

**LA FUTURA LEY DE DATOS DE
LA UNIÓN EUROPEA**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea,

Número 104, junio 2022, pp. 1-11

ISSN 2255-551X

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>*

La futura Ley de Datos de la Unión Europea

The Draft EU Data Act

Pedro Alberto de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: Esta contribución proporciona un primer análisis de la Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos), con especial referencia a sus implicaciones en el ámbito contractual. Entre otras cuestiones, la Propuesta establece obligaciones de información precontractual respecto de que categorías de datos estarán accesibles y el modo de acceder a ellos en determinados tipos de contratos, impone obligaciones de puesta a disposición de los datos e introduce normas acerca del carácter abusivo de cláusulas de contratos de intercambio de datos entre empresas. Además, incorpora ciertas disposiciones reguladoras de los llamados “contratos inteligentes”, confirmando su naturaleza como meros programas informáticos en libros mayores electrónicos que ejecutan y liquidan operaciones sobre la base de condiciones predeterminadas.

PALABRAS CLAVE: Datos, Acceso, Internet de las Cosas, Contratos Inteligentes

ABSTRACT: This contribution provides a first analysis of the Proposal for a Regulation on harmonized rules for fair access to and use of data (Data Act), with special focus on its implications in the contractual field. Among other issues, the Proposal establishes pre-contractual information obligations with respect to what data will be accessible and how to access them in certain categories of contracts, imposes obligations to make data available and sets out rules on unfair terms in data sharing contracts between businesses. It also contains certain provisions regulating so-called "smart contracts", confirming their nature as mere computer programs on electronic ledgers that execute and settle transactions on the basis of predetermined conditions

KEYWORDS: Data, Access, Internet of Things, Smart Contracts

I. Planteamiento

1. Entre las recientes iniciativas legislativas de la Comisión Europea en el ámbito digital destaca la llamada “Ley de Datos”, de especial relevancia en relación con los datos generados por el empleo de los bienes conectados en línea propios del llamado Internet de las cosas, y en el marco de servicios que implican el tratamiento de información, como es habitual, por ejemplo, en la computación en nube. En concreto, se trata de la Propuesta de Reglamento sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización (Ley de Datos)¹ (en adelante, PLD). Es un instrumento cuya interacción con normas de la Unión vigentes y otras en tramitación, que pretende complementar, puede resultar compleja. Tal es el caso del Reglamento (UE) 2016/679 o RGPD² –cuyas normas, en particular, sobre acceso y portabilidad complementa- y otras normas

¹ COM(2022)68 final, de 23 de febrero de 2022.

² Reglamento (UE) 2016/679 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 (Reglamento general de protección de datos).

específicas sobre datos (incluyendo los no personales), así como, por ejemplo, de la legislación sobre secretos comerciales, la normativa en materia de propiedad intelectual –de hecho, incluye una previsión específica en su art. 35 acerca de la inaplicación del derecho *sui generis* sobre bases de datos-, o la próxima regulación sobre plataformas mediante la Ley de Mercados Digitales³ y la relativa a la Ley de Gobernanza de Datos⁴ (centrada en parte en la reutilización de datos de organismos públicos), a las que complementa.

2. La Propuesta de Ley de Datos incorpora además un conjunto de normas muy significativo desde la perspectiva contractual. Y no solo porque incluya una definición de “contrato inteligente” y ciertas normas vinculantes sobre ese tipo de programas informáticos, ya que, efectivamente, viene a confirmar que típicamente no se trata en absoluto de contratos en sentido propio sino únicamente de programas para la ejecución de ciertas obligaciones contractuales. Indicativo de la aludida relevancia en materia contractual es que la Propuesta establece obligaciones de información precontractual respecto del acceso a los datos en relación con ciertas categorías de contratos, impone un régimen elaborado de derechos y obligaciones en materia de puesta a disposición de datos que deben integrarse en el contenido de determinados contratos, e introduce normas sobre cláusulas abusivas en los contratos de intercambio de datos entre empresas. Ahora bien, aunque la PLD proclama que “(las) normas de Derecho privado son fundamentales en el marco general de intercambio de datos” (cdo. 5), se limita en su Capítulo IX (arts. 31 a 34) a establecer mecanismos de sanción de Derecho público.

