas las garantías procesales, adecuado para substanciar disputas entre particulares. Este principio inspira, por tanto, el diseño de una gran parte de las normas de Derecho internacional privado²³, incluyendo las relacionadas con aspectos donde se siente el impacto de la digitalización; de modo que ésta, en realidad, quizás influya en concretos aspectos relativos a la forma en que se va a prestar dicha tutela; pero, por lo que se refiere a su esencia, toda interpretación normativa en tal ámbito debe producirse bajo la premisa de salvaguardar, en todo caso, la misma que correspondería a las partes en un litigio carente de dimensión transfronteriza, sin que el disfraz de la digitalización pueda distraer al jurista que implementa dicha tutela en la práctica. Con tal fin, cabe recordar que la tutela judicial puede variar en función de la fase procesal donde nos encontremos, a saber, la declarativa o la ejecutiva. En la primera, careciendo todavía de una decisión judicial firme, la tutela protege especialmente al demandado cuando se encuentra domiciliado en otro EM, estableciendo de forma alternativa una serie de conexiones suficientes para poder arrastrarlo a un proceso en el foro, en perjuicio de su jurisdicción natural, así como un conjunto de particularidades en relación con el desarro-

²¹ Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 87-154, p. 122.

²² Terminología tomada de M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, última ed., Madrid, Civitas, *passim*.

²³ Vid., por todos, en España, P. DIAGO DIAGO, “La tutela judicial efectiva en el marco internacional: equilibrio entre los derechos del demandante y los derechos del demandado”, en *Retos para la acción exterior de la Unión Europea* (dirs. C. MARTÍNEZ CAPDEVILA Y E. J. MARTÍNEZ PÉREZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 653-680. Con todo, un imperativo de este tipo sobre el ámbito del Derecho aplicable es más dudoso. En todo caso, encuentra un límite negativo, más que uno positivo -como ocurre con la tutela judicial efectiva en el Derecho procesal civil internacional, donde actúa indicando no sólo cómo no debe ser el sistema, sino también cómo debe ser-, en el principio de no discriminación, recogido en el art. 14 de la Constitución, fundamentalmente, en el derecho de igualdad ante la ley.

llo del proceso y la cooperación entre autoridades. En cambio, en la fase ejecutiva, la tutela se inclina más hacia el ejecutante, dado que ya existe una resolución judicial firme, cuya eficacia efectiva en la práctica debe ser garantizada, aun contando con la particularidad del elemento extranjero. Todo ello es objeto de regulación por el Derecho procesal civil interno e internacional, cuyas normas impregna tal principio medular; por lo que el impacto de la digitalización de bienes y servicios en el sistema existente debe tenerlo en cuenta, como presupuesto básico, para su aplicación y modulación en función de las circunstancias de los casos concretos que se planteen.

III. Contratos internacionales sobre bienes y servicios

1. Armonización material

A. El Reglamento (UE) 2019/1150 (P2B)

11. La economía de plataforma se caracteriza por la existencia de una estructura (o “plataforma”) que permite realizar transacciones mediante la conexión de dos partes contractuales (sea para la compra de un bien, sea para prestar un servicio) y que sirve como un punto de encuentro basado en la acción externa, generando así un producto complementario a la plataforma misma, cuya característica principal es la presencia de efectos de red; de modo que, a mayor número de usuarios, más atractivo se vuelve el bien o el servicio²⁴. A través de sus términos y condiciones (en general, apresuradamente aceptados por los usuarios), estas plataformas en línea se convierten en reguladores de segmentos significativos de la población y del mercado mundial. Los problemas legales que acarrea este tipo economía digital exigen soluciones alternativas a las pensadas para un entorno analógico, dado que éstas no resultan siempre útiles ante el nuevo panorama. El Reglamento P2B²⁵ pretende responder a estas posibles fricciones jurídicas en el marco digital que implica la irrupción de la economía de plataformas en línea; introduciendo normas para asegurar que se conceden opciones apropiadas de transparencia, de equidad y de reclamación tanto a los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea como a los usuarios de sitios web corporativos en relación con los motores de búsqueda. El reglamento se aplica a los que denomina “servicios de intermediación en línea” (SIL) que define de manera precisa y tecnológicamente neutra. En concreto, debe tratarse de servicios de la sociedad de la información, caracterizados porque buscan facilitar el inicio de transacciones directas entre usuarios profesionales y consumidores, con independencia de que éstas se completen en línea o fuera de ella, o de que no lleguen a completarse. Es decir: no se exige relación contractual entre los usuarios profesionales y los consumidores como condición previa para incluirlos en el ámbito de aplicación del Reglamento. La mera inclusión de un servicio de carácter marginal no supone necesariamente que el objetivo de un sitio web o servicio sea facilitar las transacciones como los SIL. Asimismo, los servicios deben prestarse sobre la base de relaciones contractuales entre los proveedores y los usuarios profesionales que ofrecen bienes o servicios a los consumidores. Existirá dicha relación contractual si ambas partes expresan su intención de estar vinculadas de manera inequívoca en un soporte duradero, sin necesidad de un acuerdo expreso por escrito.

12. Este instrumento no contiene normas de Derecho internacional privado *stricto sensu*, aunque sí alguna conexión territorial, por lo que se refiere a su ámbito, puesto que, en el artículo 1.2º, limita su aplicación a los SIL y a los motores de búsqueda en línea que se faciliten o cuyo uso se proponga a los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos, respectivamente, cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión y que, por medio de servicios de intermediación en

²⁴ Según S. P. CHOUDARY, M.W. VAN ALSTYNE, y G. G. PARKER, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy—And How to Make Them Work for You*, New York/London, Norton, 2016, las grandes plataformas digitales se asemejarían a los Estados-nación.

²⁵ Reglamento (UE) 2019/1150, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DOUE nº 186, de 11 de julio de 2019, p. 57).

línea o motores de búsqueda en línea, ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión, con independencia de dónde estén establecidos o residan los proveedores de dichos servicios y cualquiera que fuese la ley aplicable. Por otra parte, se aclara en el párrafo cuarto que el reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión, en particular, el aplicable entre otros, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, lo que permite su compatibilidad con el conjunto de normas de Derecho internacional privado existente en la U.E. Entre los SIL del Reglamento se incluyen los mercados de comercio electrónico, en particular los mercados colaborativos en los que participen usuarios profesionales, los servicios de aplicación de software en línea, como las tiendas de aplicaciones, y los servicios de redes sociales en línea, con independencia de la tecnología utilizada para prestar tales servicios (siendo irrelevante que las transacciones entre usuarios profesionales y consumidores impliquen o no algún pago dinerario, o que se completan en parte fuera de línea). En cambio, el Reglamento excluye los SIL entre pares donde no participen usuarios profesionales, los que se llevan a cabo exclusivamente entre empresas sin oferta a los consumidores, y las herramientas de servicios o intercambios publicitarios en línea que no se faciliten para propiciar el inicio de transacciones directas y que no incorporen una relación contractual con los consumidores. Tampoco incluye los servicios de programas de optimización para motores de búsqueda, los servicios basados en programas de bloqueo de publicidad o las funcionalidades e interfaces tecnológicas que se limiten a conectar el equipo y las aplicaciones. Finalmente, excluye los servicios de pagos en línea.

13. El reglamento establece en primer lugar (art. 3) unas normas de validez para las condiciones generales que deben cumplir los proveedores de SIL, así como para su modificación y la notificación de ésta a los usuarios profesionales, incluyendo el derecho de éste a la resolución del contrato durante el plazo de notificación. En segundo lugar, las normas que regulan la restricción, suspensión y terminación de la prestación del SIL a determinada persona usuaria profesional, que deberá ser motivada, ofreciéndole la oportunidad de aclarar los hechos, salvo casos, entre otros, de infracción reiterada (art. 4). En tercer lugar (art. 5) se obliga al proveedor SIL a incluir en sus condiciones generales los parámetros principales que rigen la clasificación y los motivos por lo que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a la de otros parámetros, estableciendo una serie de normas básicas para su gestión transparente. En cuarto lugar, se regula la oferta de bienes y servicios auxiliares (art. 6), incluidos los productos financieros, así como la obligación de incluir toda descripción de trato diferenciado (art. 7) que el proveedor SIL de o pueda dar, con respecto a varios aspectos que se concretan. Se dispone, en quinto lugar, una serie de condiciones contractuales específicas (art. 8) y, en concreto, (art. 9) la de incluir una descripción sobre el acceso técnico y contractual, o la falta de éste, que tengan los usuarios profesionales a los datos personales y/o de otro tipo que proporcionen usuarios profesionales o consumidores para utilizar los SIL. Finalmente, también se recogen medidas antielusión de restricciones de oferta (art. 10), tramitación de reclamaciones internas (art. 11), mediación (arts. 12 y 13) y ejercicio de acciones judiciales ejercitadas por organizaciones o asociaciones representativas y por organismos públicos (art. 14).

B. El contrato de suministro: la Directiva 2019/770

14. La Directiva 2019/770²⁶ pretende una armonización parcial, partiendo de la base de un alto nivel de protección de los consumidores, para lograr un auténtico mercado único digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones, en particular para las PYMES que ofrecen contenidos o servicios digitales transfronterizos y que deben asumir la adaptación de sus contratos de suministro de contenidos o servicios digitales a las normas imperativas que se aplican en los distintos EE.MM. La Directiva se complementa con la 2019/771, sobre los contratos de compraventa de bienes, y se aplica a todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga, o se compromete a pagar un precio; pero también cuando

²⁶ De 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *DOUE* n° 136, de 22 de mayo.

el empresario suministre o se comprometa a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y este facilite o se comprometa a facilitar datos personales al empresario (salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales). Asimismo, se aplica a contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales, aunque para concretos aspectos se mantiene la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las obligaciones relacionadas con la entrega de bienes y las medidas correctoras en caso de incumplimiento en la entrega. Además, las disposiciones de esta Directiva de 2011 que se refieren al derecho de desistimiento y la naturaleza del contrato por el cual se suministran esos bienes siguen aplicándose también, tanto a tales soportes materiales como a los contenidos digitales suministrados en ellos, y sin perjuicio de la aplicación de la normativa sobre propiedad intelectual. La Directiva 2019/770 regula básicamente la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro y las modalidades para exigir las, así como la modificación de los contenidos o servicios digitales.

15. Más concretamente, tras las cuestiones generales relativas a objeto y finalidad (art. 1), definiciones (art. 2), ámbito (art. 3) y nivel de armonización (art. 4), se regula el cumplimiento de la obligación de suministro de contenidos o servicios digitales por el empresario (art. 5), los requisitos subjetivos (art. 7) y objetivos para la conformidad con el contrato (art. 8), así como la integración incorrecta de tales contenidos o servicios (art. 9), junto con los derechos de terceros (art. 10). Asimismo, se establece la responsabilidad del empresario por cualquier incumplimiento (art. 11), el régimen de carga de la prueba (art. 12) y las medidas correctoras por incumplimiento del suministro (art. 13) o por falta de conformidad (art. 14). La parte dispositiva de la Directiva continúa con el ejercicio del derecho de resolución (art. 15), estableciendo las obligaciones del empresario en tal caso (art. 16) y las del consumidor. Las normas de contenido material concluyen con los plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario (art. 18), la modificación de los contenidos y servicios digitales (art. 19) y el derecho de repetición del empresario contra terceros intervinientes en la cadena de transacción (art. 20). Esta normativa, como la expuesta en el punto anterior, tampoco contiene normas de Derecho internacional privado; pero implica una armonización fuerte del Derecho material, en la medida en que los EE.MM. no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en ella, en particular, disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores (art. 4). Por otra parte, también limita el juego de la autonomía de la voluntad conflictual, en tanto que su artículo 22 señala que, salvo que se establezca de otro modo, no será vinculante para el consumidor ninguna cláusula contractual que, en su perjuicio, excluya la aplicación de las medidas nacionales de transposición de la Directiva, no aplique o modifique los efectos de dichas medidas antes de que el consumidor ponga en conocimiento del empresario el incumplimiento del suministro o la falta de conformidad o antes de que el empresario ponga en conocimiento del consumidor la modificación de los contenidos o servicios. No obstante, la Directiva no impedirá a los empresarios ofrecer a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección.

C. El contrato de compraventa: la Directiva 2019/771

16. La Directiva (UE) 2019/771²⁷, complementaria de la anterior, se aplica a los contratos de compraventa de bienes, incluidos los bienes con elementos digitales. No cabe detenerse en su estructura, al ser muy similar a la ya descrita de su gemela sobre servicios. El concepto de «bienes con elementos digitales» incluye los que incorporen contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos

²⁷ De 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (*DOUE* n° 136, de 22 de mayo de 2019, p. 28).

de tal manera que la ausencia de dicho contenido o servicio digital impediría que tales bienes cumplieren su función. El contenido o servicio digital incorporado o interconectado de ese modo con los bienes entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2019/771 si se facilita con dicho bien, en virtud de un contrato de compraventa relativo al mismo. Y también los contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados cuyo suministro se requiere expresamente en el contrato. Debe incluir asimismo contratos de compraventa que comprendan el suministro de contenidos o servicios digitales específicos, normalmente incluidos en bienes del mismo tipo, ya que el consumidor puede razonablemente esperar que lo estén dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta toda declaración pública realizada por el vendedor (bien por su cuenta, bien por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor). Así, como se señala en el preámbulo, si por ejemplo la publicidad de un televisor inteligente indicase que incluye una aplicación de vídeo concreta, dicha aplicación formaría parte del contrato de compraventa (con independencia de que el contenido o servicio digital esté preinstalado en el propio bien o tenga que descargarse posteriormente). Un teléfono inteligente, como explican en los considerandos de la propia Directiva, podría presentarse con una aplicación normalizada preinstalada que se suministrase en virtud del contrato de compraventa, como una aplicación de alarma o una aplicación de cámara. Otro ejemplo que se acompaña es el de un reloj de pulsera inteligente, en cuyo caso, el propio reloj sería el bien con elementos digitales, que únicamente puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa, pero que el consumidor tiene que descargar en un teléfono inteligente: la aplicación sería entonces el elemento digital interconectado. Lo anterior se aplica también si el contenido o servicio digital incorporado o interconectado no es suministrado por el propio vendedor, sino por un tercero en virtud del contrato de compraventa.

