

**SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN
Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:
DESARROLLOS RECIENTES**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

*La unificación convencional y regional del
Derecho internacional privado*

(C. Pellisé, ed.)
Marcial Pons, Madrid
2014

pp. 165-188

ISBN: 978-84-15948-57-5

* 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>*

Servicios de la sociedad de la información y Derecho internacional privado: desarrollos recientes*

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

I. Servicios de alcance global frente a ordenamientos de carácter territorial

Por sus características, en particular su naturaleza inmaterial y típicamente transfronteriza, los servicios de la sociedad de la información dan lugar con frecuencia a situaciones conectadas con varias, incluso múltiples, jurisdicciones, por lo que están asociados a una particular incertidumbre acerca de la determinación de los órganos competentes para conocer de esas actividades, así como en lo relativo a la determinación del régimen jurídico aplicable a los mismos. Del contenido de la legislación europea y española resulta que el concepto “servicios de la sociedad de la información” es muy amplio, pues comprende los diversos servicios prestados a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios, incluidos servicios no remunerados por sus destinatarios si constituyen una actividad económica para el prestador de los mismos.¹ En síntesis, esta categoría incluye, entre otros, servicios consistentes en ofrecer información o comunicaciones comerciales en línea; proporcionar instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos; albergar información facilitada por el destinatario del servicio; contratar bienes o

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2012-34086, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y se corresponde sustancialmente con el texto de la conferencia pronunciada en Barcelona el 17 de mayo de 2013, en el Seminario internacional sobre la unificación convencional y regional del Derecho internacional privado.

¹ *Vid.* apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L 204 de 21.7.1998, p. 37) modificada por la Directiva 98/48/CE (DO L 217 de 5.8.1998, p. 18); Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (DO L 320 de 28.11.1998, p. 54); cdo. 18 Directiva 2000/31/CE (DCE) y apartado a) Anexo Ley 34/2002 (LSSI); en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, STJ de 23 de marzo de 2010, C-236/08 a C-238/08, *Google France et Google*, ap. 110; más ampliamente, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Navarra, Civitas, 2011, pp. 117 ss.

servicios por vía electrónica; organizar mercados electrónicos; y establecer comunidades virtuales o redes sociales.

El alcance global de Internet y la difuminación del significado de las fronteras estatales con respecto a la difusión de información y la prestación de servicios a través de ese medio, han sido considerados tradicionalmente factores de gran importancia condicionantes de la dificultad de controlar las actividades desarrolladas en Internet y someterlas a los ordenamientos estatales, limitados territorialmente. Ahora bien, en realidad ese alcance global de Internet y la posibilidad de que ciertos servicios de la sociedad de la información se presten a escala mundial no impiden apreciar que, la pretendida idea de que Internet es un ámbito sin fronteras no deja de ser, al menos desde la perspectiva jurídica, una afirmación en buena medida retórica, que debe conciliarse con la evidencia de que el alcance típicamente territorial de los ordenamientos jurídicos, así como de los derechos objeto de utilización o vulneración en la Red, dotan en la práctica de una importancia fundamental a la localización espacial de múltiples actividades desarrolladas en ese medio (y de sus potenciales destinatarios).

Precisamente, en el funcionamiento de Internet y en el desarrollo y difusión de sus actividades por los más variados prestadores de servicios de la sociedad de la información resulta clave la expansión de los mecanismos de geolocalización, como instrumento para limitar territorialmente el acceso a los contenidos o servicios facilitados por dichos prestadores, en la medida en que permiten conocer la ubicación de quienes pretenden acceder a ellos. Estos mecanismos que hacen posible localizar desde qué territorio los usuarios acceden (o pretenden acceder) al servicio se encuentran disponibles de manera generalizada en la actualidad, y son utilizados cotidianamente por quienes realizan actividades a través de Internet y están interesados en controlar geográficamente el acceso a sus contenidos o servicios. El empleo de estos mecanismos resulta práctica habitual por motivos muy diversos: mejorar o hacer más eficiente la prestación del servicio (por ejemplo, de cara a seleccionar los contenidos, incluida la publicidad, que muestra a sus usuarios); garantizar la seguridad en la prestación de ciertos servicios (por ejemplo, limitando la posibilidad de operar una cuenta bancaria a las situaciones en las que se accede a ella desde el país de residencia de su titular); asegurar el respeto a los compromisos contractuales del prestador de servicios (por ejemplo, los que derivan del alcance territorialmente limitado de las licencias relativas a contenidos incluidos en sus servicios); velar por el cumplimiento de obligaciones legales o el respeto de ciertas prohibiciones (por ejemplo, en materia de juegos de azar); y evitar quedar sometido a la competencia de los tribunales o la legislación de ciertos países (por ejemplo, cuando ello puede depender de que las actividades realizadas a través de Internet se consideren dirigidas al país en cuestión)². La disponibilidad generalizada de

² Acerca de las herramientas de geolocalización, los mecanismos para erigir fronteras respecto de las actividades desarrolladas en Internet e incluso las técnicas para eludir la localización, *vid.* M.

mecanismos de geolocalización constituye ahora un elemento de gran importancia que puede condicionar la determinación del régimen jurídico de (o las legislaciones aplicables a) actividades desarrolladas a través de Internet, la eventual infracción de derechos, así como el sometimiento a los tribunales de un país.³ En particular, la circunstancia de que el prestador de un servicio dirija sus actividades a través de Internet a un país puede resultar en la práctica determinante para apreciar la eventual infracción de derechos relativos a ese país –marcas, derechos de autor...- o de prohibiciones contenidas en su ordenamiento jurídico.

La expansión en el entorno de Internet del ofrecimiento de servicios con alcance global –como es característico de las principales redes sociales, motores de búsqueda o mercados electrónicos- se vincula con el frecuente interés de los prestadores de tales servicios por tratar de proporcionarlos de manera uniforme, típicamente a partir de las condiciones bajo las que se desarrolla y ofrece el servicio con base en el marco normativo existente en el país de origen. Este planteamiento se corresponde con el propósito de tales prestadores de servicios de simplificar su organización mediante la unificación del régimen jurídico aplicable y, en su caso, la concentración de ciertas categorías de litigios en la jurisdicción de origen del prestador de servicios, lo que facilita la previsibilidad del régimen jurídico de sus actividades, y trata de limitar el riesgo de ser demandado en una pluralidad de jurisdicciones y quedar sometido a la aplicación de las diferentes legislaciones de los países en los que sus servicios están disponibles. No obstante, es claro que el interés de los prestadores de servicios en concentrar los litigios y unificar el régimen jurídico aplicable a sus actividades puede entrar en conflicto con otros intereses y objetivos de política legislativa, que se reflejan en normas que atribuyen competencia a tribunales de otros Estados o establecen la aplicación de la legislación de otros Estados, por ejemplo, en materia de contratos de consumo, protección de la propiedad intelectual o protección de datos personales.

II. Aplicación del marco normativo básico español y de la UE a las actividades de los prestadores establecidos en terceros Estados: la STS de 4 de marzo de 2013

Instrumento clave en la armonización en el seno de la UE del régimen de los servicios de la sociedad de la información es la Directiva 2000/31/CE o Directiva

Trimble “The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 22, 2012, pp. 567-657.

³ Vid. K.F. King, “Personal Jurisdiction, Internet Commerce, and Privacy: the Pervasive Legal Consequences of Modern Geolocation Technologies”, *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, vol. 21, 2011, pp. 61-124.

sobre el comercio electrónico (DCE)⁴. El amplio contenido de la categoría servicios de la sociedad de la información, cuya libre prestación en la Unión pretende garantizar la Directiva, determina el carácter horizontal de ésta que, aunque con ciertas excepciones, se extiende al conjunto de las actividades en línea. La Directiva 2000/31/CE elimina una serie de obstáculos jurídicos al comercio electrónico intracomunitario mediante la armonización de normas de los Estados miembros relativas a la información general exigida a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, el régimen de las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen uno de esos servicios, el tratamiento y requisitos de los contratos celebrados por vía electrónica, el régimen de responsabilidad (en particular, ciertas limitaciones de responsabilidad) de estos prestadores de servicios; asimismo, incluye ciertos compromisos relativos al fomento de los códigos de conducta y a la adaptación de las soluciones extrajudiciales y judiciales a los litigios relativos a los servicios de la sociedad de la información. En todo caso, el alcance armonizador de la Directiva, centrada en aspectos específicos vinculados al comercio electrónico, es limitado, sobre todo al considerar que los sectores básicos para el desarrollo de la actividad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como sucede en las materias de competencia desleal, contratación y responsabilidad, sólo han sido hasta la fecha objeto de una armonización puntual en el ámbito comunitario.