II. Objeto

3. El objeto de la PLD aparece sintetizado en su artículo 1.1, según el cual, establece normas “sobre la puesta a disposición de los datos generados por el uso de un producto o servicio relacionado para el usuario de dicho producto o servicio, sobre la puesta a disposición de datos por parte de los titulares de datos para los destinatarios de datos, y sobre la puesta a disposición de datos por parte de los titulares de datos para organismos del sector público...”. Como recoge su cdo. 5, la PLD pretende garantizar que los “usuarios de productos o servicios relacionados en la Unión” puedan acceder a los datos que su uso genera y utilizarlos, así como compartirlos con terceros de su elección. También regula, entre otras cuestiones, las condiciones bajo las que los “titulares” deben poner tales datos a disposición de los “destinatarios”, siempre que estén obligados por la ley a tal puesta a disposición.

4. Por lo tanto, de cara a conocer estos aspectos de su objeto resulta necesario acudir, en primer lugar, al artículo 2 de la PLD, que contiene el listado de definiciones, entre las que se incluyen los términos “datos”, “producto”, “servicio relacionado”, “titular de datos”, “destinatario de datos” y “servicio de tratamiento de datos”. El término “datos” se define con gran amplitud, como “cualquier representación digital de actos, hechos o información y cualquier compilación de tales actos, hechos o información, incluso en forma de grabación sonora, visual o audiovisual”. En consecuencia, se trata de una definición coincidente con la prevista en otros instrumentos, como las propuestas relativas a la Ley de Gobernanza de Datos (art. 2.1) y a la Ley de Mercados Digitales (art. 2.20).⁵ Abarca tanto datos personales, en el sentido del RGPD, como no personales, si bien con respecto a los primeros resulta determinante que la PLD no afectará a la aplicabilidad de las normas

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), COM(2020) 842 final, de 15 de diciembre de 2020.

⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos), COM(2020) 767 final, de 25 de noviembre de 2020.

⁵ Al respecto *vid.* A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Propiedad intelectual e innovación basada en los datos*, Madrid, Dykinson, 2021, pp. 35-40.

de la Unión sobre protección de datos personales, en particular el RGPD y, todavía pendiente de revisión, la Directiva 2002/58. La PLD destaca la importancia de los principios de minimización y protección de datos desde el diseño y por defecto consagrados en el RGPD y la exigencia de que, también en el ámbito de la PLD, se apliquen en el intercambio de datos medidas técnicas y organizativas de protección, como la seudonimización, el cifrado y la introducción de algoritmos en los datos que evite su transmisión entre las partes y copias superfluas (cdo. 8).

5. Los términos “producto” y “servicio relacionado” se definen teniendo en cuenta que el objeto básico de la PLD es establecer normas en relación con los datos obtenidos, generados o recogidos por los bienes conectados a la Red propios de la llamada Internet de las cosas –como equipos domésticos, vehículos, maquinaria...-, lo que resulta determinante de la definición de “producto”, y los servicios con los que tales bienes interactúan, lo que condiciona la caracterización de ciertos servicios digitales, “incluido el software”, incorporados o interconectados con tales productos, como “servicios relacionados”. El concepto de “producto” a estos efectos solo engloba bienes cuya función primaria no es el almacenamiento ni el tratamiento de datos, de modo que no comprende ciertos productos “diseñados principalmente para mostrar... contenidos o para grabarlos y transmitirlos”, como “ordenadores, tabletas y teléfonos inteligentes” (cdo. 15). Los asistentes virtuales sí están cubiertos por el derecho de acceso a los datos establecido en la PLD, si bien los datos producidos por el asistente virtual que no estén relacionados con el uso de un producto no son objeto del RPD.