17. Para el legislador de la Unión, la determinación de una relación contractual bilateral entre el vendedor y el consumidor de la que forme parte el suministro del contenido o servicio digital incorporado o interconectado no debe verse afectada por el mero hecho de que el consumidor deba dar su aprobación a un acuerdo de licencia con un tercero para poder acceder al contenido o servicio digital. Por el contrario, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impidiera que los bienes realizaran sus funciones o si el consumidor celebra un contrato para el suministro de contenidos o servicios digitales que no forma parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, ese contrato debe considerarse independiente del contrato de compraventa de los bienes, aunque el vendedor actúe como intermediario de ese segundo contrato con el suministrador tercero, y podría entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva, donde se acompaña un nuevo ejemplo: si el consumidor descarga en un teléfono inteligente una aplicación de juego desde la tienda de aplicaciones, el contrato de suministro de la aplicación de juego es independiente del contrato de compraventa del propio teléfono inteligente, mientras que el suministro de la aplicación de juego debe entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/770, si se cumplen las condiciones que esta establece. Otro ejemplo que se incluye sería el de un consumidor que compra un teléfono inteligente sin un sistema operativo específico y, posteriormente, celebra un contrato de suministro de un sistema operativo de un tercero. En tal caso, el suministro del sistema operativo comprado por separado no formaría parte del contrato de compraventa y, por lo tanto, no entraría en el ámbito de aplicación de esta Directiva, pero podría entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/770, si se cumplen las condiciones que la misma establece.

2. Problemas de Derecho internacional privado e interpretaciones del TJUE

A. Contratos sin consumidores

18. La presencia de una armonización material fuerte de Derecho material en el tipo de contratos que involucran transacciones sobre bienes y servicios (esto es, básicamente, compraventa y prestación de servicios) contribuye a aliviar de manera sensible el recurso a las técnicas propias del Derecho internacional privado, lo que redundaría en una mejor operatividad. A ello cabe unir, por otro lado, al menos, en

el caso de contratos que no involucran a consumidores, el amplio margen que corresponde a la autonomía de la voluntad de las partes. Además, finalmente, como se verá a continuación, tanto el Reglamento Bruselas I bis (RB-I bis) como el Reglamento Roma I (RR-I) han ido refinando algunas de sus soluciones tradicionales, en aras de la simplificación, de lo que son buen ejemplo precisamente los contratos de compraventa y de servicios. Por todo ello, desde la perspectiva de la contratación sin consumidores, la aplicación del sistema general adolece de patologías muy concretas, a la hora de determinar tanto el órgano competente como la ley que empleará. Así, por lo que se refiere a las soluciones sobre competencia judicial internacional que ofrece el Reglamento Bruselas I bis, dejando al margen cuestiones generales de aplicación de dicho instrumento, que no cabe abordar aquí por evidentes limitaciones de espacio, cabe recordar que su sistema general, -partiendo de que no concurren competencias exclusivas y de que el demandado esté domiciliado en EM- exige, como es sabido, comprobar primero la ausencia de sumisión tácita. Una vez descartada la misma, entra en juego una posible sumisión expresa, si se dan las condiciones de aplicabilidad del artículo 25 al respecto, debiendo entonces verificar a continuación que se cumplen los requisitos de fondo y de forma que dicho precepto impone -sucesivamente refinados eso sí en diversas interpretaciones llevadas a cabo por el TJUE-. Finalmente, en defecto de aplicabilidad del foro general del domicilio del demandado en el EM donde se haya presentado la demanda, el supuesto más complejo será el que conduzca a analizar la norma del artículo 7.1º, especial por razón de la materia contractual, de aplicación alternativa a tal foro general del domicilio.

19. Llegados a este punto, procede remitirse a la importante armonización de las condiciones generales de la contratación llevada a cabo en este sector, como se acaba de ver, lo que neutraliza aún más las posibilidades de éxito que pudiera tener una alegación contra la regularidad de la sumisión expresa en el ámbito de aplicación del RB-I bis. Por otra parte -con la salvedad ya señalada sobre el límite a su extensión por analogía a otros supuestos- cabe decir que alguna sentencia del TJUE ha servido ya para afinar la efectividad de dichas condiciones, en el marco específico de la digitalización. En concreto, se trata de la STJUE *El Majdoub*²⁸, donde se falló, respecto del entonces artículo 23.2º del Reglamento 44/2001 -hoy, 25 RB-I bis- que “*la técnica de aceptación mediante un «clic» de las condiciones generales, que incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato de compraventa celebrado por vía electrónica, como el del litigio principal, constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato*”. En cuanto a la calificación del supuesto de hecho como materia contractual, la jurisprudencia del TJUE también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la diferencia entre ésta y la responsabilidad extracontractual, particularmente, en el supuesto de divergencia entre los derechos nacionales de los EE.MM. El último pronunciamiento a este respecto fue la STJUE *Brogstetter*²⁹, donde se falló que “*las acciones de responsabilidad civil como las controvertidas en el asunto principal, de carácter extracontractual en Derecho nacional, están, no obstante, incluidas en la «materia contractual», ... si el comportamiento imputado puede considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato*”. En todo caso, la presencia de relación previa contractual entre las partes, aunque sea tácita, excluye una posible calificación como responsabilidad extracontractual³⁰.

20. Se ha distinguido también entre supuestos concomitantes de compraventa y prestación de servicios, como sucede, por ejemplo, en la STJUE *Car Trim*³¹, donde se aclara que “*es necesario poner de relieve que la responsabilidad del proveedor también puede ser un factor que haya de considerarse a la hora de calificar la obligación característica del contrato en cuestión. Si el vendedor es responsable de la calidad y conformidad con el contrato de la mercancía, que es el resultado de su actividad, tal*

²⁸ C-322/14, de 21 de mayo de 2015, disponible en CURIA - Documentos (europa.eu).

²⁹ C-548/12, de 13 de marzo de 2014, disponible EUR-Lex - 62012CJ0548 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

³⁰ C-196/15 STJUE *Granarolo*, de 14 de julio de 2016 [disponible en CURIA - Documentos (europa.eu)].

³¹ C-381/08, de 25 de febrero de 2010, disponible en CURIA - Lista de resultados (europa.eu).

responsabilidad hará que la balanza se incline en el sentido de calificar el contrato como «contrato de compraventa de mercaderías». En cambio, si el vendedor únicamente es responsable de realizar una ejecución correcta siguiendo las instrucciones del comprador, tal circunstancia aboga más bien en favor de calificar el contrato como «prestación de servicios»” (cdo. 42). No obstante, la cuestión central deviene la aplicación del foro de competencia contenido en la norma del artículo 7.1º RB-I bis. Esto es, el criterio de naturaleza territorial que sirve para vincular el supuesto con una jurisdicción concreta. La solución general, inicialmente manejada para todo tipo de contratos, hace referencia al “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda”. La complejidad que reviste la aplicación de este criterio deriva, por un lado, de la necesidad en primer lugar de determinar cuál es la obligación que sirve de base a la acción judicial, lo que puede resultar difícil en los denominados contratos complejos, de los cuales nacen multitud de obligaciones para las partes. Pero, por otro lado, una vez identificada esa obligación, hay que concretar además su lugar de cumplimiento, que será, en primer lugar, el señalado por las partes en su contrato. En ausencia de tal indicación, habrá que fijarlo conforme a alguna ley, lo que abre un problema de Derecho aplicable dentro del propio de competencia. Con el agravante de que se acabó imponiendo por el TJUE la denominada “solución analítica”; esto es, no en favor de aplicar aquí derecho del foro (lo que hubiera supuesto cierta simplificación), sino la ley rectora del propio contrato; la cual, a su vez, en ausencia de identificación voluntaria en el mismo por sus firmantes, conduce a la norma sobre determinación en defecto de elección contenida, eventualmente, en el RR-I. Una vez determinada la ley aplicable según el mismo, dentro de la que resulte identificada, habrá que buscar el lugar de cumplimiento de esa obligación que sirve de base a la demanda, los órganos de cuyo territorio serán competentes, cerrando así el complejo círculo que reclama la aplicación de este artículo.

21. Dada la dificultad que acarrea el diseño jurídico expuesto para el caso general, se operó, como es bien conocido, una modificación destinada a incorporar una solución más sencilla en el RB-I bis para los contratos que implican mayor tráfico jurídico dentro de la U.E.; que son, precisamente, los que aquí nos ocupan, esto es, el de compraventa y el de prestación de servicios. Para ellos, el legislador introdujo una presunción sobre el lugar de cumplimiento que evita tener que recurrir al alambicado sistema descrito en el párrafo anterior; estableciendo que, en defecto de pacto en contra, en el caso de la compraventa, dicho lugar es el lugar es aquél donde, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías y, en el caso de la prestación de servicios, el lugar donde hayan sido o deban ser prestados los servicios. Esta solución no solo aligera la complejidad, en lo que se atañe a los contratos de compraventa y prestación de servicios tradicionales; sino que, además, es también útil para evitar problemas en el marco de la digitalización, pues identifica un lugar físico único cuya localización, salvo casos límite, difícilmente resultará compleja a la hora de permitir la atribución de competencia cuando, en defecto de sumisión expresa o domicilio del demandado, resulte necesario acudir a la norma especial por razón de la materia contractual. Ciertamente, a la vista de la redacción de la norma señalada, los problemas de localización que puede plantear el supuesto en los casos de compraventa, incluso la ejecutada completamente en línea, se reducen sensiblemente. No obstante, con la salvedad ya expuesta sobre el límite a su extensión por analogía, el STJUE ofrece una pauta interpretativa -que puede servir de inspiración para afrontar ciertas situaciones dudosas- en la ya mencionada STJUE *Car Trim*, y que reitera, más completa, la STJUE *Electrosteel*³², donde se falló que “*en caso de venta por correspondencia, el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. A fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato», el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms (...). Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa*”.

³² C-87/10 de 9 de junio de 2011, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-87/10>.

22. Por su parte, en el caso concreto de la prestación de servicios en un entorno digital, podría darse con mayor facilidad que en la compraventa de mercancías alguna situación en que resultase complicado determinar dónde acontece la prestación del servicio. Al menos, será así cuando ésta se lleve a cabo en varios EE.MM. o, incluso, íntegramente en línea, como puede acontecer, por ejemplo, en la nube o en un entorno virtual. Tales situaciones obligarían, en última instancia, tal y como prevé el propio Reglamento Bruselas I, a renunciar a la aplicación del criterio específico y adoptar la denominada solución analítica, ya expuesta, con la complejidad añadida de tener que determinar, según la ley que le resulte aplicable, el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Dicho lugar podrá resultar claro en ciertos supuestos, como, por ejemplo, reclamaciones basadas en el de pago de un precio; pero, en otros casos, podrá persistir la indeterminación. Esto aconseja buscar pautas de interpretación sobre el concepto del “lugar de prestación del servicio”, lo que nos conduce, de nuevo, a la jurisprudencia del TJUE (obviamente, con la salvedad ya apuntada en torno a su límite de aplicación por analogía). En la STJUE *Zurich Insurance*³³, se falló que “en un contrato de transporte de una mercancía entre Estados miembros en varias etapas, con escalas, y por medio de diferentes medios de transporte, como el controvertido en el litigio principal, tanto el lugar de expedición como el lugar de entrega de la mercancía constituyen lugares de prestación del servicio de transporte en el sentido de dicha disposición”. No obstante, en la STJUE *Wood Floor*³⁴ ya se había establecido que “en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros, el órgano jurisdiccional competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato es el de la jurisdicción en la que se encuentra el lugar de la prestación principal de los servicios. En el supuesto de un contrato de agencia comercial, este lugar es el de la prestación principal de los servicios del agente, según se desprenda de las cláusulas del contrato y, a falta de tales cláusulas, el del cumplimiento efectivo del contrato y, cuando sea imposible determinarlo sobre tal base, el del domicilio del agente”. El mismo razonamiento se sigue en la STJUE *Saey Home*³⁵; y la STJUE *Saale Karede*³⁶ confirma el domicilio del prestador del servicio como solución residual.

23. Hasta aquí, la situación por lo que se refiere a la competencia judicial internacional para los contratos en general. En lo que concierne a la ley que aplicará el órgano destinado a resolver el eventual litigio, en primer lugar, conviene insistir en el amplio trabajo de unificación material llevado a cabo en este ámbito por lo que se refiere a las condiciones generales del contrato. Aunque no es completo y, por tanto, puede haber aspectos en los que persistan las diferencias legislativas entre EE.MM., lo cierto es que los mecanismos del Derecho internacional privado pasarán a tener un papel secundario en el tráfico sectorial, al menos, por lo que se refiere al mercado interno de la U.E. En segundo lugar, tampoco cabe olvidar que el Reglamento Roma I (RR-I) parte del principio de autonomía de la voluntad de las partes a la hora de poder fijar dicha ley, con contados condicionantes y limitaciones (salvo en el caso, como se verá, de cierto tipo de contratos, entre los que se encuentran los de consumo). Por todo ello, la aplicación del sistema de presunciones que se establece en dicho instrumento, al menos, en relación con los contratos de compraventa y prestación de servicios, resulta ciertamente residual y puede aventurarse, de cara al futuro, que también lo será en el marco de la digitalización, en cuanto a este tipo de relaciones. Así, en defecto de autonomía de la voluntad (normalmente expresa, pero que puede deducirse tácitamente, según establece el propio RR-I) el criterio general es la localización del contrato en el ordenamiento donde reside habitualmente la parte que debe realizar la prestación característica del mismo. No obstante, dicho criterio se concreta de forma específica para cierto tipo de contratos, en el artículo 4.1º, entre los que se encuentran precisamente el de compraventa y el de prestación de servicios. De este modo, respectivamente, en defecto de elección, el primero se regirá por la ley del país de residencia habitual del vendedor y el segundo por la del país de residencia habitual del prestador del servicio. Esta ley será

³³ C-88/17, de 11 de julio de 2018, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203903&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=737193>.

³⁴ C-19/09, de 11 de marzo de 2010, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62009CJ0019>.

³⁵ C-64/17, de 8 de marzo de 2018, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-64/17&language=ES>.

³⁶ C-249/16, de 15 de junio de 2017, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191809&doclang=ES>.

la que cubra la mayor parte de los aspectos del contrato, dado el amplio ámbito de aplicación que prevé el artículo 12 RR-I.