De conformidad con el ámbito subjetivo propio de la libertad comunitaria de prestación de servicios, cuyos beneficiarios de acuerdo con el TFUE⁵ han de estar establecidos en un Estado miembro, la Directiva 2000/31/CE no contempla a los prestadores de servicios de terceros países. Resulta por lo tanto fundamental la noción de “prestador de servicios establecido” y concretar si el prestador tiene su establecimiento en un Estado miembro, circunstancia que, de acuerdo con el artículo 3 Directiva 2000/31/CE, determina las autoridades responsables del control y condiciona la normativa aplicable, por lo que las diferentes legislaciones de trasposición tienden a diferenciar entre prestadores establecidos en el propio Estado, prestadores establecidos en otros Estados miembro y prestadores establecidos en terceros Estados.

La transposición de la Directiva en España se ha llevado a cabo mediante la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSI). La LSSI opta, como punto de partida, por la división tripartita reseñada, reflejada de manera muy especial en las normas sobre su ámbito de aplicación, según el cual la LSSI en su conjunto es aplicable únicamente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España (art. 2.1). Además, conforme al artículo 2.4 LSSI, los prestadores establecidos en España “estarán sujetos a las

⁴ 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 (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO 2000 L 178/1).

⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada (DO 2008 C 115/47).

demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización”. El artículo 2.4 puede ser considerado una manifestación del criterio general, expresado en la Exposición de Motivos de la LSSI, según el cual la LSSI parte de que su normativa sólo abarca determinados aspectos peculiares de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, y salvo para esas cuestiones, no menoscaba la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas generales y especiales que las regulan.

El artículo 2 LSSI carece de significado conflictual y no modifica el sometimiento de las actividades de estos prestadores de servicios establecidos en España a las reglas de conflicto de nuestro sistema. El artículo 2 LSSI no pretende que todas las actividades internacionales desarrolladas por los prestadores establecidos en España se hallen sometidas al Derecho español. Esa norma hace referencia a las normas “que les sean de aplicación”, lo que respecto de las actividades internacionales facilita una interpretación, plena de sentido, según la cual, dejando a un lado el criterio de origen en relación con las materias reguladas en la LSSI a que alude su artículo 2.1, el resto de las normas del ordenamiento español serán de aplicación en la medida en que sea la española la ley aplicable a las actividades de que se trate.

Respecto a los prestadores establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, sólo se prevé la aplicación de la LSSI – excepción hecha de sus normas sobre la libre prestación de servicios y sus posibles restricciones (arts. 7 y 8 LSSI)- en las materias incluidas en el Anexo DCE como excepciones a su artículo 3, que quedarían al margen de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior (art. 3 LSSI). No obstante, la aplicación del Derecho español en esas materias dependerá de lo dispuesto en las reglas generales sobre determinación de la ley aplicable, de modo que no siempre que el destinatario se encuentra en España resulta de aplicación la ley española en materia de derechos de propiedad intelectual, competencia desleal, obligaciones contractuales... normas a las que hace referencia el artículo 3. Este criterio se corresponde con el resultado de una interpretación sistemática del artículo 3 LSSI, plenamente coherente con la normativa española de DIPr y con el régimen de la DCE. Del análisis conjunto de los artículos 3.3 y 3.4 LSSI cabe derivar que la aplicación de la legislación española a las actividades de los prestadores establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE en las materias excluidas del criterio de origen depende de que la ley aplicable a la materia según las reglas de conflicto de nuestro sistema sea la española. Si bien en el ámbito coordinado no cabe restringir la prestación de servicios de la sociedad de la información por parte de los prestadores establecidos en otro Estado miembro, como posibilidad excepcional los apartados 4 a

6 del artículo 3 DCE (y el art. 8 LSSI) contemplan la adopción dentro del ámbito coordinado de restricciones específicas.

Tratándose de prestadores establecidos en un Estado no pertenecientes a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, en principio, no les resulta de aplicación la LSSI –excepto lo dispuesto en sus arts. 7.2 y 8- salvo que se trate de prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español (art. 4.2). Ahora bien, la precisión de cuándo un sitio de Internet dirige sus actividades a un determinado Estado puede en la práctica resultar una tarea controvertida. Por otra parte, la redacción del artículo 4.2 LSSI en el sentido de que esos prestadores quedarán sujetos “a las obligaciones previstas en esta Ley” puede hacer surgir la duda –teniendo en cuenta la sistemática del Capítulo II del Título II LSSI (“Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”) de si a esos prestadores les resulta de aplicación el régimen de responsabilidad previsto en la LSSI, cuestión que debe ser resuelta afirmativamente en la medida en que la ley aplicable a la responsabilidad de ese prestador conforme a nuestro sistema de DIPr sea en el caso concreto la ley española.

Precisamente, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013⁶ aborda la cuestión relativa al sometimiento a la LSSI de la actividad de Google Inc consistente en su servicio de buscador, concluyendo, en línea con lo ya afirmado por la Aud. Prov. de Madrid en la sentencia recurrida, que en el caso de Google, al operar en España a través de una oficina permanente en Madrid, debe entenderse que la LSSI resulta aplicable, de acuerdo con el artículo 2.2 LSSI. Según esta norma, la LSSI es de aplicación a los servicios que prestadores residentes en otro Estado “ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España”, previendo que esta circunstancia concurre cuando el prestador disponga en España “de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad”. Incluso si no concurriera esta circunstancia, cabe entender que el sometimiento a la LSSI de los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo pero que tienen un elevado número de usuarios en España, vendría típicamente impuesto por el artículo 4 LSSI, según el cual: “Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.”

Según la STS de 4 de marzo de 2013, la inclusión en el ámbito de aplicación espacial de la LSSI del prestador de servicios de intermediación conduciría a la aplicación, para establecer su eventual responsabilidad, de las reglas de la LSSI que prevén la exoneración de dicho intermediario si concurren ciertos requisitos, y, en concreto, del artículo 17 LSSI, relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. Ahora bien,

⁶ STS (Civil) núm. 144/2013, de 4 de marzo de 2013.

en relación con la cuestión controvertida objeto de dicha sentencia, es decir, precisamente el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda establecido en el artículo 17 LSSI, las normas sobre el ámbito de aplicación de la LSSI y, en particular, su artículo 2, no parece que deben resultar determinantes de la ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de los intermediarios de Internet. Cabe recordar que conforme al artículo 1.4 de la Directiva 2000/31/CE, que transpone la LSSICE, dicha Directiva “no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia.”.

A este respecto, cabe considerar que las normas sobre el ámbito de aplicación de la LSSI no dejan sin efecto a las reglas de conflicto en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en relación con las cuestiones típicamente incluidas en el ámbito de aplicación de estas últimas. La aplicación de las disposiciones de la ley aplicable determinada por las reglas de conflicto no debe afectar a la libertad de circulación de bienes y servicios regulada por los instrumentos comunitarios, como la Directiva 2000/31/CE (como establece el cdo. 35 del Reglamento Roma II⁷). Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la repercusión en este ámbito de la Directiva 2000/31/CE supone básicamente que el prestador de un servicio de comercio electrónico no puede estar sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador⁸, pero, siempre que se respete ese límite, no excluye la aplicación de las reglas de conflicto relevantes en materia de obligaciones extracontractuales para determinar la ley que rige la responsabilidad extracontractual de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Típicamente, entre las materias incluidas dentro del ámbito de la ley aplicable a una obligación extracontractual quedan comprendidas la determinación de los responsables, la responsabilidad por actos propios o de terceros, las limitaciones o exenciones de responsabilidad... Aunque el Reglamento Roma II no sea aplicable en materia de obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de los derechos relacionados con la personalidad –materia de la que trata la STS de 4 de marzo de 2013-, su artículo 15 resulta ilustrativo como relación no exhaustiva de los aspectos típicamente comprendidos dentro del ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Con respecto a la cuestión controvertida en la sentencia de 4 de marzo de 2013, en la medida en que las normas de los artículos 16 y 17 LSSICE van referidas a la determinación de los responsables civiles de ciertos ilícitos, cabe entender que su aplicación depende en principio de que conforme a la regla de Derecho internacional privado que deban aplicar los tribunales españoles en el caso

⁷ Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), (DO 2007 L 199/40).

⁸ STJ de 25 de octubre de 2011, C- 509/09 y C- 161/10, *eDate Advertising*.

concreto, sea la ley española la aplicable a la responsabilidad de que se trate. Consecuencia de lo anterior es que el régimen aplicable a la limitación de responsabilidad respecto de los prestadores intermediarios en las situaciones internacionales ha de ser el previsto en la ley aplicable a cada categoría de ilícitos o sector de responsabilidad extracontractual, determinada con arreglo a la correspondiente regla de conflicto (del Reglamento Roma II, un convenio internacional o, como en materia de violaciones de los derechos relacionados con la personalidad, el art. 10.9 Cc.).