6. La PLD facilita la posibilidad de que los clientes de “servicios de tratamiento de datos” cambien de un servicio a otro, manteniendo una funcionalidad mínima del servicio. El término “servicio de tratamiento de datos” es también objeto de definición en el artículo 2, de modo que incluye típicamente los servicios en la nube. En concreto, se define como un servicio digital distinto de un servicio de contenidos en línea en el sentido del Reglamento (UE) 2017/1128 relativo a la portabilidad de servicios de contenidos, “prestado a un cliente, que hace posible la administración bajo demanda y un acceso remoto amplio a un conjunto modulable y elástico de recursos informáticos que se pueden compartir, de carácter centralizado, distribuido o muy distribuido” (art. 2.12).

7. En relación con el objeto de la PLD, presentan particular interés las definiciones de “usuario”, “titular de datos” y “destinatario de datos”. El término “usuario” comprende cualquier “persona física o jurídica que posee, alquila o arrienda un producto o recibe un servicio”, lo que es coherente con que el concepto de datos a los efectos del PLD no se limite a los personales, referidos únicamente a personas físicas. Al abordar el concepto de “titular de los datos” es importante tener en cuenta la RPD no concede ningún derecho nuevo determinante de la condición de titular sino que “toma como punto de partida el control de que el titular de los datos efectivamente disfruta, de hecho o de derecho, sobre los datos generados por productos o servicios relacionados” (cdo. 5). El artículo 2.6 define “titular de datos” como “una persona física o jurídica que tiene el derecho o la obligación, en virtud del presente Reglamento, del Derecho de la Unión aplicable o de la legislación nacional de ejecución del Derecho de la Unión, de poner a disposición determinados datos, o que, en el caso de los datos no personales y a través del control del diseño técnico del producto o servicios relacionados, tiene la capacidad de poner a disposición determinados datos”. En consecuencia, se trata de una categoría heterogénea, que incluye, entre otros fabricantes, vendedores o arrendadores de productos y prestadores de servicios.

8. Por su parte, el término “destinatario de datos”, se define en el artículo 2.7 como “una persona física o jurídica que actúa con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, distinta del usuario de un producto o servicio relacionado, a disposición de la cual el titular de datos pone los datos, incluso un tercero previa solicitud del usuario al titular

de datos o de conformidad con una obligación legal en virtud del Derecho de la Unión o de la legislación nacional de ejecución del Derecho de la Unión”. Esta definición se corresponde con que uno de los objetivos de la PLD es facilitar a las personas y las empresas un mayor control sobre los datos por ellas generados, incluyendo la posibilidad de exigir al titular su puesta a disposición a favor de terceros en cuyos servicios estén interesados.

III. Ámbito de aplicación: aspectos generales

9. El ámbito de aplicación de la PLD viene determinado en su artículo 1.2, que dispone que se aplica a:

“a) los fabricantes de productos y proveedores de servicios relacionados introducidos en el mercado de la Unión y los usuarios de dichos productos o servicios;

b) titulares de datos que pongan datos a disposición de los destinatarios de datos de la Unión;

c) destinatarios de datos de la Unión para los cuales se ponen a disposición datos;

d) organismos del sector público e instituciones, organismos u órganos de la Unión que soliciten a los titulares de datos que pongan a disposición datos cuando exista una necesidad excepcional de esos datos para el cumplimiento de un cometido realizado en interés público y de los titulares de datos que faciliten esos datos en respuesta a dicha solicitud;

e) proveedores de servicios de tratamiento de datos que ofrezcan dichos servicios a clientes de la Unión.”

10. Llama la atención especialmente el uso del término “datos de la Unión”, expresión que en toda la propuesta únicamente aparece en las letras c) y d) del artículo 2, sin ninguna precisión adicional sobre su significado. Ahora bien, de la comparación con otras versiones lingüísticas se desprende con claridad que se trata de un mero error de traducción, ya que lo que se pretende decir (y dicen otras versiones) es “en la Unión”, lo que resulta coherente con lo dispuesto en otros instrumentos, como el artículo 3 RGPD y en los otros incisos de este artículo 1.2. De cara a la concreción del ámbito de aplicación de la PLD resulta preciso poner en conexión este artículo 1.2 con los diversos elementos heterogéneos que integran el contenido del Reglamento, que en ocasiones incluyen precisiones adicionales sobre su alcance.