23. Considerando su carácter universal, establecido en el art. 2 RR-I, la ley declarada aplicable podrá corresponder con la de cualquier Estado, no necesariamente miembro de la U.E. y, en todo caso, si del conjunto de circunstancias se deriva que el contrato presenta vínculos más estrechos con ese país, será esa la ley que se aplique, solución que también se maneja como cierre del sistema para los supuestos en que resulte imposible determinar la ley aplicable conforme a los criterios empleados. En este marco, puede plantear algún problema la conexión elegida para los casos de venta de bienes mediante subasta -lugar donde ésta acontezca- cuando la misma se lleva a cabo en un entorno electrónico y, por tanto, no puede identificarse un lugar físico, en cuyo caso cabrían dos posibilidades al aplicador del RR-I para poder concretar los vínculos más estrechos: o bien recurrir al mismo criterio que se mantiene para la venta de bienes y entender que aquéllos concurren en la residencia habitual del vendedor-; o bien admitir que conducen al lugar de residencia habitual de la persona que organiza y administra el espacio de subastas, si se entiende que la venta se ha desarrollado en el marco de una prestación de servicio (todo ello a salvo de otras posibilidades más claras, como una residencia habitual común de vendedor y comprador en el mismo Estado). Conviene asimismo recordar que, a los efectos de poder determinar la residencia habitual, según el artículo 19 del Reglamento, en caso de asociación o persona jurídica ésta será el lugar de su administración central; mientras que en el de persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar de su establecimiento principal. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento o si, según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará el lugar de situación de ésta como residencia habitual que, en todo caso, se determinará en el momento de celebrar el contrato.

B. Contratos con consumidores

24. En lo relativo a la competencia judicial, como parte débil de la relación, los consumidores gozan en el marco del RB-I bis de una especial protección que conduce al empleo exclusivo del régimen contenido en su sección específica, aplicable cuando así lo indique el artículo 17: en caso de contratos celebrados por una persona para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional y que, o bien sean de venta de bienes (o préstamos destinados a financiarla), o bien se celebren con otra parte contratante que ejerza actividades comerciales o profesionales en el E.M. del domicilio del consumidor o que, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho E.M. o a varios, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades. En esa sección, de resultar aplicable, se concentran los tres privilegios básicos de los que disfruta la persona consumidora: solo puede ser demandada ante los órganos jurisdiccionales del EM de su propio domicilio, mientras que puede demandar a su contraparte bien ante éstos, bien ante los del domicilio de aquélla; y, por último, se limita la eficacia de los acuerdos sobre competencia judicial que pudieran haber firmado las partes a los que pudieran ser posteriores al nacimiento del litigio, ampliasen las posibilidades de demanda para en favor del consumidor o coincidiesen con el lugar de domicilio o residencia habitual común de ambas partes. Por su parte, respecto de la ley aplicable, el marco general es el RR-I, donde la preferencia general por la autonomía de la voluntad que dirige sus actuaciones se ve restringida en materia de contratos de consumo; de modo que, aunque las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos exigidos, sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable. Dicha ley, según dispone el artículo 6.1º, será la del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades; concepto éste común al sistema de competencia y sobre el cual resulta el mayor impacto de la digitalización en materia de consumo, como

se verá a continuación respecto de ambos sectores (competencia y ley aplicable). Finalmente, cabe recordar que la ley aplicable a la forma del contrato de consumo, según el RR-I, es la correspondiente al país de residencia habitual del consumidor, según el art. 12.4º.

25. Como se acaba de señalar, el elemento donde reviste mayor impacto la digitalización en este ámbito es la concreción de la frase -común a competencia judicial y ley aplicable, como se acaba de indicar- “*parte contratante (que) ... dirija tales actividades a dicho E.M. o a varios*”, y que ha venido afinando la jurisprudencia del TJUE³⁷. En particular, la STJUE *Pammer*³⁸ señala que para “*determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, «dirige» su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor (...) procede comprobar si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor se desprende que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros EE.MM., entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos*”. A continuación, con gesto poco frecuente, el TJUE detalla en el propio fallo una serie de elementos, en listado no exhaustivo, que entiende pueden constituir indicios susceptibles para considerar la actividad del vendedor como dirigida al EM del domicilio del consumidor: “*el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor; la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor; con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios. En cambio, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor*”.

26. Junto con la STJUE *Pammer*, en el fallo de la STJUE *Emrek*³⁹, se niega también que deba existir “*una relación causal entre el medio utilizado para dirigir la actividad comercial o profesional al E.M. del domicilio del consumidor, a saber, una página web, y la celebración del contrato con dicho consumidor. No obstante, la existencia de tal relación causal constituye un indicio de vinculación del contrato a tal actividad*”; aunque aquí tal indicio no se considera definitivo: si el consumidor conoció la oferta por otros medios -p. e., otros consumidores- se puede aplicar el art. 17, siempre que se demuestre que el portal *web* del profesional estaba dirigido al EM de residencia del consumidor. Para evitar las críticas a la ampliación del foro que abre esta jurisprudencia y su consecuente carga procesal para los comerciantes en línea, siempre cabe la posibilidad para el comerciante de recurrir al empleo de medios tecnológico para la restricción de acceso o la redirección (algo que se conoce también con el término técnico de “geobloqueo” o “bloqueo geográfico”). Ahora bien, la supresión de las barreras comerciales puede verse también socavada por obstáculos creados por los propios particulares y que son incompatibles con las libertades del mercado interior. Así sucede, por ejemplo, cuando los comerciantes que ejercen su actividad en un EM bloquean o limitan el acceso a sus interfaces en línea, tales como sitios

³⁷ Sobre esta condición, *vid.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de Derecho internacional privado de la UE para la regulación de las actividades en Internet”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69/2, julio-diciembre 2017, Madrid, pp. 223-256.

³⁸ De 7 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, disponible en EUR-Lex - 62008CJ0585 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

³⁹ C-218/12, de 17 de octubre de 2013, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=143184&doclang=ES>.

web y aplicaciones, a clientes de otros EE.MM. que desean realizar transacciones transfronterizas. También sucede cuando determinados comerciantes aplican a esos clientes de otros EE.MM. condiciones generales de acceso diferentes a sus productos y servicios, tanto en línea como fuera de línea. En ciertos casos, tales prácticas restrictivas del acceso podrían justificarse objetivamente, pero no en la mayoría de ellos. Existen así diversas razones por las que empresas (sobre todo, pymes), aplican condiciones generales de acceso diferentes. En muchas ocasiones, los entornos jurídicos divergentes, la incertidumbre jurídica que ello implica, los riesgos asociados a la legislación aplicable en materia de protección de los consumidores, la legislación en materia de medio ambiente o etiquetado, las cuestiones tributarias y fiscales, los gastos de entrega o los requisitos lingüísticos, contribuyen a que los comerciantes sean reacios a entablar relaciones comerciales con los clientes de otros EE.MM. En otras ocasiones, los comerciantes segmentan artificialmente el mercado interior según las fronteras interiores y dificultan la libre circulación de mercancías y servicios, limitando los derechos de los clientes e impidiéndoles disfrutar de posibilidades de elección más amplias y unas condiciones óptimas. Estas prácticas discriminatorias contribuyen al nivel relativamente bajo de transacciones transfronterizas en la UE, incluso en el sector del comercio electrónico, impidiendo alcanzar el pleno potencial de crecimiento del mercado interior.

27. Ante la posibilidad de que el recurso a tales medios de geobloqueo pueda originar un fraccionamiento del mercado interior, se acordó la aprobación del Reglamento 2018/302/UE, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior⁴⁰. El Reglamento pretende determinar las situaciones en que no puede haber ninguna justificación para un trato diferenciado, aportando así claridad y seguridad jurídica a cuantos participan en las transacciones transfronterizas, garantizando la aplicación y el cumplimiento efectivo de normas contra la discriminación en todo el mercado interior. Con todo, el legislador comunitario, pensando en ser coherente con la jurisprudencia del TJUE, pero tratando quizás también de contrarrestar los efectos de la STJUE *Emrek*, dispone que este Reglamento 2018/302/UE debe entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión relativo a la cooperación judicial en materia civil y, en particular, de las disposiciones sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y sobre la competencia judicial establecidas en el RR-I y el RB-I bis, respectivamente. En particular, como se señala en el considerando 13, del mero hecho de que un comerciante cumpla el Reglamento sobre bloqueo geográfico no debe derivarse que dirige sus actividades al EM del consumidor, en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento RI y/o del artículo 17, apartado 1, letra c), del RB-I bis. Por consiguiente, que el comerciante no bloquee o no limite el acceso a una interfaz en línea por los consumidores de otro EM, no aplique condiciones generales de acceso diferentes en los casos previstos en el Reglamento 2018/302/UE, o no aplique condiciones distintas a las operaciones de pago entre los diversos medios de pago aceptados, no debe, por sí mismo, dar a entender que el comerciante dirige sus actividades al EM del consumidor a efectos de determinar la ley aplicable y la competencia judicial. Tampoco cabe interpretar, únicamente por dichos motivos, que el comerciante dirige sus actividades al EM donde el consumidor tiene su domicilio o residencia habitual, cuando aquél facilita información y asistencia al consumidor tras la celebración del contrato, conforme a las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento sobre bloqueo geográfico⁴¹.

⁴⁰ De 28 de febrero de 2018, por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* n° 60, de 23 de marzo de 2018. Este aspecto ya se trató en M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, “El Derecho internacional privado en la era postcovid”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13 n° 1, 2021, pp. 493-528.

⁴¹ Asimismo, cabe recordar que, en el marco de la economía de plataformas, el recurso por parte de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de conflictos está alterando tanto el papel de los reguladores como el suyo propio. Esta narrativa se amplifica además con la introducción de tecnologías digitales en la gestión de disputas (ODR). Ahora bien, el objetivo principal de las plataformas digitales no es ofrecer un modelo de ODR exitoso, sino más bien proporcionar un lugar para la resolución de conflictos como complemento orgánico de las transacciones que se realizan a través de aquéllas. Para superar los desafíos de legitimidad y de procedimiento que plantean estos mecanismos de resolución de litigios en línea, al menos en Europa, tales procedimientos se han dotado con una combinación de garantías procesales ex ante (certificación) y ex post (seguimiento), como muestra la normativa de la UE, a saber: la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* n° 165, de 18 de junio de 2013; así como el Reglamento (UE) 524/2013, de 21 de mayo de 2015, sobre

III. Responsabilidad extracontractual transfronteriza

1. Armonización material

A. El Reglamento de Servicios Digitales (RSD)

28. Desde que se adoptó la Directiva 2000/31/CE⁴² (la «Directiva sobre el comercio electrónico»), han aparecido nuevos e innovadores servicios (digitales) de la sociedad de la información que han transformado la vida cotidiana de los ciudadanos de la Unión y cambiado sus formas de comunicarse, conectarse, consumir y hacer negocios. Ante la necesidad de actualizar dicho marco jurídico, acaba de aprobarse el Reglamento de servicios digitales (RSD)⁴³, destinado a modificar esa Directiva sobre el comercio electrónico. El nuevo RSD tiene como fines: a) contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios; b) establecer unas normas uniformes para crear un entorno en línea seguro, predecible y confiable, en el que los derechos fundamentales consagrados en la Carta estén efectivamente protegidos. Se aplicará a los servicios intermediarios prestados a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o residencia en la Unión, con independencia del lugar de establecimiento de los prestadores de dichos servicios. El RSD establece normas armonizadas sobre la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior. En particular, a) un marco para la exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios; b) normas sobre obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a determinadas categorías específicas de prestadores de servicios intermediarios; c) normas sobre aplicación y ejecución del presente Reglamento, por ejemplo, en relación con la cooperación y coordinación entre autoridades competentes. Sobre la base de los principios esenciales establecidos en la Directiva sobre el comercio electrónico, que mantienen su validez, la propuesta pretende garantizar las mejores condiciones para la prestación de servicios digitales innovadores en el mercado interior, contribuir a la seguridad en línea y la protección de los derechos fundamentales, así como establecer una estructura de gobernanza robusta y duradera para la supervisión efectiva de los prestadores de servicios intermediarios. Se centra en la necesidad de «ofrecer servicios en la Unión»; esto es, hacer posible que las personas físicas o jurídicas de uno o varios EE.MM. utilicen los servicios del prestador de servicios de la sociedad de la información que tenga una conexión sustancial con la Unión. Así, se considerará que existe dicha conexión sustancial cuando el prestador tenga un establecimiento en la Unión y, en ausencia de dicho establecimiento, la determinación de la conexión sustancial se basará en criterios objetivos específicos, como un número significativo de usuarios en uno o varios EE.MM., o el hecho de que se dirijan actividades hacia uno o varios EE.MM.

29. El RSD mantiene las normas de responsabilidad para los prestadores de servicios intermediarios estipuladas en la Directiva sobre el comercio electrónico, interpretadas por el TJUE. También aclara algunos de sus aspectos, a fin de eliminar factores que desincentivan las investigaciones propias de carácter voluntario realizadas por los prestadores de servicios intermediarios para garantizar la seguridad de sus usuarios y despejar su rol desde la perspectiva de los consumidores en determinadas circunstancias; ayudando así a los prestadores innovadores de menor tamaño a ampliar su escala y crecer, gracias a una mayor seguridad jurídica. Asimismo, el RSD determina unas responsabilidades claras para

resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, *DOUE* n° 165, de 18 de junio de 2013. El Reglamento, a diferencia de la Directiva 2013/11, puede aplicarse a la resolución de los conflictos iniciados por un comerciante frente a un consumidor, cuando la ley del E.M. de residencia habitual del consumidor permita que tales conflictos se resuelvan a través de una entidad de resolución alternativa de conflictos, según lo previsto en su art. 284.

⁴² Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, *DOCE* n° 178, de 17 de julio de 2000, pp. 1-16.

⁴³ Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), *DOUE* n° 277, de 27 de octubre de 2022, pp. 1-102.

el EM que supervisa el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la propuesta de Reglamento por parte de los prestadores de servicios radicados en su territorio, garantizando la máxima rapidez y eficacia en la ejecución de las normas. Se trata de establecer unos procesos sencillos y claros para que tanto los ciudadanos como los prestadores de servicios encuentren alivio en sus interacciones con las autoridades supervisoras. Define unas responsabilidades claras, también en materia de rendición de cuentas, para los prestadores de servicios intermediarios, especialmente, las plataformas en línea como los mercados y las redes sociales; con la imposición de unas obligaciones claras de diligencia debida para determinados servicios intermediarios, como procedimientos de notificación y acción en relación con los contenidos ilícitos y la posibilidad de impugnar las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas, tratando de mejorar la seguridad de los usuarios en línea en toda la Unión y reforzando la protección de sus derechos fundamentales. Además, impone a determinadas plataformas en línea la obligación de recibir, conservar y en parte verificar y publicar información sobre los comerciantes usuarios de sus servicios, en aras de garantizar un entorno en línea más seguro y transparente para los consumidores. En reconocimiento del especial impacto que tienen las plataformas en línea de mayor tamaño en nuestra economía y nuestra sociedad, la propuesta establece un nivel más alto de transparencia y rendición de cuentas para los procedimientos de moderación de contenidos utilizados por los prestadores de dichas plataformas, para la publicidad y para los procesos algorítmicos. Impone obligaciones de evaluar los riesgos que sus sistemas presentan para desarrollar herramientas de gestión de riesgos a fin de proteger la integridad de sus servicios frente al empleo de técnicas de manipulación. El umbral operativo de los prestadores de servicios sujetos a estas obligaciones incluye aquellas plataformas en línea que tienen un importante alcance en la Unión, estimado actualmente en más de cuarenta y cinco millones de destinatarios del servicio. Este umbral es proporcional a los riesgos que entraña el alcance de las plataformas en la Unión; cuando la población de la Unión varíe en un determinado porcentaje, la Comisión ajustará el número de destinatarios considerado para fijar el umbral, de modo que se corresponda sistemáticamente con el 10 % de la población de la Unión. Asimismo, se establece un mecanismo de protección de corregulación, que incluye el aprovechamiento de iniciativas voluntarias ya existentes.