Ciertamente, el ordenamiento así designado será el aplicable para concretar la responsabilidad exigible como consecuencia de las actividades en línea, determinar qué servicios de intermediación y bajo qué condiciones se benefician de exclusiones de responsabilidad, así como cuál es el alcance de tales exclusiones.⁹ Esta conclusión no impide apreciar que en el caso de la sentencia de 4 de marzo de 2003 el resultado sería el mismo que el alcanzado por el Tribunal Supremo, en relación con la aplicación del artículo 17 LSSI con respecto a la actividad de Google objeto del litigio, pues cabe entender que a la luz de los hechos litigiosos, en el marco del artículo 10.9 Cc, sería la ley española la ley del lugar donde habría ocurrido el hecho del que derivaba la pretendida responsabilidad.

III. Ámbito de aplicación de la legislación de protección de datos personales: revisión de la legislación europea y práctica del Tribunal de Justicia

La prestación de servicios de la sociedad de la información va unida normalmente al tratamiento no sólo de una gran cantidad de datos personales sino además de datos de una gran trascendencia en relación con la tutela de los derechos fundamentales de los usuarios de esos servicios, como ha puesto de relieve en el marco de la UE el llamado Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo establecido en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE (GTPD)¹⁰. En la medida en que los prestadores de servicios ocupen la posición de responsables del tratamiento con respecto a los datos de los usuarios de sus servicios, se proyectan sobre ellos las obligaciones relativas a la captación de datos y su tratamiento, que son propias de los diversos prestadores de servicios de la sociedad de la información que recaban datos de sus usuarios en línea. Aunque también la actividad de los usuarios que difunden informaciones sobre terceros puede tener importantes implicaciones en relación con el tratamiento de datos personales, interesa ahora detenerse en la posición de los prestadores de servicios, por el particular riesgo asociado al

⁹ P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, op. cit., pp. 270-273.

¹⁰ GTPD, “Dictamen 1/2008 sobre cuestiones de protección de datos relacionadas con motores de búsqueda”, WP148, de 4 de abril de 2008; y GTPD, “Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea”, WP 163, de 12 de junio de 2009.

extraordinario nivel de tratamiento de datos personales que llevan a cabo, así como por la circunstancia de que en su mayor parte los principales prestadores a nivel global de servicios como redes sociales o motores de búsqueda tienen su establecimiento principal en EEUU. Precisamente, la captación, tratamiento y explotación de la información personal de los usuarios por parte de los prestadores de servicios de redes sociales y motores de búsqueda resulta de fundamental importancia en relación con su modelo de negocio.¹¹

La normativa de la UE en la materia –actualmente en proceso de revisión– tiene carácter imperativo, presenta un ámbito de aplicación amplio y el marco regulador de la protección de datos en la UE se caracteriza por ser en principio más estricto que el de EEUU. No obstante, la aplicación efectiva de la legislación de la UE (y de las normas nacionales de transposición) a estos prestadores para salvaguardar los derechos de los afectados europeos ha sido hasta el momento muy limitada. Ello a pesar de que millones de afectados cuyos datos son tratados por esas redes sociales tienen su residencia en la UE. De hecho, pese al carácter en principio bastante menos riguroso de la legislación de EEUU en materia de datos personales, cabe apreciar cómo las iniciativas de las autoridades estadounidenses parecen condicionar en mayor medida la evolución de las prácticas –también en el mercado europeo– de los principales operadores en la materia, ante las carencias de una efectiva aplicación de la legislación europea. A este respecto, cabe reseñar, como ejemplo, la propuesta de acuerdo de transacción entre la *Federal Trade Commission* (FTC) y Facebook de 29 de noviembre de 2011¹².

La precisión del ámbito de aplicación de la normativa europea sobre protección de datos personales –que se caracteriza en el panorama comparado por prever un régimen estricto de control y un nivel elevado de protección de los afectados vinculado a la caracterización como fundamental del derecho a la protección de datos personales– presenta especial interés con respecto a la posición de ciertos prestadores de servicios globales, como algunos de los principales proveedores de redes sociales y de motores de búsqueda. En relación con los prestadores de estos servicios establecidos o que tienen su origen en terceros Estados una adecuada delimitación del ámbito de aplicación de la legislación europea de protección de datos es de gran importancia para controlar riesgos de que disfruten de una importante ventaja competitiva, en la medida en que una deficiente aplicación a esos prestadores

¹¹ Vid. A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coords.), *Derecho y redes sociales*, Navarra, 2010; y A. Lopez-Tarruella (ed.) *Google and the Law. Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge Economy Business Models*, La Haya, 2012.

¹² Consultado en <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0923184/111129facebookagree.pdf>>. La propuesta tiene un singular valor como compromiso para el abandono por Facebook de ciertas prácticas consideradas particularmente lesivas en materia de protección de datos. Más ampliamente, sobre estas cuestiones, vid. Pedro A. De Miguel Asensio, “Internet, vida privada y redes sociales: nuevos retos”, *Internet y el futuro de la democracia* (S. Champeau y D. Innerarity, comps.), Barcelona, 2012, pp. 97-118.

de la normativa por parte de las autoridades competentes de los Estados miembros de la UE, les permita proporcionar ese tipo de servicios a usuarios situados en la UE sin tener que respetar las costosas exigencias que, para proteger a los afectados cuyos datos son objeto de tratamiento, impone la legislación europea.

Muy controvertida resulta la interpretación del artículo 4 Directiva 95/46/CE, relativa al tratamiento de datos personales (que tiene su reflejo en el artículo 2 Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal), sobre su ámbito de aplicación.¹³ Las dudas al respecto se han visto favorecidas por las propias carencias del texto legal e incluso las diferencias entre las diversas versiones lingüísticas -en particular, en la versión inglesa el artículo 4.1.c) emplea el término potencialmente más restrictivo “*equipment*” donde la española dice “medios”. Componente básico de esa polémica ha sido la idea de que una interpretación muy amplia del criterio de los medios puede resultar en determinadas situaciones excesivo con respecto a ciertos responsables del tratamiento establecidos fuera de la UE. Ahora bien, más allá de esa preocupación, manifestada especialmente en relación con la eventual aplicación de la legislación europea en materia de *cookies* a prestadores de servicios que sólo ocasionalmente interactúan con afectados en Europa, la realidad genera dudas acerca del alcance efectivo de la labor de supervisión que las autoridades de protección de datos europeas (de Estados miembros de la UE) vienen desempeñando en relación con ciertos grandes prestadores de servicios de la sociedad de la información para los que el tratamiento de datos personales constituye un activo fundamental determinante de su principal fuente de ingresos (la publicidad), al tiempo que el respeto a la legalidad por parte de tales prestadores resulta esencial para la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales de decenas de millones de afectados en el conjunto de la Unión Europea.

La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia mediante Auto de 27 de febrero de 2012¹⁴, en relación con ciertas actividades del buscador Google, pone de relieve las dudas existentes en el actual marco normativo, en relación con la aplicación de la legislación europea de protección de datos a prestadores de servicios cuyo establecimiento principal se encuentra fuera de la Unión Europea. Esta cuestión prejudicial puede ser ilustrativa de que una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la legislación europea también podría ser fuente de dificultades. Conforme al artículo 4 de la Directiva, simplificando, la legislación europea resulta aplicable cuando el tratamiento se realice en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable en la UE o, en su

¹³ P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 332-339.

¹⁴ Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de febrero de 2012, procedimiento ordinario 725 /2010, que ha dado lugar al asunto C-131/12, *Google Spain*, todavía pendiente ante el Tribunal de Justicia. El Abogado General Jääskinen ha presentado sus conclusiones en este asunto el 25 de junio de 2013.

defecto, cuando el responsable no establecido en la UE utilice en el tratamiento medios situados en territorio español.

El concepto de “establecimiento” en el marco del artículo 4 de la Directiva es un término muy amplio en el que –como señala la propia Audiencia- lo determinante es el ejercicio efectivo y real en el país en cuestión de una actividad mediante una instalación estable con independencia de la forma jurídica de ésta, lo que puede ser muy relevante al valorar si la existencia de una filial dedicada a comercializar servicios básicos para la rentabilidad y viabilidad del servicio que presta la empresa matiz resulta determinante para apreciar que ésta tiene un establecimiento en España a los efectos de la Directiva. Por otra parte, ha tendido a hacerse una interpretación amplia del criterio de la utilización de medios por las autoridades nacionales en materia de protección de datos, como recoge la práctica del GTPD, que menciona el Auto.

Ciertamente tratándose de las actividades de un prestador de servicios que tiene decenas de millones de usuarios en la UE, que dirige sus servicios (entre otros) a los países de la UE, que ofrece espacios publicitarios específicamente dirigidos a anunciantes interesados en comercializar sus productos o servicios en países de la UE, que dispone de establecimientos en Estados de la UE dedicados a la comercialización de servicios esenciales para la rentabilidad del buscador... parece razonable que quede sometido a la legislación de la UE en materia de datos personales. Cualquier otro resultado menoscabaría gravemente la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y constituiría una discriminación intolerable para los prestadores de servicios establecidos en la UE, que favorecería la deslocalización de estos servicios a países con un marco menos estricto en materia de protección de datos (o incluso carentes de cualquier regulación en la materia).