IV. Intercambio de datos

11. El Capítulo II de la PLD, bajo el título “intercambio de datos de empresa a consumidor y de empresa a empresa”, regula, en primer lugar, ciertas obligaciones de hacer accesibles los datos generados por el uso de productos o servicios relacionados (art. 3). Se trata de obligaciones relativas al diseño y fabricación de los productos y a la prestación de servicios relacionados, para que los datos sean fácilmente accesibles a sus usuarios, junto con obligaciones de información precontractual respecto de los contratos de compra, alquiler o arrendamiento de un producto o de un servicio relacionado.

12. Como complemento de lo anterior el artículo 4 PLD regula el derecho de los usuarios a acceder y utilizar datos generados por el uso de productos o servicios relacionados, en las situaciones en las que no puedan acceder directamente a los datos desde el producto, imponiendo al titular obligaciones de puesta de tales datos a disposición de los usuarios, así como límites a los usuarios y a los titulares en relación con su empleo, incluidas salvaguardas con respecto a la preservación de los secretos comerciales.

13. Por su parte, el artículo 5 PLD regula el derecho de los usuarios a compartir los datos generados por su uso de un producto o servicio relacionado con terceros, estableciendo las correspondientes obligaciones de puesta a disposición por parte del titular, así como la exclusión de los “guardianes de acceso” en el sentido de la Ley de Mercados Digitales como terceros elegibles a esos efectos, debido a su posición dominante en el mercado. El artículo 6 establece los límites con los que los terceros que reciben los datos con base en el artículo 5 deben tratarlos

14. En las situaciones típicas el alcance de estas obligaciones vendrá determinado básicamente por lo dispuesto en el artículo 1.2.a) PLD; de modo que se imponen a los fabricantes de productos y proveedores de servicios relacionados (siempre que, conforme al artículo 7, no sean microempresas o pequeñas empresas) introducidos en el mercado de la Unión y respecto de los usuarios de dichos productos o servicios, así como a los titulares de datos que, conforme a lo dispuesto en este Capítulo II pongan datos a disposición de destinatarios en la Unión y a esos destinatarios. Con respecto al artículo 3 y la obligación de información precontractual que establece, cabe entender que las obligaciones de información precontractual no solo deberían proyectarse – pese al tenor del 1.2.a)- sobre fabricantes de productos y prestadores de servicios relacionados sino también sobre otros vendedores o arrendadores de tales productos que los comercialicen, por cualquier medio, en el territorio de la UE. Entre otros elementos, la información que debe facilitarse incluye si el vendedor, o el arrendador, son el titular de los datos y, en caso contrario, la identidad del titular de los datos. La PLD no contiene disposiciones sobre las eventuales consecuencias jurídico-privadas del incumplimiento de tales obligaciones de información.

V. Obligaciones de los titulares de datos relativas a la puesta a disposición

15. El Capítulo III de la PLD regula el régimen de puesta a disposición de los datos por parte de sus titulares cuando se hallan obligados a ello en virtud del artículo 5 PLD o de otra norma de la Unión (o de legislación nacional en ejecución del Derecho de la Unión), con el propósito de asegurar que las condiciones aplicadas al destinatario son “justas, razonables y no discriminatorias” (art. 8.1). En consecuencia, el ámbito de aplicación de esta norma viene determinado por el del artículo 5 PLD, o la norma equivalente que imponga una obligación de este tipo, como recoge expresamente el artículo 12.1 PLD. El criterio de base es que tales condiciones pueden ser acordadas entre el titular y el destinatario siempre que no se trate de cláusulas abusivas conforme a lo dispuesto en el Capítulo IV (art. 13) PLD y respeten los derechos del usuario en virtud del capítulo II (arts. 3 a 7). Los artículos 8 y 9 PLD contienen precisiones adicionales acerca del alcance de la prohibición de discriminación, los términos de la puesta a disposición de los datos por sus titulares y la eventual compensación por parte de los destinatarios.