30. Tras un capítulo I sobre disposiciones generales, el capítulo II se dedica a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios y, en concreto, en los artículos 3 a 5 se establecen limitaciones de la responsabilidad del prestador de servicio para los supuestos de mera transmisión, memoria tampón (coaching) y almacenamiento de datos, estableciendo las condiciones en que no cabe considerar responsable en cada caso a dicho prestador. En el artículo 6, se disponen las investigaciones voluntarias por iniciativa propia y cumplimiento de la legislación. En el 7, la Inexistencia de obligación general de supervisión o de búsqueda activa de hechos. En el 8, las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos y en el 9, las órdenes de entrega de información. El capítulo III establece las obligaciones de diligencia debida para crear un entorno en línea transparente y seguro, señalando en su sección primera las disposiciones aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios (arts. 10 a 13: puntos de contacto, representantes legales, condiciones y obligaciones de transparencia informativa); en su sección segunda, las adicionales aplicables a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea (arts. 14 y 15: mecanismos de notificación y acción y exposición de motivos); en su sección tercera, las aplicables a plataformas en línea, con exclusión de microempresas y pequeñas empresas (arts. 17 a 24: sistema interno de tramitación de reclamaciones y resolución extrajudicial de litigios, alertadores fiables, así como medidas y protección contra usos indebidos, notificación de sospechas de delitos y trazabilidad de los comerciantes, junto con las obligaciones de transparencia informativa y sobre publicidad en línea); en su sección cuarta, obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos para plataformas de gran tamaño (arts. 25 a 33: sobre evaluación y reducción de riesgos, auditoría independiente y sistemas de recomendación, transparencia adicional sobre publicidad en línea, acceso a datos y escrutinio, encargados de cumplimiento); y en la sección quinta, otras disposiciones de diligencia debida (como códigos de conducta o protocolos de crisis). El capítulo IV se dedica a las normas sobre aplicación, cooperación, sanciones y ejecución (artículos 38 a 70), concluyendo la propuesta con un capítulo de disposiciones finales.

B. El Reglamento de mercados digitales (RMD)

31. Aunque en el mercado digital europeo operan más de 10.000 plataformas en línea, de las cuales la mayoría son pymes, solo un número reducido de grandes plataformas en línea se queda con la mayor parte del valor global generado. Como señala el Reglamento sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (RMD)⁴⁴, las grandes plataformas aparecieron gracias a las características del sector, como los potentes efectos de red, a menudo integradas en sus propios ecosistemas de plataformas, y representan elementos vertebradores clave para la economía digital actual, actuando de intermediario en la mayoría de las transacciones entre usuarios finales y usuarios profesionales. Muchas de estas empresas también rastrean ampliamente y elaboran perfiles sobre usuarios finales. Algunas plataformas grandes actúan cada vez más como puertas de acceso o guardianes de acceso entre los usuarios profesionales y los usuarios finales y gozan de una posición afianzada y duradera, a menudo debida a la creación de ecosistemas de conglomerados en torno a sus servicios de plataformas básicas, lo que refuerza las barreras de entrada existentes. Continuando con el razonamiento que se establece en la PLMD, la poca disputabilidad y las prácticas desleales en el sector digital son más frecuentes y pronunciadas en ciertos servicios digitales que en otros. Así ocurre especialmente con los servicios e infraestructuras digitales generalizados y de uso común que, en su mayoría, son intermediarios directos entre los usuarios profesionales y los usuarios finales. La experiencia muestra una serie de servicios con las siguientes características: i) servicios de plataformas básicas polifacéticos altamente concentrados, donde normalmente una o un número muy reducido de grandes plataformas digitales establecen las condiciones comerciales con una autonomía considerable; ii) un número reducido de grandes plataformas digitales actúan como puertas de acceso para que los usuarios profesionales lleguen a sus clientes y viceversa; y iii) el poder como guardianes de acceso de estas grandes plataformas digitales se utiliza a menudo de manera indebida dando lugar a que los usuarios profesionales y clientes económicamente dependientes reciban un tratamiento injusto.

32. Por lo tanto, el RMD se limita a una serie de «servicios de plataformas básicas» en los que los problemas identificados son más evidentes y prominentes y donde la presencia de un número limitado de grandes plataformas en línea que sirven de puerta de acceso para los usuarios profesionales y los usuarios finales provoca una menor disputabilidad de los servicios y de los mercados en que intervienen. Estos servicios de plataformas básicas incluyen: i) servicios de intermediación en línea (incluidos, por ejemplo, mercados, tiendas de aplicaciones y servicios de intermediación en línea en otros sectores como la movilidad, el transporte o la energía), ii) motores de búsqueda en línea, iii) redes sociales iv) servicios de plataformas de intercambio de vídeos, v) servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, vi) sistemas operativos, vii) servicios en la nube y viii) servicios de publicidad, incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, en los que estos servicios de publicidad estén relacionados con uno o más de los demás servicios de plataformas básicas mencionados anteriormente. El objetivo del RMD es “permitir que las plataformas liberen todo su potencial abordando a escala de la UE las incidencias más destacadas de prácticas desleales y de poca disputabilidad, de modo que tanto los usuarios finales como los usuarios profesionales puedan aprovechar al máximo los beneficios de la economía de plataformas y la economía digital en general, en un entorno disputable y equitativo”. Para conseguir este fin último, el RMD acuña el concepto de “guardián de acceso”, que será el proveedor de servicios básicos de plataforma (todos los que se acaban de mencionar) que cumpla las siguientes características: a) tener una repercusión significativa en el mercado interior; b) operar un servicio básico de plataforma que sirve como puerta de acceso importante para que los usuarios profesionales lleguen a los usuarios finales; y c) tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones o previsibilidad de alcanzar dicha posición en un futuro próximo. Para concretar tales características, se establecen una

⁴⁴ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales), *DOUE* n° 265, de 12 de octubre de 2022, pp. 1-66.

serie de presunciones, sin perjuicio de que la condición de guardián de acceso, una vez calificado como tal, pueda ser objeto de revisión.

33. El contenido esencial del RMD se divide en tres grandes bloques: prácticas de los guardianes de acceso que limitan la disputabilidad o son desleales (capítulo III); investigación de mercado (capítulo IV); y competencias de investigación, ejecución y supervisión. El primer gran bloque se dedica a cuestiones como el establecimiento de las obligaciones de los guardianes de acceso y su cumplimiento; su suspensión y posible exención por razón de orden público, así como su actualización; medidas anti-elusión y las obligaciones de auditoría e información sobre concentraciones. El segundo gran conjunto de medidas abarca la decisión sobre apertura de investigación, así como sus modalidades, que incluyen la relativa a la designación como guardián de acceso, incumplimiento sistemático de obligaciones y la de nuevos servicios y prácticas. El último bloque se refiere a la incoación de procedimientos, la competencia para realizar entrevistas, declaraciones e inspecciones in situ, adopción de medidas provisionales y de compromisos, seguimiento de las medidas, incumplimiento y multas, con la posibilidad de un cumplimiento periódico de las sanciones, así como su plazo de prescripción, tanto para su imposición como para su ejecución. Se establecen cautelas, asimismo, como el derecho a ser oído o de acceso al expediente o la obligación de secreto profesional y se crea el Comité Consultivo sobre Mercados Digitales. Este instrumento no contiene normas de Derecho internacional privado *stricto sensu*, pero, en relación con su ámbito territorial de aplicación, al igual que sucede con otros instrumentos, como el reglamento de servicios digitales, se dispone que se aplicará a los servicios básicos de plataforma prestados u ofrecidos por guardianes de acceso a usuarios profesionales establecidos en la Unión o usuarios finales establecidos o situados en la Unión, independientemente del lugar de establecimiento o residencia de los guardianes de acceso y de la ley aplicable a la prestación del servicio. Por otra parte, los EE.MM. no pueden imponer a los guardianes de acceso obligaciones adicionales mediante leyes, reglamentos o medidas administrativas para garantizar unos mercados disputables y equitativos (sin perjuicio de las normas que persiguen otros intereses públicos legítimos, de conformidad con el Derecho de la Unión; en particular, nada impide a los EE.MM. imponer a las empresas obligaciones compatibles con el Derecho de la Unión); todo lo cual diluye la aplicabilidad en este caso concreto de los mecanismos propios del Derecho internacional privado, considerando el elevado nivel de armonización previsto.

2. El lugar del hecho dañoso como solución general

A. El lugar del hecho dañoso ante los actos ilícitos plurilocalizados

34. Dadas las peculiaridades que reviste la armonización material de la responsabilidad civil en el seno de la U.E., a saber, las profundas disparidades sectoriales de contenido entre los sistemas de los EE.MM., así como la gran variedad de supuestos que se incluyen dentro de este sector del ordenamiento jurídico; si a ello sumamos además el papel mucho menor que desempeña la autonomía de la voluntad en este ámbito de las relaciones privadas transfronterizas de contenido patrimonial, cobran aquí particular interés e importancia, a diferencia de lo que sucede en materia contractual, las técnicas propias del Derecho internacional privado, como muestra la abundante jurisprudencia del TJUE, en concreto, la que se ha dedicado a interpretar el concepto nuclear en el sector; esto es, el “lugar del hecho dañoso”, presente tanto en las normas de competencia judicial internacional como de ley aplicable. Así, de un lado, el art. 7.2º del RB-I bis atribuye competencia “en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”; y, con mayor detalle, la regla general contenida en el art. 4 del Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), señala que “la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. Cabe señalar también que este concepto ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia del TJUE

desde hace décadas y, en este sentido, aunque la mayor parte de las sentencias hacen referencia a la competencia judicial, muchos de sus desarrollos son trasladables al ámbito de la ley aplicable -salvando la ya mencionada imposibilidad de su aplicación analógica-; como, de hecho, así ha sucedido, precisamente, con esa redacción conferida a esa regla general contenida en el art. 4 RR-II. Puesto que uno de los factores de complejidad -que, además, se multiplica considerablemente en el caso de la digitalización, como se verá, es la posible disociación entre el lugar del acto generador del hecho dañoso y aquél donde se causan los daños, fenómeno conocido como “actos ilícitos plurilocalizados”⁴⁵.

35. Este tipo de casos fue abordado por primera vez en la célebre STJUE *Mines de Potasse*⁴⁶, que tuvo el valor fundamental de mostrar la diferencia entre el lugar de comisión del acto causal de un daño (*Handlungsort*, en terminología alemana) y el lugar de producción de sus efectos (*Erfolgsort*), en cuanto a la atribución de competencia se refiere. El TJUE reconoció al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se materializó el daño, bien en el lugar en el que se produjo el hecho causante; explicando que ambos lugares pueden constituir, según los casos, una conexión relevante, al poder proporcionar indicaciones particularmente útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso. Elegir únicamente el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión con criterio de competencia del domicilio del demandado, de modo que el (actual) artículo 7.2º RB-I perdería, por dicha razón, su efecto útil. A partir de aquí, las interpretaciones de esta conexión han sido numerosas por parte del TJUE, para afinar con gran precisión cuándo procede y cuándo no la atribución de competencia en función de aquélla, en casos de disociación entre el lugar de la acción causal y el lugar donde se sufre el daño. Así, en sentido negativo, la STJUE *Marinari*⁴⁷, excluyó el lugar de producción de los daños indirectos como conexión para determinar la competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil derivada de los mismos, pues la necesaria relación de causalidad entre el acto lesivo y el daño se rompía en estos casos. Por ello, el concepto de “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” no debía incluir el lugar en el que la víctima alegaba haber sufrido un perjuicio patrimonial consecutivo a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado. Esta jurisprudencia se confirmó en la STJUE *Kronhofer c. Maier*⁴⁸. Más recientemente, en sentido parecido, la STJUE *Universal Music*⁴⁹, estableció que “no puede considerarse como «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso», a falta de otros puntos de conexión, el lugar situado en un Estado miembro donde se haya producido un daño, cuando tal daño consiste exclusivamente en una pérdida económica que se materializa directamente en la cuenta bancaria del demandante y que es consecuencia directa de un acto ilícito cometido en otro Estado miembro”. Por su parte, en sentido positivo, la STJUE *Zuid-Chemie c. Philippo’s Mineralenfabrik*⁵⁰, interpretó que “los términos «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» designan el lugar donde ha sobrevenido el perjuicio inicial a consecuencia de la utilización normal del producto para la finalidad a la que está destinado”. Otro ejemplo, entre varios, de afirmación de la competencia es la STJUE *ÖFAB c. Kooß*⁵¹, donde se interpretó que, “por lo que se refiere a demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un miembro del consejo de administración y de un accionista de una sociedad anónima por deudas de dicha sociedad, el citado lugar se sitúa en el lugar con el que tienen un nexo las actividades desarrolladas y la situación económica relativa a dichas actividades”, aludiendo de nuevo al concepto de “lugar de hecho dañoso”.

⁴⁵ Vid., sobre esta clase de actos, más ampliamente en M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, “La ley aplicable a la responsabilidad civil por daños ambientales en el Reglamento Roma II”, *Desarrollo económico, protección ambiental y bienestar social: el Derecho de la sostenibilidad desde la perspectiva hispano-cubana* (M. A. MICHINEL ÁLVAREZ y R. A. VELÁZQUEZ PÉREZ, eds.), Madrid, Dykinson, 2011, pp. 33-49.

⁴⁶ C-21/76, de 30 de noviembre, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3A EU%3AC%3A1976%3A166>.

⁴⁷ C-364/93, de 19 de septiembre de 1995, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A A61993CJ0364>.

⁴⁸ C-168/02, de 10 de junio de 2004, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62002CJ0168>.