A este respecto, a partir del criterio manifestado por el GTPD, la interpretación del artículo 4 de la Directiva 95/46 por parte del Abogado General en sus conclusiones de 26 de junio de 2013 en el referido asunto C-131/12, *Google Spain*, le lleva a considerar que cuando un establecimiento del responsable del tratamiento de datos actúa como un nexo para el servicio de referencia con el mercado publicitario de un Estado miembro, cabe entender que el tratamiento de datos personales tiene lugar en el marco de dicho establecimiento, aunque las operaciones de tratamiento técnico de los datos estén situadas en otro Estado miembro o en países terceros. Esta conclusión viene a reafirmar el sometimiento de actividades de Google a la legislación europea (española) de protección de datos personales.

Las dificultades asociadas a la referencia a la utilización de medios en la UE como criterio determinante de la aplicación de la legislación de la UE en materia de datos personales con respecto a las actividades de responsables establecidos en terceros Estados, ha llevado de cara el futuro a prever una modificación de los criterios que delimitan el ámbito de aplicación de la legislación europea. En este sentido, la Propuesta de Reglamento 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 (Reglamento general de protección de datos)¹⁵ prescinde del criterio de utilización de medios en la UE y opta por otro que cabe entender que clarifica la aplicación de la legislación sobre protección de datos de la UE a actividades de prestadores de servicios que carezcan de establecimiento en la UE pero tengan una presencia significativa en el mercado de la UE, al tiempo que trata de evitar la aplicación de la legislación de la UE a situaciones que no presentan una conexión suficiente con la UE.

En concreto, el artículo 3.2 de la Propuesta prevé que el Reglamento “se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable del tratamiento no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión; o b) el control de su conducta”. El criterio propuesto se asimila al que inspira el alcance de los regímenes de protección en materia de contratos de consumo de los Reglamentos Bruselas I¹⁶ y Roma I¹⁷, basado en que el comerciante dirija sus actividades al país del domicilio del consumidor.

Como novedad frente a la situación previa, la Propuesta no sólo contempla la unificación de la legislación de la UE en la materia, en la medida en que se opta por sustituir el empleo de directivas por un reglamento, lo que va unido en la Propuesta a una distribución de competencias entre las agencias nacionales de control que puede plantear dificultades, en particular desde la perspectiva de los afectados, en la medida en que se prevé que respecto de las actividades de responsables o encargados establecidos en varios Estados miembros, la competencia para controlar sus actividades en todos los Estados miembros es la autoridad de control del Estado miembro en que esté situado el establecimiento principal del responsable o del encargado (art. 51.2).

Entre los riesgos de este planteamiento, se encuentra el que puede facilitar conductas estratégicas a la hora de fijar el establecimiento principal, en particular por parte de prestadores procedentes de terceros Estados, habida cuenta de las tradicionales diferencias entre las agencias de control de los Estados miembros, si bien no cabe desconocer que la Propuesta prevé introducir normas unificadas sobre las funciones y poderes de esas agencias. La atribución de la competencia para conocer de eventuales reclamaciones en todo caso a la autoridad de control del establecimiento principal del responsable, si bien puede ser muy favorable para los intereses de éste, podría suponer un importante menoscabo desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los afectados que residan en otros Estados miembros y cuyas

¹⁵ COM(2012) 11 final, de 25 de enero de 2012.

¹⁶ Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO* 2001 L 12/1) y Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012 (*DO* 2012 L 351/1).

¹⁷ Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (*DO* 2008 L 177/6).

reclamaciones se refieran a tratamientos de datos en relación con servicios que han utilizado desde el Estado miembro de su residencia.

De hecho, en relación con el ejercicio de acciones judiciales (típicamente por la vía civil) por parte del afectado frente al responsable o encargado del tratamiento, el artículo 75.2 de la Propuesta prevé que tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual con carácter alternativo a los de cualquier Estado miembro en el que el responsable o el interesado tenga un establecimiento. Entre tales acciones se encuentran las que puede ejercitar el afectado para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido como consecuencia de una operación de tratamiento de datos ilegal conforme al artículo 77. La norma de competencia judicial prevista en el artículo 75.2 de la Propuesta resulta muy favorable para la posición del interesado, lo que se vincula con la importancia de garantizar el acceso a la justicia en relación con la tutela de un derecho fundamental. Esta regla específica –de ser finalmente adoptada– sería de aplicación preferente al Reglamento Bruselas I de acuerdo con su artículo 67, si bien se muestra próxima a la que resulta en el sistema del Reglamento Bruselas I de la interpretación por el Tribunal de Justicia en la sentencia *eDate Advertising*¹⁸.

Por ello, teniendo en cuenta la importancia en el plano práctico para la protección efectiva de los derechos de los afectados de las reclamaciones ante las agencias nacionales de control, parece cuestionable la previsión del artículo 51.2 de la Propuesta en el sentido de atribuir la competencia al efecto con carácter general únicamente a la autoridad del Estado miembro del establecimiento principal del responsable o encargado, lo que podría suponer un serio menoscabo para la posición de los afectados cuya residencia habitual se encuentre en otro Estado miembro. Precisamente, la configuración de las normas de competencia en materia de protección de los consumidores así como el criterio adoptado en el artículo 75.2 de la Propuesta en relación con las acciones judiciales y la interpretación por el Tribunal de Justicia del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I en relación con las violaciones de derechos de la personalidad en la mencionada sentencia *eDate Advertising* avalan esta idea.

IV. Protección de los consumidores: novedades en la práctica del Tribunal de Justicia

En relación con la protección de los consumidores, es conocido que desde la perspectiva del Derecho internacional privado, revisten especial interés los sistemas específicos de tutela en materia de competencia judicial internacional y ley aplicable, establecidos en los Reglamentos Bruselas I y Roma I, en la medida en que conducen, cuando se dan las circunstancias para su aplicación a que sean competentes los

¹⁸ STJ de 25 de octubre de 2011, C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising*.

tribunales de la residencia habitual del consumidor y sean aplicables –al menos como estándar mínimo de protección- las normas imperativas de ese país, lo que obviamente implica especiales riesgos para los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Habiendo sido ya objeto de detenido análisis¹⁹ la sentencia en los asuntos *Pammer* y *Hotel Alpenhof*²⁰, que continúa siendo referencia obligada en la interpretación del requisito del artículo 15.1.c) RBI consistente en que el vendedor dirija sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor, presente tanto en el RBI como en el RRI, interesa ahora detenerse únicamente en los últimos desarrollos en este ámbito.

Aunque la precisión por parte del Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de septiembre de 2012 en el asunto C-190/11, *Mühlleitner*, en el sentido de que el artículo 15.1.c) Reglamento 44/2001 no requiere como presupuesto para la aplicación del régimen específico de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores que el contrato haya sido celebrado a distancia, de modo que también resulta aplicable a contratos celebrados entre presentes, no constituyera una sorpresa; esta nueva sentencia merece atención por sus implicaciones para ciertas situaciones en las que cabe entender que para el empresario puede no resultar evidente que quedará sometido al régimen de competencia en beneficio de los consumidores establecido en el Reglamento Bruselas I. Tal puede ser el caso en particular de los empresarios que comercializan en su propio establecimiento y al margen de la red, bienes de los que hacen publicidad en Internet –incluyendo el contenido de su propio sitio web-, en circunstancias en las que tal publicidad puede considerarse también dirigida a otros Estados miembros del Reglamento Bruselas I (por ejemplo, en relación con ciertos contratos celebrados entre presentes en un establecimiento español entre el titular del establecimiento y un consumidor domiciliado en Portugal respecto de productos de los que el empresario español hace publicidad en Internet).

Además, en relación con la sentencia *Mühlleitner*, cabe reseñar que, pese a que las referencias a los contratos celebrados a distancia contenidas tanto en la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa al artículo 15 Reglamento Bruselas I –y reproducida posteriormente de manera parcial en el considerando 24 del Preámbulo del Reglamento Roma I- como en los apartados 86 y 87 de la sentencia *Hotel Alpenhof*, parecen haber sido fuente de cierta confusión, en realidad el Tribunal se limita a confirmar que, como se desprende del tenor literal del artículo 15.1.c) RBI, su régimen de protección en materia de contratos de consumo resulta aplicable cuando se cumplen dos condiciones: que el comerciante por cualquier medio dirija sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio del consumidor (o a varios Estados miembros incluido este último) y que el contrato de consumo se halle

¹⁹ P.A. De Miguel Asensio, “Obligaciones Contractuales”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed, Madrid, 2013, pp. 317-322.