16. El artículo 10 va referido a las formas alternativas de resolución de litigios nacionales y transfronterizos derivados de la puesta a disposición de los datos, estableciendo la posibilidad de que los titulares de datos y los destinatarios accedan a tales organismos para resolver litigios acerca de la determinación de condiciones justas, razonables y no discriminatorias para la puesta a disposición de los datos. Se trata de órganos de resolución de litigios que han de ser certificados por el Estado miembro en el que se encuentren establecidos. De acuerdo con el carácter alternativo y voluntario de estos mecanismos, para que las decisiones de este tipo de órganos sean vinculantes para las partes, es preciso que éstas hayan dado su consentimiento explícito a ese carácter vinculante antes del procedimiento. En todo caso, el artículo 10 PLD termina con la precisión de que “no afectará al derecho de las partes a interponer un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro” (cdo. 50 y art. 10.9).

VI. Cláusulas abusivas entre empresas

17. Estrechamente vinculado con el Capítulo III de la PLD aparece su Capítulo IV (art. 13), relativo a las cláusulas abusivas entre empresas en relación con el acceso a los datos y su utilización. En tanto que instrumento de protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE⁶ resulta de aplicación a los contratos entre un titular de datos y un consumidor como usuario de un producto o servicio relacionado que genera datos. La importancia del artículo 13 PLD radica en que complementa el régimen de la Directiva 93/13/CEE otorgando protección a las microempresas y a pequeñas o medianas empresas frente a las cláusulas contractuales abusivas relativas al acceso a los datos y su utilización impuestas unilateralmente por una empresa. Conforme al artículo 2.1 del anexo de la Recomendación 2003/361/CE⁷, al que se remite el artículo 13 PLD, la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros.

18. El fundamento del artículo 13 PLD radica en la apreciación de que empresas de reducidas dimensiones pueden encontrarse en una posición negociadora de debilidad, de modo que el desequilibrio existente entre las partes justifica ciertos mecanismos de protección semejantes a otros ya existentes en el ámbito de los contratos de consumo. Las cláusulas abusivas no serán vinculantes (art. 13.1), si bien en la medida en que sean disociables no afectarán al carácter vinculante de las demás cláusulas del contrato (art. 13.6). Al tratarse de cláusulas impuestas unilateralmente, este régimen no afecta en principio a cláusulas negociadas individualmente en cuyo contenido han podido influir ambas partes, lo que debe ser demostrado por la parte que la ha aportado (art. 13.5). En todo caso, la LPD recuerda que la gran mayoría de las cláusulas que son comercialmente más favorables para una parte constituyen una expresión normal del principio de libertad contractual sin que deban reputarse abusivas. Además, el control de abusividad se restringe a las cláusulas relativas al acceso a los datos y a su utilización, así como a la responsabilidad o los recursos por incumplimiento y rescisión de las obligaciones relacionadas con los datos, sin afectar a las partes del contrato que no guarden relación con la puesta a disposición de datos y, en particular, a las cláusulas comerciales del objeto principal del contrato ni a las que determinen el precio (cdo. 53 y art. 13.7).

19. El artículo 13 incorpora una lista de cláusulas que siempre se consideran abusivas o que se presumen abusivas, junto con una disposición general que define cuándo una cláusula se considera abusiva, que resulta relevante en la medida en que una cláusula no se halle comprendida en la lista. En concreto, la disposición general, que debe interpretarse a la luz de la lista, establece que una cláusula será abusiva “si, por su naturaleza, su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en materia de acceso a los datos y su utilización, en contravención de los principios de buena fe y comercio justo” (art. 13.2). La lista de cláusulas en todo caso abusivas incluye las que tienen por objeto o efecto: excluir o limitar la responsabilidad en caso de acciones intencionadas o negligencia grave de la parte que la haya impuesto; excluir las vías de recurso de que dispone la parte a la que se haya impuesto en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales o la responsabilidad de la parte que haya impuesto la cláusula en caso de infracción de dichas obligaciones; o otorgar a la parte que la haya impuesto el derecho exclusivo de determinar si los datos facilitados son acordes con el contrato o de interpretar cualquier cláusula del contrato (art. 13.3).

⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DO L 95, 21.4.1993, pp. 29-34.

⁷ Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, DO L 124, 20.5.2003, pp. 36-41.

20. La lista de cláusulas contractuales que se presumen abusivas incluye aquellas que tienen por objeto o efecto: limitar de forma inadecuada las vías de recurso en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales o la responsabilidad en caso de infracción de dichas obligaciones; permitir a la parte que la haya impuesto unilateralmente acceder a los datos de la otra parte y utilizarlos de manera que cause un grave perjuicio a sus intereses; impedir o limitar desproporcionadamente a la parte a la que se haya impuesto la cláusula utilizar los datos que haya aportado o generado durante el período de vigencia del contrato; impedir a la parte a la que se haya impuesto la cláusula obtener una copia de los datos que haya aportado o generado durante el período de vigencia del contrato o dentro de un plazo razonable tras su resolución; o permitir a la parte que haya impuesto unilateralmente la cláusula resolver el contrato con un plazo de preaviso excesivamente corto, habida cuenta de las posibilidades razonables de la otra parte de cambiar a un servicio alternativo y comparable y del perjuicio financiero ocasionado por esa resolución, salvo cuando haya razones fundadas para hacerlo (art. 13.4).

VII. Implicaciones en la contratación internacional

21. A diferencia de otros instrumentos de la Unión, la PLD no menciona que sus normas deban entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en los instrumentos de cooperación judicial internacional en materia civil. Al tratar de los mecanismos alternativos de resolución de litigios entre los titulares y los destinatarios de datos en relación con la determinación de las condiciones de puesta a disposición de los datos, ha quedado señalado que el artículo 10 PLD termina con la precisión de que “no afectará al derecho de las partes a interponer un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro” (art. 10.9 y también cdo. 50 de la PLD). Cabe dudar de que lo anterior sea, sin embargo, suficiente, para excluir que cuando las partes se hayan sometido –típicamente en el contrato que eventualmente exista entre las empresas en cuestión- a los tribunales de un tercer Estado, el acuerdo de jurisdicción deba quedar sin efecto. En el estado actual del Derecho de la Unión la eficacia de tales acuerdos, tratándose de contratos entre empresas, viene determinada, en principio, por el Derecho interno de cada Estado miembro –en nuestro caso, el artículo 22ter.4 LOPJ-, salvo cuando resulte de aplicación algún convenio internacional, en particular el Convenio de Lugano⁸ o el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro⁹.

22. No obstante, a lo anterior hay que añadir que, según el artículo 8.2 LPD, “(n)inguna cláusula contractual sobre el acceso a los datos y su utilización o sobre la responsabilidad y las vías de recurso por incumplimiento o resolución de obligaciones relativas a datos será vinculante si cumple las condiciones del artículo 13”, es decir, si es susceptible de ser considerada una cláusula abusiva impuesta unilateralmente a una microempresa, pequeña o mediana empresa, en línea con lo reseñado en la anterior entrada. A estos efectos, puede, en función de las circunstancias del caso concreto, resultar relevante, en primer lugar, que entre las cláusulas consideradas en todo caso abusivas se incluyen, en virtud del artículo 13.3.b) PLD, las que excluyen las vías de recurso de que dispone la parte a la que se haya impuesto la cláusula en caso de incumplimiento contractual por la otra parte. En segundo lugar, entre las cláusulas que se presumen abusivas, se incluyen las que limitan de forma inadecuada las vías de recurso en caso de incumplimiento de obligaciones contractuales o la responsabilidad en caso de infracción de dichas obligaciones.

⁸ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 339, 21.12.2007, pp. 3-41.

⁹ Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, DO L 133, 29.5.2009, pp. 1-13; y Decisión del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, OJ L 353, 10.12.2014, pp. 5-8.