⁴⁹ C-12/15, de 16 de junio de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A62015 CJ0012>.

⁵⁰ C-189/98, de 16 de julio de 2009, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62008CJ0189>.

⁵¹ C-147/12, de 18 de julio de 2013, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139747&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17632>.

B. La jurisprudencia del TJUE materia de protección de la intimidad

36. De todas formas, han sido los casos en materia de protección de la intimidad los que han generado jurisprudencia más abundante, hasta el momento, a la hora de concretar la atribución de competencia en función del lugar del hecho dañoso, al menos, en lo que concierne al impacto de la digitalización de bienes y servicios en materia de responsabilidad extracontractual transfronteriza (aspecto que, cabe recordar, está en cambio excluido -a los efectos de la determinación de la ley aplicable- del ámbito material del RR-II). Todo comenzó con la STJCE *Fiona Shevill*⁵². Se trataba aquí de una demanda de indemnización por vulneración del derecho al honor, planteada por una ciudadana inglesa contra una editorial francesa que publicaba una revista comercializada en varios países de Europa. El Tribunal de Justicia declaró que, en el caso de difamación propagada por un artículo de prensa difundido en el territorio de varios Estados contratantes, sólo puede ser considerado lugar del hecho causal el establecimiento del editor de la publicación controvertida, ya que constituye el lugar de origen del hecho dañoso, a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido. Ahora bien, en lo que respecta al lugar de materialización del perjuicio, según la jurisprudencia Shevill, dicho lugar será aquél donde el hecho causal que genera la responsabilidad delictual o cuasidelictual haya producido sus efectos dañosos en relación con la víctima. Por tanto, en el supuesto de una difamación internacional a través de la prensa, el ataque al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica, el daño se manifiesta en todos los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida. No obstante, el Tribunal establece una salvedad importante: cuando el daño es plurilocalizado, los tribunales de cada Estado del lugar de materialización del daño sólo pueden conocer de los daños materializados en su propio Estado. El único tribunal que puede conocer de demandas de indemnización por la totalidad del daño es el del lugar del acto generador.

37. De lleno ya en el entorno digital, la STJUE *e-Date Advertising c. Olivier Martínez*⁵³ entendió que “*en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses [de la víctima]. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido*”. Más recientemente, la STJUE *Bolagsupplysningen c. Svensk Handel*⁵⁴ indica que “*una persona jurídica, que afirma que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad, puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de dicha información, la supresión de esos comentarios y la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido ante los tribunales del Estado miembro en que se halla su centro de intereses*” y que, cuando “*la persona jurídica ejerce la mayor parte de sus actividades en un Estado miembro distinto del de su domicilio, esta persona jurídica puede, basándose en el lugar en que se ha materializado el daño, demandar en ese otro Estado miembro al presunto autor de la lesión*”, pero “*no puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de esa información y la supresión de esos comentarios ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio la información publicada en Internet sea o haya sido accesible*”.

⁵² C-68/93, de 8 de abril de 1995, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0068&from=EN>.

⁵³ C-509/09 y C-161/10, de 25 de octubre de 2011, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=111742&doclang=ES>.

⁵⁴ C-194/16, de 17 de octubre de 2017, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195583&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1>.

38. Cabe aportar dos sentencias muy recientes, ambas de 2021, que han matizado las interpretaciones anteriores. La primera, en la STJUE *Mittelbayerischer Verlag*⁵⁵, donde se falló (modulando la STJUE *e-Date*) que el órgano del lugar en el que se encuentra el centro de intereses de quien alega que sus derechos de personalidad han sido vulnerados por un contenido publicado en un sitio de Internet es competente para conocer, por la totalidad del daño alegado, de una acción de responsabilidad interpuesta por esa persona, pero solo si ese contenido permite identificar, directa o indirectamente, a dicha persona como individuo. El otro asunto es la STJUE *Gtflix TV*⁵⁶, donde se interpretó (corrigiendo así la STJUE *Bolagsupplysningen*) que una persona que, al considerar que se ha producido una vulneración de sus derechos por la difusión de comentarios denigrantes a su respecto en Internet, actúa simultáneamente en aras, por una parte, de la rectificación de la información y la supresión de los contenidos publicados en línea que se refieren a ella y, por otra parte, de la reparación del perjuicio resultante de dicha publicación en línea puede solicitar, ante los tribunales de cada E.M. en cuyo territorio sean o hayan sido accesibles esos comentarios, la indemnización del perjuicio que se le haya causado en el E.M. del órgano jurisdiccional ante el que se haya entablado el litigio, aunque esos tribunales no sean competentes para conocer de la demanda de rectificación y supresión. Finalmente, quizás la STJUE *Glawischnig-Piesczek c. Facebook*⁵⁷ es la que mayor impacto ha causado en el sector, al interpretar el artículo 15.1º de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Se entiende que dicho artículo no se opone a que un tribunal de un E.M. pueda: a) obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad, o a bloquear el acceso a ellos, sea quien fuere el autor de la solicitud de almacenamiento de tales datos; b) obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos que almacene, y cuyo contenido sea similar al de una información declarada ilícita con anterioridad, o a bloquear el acceso a ellos, siempre que la supervisión y la búsqueda de los datos a los que se refiere tal medida cautelar se limiten a aquellos datos que transmitan un mensaje cuyo contenido permanezca esencialmente inalterado con respecto al que dio lugar a la declaración de ilicitud y que contenga los elementos especificados en la medida cautelar acordada, y en la medida en que las diferencias en la formulación de dicho contenido similar al que caracteriza a una información declarada ilícita con anterioridad no puedan obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos a realizar una apreciación autónoma de ese contenido; y c) obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos a suprimir los datos a los que se refiera la medida cautelar acordada o a bloquear el acceso a ellos a nivel mundial en el marco del Derecho internacional pertinente.

3. Supuestos especiales de responsabilidad civil transfronteriza

A. Derecho de autor

39. El empleo de un soporte físico (o “*corpus mechanicum*”) como elemento que hace perdurable la acción creadora (o “*corpus mysticum*”) conduce a una correlación entre actividad artística y tecnología. Los creadores se sirven de los adelantos técnicos que permiten mejorar su actividad creativa y/o la mayor difusión de sus obras. Esta simbiosis es obvia desde la antigüedad, aunque el gran salto exponencial fue la invención de la imprenta en el año 1453, comparable, siglos después, a la aparición de los satélites de comunicación o de Internet, en la actualidad. El número y la difusión de los ejemplares de obras literarias y musicales han ido desde entonces en un aumento paralelo al incremento de su circulación transfronteriza, de modo que, hoy día, cada Estado dispone de su propio sistema de protección de la propiedad intelectual (a salvo de ciertos acuerdos internacionales que establecen un mínimo de

⁵⁵ C-800/19, de 17 de junio, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62019CJ0800>.

⁵⁶ C-251/20, de 21 de diciembre de 2021, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&num=C-251/20>.

⁵⁷ C-18/18, de 3 de octubre de 2019, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0018>.

obligaciones y de la armonización en el marco de la U.E.). Cuando aparecen en este sector relaciones jurídicas con elemento extranjero -por ejemplo, porque el objeto es la explotación de una creación intelectual de un autor extranjero, o una obra artística es explotada en el territorio de un Estado distinto de su país de origen- hay que diseñar un sistema que indique el ordenamiento que concederá la protección requerida y con qué extensión lo hará. En general, la construcción del sistema de protección internacional de los derechos de autor se ha orientado hacia dos grandes modelos enfrentados: por un lado, se puede admitir que los derechos concedidos por la creación de una obra deben ser respetados dondequiera que la misma pueda explotarse, pretendiendo favorecer así la seguridad jurídica del titular de aquéllos. Este modelo conferiría un carácter universal a los derechos de autor, de ahí que esta tendencia se denomine universalismo⁵⁸. Frente a esta aproximación al problema, también se puede partir de que el autor adquiere sólo un haz de derechos, una protección fraccionada según los diferentes Estados donde aquéllos pretendan ejercitarse: es el modelo del territorialismo⁵⁹. Cada uno de estos modelos se halla necesariamente condicionado por el diseño de la norma elegida para decidir sobre la ley aplicable a la protección del Derecho de autor. En el universalismo, se requiere una ley que rija para cualquier territorio (o todos) las relaciones que se ciernan sobre la propiedad intelectual de una obra, pretendiendo así conseguir ese estatuto jurídico unitario que permita al autor saber, en todo momento, cuáles son sus derechos sobre la concreta obra; en suma, se trata de determinar el país de origen de la misma. Frente al universalista, en virtud del modelo territorialista de protección del Derecho de autor, los creadores adquieren respecto de sus obras un haz de derechos (“*Bundelstheorie*”), fragmentándose éstos según la protección otorgada en cada Estado. El centro del debate es aquí la determinación del denominado “país de protección”, vínculo que se utiliza como punto de conexión nuclear del sistema. Las soluciones basadas en un sistema territorialista de protección son las que han prevalecido hasta el momento, como refleja, por ejemplo con el artículo 8.1º RR-II⁶⁰, al declarar aplicable la ley del país “para cuyo territorio se reclama la protección”.

40. En materia de competencia judicial internacional, no se discute que el foro especial de competencia contenido en el artículo 7.2º del RB-I bis, ya mencionado, incluye los supuestos de responsabilidad basada en acciones para obtener protección ante vulneraciones de los derechos de autor. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del “lugar del hecho dañoso” se ha centrado en determinar la determinación y el alcance de la jurisdicción de los órganos de los EE.MM. de la U.E. en caso de purilocalización del acto ilícito; esto es, como ya se vio, los casos en que exista una disociación entre el lugar de la acción causal y el lugar o lugares donde se sufren las consecuencias directas del daño, situación muy frecuente en el ámbito de las relaciones en línea que involucran actos no autorizados sobre bienes protegidos. De este modo, hasta ahora, la interpretación se ha basado en dos elementos: concreción del lugar de materialización del daño por la mera accesibilidad (p. e., al sitio de Internet involucrado) desde el territorio donde actúa el órgano competente⁶¹; y limitación de la competencia judicial a los daños causados en el Estado de situación del órgano competente. Como explica el TJUE, la redacción del artículo 7.2º RB-I bis no incluye, a diferencia de lo que sucede con los consumi-

⁵⁸ Clásicos dentro del universalismo son los trabajos de G. KOUMANTOS, “Le droit international privé et la Convention de Berne”, *DA*, 1988, pp. 439-453 o “Sur le droit international privé du droit d’auteur”, *Il Diritto d’autore*, 1979, pp. 617-637. Una postura actual más matizada es la que sostiene H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5ª ed., Tübingen, Mohr, 2010, margs. 806-808, quien también aboga por el universalismo como modelo de futuro.

⁵⁹ Un ejemplo de planteamientos territorialistas, cuyo influjo perdura en esencia hoy día, es la obra de E. ULMER, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*, Berlin, München, Köln, Heymann, 1975. La bibliografía a este respecto es ingente. Una selección de bibliografía muy completa y actualizada se encuentra en P. KATZENBERGER, “Teil 5. Anwendungsbereich, Übergangs- und Schlussbestimmungen”, *Urheberrecht Kommentar* (Schricker/Loewenheim dirs.), 6ª ed., München, C. H. Beck, 2020, vor. § 120. Otra muestra ofrece P.E. GELLER, “International Copyright: The Introduction”, Lionel Bently (ed.), *International Copyright Law and Practice*, LexisNexis, 2018 (disponible en https://pgeller.com/Paul_Geller-International_Copyright.pdf).

⁶⁰ Sobre esta norma, de forma monográfica en España, *vid.* G. PALAO MORENO, “La protección de los derechos de propiedad intelectual en Europa: el artículo 8 del Reglamento Roma II”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 24, 2008, pp. 557-571.

⁶¹ *Vid.* los asuntos C-170/12, STJUE *Pinckney*, de 3 de octubre de 2013 (disponible en CURIA - Documentos (europa.eu) y C-441/13 STJUE *Hedjuk*, de 22 de enero de 2015 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=161611&doclang=ES>).

dores, el concepto de “actuación dirigida”; de ahí que el Tribunal de Justicia interprete que la mera accesibilidad desde el territorio en que actúa el órgano competente al espacio virtual en donde se cometió la presunta vulneración baste para atribuir competencia a los órganos de ese Estado. En verdad, es difícil, en muchas situaciones que involucran los derechos de autor, establecer un mecanismo que permita decidir con claridad si hay una “actuación dirigida” hacia el territorio de ese Estado, lo que comprometería una conexión basada ese criterio, más restrictivo para la competencia. Se justifica limitarla a los daños causados en el propio territorio, basándose en que tal órgano está “*en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado esos derechos garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado*”⁶².

41. Tradicionalmente, es cierto que el acto causal del daño suele coincidir con el domicilio o residencia habitual de su causante. De ahí que, para no favorecer excesivamente al demandante, se le permita reclamar también ante el órgano del lugar donde se materializa el daño (que, normalmente, coincidirá con el de su propio domicilio o residencia habitual); pero solo por los daños causados en dicho territorio, mientras que el juez del lugar del acto causal (que, normalmente, será el del domicilio del demandado) es quien puede conocer del conjunto de daños causados en varios Estados. Parece claro que este esquema encaja con la realidad que revisten hoy día los atentados en Internet contra el derecho de autor; los cuales, por otra parte, se encuadran dentro de lo que se ha denominado una “territorialidad relativa”. Así, ante la ausencia de una correlación directa entre el juez competente y su propio derecho, que puede acarrear una laguna de regulación, la interpretación correcta del principio de territorialidad reclama, en estos casos, la aplicación de un mosaico de legislaciones por parte del juez competente en función del acto causal, según el daño causado en cada territorio para el que se reclama protección. No obstante, cabe considerar aquí el giro impuesto por la Directiva (UE) 2019/789⁶³. La Directiva establece normas destinadas a mejorar el acceso transfronterizo a un mayor número de programas de radio y televisión, facilitando la obtención de derechos para a) la prestación de servicios en línea que son accesorios a la emisión de determinados tipos de programas de radio y televisión, así como b) para la retransmisión de programas de radio y televisión. En relación con el primer grupo de supuestos, presenta como novedad la introducción del principio del país de origen, en lugar de la habitual territorialidad.