²⁰ STJ de 7 de diciembre de 2010, C-585/08 y C-144/09.

comprendido en el marco de tales actividades (ap. 36 de la sentencia). Habida cuenta de que esas son las únicas dos condiciones, cabe concluir que no hay justificación para restringir a los contratos celebrados a distancia el alcance del régimen de protección. Como es conocido, en virtud de los artículos 16 y 17 RBI, dicho régimen de protección básicamente permite al consumidor demandar ante los tribunales de su propio domicilio, impone al profesional la exigencia de demandar ante los tribunales del domicilio del consumidor y excluye aunque con ciertas limitaciones la eficacia de los acuerdos atributivos de competencia.

Un aspecto que se deriva del criterio adoptado en la sentencia *Mühlleitner* –y que posiblemente en parte subyace a la infundada reticencia de los tribunales austriacos a declararse competentes en el litigio principal en relación con la demanda interpuesta por la demandante austriaca y domiciliada en Austria frente al empresario domiciliado en Alemania- es que viene a confirmar cómo el régimen de protección de los consumidores establecido en el RBI puede resultar aplicable a situaciones en las que el consumidor se desplaza al Estado miembro del domicilio del empresario para celebrar el contrato cuando éste se halla comprendido en el marco de actividades de las que el empresario hace publicidad dirigida al Estado miembro del consumidor (algo que no era posible en este tipo de situaciones en el marco del Convenio de Bruselas). Ciertamente, determinante a tales efectos resulta que quepa apreciar que la publicidad de esa actividad que realiza el empresario por Internet va dirigida (entre otros) al Estado miembro del domicilio del consumidor, aspecto sobre el que la nueva sentencia no incluye precisiones adicionales a las ya realizadas en la sentencia *Hotel Alpenhof*. Cabe entender que en la práctica para un adecuado equilibrio de los intereses en presencia resultará apropiado en estos casos valorar que el concreto contrato en cuestión se halla incluido en el marco de las actividades que el comerciante dirige –a través de sus comunicaciones comerciales por Internet o cualquier otro medio- al Estado en el que se encuentra el domicilio del consumidor que se desplaza al Estado del empresario a celebrar el contrato. La sentencia *Mühlleitner* debe contribuir a reforzar la importancia del control por parte de quienes publicitan sus productos a través de Internet –incluso si no los comercializan por esa vía- acerca de los mercados a los que cabe entender que dirigen su actividad comercial por Internet, de cara a limitar posibles riesgos de ser demandados por consumidores que adquieren productos en el establecimiento del empresario pero se encuentran domiciliados en otros Estados miembros del Reglamento Bruselas I o del Convenio de Lugano.

En el asunto C-218/12, *Emrek*,²¹ se plantea al Tribunal de Justicia una nueva cuestión relativa al fuero especial en materia de contratos de consumo establecido en el artículo 15.1.c) Reglamento 44/2001 (RBI). En concreto, se trata de saber si esa regla de competencia, que, como es conocido, cuando resulta aplicable, entre otros

²¹ Todavía pendiente ante el Tribunal de Justicia. El Abogado General Cruz Villalón ha presentado sus conclusiones en este asunto el 18 de julio de 2013.

aspectos, permite al consumidor demandar ante los tribunales de su propio domicilio, opera incluso cuando el consumidor no ha sido inducido a celebrar el contrato litigioso por la página web dirigida al Estado miembro de su residencia habitual. Así, en el asunto principal, el consumidor demandante (con residencia habitual en Alemania) celebró un contrato con un comerciante situado en Francia, para lo que se desplazó al establecimiento del demandado tras haber tenido noticia de ese establecimiento a través de unos conocidos y no a través de la página web (dirigida al Estado miembro de residencia del comerciante pero también al Estado miembro de residencia habitual del consumidor). Se plantea, en definitiva, si el artículo 15.1.c) exige como requisito adicional no escrito para su aplicación “que la página web guarde una relación causal con la celebración del contrato”. A partir de la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia en relación con esa norma, en concreto sus sentencias en los asuntos *Pammer* y *Hotel Alpenhof* y *Mühlleitner*, en sus conclusiones el Abogado General Cruz Villalón propone rechazar que ese requisito adicional sea exigible.

Tal resultado se funda, en particular, en que de acuerdo con el tenor literal del artículo 15.1.c) RBI, la aplicación de ese régimen de protección de los consumidores únicamente requiere que la actividad comercial o profesional esté dirigida al Estado del domicilio del consumidor y que el contrato en cuestión esté comprendido en el marco de esas actividades. Además, el Tribunal en la sentencia en el asunto *Mühlleitner* ya puso de relieve que añadir requisitos al artículo 15.1.c) sería contrario al objetivo de esa norma (ap. 42). Desde el punto de vista práctico, las conclusiones destacan cómo la prueba de esa relación de causalidad podría plantear especiales problemas (ap. 28). Por otra parte, buscando un equilibrio razonable, el Abogado General considera que, si bien la existencia de relación de causalidad entre la página de Internet y el concreto contrato no constituye un requisito para la aplicación del fuero de protección, típicamente sí es un “indicio cualificado” de que se cumple la condición de la “actividad dirigida” para aplicar la norma protectora del consumidor.

Si el Tribunal en su sentencia *Mühlleitner* terminó afirmando que la toma de contacto a distancia del consumidor con la página de Internet, la reserva de un bien o de un servicio a distancia o la celebración de un contrato de consumo a distancia son indicios de vinculación del contrato a la actividad dirigida al domicilio del consumidor (ap. 44), el Abogado General concluye que la relación de causalidad mencionada es un indicio que facilitará en las situaciones típicas la determinación por parte del juez nacional de que el sitio de Internet se dirige al Estado del domicilio del consumidor (ap. 31 de las conclusiones), pero no opera como un requisito adicional. Precisamente, tanto en el asunto *Emrek* como en el asunto *Mühlleitner* (ap. 30 de la sentencia) se da la circunstancia de que se considera probado en el litigio principal que las actividades comerciales a través de la página web se dirigían al Estado del domicilio del consumidor quien se desplaza al establecimiento del comerciante a celebrar el contrato (en el asunto *Emrek* los números de teléfono de contacto

aparecían precedidos del prefijo internacional de Francia y se facilitaba también un teléfono móvil alemán con el prefijo internacional de Alemania). No obstante, cabe considerar que en otras situaciones en las que el consumidor se desplaza al Estado del comerciante podrá concluirse que su página de Internet no está dirigida al Estado del domicilio del consumidor.

En línea con el planteamiento del Abogado General, la negación de la exigencia de una relación de causalidad no implica la imposición de una carga excesiva a los comerciantes que publicitan sus productos a través de páginas web, pese a que va unida a un riesgo de que sean demandados en Estados miembros donde estuvieran domiciliados consumidores que se desplazan a sus establecimiento a celebrar el contrato (riesgo vinculado a las ventajas inherentes a la ampliación de su mercado resultante de la utilización de la página de Internet). Ciertamente, resulta de gran importancia no sólo el dato ya conocido de que la mera accesibilidad de la página de Internet no es un elemento suficiente para concluir que se dirige a otro Estado miembro, sino, sobre todo, que para apreciar si una página va dirigida al Estado del domicilio del consumidor lo determinante en cada caso es, como destaca el Abogado General en estas conclusiones, en línea con la jurisprudencia previa del Tribunal, la “indagación de los objetivos y efectos de la estrategia comercial perseguida por el vendedor o prestador del servicio” (ap. 19 de las conclusiones), considerando los criterios objetivos que proporcionan indicios relevantes a estos efectos. Si bien el asunto *Emrek* va referido a una “situación de conurbación”, en la que puede ser frecuente que un sitio web vaya dirigido a los dos Estados fronterizos, en circunstancias además en las que puede resultar fácilmente previsible (y poco gravoso) para el comerciante ser demandado ante los tribunales del Estado (fronterizo) del domicilio del consumidor; el enfoque resultante de la jurisprudencia previa del Tribunal y de las conclusiones en el asunto *Emrek* se caracteriza por la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto, y permite que los comerciantes puedan adaptar su estrategia y la configuración de su página de Internet de modo que limiten o excluyan el riesgo de ser demandados en otros Estados, en la medida en que su página web no vaya dirigida al país del domicilio del consumidor.