23. Las normas contractuales reseñadas de la PLD presentan típicamente naturaleza de leyes de policía a los efectos del artículo 9 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I).¹⁰ Así resulta de su fundamento y del contenido de normas como sus artículos 12.4 y 13.8. El primero, en relación con las obligaciones de los titulares de datos legalmente obligados a poner los datos a disposición, prevé que ninguna cláusula de un acuerdo de intercambio de datos que, en detrimento de una de las partes o del usuario, excluya la aplicación del Capítulo III, establezca excepciones al mismo o modifique sus efectos, será vinculante para esa parte. El segundo, respecto de las cláusulas sobre el acceso a los datos y su utilización o sobre la responsabilidad y las vías de recurso por incumplimiento o resolución de obligaciones relativas a datos que hayan sido impuestas unilateralmente por una empresa a una microempresa o una pequeña o mediana empresa, establece que las partes no podrán excluir la aplicación del régimen previsto en materia de cláusulas abusivas, establecer excepciones al mismo ni modificar sus efectos.

24. Se trata de normas cuyo carácter internacionalmente imperativo determina que conforme al artículo 9.2 del Reglamento Roma I prevalecerán ante los tribunales de los Estados miembros sobre la ley aplicable al contrato internacional en cuestión, en la medida en que sea la de un tercer Estado, dentro del ámbito de aplicación de la PLD, conforme a lo dispuesto en su artículo 2. Además, el régimen del Capítulo IV de la PLD parece abrir la posibilidad de que en determinadas circunstancias cláusulas sobre ley aplicable en contratos entre empresas –cuando concurran las concretas circunstancias previstas en su art. 13- puedan llegar a ser consideradas abusivas.¹¹

VIII. Servicios de tratamiento de datos

25. La PLD presta también especial atención al contenido de cláusulas contractuales en los contratos relativos a la provisión de servicios de tratamiento de datos, en su Capítulo VI. Con el propósito de fomentar la competencia, este Capítulo establece normas para garantizar que los clientes de tales servicios –incluidos los servicios en la nube- puedan cambiar a otro servicio de tratamiento de datos que cubra el mismo tipo de servicio, prestado por otro proveedor de servicios. Para ello, la PLD trata de facilitar que el cliente pueda poner fin al contrato con un servicio de tratamiento de datos, celebrar contratos nuevos con proveedores diferentes, a los que pueda transmitir todos sus activos digitales (como datos y aplicaciones) para continuar utilizándolos, beneficiándose de la equivalencia funcional, entendida como el mantenimiento de un nivel mínimo de funcionalidad del servicio después del cambio. La exigencia de eliminación de obstáculos se proyecta sobre los de naturaleza comercial, técnica, organizativa y contractual.

26. Con respecto a esta última dimensión, el artículo 24 incluye ciertas normas sobre las cláusulas contractuales relativas al cambio de proveedor de servicios de tratamiento de datos, que deben entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.¹² Las normas de la PLD básicamente van referidas a la exigencia de que los derechos y obligaciones de las partes se establezcan con claridad en un contrato escrito –es decir, típicamente de modo que pueda quedar un registro duradero de las mismas-, así como a ciertos elementos que debe incluirse necesariamente en ese contrato en

¹⁰ Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177, 4.7.2008, pp. 6-16.

¹¹ En el contexto diferente de la contratación internacional de consumo y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE en relación con el artículo 6 del Reglamento Roma I, *vid.* STJUE de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612, apdos. 61-71.

¹² Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DO L 136, 22.5.2019, pp. 1-27.

relación con la facilitación del cambio de proveedor de servicios de tratamiento de datos, que aparecen detallados en su apartado 1.

IX. Referencia a los contratos inteligentes

27. Conforme al artículo 2.16 PLD, “contrato inteligente”, se define a los efectos de este Reglamento como “programa informático almacenado en un sistema de registro electrónico en el que el resultado de la ejecución del programa se registra en el libro mayor electrónico”. Por consiguiente, es una definición que responde a la idea de que los llamados contratos inteligentes no constituyen contratos en sentido propio sino únicamente programas informáticos en libros mayores electrónicos que ejecutan y liquidan operaciones sobre la base de condiciones predeterminadas. En consecuencia, se trata de mecanismo para la ejecución de ciertas obligaciones contractuales que se hallan típicamente vinculados a una relación contractual subyacente. La regulación de los “contratos inteligentes” en la PLD se corresponde con la percepción de que estos programas informáticos pueden resultar una herramienta eficaz para poner técnicamente en marcha el acceso a los datos y su utilización en el contexto al que va referido este instrumento, como refleja la mención expresa en su artículo 11 de los contratos inteligentes entre las medidas técnicas de protección en relación con la utilización de datos.