42. Así, a efectos del derecho de autor y derechos afines, según el artículo 3.1º, se consideran producidos únicamente en el Estado de origen (esto es, donde el organismo de radiodifusión tenga su establecimiento principal) los actos de comunicación al público -y de puesta a disposición del mismo- de obras u otras prestaciones protegidas, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, que le permitan acceder a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno elija, y que se producen cuando se ofrece al público cierto tipo de programas en un servicio accesorio en línea por parte de un organismo de radiodifusión, o bajo su control y responsabilidad. Asimismo, se consideran producidos en el Estado de origen los actos de reproducción de dichas obras u otras prestaciones protegidas que sean necesarios para la prestación de dicho servicio en línea, el acceso a él o su utilización para los mismos programas. No obstante, a la hora de fijar el importe del pago de los derechos sujetos al principio del país de origen las partes tendrán en cuenta todos los aspectos del servicio accesorio en línea, tales como las características de dicho servicio accesorio en línea, incluida la duración de la disponibilidad en línea de los programas ofrecidos por ese servicio, la audiencia y las versiones lingüísticas disponibles. Ello no excluirá la opción de calcular el importe de los pagos que deben abonarse, sobre la base de los ingresos de los organismos de radiodifusión (artículo 3.2º). Finalmente, el principio del país de origen tampoco supondrá ningún perjuicio para la libertad contractual de los titulares de derechos y los organismos de radiodifusión para acordar la introducción de límites a la explotación de esos derechos (artículo 3.3º).

⁶² STJUE *Hedjuk, cit.*, considerando 37 y STJUE *Pinckney, cit.*, considerando 46.

⁶³ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE (DOUE nº 130, de 17 de mayo de 2019). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00082-00091.pdf>

Esta normativa posiblemente permita una interpretación más flexible y ajustada, por parte del TJUE, a la hora de identificar el país donde se genera el acto causal del daño con el de origen de la obra; posibilitando así a los órganos de tal Estado -que coincidiría, en general, con el del domicilio del demandado- conocer de reclamaciones por la totalidad del daño sufrido en diferentes territorios; sin tener que limitar tan restrictivamente el ámbito competencial del órgano que conoce de este tipo de asuntos como en la interpretación empleada hasta la fecha y que se acaba de poner de relieve.

43. Para la puesta a disposición del público *on-line* de obras protegidas, el mecanismo usual consiste en alojar la obra de que se trate -bajo la forma de archivo informático- en un servidor o *host*; lo que permite, desde el mismo, bien a un usuario descargar tal archivo en una terminal de su elección, para su uso y/o disfrute durante un período limitado o ilimitado; bien el intercambio entre diferentes usuarios. A tal fin, cuando se trata de un proveedor de archivos -titular del derecho de autor-, la herramienta jurídica empleada generalmente por éste con su cliente suele consistir en la concesión a aquél de una licencia de uso, que incluye, en su caso, el derecho de reproducción, y que es susceptible, en ocasiones, de ser cedida a un nuevo usuario. La calificación de esta clase de relación jurídica plantea, ante todo, la pregunta de si tales hechos son subsumibles bajo el supuesto amparado por el derecho de comunicación pública; o si, por el contrario, deberán serlo en el marco del derecho de distribución, con las diferentes consecuencias que derivarían en cada caso. En este sentido, dos elementos presentes en nuestra regulación abonan la orientación de este tipo de supuestos hacia la primera opción: por un lado, la exigencia de una falta de distribución previa de ejemplares, presente en el párrafo inicial del artículo 20 LPI; y, por otro lado, la redacción conferida al apartado i) del párrafo segundo del propio artículo 20 LPI. En dicho apartado quedaría fijada, con carácter general, la responsabilidad del denominado *uploader*, como se conoce a quien se encarga de subir a Internet contenidos protegidos, actuación objeto de especial debate cuando se realiza en el entorno de las redes de intercambio de archivos *peer to peer* (o P2P). En cambio, la eventual responsabilidad del llamado *downloader* (quien descarga los contenidos) se relaciona, llegado el caso, con el derecho de reproducción, no con el de comunicación pública⁶⁴. Por su parte, la responsabilidad del prestador de servicios de hosting se encuentra regulada por la Ley 34/2002⁶⁵.

44. Cabe señalar, no obstante, el último paso que ha supuesto en este terreno el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790⁶⁶. Dicho precepto incorpora el último eslabón hasta el momento en la regulación vigente del uso de contenidos protegidos por el derecho de autor por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. En ese artículo, se entiende por tal el “prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos” (art. 2.6). Se establece a continuación que esos prestadores realizan un acto de comunicación al público (o de puesta a disposición de éste) cuando le ofrecen el acceso a obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios. Por tanto, deberán obtener la correspondiente autorización de los titulares del derecho de comunicación pública (párrafo primero). Si la autorización se obtuviese, por ejemplo, a través de la conclusión de un acuerdo de licencia, comprenderá también los actos realizados por usuarios de los servicios que no actúen con carácter comercial, o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos (párrafo 2º). Además, cuando los prestadores sean responsables de actos de comunicación al público, la limitación de responsabilidad prevista en el artículo 14.1º de la Directiva 2000/31/CE -exención por alojamiento de datos- no se les

⁶⁴ M. A. MICHINEL ÁLVAREZ, “La Directiva (UE) 2019/789 y la protección del derecho de comunicación pública en el derecho de autor internacional”, *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (J. J. CASTELLÓ PASTOR, dir.), Madrid, Aranzadi/Thomson/Reuters, 2021, pp. 349-380.

⁶⁵ De 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), basada en la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico; modificada a este respecto por la Disposición Final 43 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, también conocida como Ley Sinde-Wert.

⁶⁶ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DOUE nº 130, de 17 de mayo de 2019). Disponible en <https://www.boe.es/doue/2019/130/L00092-00125.pdf>.

aplicará (párrafo 3º). En caso de que no se concediese una autorización, en principio, los prestadores serían responsables de los actos no autorizados de comunicación al público. Por otra parte, la cooperación entre los prestadores y los titulares de derechos no dará lugar a que se impida la disponibilidad de obras u otras prestaciones cargadas por usuarios que no infrinjan los derechos de autor y derechos afines (también cuando a dichas obras o prestaciones se les aplique una excepción o limitación), pudiendo éstos ampararse en cualquiera de las siguientes excepciones o limitaciones vigentes al cargar y poner a disposición contenidos generados por usuarios en los servicios para compartir contenidos en línea: a) citas, críticas, reseñas; b) usos a efectos de caricatura, parodia o pastiche (párrafo 7º).

B. Defensa del mercado

45. La unificación del Derecho material que se pretende llevar a cabo en la U.E. respecto del mercado digital interior incluye, como es lógico y hemos visto ya, multitud de normas de defensa de los principios esenciales para la protección del marco dentro del cual se llevan a cabo las transacciones. De este modo, se regulan conductas relativas a los comportamientos disfuncionales en el mercado digital, así como las limitaciones o el incremento de la responsabilidad de los prestadores de servicios y plataformas, cuya vulneración puede considerarse como actos de competencia desleal o restrictivos de la competencia. Este acervo reducirá, sin duda, la complejidad que, en este entorno, requiere la aplicación de los mecanismos propios del Derecho internacional privado, en general⁶⁷. Para determinar, en cualquier caso, las herramientas necesarias que cabe emplear, debe considerarse, ante todo, que tales actos son susceptibles de generar una responsabilidad calificable como extracontractual o cuasidelictual, a los efectos de su encaje en el artículo 7.2º RB-I bis, para determinar el tribunal competente, en defecto de otros foros de alcance general. En particular, por lo que se refiere al ámbito de aplicación del precepto, cabe señalar que, según la interpretación llevada a cabo la STJUE *Wikingerhof*⁶⁸, el artículo también incluye las acciones entabladas para conseguir el cese de determinados actos llevados a cabo en el marco de una relación contractual que vincule a ambas partes y alegando abuso de posición dominante.

46. De manera bastante más precisa, al menos, en cuanto a la delimitación del ámbito material de la norma y el manejo de conexiones, la solución de ley aplicable para estos casos se centra en las normas del artículo 6 del RR-II, donde se regulan dos supuestos diferentes de modo específico. Por un lado, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados. Cuando el acto afecte exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, se aplicará la regla general del lugar del hecho dañoso. Por otro lado, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado. En este segundo caso, cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar dicha demanda en la ley del foro (esto es, la del EM donde demanda), siempre que el mercado de dicho EM figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; cuando el demandante presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la ley del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se fundamenta la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del EM de ese tribunal. La ley aplicable no podrá excluirse mediante un acuerdo de elección de ley.

⁶⁷ Sobre estas cuestiones, *vid.*, J. G. HORRACH ARMO, *Jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal en el marco de la economía de las plataformas virtuales*, Barcelona, Marcial Pons, 2022, *passim*.

⁶⁸ C-59/19, de 24 de noviembre de 2020, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C%2CT%2CF&num=C-59/19>.

47. Por una parte, interesa destacar particularmente la delimitación del concepto de “lugar del hecho dañoso” que lleva a cabo el TJUE en diversas sentencias⁶⁹. En síntesis, cabe destacar que el TJUE identifica tal lugar con el correspondiente al mercado afectado por la conducta generadora del daño, por lo que sus interpretaciones pueden proyectarse -salvando la imposibilidad de aplicación analógica-sobre los problemas de ley aplicable. Así, por ejemplo, en el caso de mercado afectado por acuerdos colusorios sobre fijación y aumento de precios de los bienes, la competencia para conocer -en razón del lugar de materialización del daño- de una acción de indemnización por el perjuicio derivado de esos acuerdos corresponde, bien al tribunal en cuya demarcación compró los bienes objeto de tales acuerdos la empresa que alega el perjuicio, bien, en caso de compras realizadas por ésta en varios lugares, al tribunal en cuya demarcación se encuentre el domicilio social de dicha empresa (STJUE *Volvo*, *cit.*). En otra reclamación semejante, se entendió como lugar del mercado afectado aquél donde se han falseado los precios y en el cual la víctima alega haber sufrido perjuicio, incluso si la acción se dirige contra un participante con quien tal víctima no estableció relaciones contractuales (STJUE *Tibor*, *cit.*). También se ha fallado que el concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» puede interpretarse bien como el lugar de celebración del acuerdo contrario a la competencia, bien como el lugar en que se ofrecieron y aplicaron los precios predatorios (STJUE *AB FlyLAL*, *cit.*).

48. Por otra parte, respecto de un caso que involucra vulneración del derecho de la competencia a raíz de actos llevados a cabo ya en el marco de Internet (STJUE *Concurrence*⁷⁰), el TJUE entendió que, para conocer de una acción de responsabilidad por el incumplimiento de la prohibición de vender fuera de una red de distribución selectiva que supone la oferta, en sitios web que operan en diferentes EE.MM., de productos objeto de dicha red, debe considerarse que el lugar donde se ha producido el daño es el territorio del EM que protege dicha prohibición de venta mediante la acción en cuestión, territorio en el cual el demandante afirma haber sufrido una reducción de sus ventas. Obviamente, este pronunciamiento deja la puerta abierta a una localización del daño múltiple (y, por tanto, la atribución correspondiente de competencia) en los casos en que hayan resultado varios mercados afectados⁷¹. No obstante -a diferencia de su interpretación en el ámbito del Derecho de autor-, en un sector donde también es principio habitual el de territorialidad, como es el Derecho de la competencia, el TJUE no hay señalado hasta el momento que el tribunal competente solo puede conocer del daño causado en su territorio, cuando hubiese multitud de mercados afectados. Finalmente, cabe recordar que, en el asunto C-191/15, STJUE *Amazon*⁷², se estableció que deben determinarse conforme a la ley que señale el artículo 6.1º del RR-II las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, dirigidas contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales por una empresa domiciliada en un EM que celebra contratos por vía de comercio electrónico con consumidores residentes en otros EE.MM. (y, en particular, en el EM del órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda); mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo al RR-I, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva. El TJUE se refirió en este caso al específico problema de tratamiento de datos personales (situación que se examinará aquí seguidamente con más detalle en otro apartado específico). Con todo -y salvando las distancias dada la imposibilidad de una aplicación por analogía a

⁶⁹ Asuntos C-30/20, STJUE *Volvo*, de 15 de julio de 2021 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&td=ALL&num=C-30/20>); C-451/18, STJUE *Tibor*, de 29 de julio de 2019 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=216540&doclang=ES>); y C-27/17, STJUE *AB FlyLAL*, de 5 de julio de 2018 (disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203610&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=505928>).

⁷⁰ C-618/15, de 21 de diciembre de 2016, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=186483&doclang=ES>.

⁷¹ *Vid.*, sobre ello, más ampliamente, M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE *Concurrence vs. Samsung y Amazon*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2018, vol. 10, nº 1, pp. 657-661.

⁷² C-191/15, de 28 de julio de 2016, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0191>.

casos diferentes- cabe subrayar que el TJUE señala que ese tratamiento “*se rige por el Derecho del Estado miembro al que dicha empresa dirige sus actividades si esa empresa efectúa el tratamiento de los datos en cuestión en el marco de las actividades de un establecimiento situado en ese Estado miembro*”; aunque también es cierto que, previamente, ya había destacado que “*ese establecimiento no puede existir por el mero hecho de que allí se pueda acceder al sitio de Internet de la empresa en cuestión*” (cdo. 76); lo que supone, en suma, descartar aquí el criterio del simple acceso desde el territorio de un Estado a una página web del demandado para determinar la existencia de un establecimiento en dicho Estado.

C. Datos personales

49. En este punto, es imprescindible comenzar con una referencia al Reglamento (UE) 2016/679⁷³ (RGPD). Este Reglamento ha sido, a su vez, la base de la LO 3/2018⁷⁴. El RGPD dedica un capítulo entero (el V) a la transferencias de datos personales a terceros países u organizaciones internacionales, del artículo 44 al 50 (ambos inclusive); todos ellos son bastante extensos y detallados, salvo quizás el primero, que establece el principio general a tener en cuenta y que se sirve de base a todos los restantes desarrollos: “*solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado*”. El principio fundamental que se debe considerar es, por tanto, el del país de origen de la transferencia, pero con un decisivo matiz: exigiendo estándares comparables a los europeos para autorizar la misma. Para articularlo, se establece un sistema en cascada, que va desde la posibilidad de una decisión política -o técnica, si se prefiere- sobre la adecuación de los estándares manejados en el extranjero; pasando por el establecimiento de una serie de garantías, en su defecto; hasta la sujeción a varias condiciones, en último lugar; permitiendo, asimismo, que las empresas se puedan dotar voluntariamente de un conjunto de normas corporativas vinculantes al efecto (conocidas también como BCR, por sus siglas en inglés).