Este rasgo de la interpretación del artículo 15.1.c) RBI hace posible que los comerciantes consigan, adoptando las medidas pertinentes, limitar el riesgo de ser demandados en otros Estados donde sus potenciales consumidores puedan estar domiciliados, incluso en situaciones que pueden resultar controvertidas. Por ejemplo, cabe pensar en el del titular de un establecimiento ubicado en una zona de España con un alto número de turistas residentes en Suecia así como de nacionales que residen en ese territorio de España. El titular del establecimiento, quien ofrece sus productos en esa parte de España pero únicamente en el entorno local de su establecimiento y mediante contratación presencial, puede estar interesado en anunciar sus productos en su página web en inglés o en sueco, pero al mismo tiempo tratando de configurar su actividad comercial de modo que vaya dirigida únicamente al mercado español

(incluyendo los turistas que visitan esa localidad española pero residen habitualmente en Suecia y los nacionales suecos que residen en esa zona de España). En un contexto como este, cabe plantear si precisamente la necesidad de indagar en cada caso “los objetivos y efectos de la estrategia comercial” del titular de la página web, considerando los criterios objetivos que proporcionan indicios relevantes a estos efectos, puede llevar a concluir que, en determinadas circunstancias, una página web española disponible (entre otros idiomas) en sueco no está dirigida a Suecia. Que tal posibilidad existe no parece discutible, por ejemplo, si mediante técnicas de geolocalización el titular impide el acceso a esa página web desde Suecia. Aunque requeriría un análisis de las circunstancias del caso concreto, parece razonable entender que será posible alcanzar esa conclusión también en otras situaciones que no impliquen la adopción de medidas tan restrictivas. Este tipo de análisis es previo y diferenciado del que plantea el asunto *Emrek* –como vienen a confirmar las conclusiones reseñadas-, en la medida en que en este asunto se considera probado que el sitio de Internet está dirigido al Estado del domicilio del consumidor, si bien resulta ilustrativo de la importancia de la labor jurisprudencial en la concreción y valoración de los indicios relevantes para apreciar si una página de Internet va dirigida al Estado del domicilio del consumidor, requisito éste sí exigido por el artículo 15.1.c) RBI como presupuesto de su aplicación.

V. Interpretación de los fueros de competencia de carácter territorial

Precisamente por su carácter territorial, la concreción de ciertos criterios de competencia, como es el caso de los basados en el empleo como conexión del “lugar del daño” en materia extracontractual - clave, por ejemplo, para la protección de los activos inmateriales predominantes en la sociedad de la información y en relación con daños derivados de la difusión de información - o del “lugar de ejecución del contrato” en materia contractual, presenta especiales dificultades en el entorno virtual²². La determinación del criterio atributivo de competencia basado en el lugar del daño puede resultar especialmente controvertida en relación con actividades desarrolladas a través de Internet, pues este medio facilita, por ejemplo, que como consecuencia de actividades realizadas en el extranjero pueda resultar infringido un derecho de exclusiva local y que desde el territorio nacional puedan infringirse derechos extranjeros, ya que las actividades en la Red son perceptibles a nivel mundial.²³ Por lo tanto, se trata de situaciones típicas en las que una determinada

²² Vid. D.J.B Svantesson, *Private International Law and the Internet* Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 258-294.

²³ A. Metzger, “Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet”, S. Leible y A. Ohly (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tubinga, 2009, pp. 251-267.

actividad puede dar lugar a una serie de infracciones en diferentes países. La especial dificultad de la concreción respecto de las actividades en Internet de ciertos criterios atributivos de competencia basados en elementos indicativos de proximidad geográfica se manifiesta con intensidad también en el ámbito contractual. En relación con el lugar de ejecución, la revisión del artículo 5.1 Reglamento Bruselas I y la concreción fáctica aplicable sea cual sea la obligación litigiosa que introduce su apartado b) –según el cual el lugar de ejecución del contrato es el lugar de entrega de las mercaderías o el lugar de prestación del servicio- constituye un relevante progreso desde la perspectiva de la seguridad jurídica,²⁴ pero plantea en el comercio electrónico la necesidad de precisar cuál es el lugar de entrega de las mercaderías o de prestación de los servicios. Se trata de una cuestión controvertida, abordada recientemente en otro lugar.²⁵

El otro ámbito en el que la precisión de fueros basados en elementos territoriales plantea particulares dificultades en el entorno virtual es el de las obligaciones extracontractuales, habida cuenta de lo habitual que resulta que las actividades desarrolladas en Internet produzcan efectos en diversas jurisdicciones o las produzcan en territorios distintos de aquel en el que actúa el responsable. Se trata de una materia en la que goza de amplia aceptación el empleo de un fuero de competencia basado en el “lugar del daño”. En concreto en el ámbito de la Unión Europea el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I recoge este criterio al atribuir competencia judicial internacional en materia de obligaciones extracontractuales al “tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”. La evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta particularmente ilustrativa en este ámbito, tanto con respecto a su aplicación a la tutela de los bienes inmateriales en el entorno digital como a reclamaciones relativas de los daños a los derechos de la personalidad derivados de la difusión de información en Internet.

Con respecto a las lesiones de derechos de la personalidad, como el derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen, debe partirse de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia había establecido que como “lugar donde se ha producido el hecho dañoso” debe considerarse a efectos del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I tanto el lugar en el que se produce la acción lesiva como aquel en el que se manifiesta el daño, si bien limitando la competencia de los diversos países en los que se experimenta un perjuicio en los derechos de la personalidad por medio de la prensa a

²⁴ Aunque no exento de dudas interpretativas, como refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del artículo 5.1 Reglamento Bruselas I, en particular sus sentencias de 3 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack*; de 9 de julio de 2009, C-204/08, *Rehder*; 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*; y de 9 de junio de 2011, C-87/10, *Electrosteel*).

²⁵ P.A. De Miguel Asensio, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, *Entre Bruselas y La Haya (Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado – Liber amicorum Alegría Borrás)*, Madrid, 2013, pp. 291-307.

los daños sufridos en el concreto país en el que se reclame²⁶. Además la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (con el objetivo de evitar un *forum actoris*) se había manifestado contraria a que el artículo 5.3 sirva para atribuir competencia a los tribunales del país en el que se realizan los efectos de daños indirectos²⁷.

En este contexto, la sentencia *eDate Advertising* del Tribunal de Justicia 2011²⁸ ha supuesto una evolución notable en la interpretación del fuero en materia extracontractual del artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I con respecto a las vulneraciones de derechos de la personalidad a través de Internet, que ha tenido ya reflejo en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados miembros.²⁹ Tratándose de litigios relativos a la intromisión de derechos de la personalidad en Internet el Tribunal adapta la interpretación del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I en el sentido de que además de atribuir competencia en los términos antes indicados hace posible que la víctima acuda “en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño”, que en concreto considera que debe ser “el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses”. Se trata de una evolución significativa en la medida en que facilita que la víctima pueda ejercitar acciones relativas al conjunto de los daños derivados de la difusión de información en todo el mundo ante los tribunales donde se localiza su centro de intereses, mientras que a la luz de la jurisprudencia previa (*Shevill*) ello era sólo posible ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 2) o del establecimiento del editor (art. 5.3) que en la práctica suelen coincidir y en las situaciones internacionales típicamente requieren que la víctima litigue en un país distinto al de su domicilio. Resulta por lo tanto clave concretar cómo se determina cuál es el “centro de intereses de la víctima”. Básicamente, la sentencia *eDate Advertising* se limita a establecer que por lo general tal lugar coincidirá con la residencia habitual de la víctima, pero señala que “una persona puede tener su centro de intereses también en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una

²⁶ Según la STJCE 7 de marzo de 1995, as. C-68/93, *Fiona Shevill*, referida a un supuesto de difamación a través de la prensa escrita, el fuero del lugar del hecho dañoso permite presentar la demanda bien ante los tribunales del lugar de origen del hecho dañoso que es el lugar del establecimiento del editor —que serán competentes con base en el art. 5.3.º para conocer íntegramente de todos los daños resultantes de la difamación— (aps. 24 a 26) bien ante los tribunales de cada uno de los Estados miembros en los que la publicación se ha difundido y en los que se ha visto menoscabada la reputación de la víctima, pero éstos sólo son competentes para conocer de los daños causados en el territorio del Estado en cuestión.

²⁷ Sentencia TJCE de 11 de enero de 1990, as. 220/88, *Dumez* (Rec., pp. 74-81), sentencia TJCE de 19 de septiembre de 1995, as. 364/93, *Marinari* (Rec., pp. 2733-2743).

²⁸ STJ de 25 de octubre de 2011 en los asuntos *eDate Advertising*(C- 509/09) y *Martínez* (C- 161/10).

²⁹ Así, en relación con las sentencias del *Bundesgerichtshof* alemán de 8 de mayo de 2012 y del *Oberste Gerichtshof* austriaco de 10 de julio de 2012, vid. W.-H. Roth, “Persönlichkeitsschutz im Internet: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *IPRax*, 2013, pp. 215-227.

actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro” (ap. 49). Se trata, por lo tanto, de un elemento cuya concreción puede requerir precisiones adicionales en el futuro. La sentencia subraya la importancia de que se respete el objetivo de previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional (ap. 50) y se hace referencia a que la mera accesibilidad como relevante sólo para atribuir competencia en relación con los daños causados en el territorio del país en cuestión (ap. 51). La atribución de competencia para el conjunto de la reclamación a los tribunales del Estado miembro del centro de intereses de la víctima puede resultar apropiada sólo en situaciones en las que la información de que se trate sea objetivamente relevante en ese país, de conformidad con el criterio expresado por el Abogado General en sus conclusiones (aps. 63-66)³⁰, quien vinculaba esta circunstancia con que el medio de comunicación pudiera razonablemente prever que la información tendría un interés noticiable en ese país.