28. Al margen de lo anterior, las normas de la PLD sobre esta figura se limitan a establecer requisitos esenciales para los contratos inteligentes en relación con la creación de contratos inteligentes para terceros o la integración de contratos inteligentes en aplicaciones relativas la ejecución de acuerdos de intercambio de datos. Conforme a lo dispuesto en el artículo 30 PLD, tales requisitos van referidos a la solidez en el diseño del programa para evitar errores funcionales y contrarrestar intentos de manipulación; a la resolución y suspensión seguras, que permita poner fin a la ejecución de las transacciones; al archivo y continuidad de los datos en caso de que el contrato inteligente deba resolverse o desactivarse; y al control de acceso. La PLD incluye, además, una presunción de conformidad para contratos inteligentes que cumplan las normas armonizadas de conformidad con el Reglamento (UE) 1025/2012, así como competencias de ejecución por parte de la Comisión para adoptar especificaciones comunes en este ámbito. La PLD no contiene normas sobre las consecuencias jurídico-privadas de proporcionar un contrato inteligente que no satisfaga esos requisitos esenciales.

29. La configuración de los requisitos esenciales de los contratos inteligentes recogidos en el artículo 30 PLD y la importancia atribuida a los posibles errores funcionales, supuestos de manipulación y terminación de la ejecución de transacciones, son elementos indicativos de circunstancias que pueden dar lugar a reclamaciones entre quienes participan en el contrato inteligente. La caracterización de los contratos inteligentes en la PLD y su contenido normativo en relación con esta figura, avalan el criterio de que recurrir a la tecnología de registro descentralizado (o blockchain) para documentar (parcialmente) un contrato en lenguaje de programación y automatizar el cumplimiento de (ciertas) obligaciones incorporadas a un sistema blockchain, no implica que el contrato (subyacente) sea objeto de un régimen negocial específico, pues no se trata de un tipo contractual diferenciado. En lo relativo al contenido de los derechos y obligaciones de las partes, así como para determinar las consecuencias sobre sus relaciones de posible errores funcionales del programa y de las limitaciones del mismo con respecto a la resolución y la suspensión de transacciones, resultará típicamente determinante lo previsto en el contrato subyacente y en la normativa aplicable a la categoría de contrato de que se trate, debiéndose estar

para su determinación a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado en caso de tratarse de una situación internacional.¹³

X. Otras cuestiones

30. Al margen de los aspectos reseñados, son también objeto de la PLD otras cuestiones. Así, su Capítulo V establece el marco para la utilización por parte de los organismos del sector público de los datos que obren en poder de las empresas en situaciones en las que exista una necesidad excepcional de obtener ciertos datos solicitados (arts. 14 a 22). El capítulo VII va referido a las restricciones al acceso y las transferencias internacionales de datos no personales conservados en la Unión, imponiendo obligaciones específicas a los proveedores de servicios de tratamiento de datos, así como el régimen aplicable a las resoluciones de órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas de terceros Estados que exijan la transferencia de datos no personales comprendidos en la PLD (art. 27). Por su parte, el capítulo VIII armoniza los requisitos esenciales para facilitar la interoperabilidad de los datos, de los mecanismos y servicios de intercambio de datos y de los servicios de tratamiento de datos (arts. 28 y 29), así como de los contratos inteligentes (art. 30). Por otra parte, como ha quedado apuntado, el Capítulo IX establece los mecanismos de aplicación y ejecución, limitándose a la dimensión jurídico-pública, que incluye la designación por cada Estado miembro de autoridades competentes en este ámbito.

¹³ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 6ª ed., Navarra, Civitas, 2022, pp. 1.277-1.278.