50. En concreto, el artículo 45 RGPD regula las transferencias basadas en una decisión de adecuación. Como principio, se establece en su párrafo primero que “*podrá realizarse una transferencia de datos personales a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión haya decidido que el tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garantizan un nivel de protección adecuado*”. La transferencia no requerirá así de ninguna autorización específica, decidiendo la Comisión mediante un acto de ejecución (pár. 3º), tras evaluar la adecuación sobre la base de los parámetros indicados en el párrafo segundo, estableciendo un mecanismo de revisión periódica, al menos cada cuatro años, que tenga en cuenta todos los acontecimientos relevantes en el tercer país o en la organización internacional. Las decisiones a tal efecto serán públicas en la web de la Comisión. En el caso de Estados Unidos, hasta fecha reciente, regía la Decisión de ejecución (UE) 2016/1250, de 12 de julio de 2016, sobre la adecuación de la protección conferida por el denominado “*Privacy Shield*” o “*Escudo de Privacidad*”. Pero la STJUE *Schrems II*⁷⁵, por reclamación de una persona física cuyos datos fueron transferidos de la Unión Europea a Estados Unidos, invalidó tal Decisión. En su importante sentencia, el Tribunal subrayó que determinados programas de vigilancia que permiten el acceso de las autoridades públicas de EE.UU. a los datos personales transferi-

⁷³ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE n° 119, 4 de mayo de 2016.

⁷⁴ De 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 6 de diciembre).

⁷⁵ C-311/18, de 16 de julio de 2020, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228677&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=9853523>.

dos de la UE a los EE.UU. con fines de seguridad nacional no prevén limitaciones a la facultad conferida a las autoridades de los EE.UU., ni la existencia de garantías para personas que no sean estadounidenses. El umbral establecido por el TJUE se aplica también a todas las salvaguardias adecuadas- con arreglo al artículo 46 del RGPD- utilizadas para transferir datos del EEE a cualquier tercer país. La legislación estadounidense mencionada por el TJUE⁷⁶ se aplica a cualquier transferencia a EE.UU. por medios electrónicos que entren en el ámbito de aplicación de la misma, independientemente del instrumento de transferencia utilizado. Por otra parte, dado que el Escudo de Privacidad también fue diseñado para dar garantías a los datos transferidos con otros instrumentos, como las BCR (normas corporativas vinculantes), la evaluación del Tribunal se aplica también en dicho contexto.

51. Las consecuencias no se hicieron esperar, hasta el punto de que la Agencia Europea de Protección de Datos (EDPB) se vio obligada a elaborar un documento de urgencia para garantizar el cumplimiento inmediato de la sentencia por los órganos de la Unión. Así, tras explicar el fallo, se aclaró que el TJUE *“ha considerado que los requisitos de la legislación nacional de los Estados Unidos, y en particular algunos programas de vigilancia que permiten el acceso de las autoridades públicas de los Estados Unidos a los datos personales transferidos desde la UE a los Estados Unidos con fines de seguridad nacional, dan lugar a limitaciones a la protección de los datos personales que no están circunscritas de manera que satisfagan requisitos que son esencialmente equivalentes a los exigidos por la legislación de la UE, y que esta legislación no otorga derechos recurribles ante los tribunales contra las autoridades de los Estados Unidos”*⁷⁷. En suma, como consecuencia, las transferencias de datos basadas en este marco son, al momento de redactar estas líneas, ilegales; aunque, ciertamente, el pasado 25 de marzo la Comisión Europea y el Gobierno de Estados Unidos anunciaron conjuntamente un “acuerdo de principio” para elaborar un nuevo marco para las bajas de datos que, no obstante, todavía no se ha concretado⁷⁸. Finalmente, el sistema articulado por el RGPD para la protección transfronteriza de datos personales se cierra, por un lado, con la regulación de las transferencias internacionales de datos mediante garantías adecuadas, que opera en defecto de acto de ejecución. Las garantías pueden ser aportadas -sin que se requiera autorización expresa de una autoridad de control- mediante una amplia variedad de instrumentos, que se ven incluso ampliados cuando media permiso de la autoridad de control competente. Entre las fórmulas previstas de garantía, se encuentra las cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión, como las que se recogen en la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010⁷⁹. Por otro lado, se encuentran las denominadas “normas corporativas vinculantes” (o BCR por sus siglas en inglés); esto es, *“las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta”* (art. 4.20 RGPD). Dichas normas serán aprobadas por la autoridad de control competente, según el mecanismo de coherencia previsto en el propio RGPD.

52. En verdad, la amplia y exhaustiva armonización llevada a cabo por el legislador de la Unión en materia de protección de datos que constituye el RGPD contribuye a la práctica desaparición de los problemas de ley aplicable, al menos, dentro del territorio de la U.E. En cambio, persiste el interés por determinar el órgano competente para conocer de eventuales reclamaciones, que pueden ser de tres tipos, a saber: contra la autoridad de control, contra decisiones de la autoridad de control y ante la jurisdicción ordinaria. El criterio de atribución que se maneja en los tres casos es el del “lugar del

⁷⁶ A saber, la sección 702 de la FISA y la EO 12333.

⁷⁷ https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other/frequently-asked-questions-judgment-court-justice-european-union_es.

⁷⁸ *Vid.*, al respecto, M. BAUER, “La soberanía trasatlántica de los datos: cómo conseguir unos flujos de datos entre la UE y EE. UU. que garanticen la protección de la privacidad”, *Open Internet Governance Institute – Esade/ECPol, Paper Series #2*, Marzo 2022, disponible en <https://www.esade.edu/ecpol/es/publicaciones/la-soberania-trasatlantica-de-los-datos-como-conseguir-unos-flujos-de-datos-entre-la-ue-y-ee-uu-que-garanticen-la-proteccion-de-la-privacidad/>.

⁷⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010D0087&from=MT>.

establecimiento del responsable del tratamiento”. Así, por un lado, el artículo 77.1º establece que “todo interesado tendrá derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control, en particular en el Estado miembro en el que tenga su residencia habitual, lugar de trabajo o lugar de la supuesta infracción”; aunque el artículo 55.1º concreta, por otro lado, que “cada autoridad de control será competente para desempeñar las funciones que se le asignen y ejercer los poderes que se le confieran de conformidad con el presente Reglamento en el territorio de su Estado miembro” y el 56.1º que “la autoridad de control del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento será competente para actuar como autoridad de control principal para el tratamiento transfronterizo realizado por parte de dicho responsable o encargado”; mientras que, para asuntos con escaso o nulo impacto transfronterizo “cada autoridad de control será competente para tratar una reclamación que le sea presentada o una posible infracción del presente Reglamento, en caso de que se refiera únicamente a un establecimiento situado en su Estado miembro o únicamente afecte de manera sustancial a interesados en su Estado miembro” (art. 56.2º).

53. Por lo que se refiere a las reclamaciones ante la jurisdicción ordinaria, por un lado, el artículo 77 establece en sus párrafos 1º y 2º que “*toda persona física o jurídica tendrá derecho a la tutela judicial efectiva contra una decisión jurídicamente vinculante de una autoridad de control que le concierna ... [y] en caso de que la autoridad de control que sea competente en virtud de los artículos 55 y 56 no dé curso a una reclamación o no informe al interesado en el plazo de tres meses sobre el curso o el resultado de la reclamación presentada*”; y, en el párrafo 3º, se dispone que “*las acciones contra una autoridad de control deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que esté establecida la autoridad de control*”. Por otro lado, el artículo 78 en sus párrafos 1º y 2º señala que “*todo interesado tendrá derecho a la tutela judicial efectiva cuando considere que sus derechos en virtud del presente Reglamento han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales (...). Las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del E.M. en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del E.M. en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un E.M. que actúe en ejercicio de sus poderes públicos*”. Todavía no existe un número abundante de sentencias del TJUE que permita precisar completamente el concepto de establecimiento del responsable de tratamiento que se maneja en el concreto ámbito de la protección de datos. Como ya se vio, la STJUE *Amazon* renuncia a identificar la existencia del aquél por el mero hecho del acceso a Internet desde el territorio de un EM. Por su parte (aunque en el marco de un razonamiento sobre ley aplicable y relativo a la anterior normativa), en la STJUE *Weltimmo*⁸⁰, se requiere que el responsable “*ejerza, mediante una instalación estable en el territorio de dicho EM, una actividad efectiva y real, aun mínima, en cuyo marco se realice el referido tratamiento. Para determinar si así ocurre, en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente puede tener en cuenta, por un lado, que la actividad del responsable de dicho tratamiento, en cuyo marco éste tiene lugar, consiste en la gestión de sitios de Internet de anuncios de inmuebles situados en el territorio de dicho EM y redactados en la lengua de ese Estado y que, en consecuencia, se dirige principalmente, incluso íntegramente, a dicho EM. Y, por otro lado, que ese responsable dispone de un representante en el referido EM que se encarga de cobrar los créditos resultantes de dicha actividad y de representarlo en los procedimientos administrativo y judicial relativos al tratamiento de los datos en cuestión*”.

D. Inteligencia artificial

54. El término “inteligencia artificial” (IA) fue acuñado con motivo de una conferencia de verano celebrada en Darmouth (USA) en 1955, definiéndose entonces como “la ciencia y la ingeniería de

⁸⁰ C-230/14, de 1 de octubre de 2015, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=168944&doclang=ES>.

fabricar máquinas inteligentes, en especial programas inteligentes de computación” (entendiendo por “inteligente” la parte de la informática orientada a obtener resultados). Desde aquel momento, hemos asistido a una evolución tecnológica exponencial en este sector, particularmente, desde los albores del presente siglo, pasando así por diversas fases, desde la conexión a Internet de las personas hasta llegar al actual “Internet de las cosas”; aunque no siempre el desarrollo tecnológico haya ido acompañado del correspondiente y deseable en el plano jurídico, dado que la robótica avanza problemas a los que las normas no siempre dan respuesta adecuada. Conscientes de esta situación, en el marco de la UE han encontrado impulso una serie de iniciativas tendentes a adoptar un planteamiento coordinado que le permita aprovechar al máximo las oportunidades que brinda la IA y abordar los nuevos retos que conlleva. A partir de la publicación en febrero de 2020 del Libro Blanco sobre IA⁸¹, a propuesta de la Comisión Europea -para reforzar las capacidades industriales y tecnológicas, mediante una adaptación normativa, ofreciendo alternativas para facilitar el desarrollo de la IA de manera segura y fiable en toda Europa- ha sido el Parlamento quien ha tomado la batuta. Destacan en este sentido tres iniciativas que, dada su densidad, tan solo podemos limitarnos a enumerar, en el marco de esta ponencia que ya excede sus propios límites de tiempo y extensión disponibles: a) La Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020⁸², b) La propuesta de Reglamento planteada por el Parlamento Europeo, el 21 de abril de 2021⁸³, con el fin de minimizar los daños asociados a la IA, haciendo una clasificación de los sistemas de IA en función del riesgo para garantizar la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como, asegurar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación de la IA en Europa. c) Finalmente, la última propuesta con la que se abordan los retos de la inteligencia artificial en la era digital es la Resolución del Parlamento, de 3 de mayo de 2022⁸⁴, donde se destaca la utilización de negocios digitales y se propone una competición a escala mundial en busca del liderazgo europeo en materia de IA, para lo cual es imprescindible la construcción de un marco normativo claro y sólido⁸⁵.

55. Llegados a este punto, cabe concluir con una necesariamente breve referencia a los problemas de Derecho internacional privado que pueden plantear dos casos -significativos ya en la práctica- por lo que se refiere al uso de la IA. El primero de ellos, es el relativo a la responsabilidad civil transfronteriza en el caso de accidentes con vehículos autónomos. Sobre este tipo de problemas, a nivel europeo, ya ha habido avances desde la publicación de la Directiva 2010/40/UE⁸⁶. Así, en abril de 2016, se firmó la llamada “Declaración de Ámsterdam sobre cooperación en el campo de la conducción

⁸¹ COM(2020 65 final) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0065>).

⁸² Con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020IP0276>.

⁸³ COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD), por la que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF.

⁸⁴ 2020/2266(INI). Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html.

⁸⁵ En el concreto marco del sistema español, cabe destacar que los avances normativos en materia de IA han cristalizado en la redacción de una Agenda del Cambio, presentada por el Gobierno en 2019, donde se apuesta por la IA como un decisivo factor para el impulso de la economía nacional. Entre las estrategias propuestas, destaca la creación de un Consejo Asesor de IA (mediante la Orden ETD/670/2020), como órgano consultivo de asesoramiento al Gobierno en los asuntos relativos a la IA para el ámbito nacional. Por otra parte, para conseguir un avance más significativo en el ámbito digital, el Gobierno Español presentó también el proyecto España Digital 2025, en julio de 2020 y, más recientemente, la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, el 27 de junio de 2022, con la finalidad de acelerar la digitalización de las empresas, aumentar las competencias digitales de la población, mejorar la eficiencia y productividad de los servicios públicos e incrementar una colaboración entre el sector público y privado. Por cierto, la primera norma española donde se regula el uso de los algoritmos utilizados para la toma de decisiones prestadas en las administraciones públicas y las empresas se encuentra contenida en el art. 23 de la reciente ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de 12 de julio (BOE, de 13 de julio), que versa sobre IA y mecanismos de toma de decisión automatizados, aunque se refiere exclusivamente al uso de tales algoritmos por parte de las administraciones públicas, y deja fuera, al menos de momento, a las empresas privadas.

⁸⁶ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes (STI) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte (DOUE n° 207, de 6 de agosto de 2010). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2010-81417#:~:text=L%2D2010%2D81417-,Directiva%202010%2F40%2FUE%20del%20Parlamento%20Europeo%20y%20del%20Consejo,con%20otros%20modos%20de%20transporte>.

automatizada y conectada”⁸⁷, donde se abordaba la necesidad de promover un marco normativo para el despliegue de la conducción automatizada y conectada en la U.E. con el 2019 como meta. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 13 de marzo de 2018, para una “Estrategia europea sobre los sistemas de transporte inteligentes cooperativos”⁸⁸, afrontó la problemática señalando “la importancia del empleo de tecnologías de los STI cooperativos para un funcionamiento eficiente de determinados sistemas de asistencia a la conducción”, aunque identifica unos problemas específicos que deben ser abordados, de privacidad, protección de datos, y ciberseguridad, y recomienda “*que la Comisión establezca con rapidez un marco jurídico apropiado para lograr la interoperabilidad transfronteriza en toda la Unión, así como un marco que establezca normas sobre la responsabilidad civil por la utilización de los distintos tipos de transportes conectados*”. Pero será en su ya señalada Resolución de 20 de octubre de 2020 cuando el Parlamento Europeo haga recomendaciones más específicas. En ella afirma que “*es necesario poder determinar de manera inequívoca quién es el culpable en cada caso particular*” y, aunque se centra más en la figura del operador que en la del fabricante, se señala que el régimen de responsabilidad propuesto puede ser aplicable también a este, en la medida en que el fabricante sea también operador. Debe comprobarse en particular si, “*habida cuenta de que hasta el momento únicamente una cantidad muy reducida de accidentes se debe a problemas técnicos, podría resultar adecuado un traspaso de la responsabilidad al productor*”. Dicha transferencia podría compensarse con una serie de exigencias a propietario y conductor.