El carácter territorial de los derechos de propiedad industrial e intelectual condiciona el que en principio su infracción sólo puede tener lugar en el correspondiente Estado de protección. La estrecha vinculación entre territorio de protección e infracción se asocia con la idea de que, a la luz de la jurisprudencia del TJCE no es posible concentrar las demandas por infracciones de derechos de propiedad industrial o intelectual de varios Estados ante cualquier tribunal competente en aplicación del artículo 5.3, sino sólo ante los tribunales del domicilio del demandado y también en determinadas circunstancias ante los tribunales del país en el que conforme al artículo 5.3 cabe localizar el lugar de origen del daño. De gran importancia con respecto a este último aspecto es la sentencia *Wintersteiger* del Tribunal de Justicia.³¹ Destaca la sentencia por precisar dónde se concretan el “lugar donde se ha producido el daño” así como, muy especialmente, del “lugar del hecho causal” como elementos atributivos de competencia a los tribunales de los Estados miembros del Reglamento Bruselas I en los litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial mediante actividades desarrolladas a través de Internet.

Con respecto a la ubicación del lugar de resultado o “lugar donde se ha producido el daño” la sentencia se limita a concluir que el Estado miembro en el que se encuentra registrada la marca a cuya infracción va referida la demanda constituye “lugar donde se ha producido el daño” a efectos de que sus tribunales tengan competencia judicial internacional. Se trata de un criterio que ya antes de esta sentencia no resultaba controvertido. En relación con ese lugar, también destaca el Tribunal de Justicia que el criterio establecido en su sentencia *eDate Advertising* con respecto a la lesión de los derechos de la personalidad, que permite ubicar tal lugar allí donde la persona lesionada tiene su centro de intereses “no puede extrapolarse a la

³⁰ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en los asuntos *eDate Advertising* (C- 509/09) y *Martínez* (C- 161/10), presentadas el 29 de marzo de 2011.

³¹ STJ de 19 de abril de 2012, C-523/10, *Wintersteiger*.

determinación de la competencia judicial en materia de vulneración de derechos de propiedad industrial” habida cuenta del carácter estrictamente territorial de estos derechos. Por otra parte, para determinar el lugar donde se produce el daño como consecuencia de la difusión de contenidos a través de Internet, el Tribunal de Justicia ha considerado que la actividad infractora se localiza como mínimo en el Estado al que se envía la información supuestamente infractora cuando existan indicios de que la intención del responsable es dirigirse a las personas situadas en este territorio.³²

Una aportación de mayor importancia representa la sentencia *Wintersteiger* con respecto a la interpretación del lugar del hecho causal o lugar de origen del daño como elemento determinante de la atribución de competencia en el marco del artículo 5.3 Reglamento Bruselas I en relación con las actividades infractoras de derechos desarrolladas a través de Internet. Aunque referidas en este caso a la infracción de derechos de marca, cabe considerar que el criterio adoptado en este ámbito por el Tribunal de Justicia resulta en la práctica relevante para los litigios relativos a las diversas modalidades de derechos de propiedad intelectual así como a las acciones en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual derivadas de otros sectores del ordenamiento, como los derechos de la personalidad o la competencia desleal. Tras afirmar que el carácter territorial de los derechos de marca no excluye que el lugar de origen de la infracción a los efectos del artículo 5.3 RBI se localice en un lugar diferente al país de protección del derecho supuestamente infringido confirma que el lugar del hecho causal es un elemento determinante de la atribución de competencia conforme a ese artículo. Pero el interés de la sentencia *Wintersteiger* se encuentra fundamentalmente en su aportación acerca de cómo debe localizarse ese lugar en relación con actividades desarrolladas a través de Internet consistentes en la difusión de información. El Tribunal considera que el lugar de origen del daño es el lugar donde cabe localizar el desencadenamiento por el supuesto responsable del proceso técnico que lleva a la difusión de la información supuestamente infractora a través de Internet y que para concretar ese lugar las exigencias de previsibilidad pueden llevar a prescindir de cuál sea la ubicación de los elementos técnicos relevantes a tal fin en la medida en que su situación puede ser incierta (como la ubicación de los servidores relevantes para la difusión de la información). El criterio del Tribunal de Justicia facilita la correlación entre lugar de origen del daño y domicilio del demandado, de modo que en las situaciones típicas no proporcionará al demandante ninguna opción adicional a la posibilidad que ya tiene con carácter general en virtud del artículo 2 del Reglamento de presentar su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado.

³² STJ de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco II*.

VI. Puntos de conexión territoriales y determinación de la ley aplicable

El desarrollo de la sociedad de la información exige también en materia de ley aplicable reconsiderar la utilización de ciertos puntos de conexión territoriales (como el lugar de celebración o de ejecución del contrato e incluso el domicilio de las partes), valorando su eventual adaptación o sustitución por otros más flexibles y mejor adaptados a las nuevas exigencias. Como ejemplos de criterios de conexión que no se compadecen bien con el nuevo entorno, cabe hacer referencia al lugar de celebración y el lugar de ejecución del contrato. En particular, desde el punto de vista de la previsibilidad y la seguridad jurídica constituye una mejor opción el empleo de conexiones basadas en la residencia habitual de las partes –sin desconocer que su identificación puede en ocasiones plantear dificultades- y en un criterio flexible acorde con el principio de los vínculos más estrechos, lo que se corresponde con el contenido del artículo 4 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

En línea con lo señalado al hilo de la competencia judicial internacional, la adaptación de las normas materialmente orientadas que establecen un régimen específico de protección de los consumidores, debe evitar cargas excesivas e injustificadas, derivadas de la aplicación de un ordenamiento imprevisible. Por ello, resulta apropiado que el entramado de protección de los consumidores en la contratación internacional sólo se proyecte sobre los contratos que presentan una especial vinculación con el país de la residencia habitual del consumidor, como sucede en el ámbito de la UE con la exigencia de que se trate de contratos concluidos con empresas que por cualquier medio dirigen sus actividades al país de la residencia habitual del consumidor. El sistema de protección de los consumidores establecidos en el artículo 6 Reglamento Roma I –para el que debe tenerse en cuenta la jurisprudencia antes mencionada acerca del art. 15.1.c) RBI- es normalmente determinante de que en los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación resulte restringida la eficacia de las cláusulas contractuales en virtud de las cuales se prevé como aplicable al contrato una ley distinta de la del país de residencia habitual del consumidor. Ese es el caso típicamente de las cláusulas que se prevé la elección de la ley de origen, como resulta habitual en la práctica de los prestadores de servicios de redes sociales u otros similares y la inclusión en sus condiciones generales de la elección como aplicable de una legislación de Estados Unidos con respecto a la prestación de servicios a consumidores con residencia en cualquier lugar del mundo. En concreto, la aplicación a este tipo de situaciones de una norma como el artículo 6 RRI llevará normalmente a apreciar que, la previsión en las condiciones de que la ley aplicable es la del Estado de EEUU no puede acarrear que el consumidor se vea privado de la protección que le proporcionan las normas imperativas del país de su residencia habitual. Desde la perspectiva europea destaca que entre esas normas

imperativas se encuentran las relativas a las condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores.

Especial interés presenta la coordinación entre la estricta territorialidad características de los derechos de propiedad industrial e intelectual y la ubicuidad de los medios característicos de la sociedad de la información, pues impone particulares exigencias de adaptación en relación sobre todo con los supuestos relativos a la infracción de derechos mediante conductas que producen efectos en una pluralidad de países. En el terreno de los derechos de propiedad industrial e intelectual, el Reglamento Roma II incorpora normas unificadas sobre la ley aplicable a su infracción, basadas en la adopción con carácter imperativo y absoluto del criterio *lex loci protectionis*³³, como criterio que goza de amplia aceptación en el ámbito internacional. La regla de conflicto según la cual la ley aplicable en materia de infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual es la ley del país para el que se reclama la protección –art. 8.1 RRII- se coordina con el carácter estrictamente territorial de esos derechos.

En relación con los servicios de la sociedad de la información resulta particularmente complejo en ocasiones determinar el lugar de protección con el fin de precisar la ley aplicable a las infracciones de propiedad intelectual. El aspecto fundamental es la determinación de la ley sobre derecho de autor aplicable a la transmisión digital en línea de obras protegidas desde un servidor a un adquirente situado en un país distinto. La alternativa básica se plantea entre la ley del país desde el que se realiza la transmisión -como lugar desde el que se introduce la información en la Red o en el que se concibe y desarrolla la actividad encaminada a introducirla- y la del país de recepción, pues la ubicación de los ordenadores intermedios por los que simplemente circula la información siguiendo una ruta aleatoria es irrelevante a estos efectos. Solución acorde con el criterio *lex loci protectionis* es el recurso a la ley del país de recepción³⁴, si bien la competencia de la ley así designada se limita a la violación de derechos en ese concreto territorio, lo que puede conducir a la aplicación cumulativa y distributiva de varios ordenamientos. Este cúmulo dificulta el enjuiciamiento de las reclamaciones sobre transmisiones no autorizadas a receptores de múltiples países y subordina la actividad de los proveedores de contenido de Internet a la aplicación de ordenamientos muy diversos, aunque este riesgo parece consecuencia normal del medio de comunicación empleado y puede ser limitado, en la medida en que operen dispositivos técnicos de bloqueo de acceso a la información de usuarios de ciertos países.