56. En lo que concierne a los problemas de Derecho internacional privado, ciertamente, la situación es distinta entre la competencia judicial internacional y la ley aplicable. En lo que se refiere a la primera, las posibles conexiones a manejar, bien generales (como el domicilio del demandado) bien especiales, tanto en materia de responsabilidad contractual (lugar del hecho dañoso) como incluso en presencia de eventuales contratos de seguro no parecen arrojar excesivos problemas de localización, al menos, frente al mismo supuesto cuando no se ven involucrados vehículos autónomos. En cambio, en materia de ley aplicable, dadas las posibles disparidades entre los ordenamientos y ante el posible recurso a dos posibles regímenes diferentes, como se verá a continuación, cabe examinar si las soluciones presentes necesitan algún tipo de interpretación o ajuste en el caso de la responsabilidad por accidentes con vehículos autónomos. Así, la primera opción sería acudir al régimen especial previsto para este tipo de materia en el Convenio de La Haya de 1971, donde las dos posibles leyes cuya aplicación cabe reclamar oscilan entre la del lugar del accidente y la del Estado de matriculación del vehículo, sin que ninguna de ambas conexiones parezca presentar problema alguno a la hora de su determinación derivada de las singularidades existentes en el ámbito de la conducción autónoma. Cuestión distinta sería el examen de la conveniencia que pueda tener el mantenimiento de ambas conexiones como únicos criterios posibles en este sector, dada la posible ausencia de responsabilidad de las personas presentes en el momento del accidente, que es una de las razones que justificarían tal reducción de criterios de vinculación.

57. No obstante, cabe una segunda opción de calificación, al menos, si se atiende a lo dispuesto en la arriba mencionada Directiva 2010/40/UE, en cuyo artículo 11 se indica que “*los Estados miembros velarán por que las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, en lo referente a la implantación y el uso de aplicaciones y servicios de STI establecidos en especificaciones adoptadas de conformidad con el artículo 6, se aborden de acuerdo con el Derecho de la Unión, en particular la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, así como con la normativa nacional pertinente*”. Asimismo, por ejemplo, en Estados Unidos, su “Restatement (Third) of Torts: Product Liability”, de 1998, aunque parte de la idea básica de que “*el error de software o de los algoritmos que emplea un vehículo autónomo, no generan responsabilidad por producto defectuoso ya que el software no es un producto a estos efectos*”, no obstante, indica que “*cuando el software es esencial para el funcionamiento del producto, debe ser*

⁸⁷ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2016%3A766%3AFIN>.

⁸⁸ 2017/2067(INI). Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018IP0063>.

considerado un producto". Esta calificación nos conduciría al marco del ya examinado aquí -para otras cuestiones- Roma II, en concreto, a su artículo 5, que establece hasta cinco posibles conexiones con distintas leyes: la de residencia habitual del perjudicado; en su defecto, la del país en que se adquirió el producto; en su defecto, la ley del lugar del daño (en estos tres casos, si el producto se comercializó allí); o de la residencia habitual de la persona cuya responsabilidad se alega que no podía prever razonablemente la comercialización del producto en esos tres países; o, si se desprende del conjunto de las circunstancias, la ley que presente los vínculos más estrechos (como la que puede derivar a causa de una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato). De las cinco conexiones, al margen nuevamente de su idoneidad para emplearse en el caso concreto de los vehículos automatizados -quizás menos cuestionable aquí que en el caso anterior- la que puede plantear mayor problema en cuanto a su determinación es la relativa a la residencia del responsable; dado que, por un lado, no se ha utilizado el término "fabricante", lo que deja la puerta abierta al problema de determinar de quién se trata (por ejemplo, en casos donde no exista una conducción completamente autónoma y participe o pueda participar, al menos parcialmente, el conductor). Por otro lado, dentro de los posibles fabricantes a considerar, también convendría aclarar si hay que atender solamente al del propio vehículo o, en su caso, a quien interviene en el diseño y/o la aplicación del software incorporado en el mismo. Quizás estos problemas de indeterminación conduzcan a la ya indicada solución de cierre basada en los vínculos más estrechos, para casos muy concretos.

58. El segundo de los casos que conviene mencionar, en el marco de los problemas que genera el uso de la IA, es el que concierne a los denominados contratos inteligentes o autoejecutables, también conocidos por la expresión en inglés "*smart contracts*". Se trata, en realidad, de programas informáticos en libros mayores electrónicos que ejecutan y liquidan operaciones sobre la base de condiciones predefinidas, en el entorno de la tecnología de cadenas de bloques o "*Blockchain*". Verificada la condición pactada por las partes, cada obligación u concreta acordada se autoejecuta automáticamente, momento en el que las partes dejan de tener el control sobre su cumplimiento. Estos contratos encierran así, entre otras características, el potencial de ofrecer a los titulares y destinatarios de datos garantías de que se respetan las condiciones para compartir datos. Por ello, la propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización ("*ley de datos*"⁸⁹) apoya el establecimiento de normas para esta nueva figura en su capítulo VIII, sobre interoperabilidad, cuyo artículo 30 -junto con otras disposiciones sobre su evaluación y declaración de conformidad- establece en su párrafo primero los requisitos esenciales de los contratos inteligentes para el intercambio de datos⁹⁰. Pese a su novedad y escaso amparo legislativo, los problemas que puede generar este tipo de figura son imposibles de resumir en el marco de este trabajo, de corte más general⁹¹. Por ello, a título de breve pincelada ilustrativa final, en relación con los dos grandes ámbitos del Derecho internacional privado que se han explorado aquí -la competencia judicial internacional y el derecho aplicable- cabe señalar que, ante la ausencia de regulación específica, varias pautas interpretativas pueden destilarse de postulados que ya quedaron expuestos, y que son comunes para ambos sectores. Así, las soluciones en buena medida dependerán de

⁸⁹ De 23 de febrero de 2022, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022PC0068>.

⁹⁰ "1. El proveedor de una aplicación que utilice contratos inteligentes o, en su defecto, la persona cuya actividad comercial, empresarial o profesional implique la utilización de contratos inteligentes para terceros en el contexto de un acuerdo de puesta a disposición de datos cumplirá los siguientes requisitos esenciales: a) solidez: velará por que el contrato inteligente se haya diseñado de manera que ofrezca un grado de solidez muy elevado con el fin de evitar errores funcionales y contrarrestar los intentos de manipulación por terceros; b) resolución y suspensión seguras: velará por que exista un mecanismo que permita poner fin a la ejecución de transacciones; el contrato inteligente incluirá funciones internas que permitan reinicializar el contrato o darle instrucciones para poner fin a la operación o suspenderla con objeto de evitar futuras ejecuciones (accidentales); c) archivo y continuidad de los datos: en caso de que el contrato inteligente deba resolverse o desactivarse, preverá la posibilidad de archivar los datos de las transacciones, así como la lógica y el código del contrato inteligente, con el fin de llevar un registro de las operaciones con datos efectuadas previamente (auditabilidad); y d) control de acceso: el contrato inteligente estará protegido mediante rigurosos mecanismos de control de acceso en el nivel de la gobernanza y en el del contrato inteligente".

⁹¹ Vid., sobre estas cuestiones, J. G. HORRACH ARMO, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el ámbito de los smart contracts y la tecnología blockchain", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, nº 42, 2021, *passim*.

si nos encontramos o no ante un contrato de consumo y de si existe o no cláusula de sumisión. En relación con ésta, pueden plantearse cuestiones tanto en torno a su eficacia o validez -particularmente, en el contexto de unas condiciones generales- como en cuanto a sus efectos -partiendo de que su naturaleza autoejecutable encaja mal con la preferencia de la sumisión o elección tácita frente a la expresa, tanto en materia de competencia como de ley aplicable-. En ausencia de elección, dependiendo del tipo de contrato, los problemas podrán derivar del posible recurso a conexiones puramente localizadoras que se centren en una obligación concreta; lo que a veces exigirá acudir a foros de necesidad, en el caso de la competencia, o vínculos más estrechos, en el caso de ley aplicable (particularmente, cuando la ejecución o cumplimiento de dicha obligación debiera desarrollarse en un entorno virtual). Para abordar la mayoría de estas cuestiones ya se han vertido algunas soluciones a lo largo de estas páginas que pueden servir como criterio interpretativo a la hora de afrontar estos y otros retos que implican.

IV. Conclusiones

59. La digitalización de bienes y servicios obliga a tomar medidas para afrontar los retos jurídicos que plantea, en el marco de la creación del mercado digital interior de la U.E. En este sentido, la mayor parte de las iniciativas tomadas hasta el momento o las que se encuentran en preparación ponen el acento en una armonización fuerte, aunque sectorial, de diferentes aspectos; en particular, dentro de lo que se refiere a los contratos de prestación de servicios y de compraventa, aunque también para fijar las condiciones que regulan la participación en un mercado que se espera transparente, eficiente, seguro y con un adecuado nivel de protección para todos sus intervinientes, con especial atención a los consumidores. Esta armonización de normas materiales redundará en un descenso de la complejidad de los problemas clásicos del Derecho internacional privado, en particular, por lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a las distintas relaciones jurídicas, tanto contractuales como, aunque en menor medida, extracontractuales. No obstante, el recurso a las normas presentes en esta rama del Derecho continúa resultando imprescindible, lo que requiere de un esfuerzo sobre todo de interpretación de las conexiones de naturaleza localizadora que se suelen manejar en esta disciplina; para lo cual cabe recurrir a los propios principios generales de la materia, así como también a la inspiración que deriva de la jurisprudencia del TJUE en este ámbito. Por lo que atañe a los contratos, cabe prestar atención al de compraventa y al de prestación de servicios, como principales cauces de los intercambios en el mercado digital; debiendo distinguir, dada la diferencia de régimen presente, entre aquéllos donde interviene un consumidor y aquéllos en los que no. Los contratos de consumo plantean mayor dificultad que el caso general, dada la necesidad de concretar la aplicación del criterio “actividad dirigida por el profesional a un Estado”, que está contenido tanto en la norma presente de competencia judicial (artículo 17.1º del RB- I bis) como en la de ley aplicable (del artículo 6.1º RR-I). Esta expresión ha venido siendo interpretada por el TJUE en diversos asuntos, varios de los cuales se han producido en el entorno de la digitalización de servicios.

60. Por lo que se refiere al sector de la responsabilidad extracontractual, la conexión general tradicional en el ámbito del Derecho internacional privado, tanto para las normas de competencia judicial internacional como de ley aplicable, se refiere al “lugar del hecho dañoso”, criterio que ha venido siendo interpretado asimismo por el TJUE. Revisten aquí particular interés, en lo que concierne a los efectos de la digitalización, los supuestos de reclamaciones por vulneración del derecho a la intimidad en el ámbito de Internet. Se trata de un ejemplo paradigmático de lo que se conoce como “actos ilícitos plurilocalizados”, donde existe una disociación entre el lugar del acto causal de la conducta que genera el daño y el lugar donde se sufren los efectos dañosos. El TJUE viene operando una distinción entre el ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales del Estado en cuyo territorio se genera la acción causal y los del Estado o Estados en cuyo territorio se sufren los daños. De este modo, aunque ambos resultan competentes para conocer, solo los del primer Estado puede hacerlo de reclamaciones sobre la totalidad de los daños causados; mientras que los del segundo solo lo harán de los daños causados en su propio territorio. La norma de ley aplicable, en cambio, excluye la posibilidad de que rija la ley del lugar del hecho generador, siendo la del lugar donde se producen los daños directos la que resulta aplicable, en

defecto de los vínculos más estrechos con otro país. Esto puede conducir a la aplicación de un mosaico de diferentes leyes por parte del juez que conozca en función del acto causal.

61. Entre los diferentes escenarios de responsabilidad civil, uno de los más complejos en el entorno digital es el que abre la vulneración transfronteriza de derechos de propiedad intelectual, donde rige como regla básica el principio de territorialidad. El TJUE defiende una interpretación estricta del lugar del hecho dañoso, que culmina con una correlación absoluta entre el órgano competente y el derecho vigente en su territorio, de forma que el tribunal competente en función de tal criterio no podría conocer de vulneraciones por la protección reclamada para el territorio de otros Estados. Otro supuesto singular se refiere al incumplimiento de obligaciones relativas a la defensa de la competencia, como pueden ser los casos de competencia desleal o abuso de posición dominante. Para ellos, la norma de competencia es la misma que en casos previamente expuestos; esto es, el lugar del hecho dañoso, que el TJUE ha venido interpretando para acercarla al concepto de “mercado afectado” por la conducta; que es precisamente el criterio presente en las normas de ley aplicable, contenidas el RR-II, donde se distingue entre los actos de competencia desleal y los que restringen la libre competencia. En lo que atañe a la protección de datos, el Reglamento General de la UE (RGPD) ha llevado a cabo una profunda armonización legislativa que redundará en la irrelevancia de los problemas de ley aplicable en el ámbito territorial de la Unión. Por otra parte, se regula exhaustivamente la protección transfronteriza de datos, mediante un alambicado sistema cuya aplicación en la práctica, tras el célebre caso *Schrems*, ha dado al traste con el mecanismo denominado “escudo de privacidad”, que regía las relaciones entre la U.E. y los Estados Unidos. El RGPD aporta soluciones tanto para la competencia de autoridades de control como para la de órganos jurisdiccionales, tomando como conexión con carácter general el lugar donde se encuentre el establecimiento del responsable del tratamiento. Finalmente, en relación con la Inteligencia Artificial, por un lado, los accidentes de circulación causados por vehículos de conducción total o parcialmente automatizada no parecen plantar problemas graves en el entorno de la aplicación de normas de Derecho internacional privado (no, en cambio, en el de las normas materiales de responsabilidad civil); persistiendo una ambivalencia de regímenes en de la ley aplicable, dependiendo de que la calificación del supuesto se oriente hacia el ámbito de los accidentes de circulación o al de los productos defectuosos. Los denominados contratos inteligentes abren nuevos retos sobre los que algunas de las reflexiones previas pueden arrojar cierta luz, a la hora de abordarlos, tanto en el terreno de la competencia judicial como el de la ley aplicable.