³³ *Vid.*, desde una perspectiva crítica, N. Boschiero, “Infringement of Intellectual Property Rights”, *YPIL*, 2007, pp. 87-113, pp. 106-111; en relación con los derechos de autor, E.I. Obergfell, “Das Schutzlandprinzip und Rom II”, *IPRax*, 2005, pp. 9-13; y P.A. De Miguel Asensio, “La *lex loci protectionis* tras el Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 375-406.

³⁴ J.C. Ginsburg, “The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change”, *R. des C.*, 1998, t. 273, pp. 243-405, pp. 315-321.

La Recomendación conjunta relativa a la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet de 2001, adoptada por la Asamblea de la Unión de París y la Asamblea General de la OMPI, constituye un intento por desarrollar estándares que faciliten una aplicación equilibrada del criterio *lex loci protectionis* en el contexto de Internet.³⁵ La Recomendación recoge el criterio de que quien usa un signo en Internet es responsable por la infracción de una marca nacional con la que entre en conflicto sólo en la medida en que el uso en Internet suponga un uso en ese Estado, lo que concurre sólo si la utilización tiene un efecto comercial en ese país. Esta interpretación equilibrada constituye el enfoque más apropiado para la aplicación del criterio *lex loci protectionis*, resulta apropiado para abordar la coexistencia en Internet de diferentes derechos de exclusiva de distintos países que recaen sobre un mismo objeto (por ejemplo, marcas de diferentes países sobre un mismo signo). Ahora bien, este enfoque no impide que la aplicación del criterio *lex loci protectionis* a las actividades desarrolladas a través de Internet pueda llevar a considerar aplicables de manera distributiva las legislaciones de un gran número de países en la medida en que las concretas actividades llevadas a cabo produzcan consecuencias significativas en todos ellos.³⁶ Ese cúmulo distributivo dificulta de manera muy significativa el enjuiciamiento de las reclamaciones sobre infracciones de una pluralidad de países, de manera que la posibilidad de tramitar ante los tribunales de un país³⁷ demandas relativas a la infracción por el demandado de derechos de una pluralidad de países resulta en la práctica una tarea de gran complejidad, por la dificultad de probar y aplicar el contenido de un elevado número de ordenamientos extranjeros.

Para facilitar el enjuiciamiento de ese tipo de situaciones, que implican la infracción de derechos de una pluralidad de países, en los últimos años se han desarrollado propuestas destinadas a permitir que excepcionalmente la ley aplicable en tales casos sea la de uno o varios Estados. Esas propuestas –tanto la § 321 de los Principios del American Law Institute en esta materia³⁸ como el artículo 3:603 de los llamados Principios CLIP³⁹– se basan en identificar un país como especialmente vinculado con el supuesto a los efectos de que su ordenamiento sea aplicable, al tiempo que contemplan la posibilidad de que la parte que se opone a la aplicación de

³⁵ Vid. A. Kur, “Die WIPO-Empfehlungen zur Benutzung von Marken im Internet”, *GRURInt*, 2001, pp. 961- 964.

³⁶ Vid. J. Drexl, “Internationales Immaterialgüterrecht”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 11, 5ª ed, 2010, pp. 1344-1491, p. 1483.

³⁷ Por ejemplo, en el marco del Reglamento Bruselas I con base en el fuero del domicilio del demandado –art. 2- o, aunque su significado práctico será muy limitado, en el lugar en el que se localiza el origen de la actividad infractora en su conjunto –en virtud del art. 5.3 y la doctrina del TJCE en el asunto *Fiona Shevill*–.

³⁸ The American Law Institute, *ALI Principles – Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, Chestnut, 2008.

³⁹ European Max-Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (The CLIP Principles and Commentary)*, Oxford, 2013.

ese estatuto unitario demuestre que el contenido de los ordenamientos de otros países en los que ha tenido lugar la infracción difiere en aspectos sustanciales, con el fin de que no se aplique respecto de la infracción en tales países la ley del país que presenta los vínculos más estrechos. Tales propuestas implican en realidad la admisión de ciertas excepciones al criterio *lex loci protectionis*, lo que se corresponde con el enfoque de los Principios ALI y los Principios CLIP que formulan reglas flexibles susceptibles de ser utilizadas como modelo por los legisladores y criterios de interpretación por los tribunales. Estas propuestas marcan una tendencia a tener muy en cuenta de cara al futuro, debido al creciente alcance multiterritorial de las actividades de infracción y explotación. Asimismo, los progresos de la armonización internacional en materia de propiedad intelectual favorecen el uso de criterios que parten de una presunción de coincidencia entre las legislaciones de los múltiples Estados implicados.

También la concreción de la ley del mercado afectado, como solución imperante en el ámbito de la regulación de la competencia desleal y de la publicidad plantea dificultades inherentes al alcance global de las actividades en Internet. El criterio del art. 6.1 RRII, según el cual la ley aplicable en materia de competencia desleal es la “del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados”, conduce con frecuencia a la aplicación distributiva de las leyes de varios países respecto de las actividades llevadas a cabo a través de Internet.

No obstante, la creciente imbricación entre los mercados internos y la facilidad con la que en la sociedad de la información las actividades trascienden las fronteras y producen efectos en múltiples países, conduce a la revisión de la eficacia en algunos ámbitos de criterios de conexión basados en la localización en el mercado (de destino, donde se producen los efectos), en la medida en que pueden conducir a un excesivo fraccionamiento, incompatible con objetivos de integración. Esta tendencia se manifiesta especialmente en el ámbito de la Unión Europea, en línea con el impacto del principio de reconocimiento mutuo en el marco del mercado interior. La progresiva aproximación normativa entre ordenamientos hace posible -como refleja el art. 3 Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico- la aplicación de la ley del país de establecimiento del prestador de servicio -principio de reconocimiento mutuo- a ciertos aspectos del inicio y ejercicio de la actividad, para facilitar la actividad transfronteriza en el seno de la UE de los prestadores establecidos en un Estado miembro. En relación con el alcance de este criterio, el Tribunal de Justicia en su sentencia *eDate Advertising*, ya mencionada, ha confirmado que el artículo 3 Directiva sobre el comercio electrónico no impone que el criterio de origen opere como una norma de conflicto de leyes pero sí impone que el prestador de un servicio de la sociedad de la información no esté sujeto en otros Estados miembros con respecto al ámbito coordinado (que incluye los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios) a requisitos más estrictos que los previstos

por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador. En todo caso este mecanismo corrector que facilita la aplicación de una única ley (la del país de origen) a importantes aspectos de actividades desarrolladas en Internet (como la publicidad, pero no otros, como la propiedad intelectual o la protección de los consumidores en la contratación que quedan al margen del criterio de origen) sólo opera en el ámbito del proceso de integración, beneficiando únicamente a los prestadores establecidos en un Estado miembro con respecto a sus actividades en los demás Estados miembros. El Tribunal de Justicia ha precisado además que la cláusula de mercado interior del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, no resulta operativa en las situaciones en las que se desconoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información, pues el mecanismo que contempla esa norma es únicamente de aplicación a los prestadores cuyo establecimiento se encuentre en un Estado miembro.⁴⁰

La violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, en particular, la difamación es una materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1.2.g). Se trata de una carencia especialmente significativa ya que la unificación en la UE de las normas sobre ley aplicable en esa materia reviste singular interés, por los riesgos inherentes a la falta de unificación y debido a las dificultades de interpretación de ciertas normas nacionales, como ocurre en España con la aplicación del artículo 10.9 Cc en esta materia⁴¹. La sentencia en el asunto *eDate* no sólo ha contribuido a poner de relieve la necesidad de colmar esa laguna –dando lugar a ciertas propuestas en el seno de las instituciones europeas que han reavivado el debate sobre la cuestión⁴²– sino que además se pronuncia sobre la repercusión en este ámbito del criterio de origen derivado del artículo 3 DCE. El planteamiento adoptado por el Tribunal, al establecer que el artículo 3 no impone que en el ámbito de la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información el criterio de origen opere como una norma de conflicto de leyes, resulta plenamente acorde con el significado de dicho criterio en el desarrollo de las libertades comunitarias y el funcionamiento del mercado interior.

⁴⁰ STJ de 15 de marzo de 2012, C-292/10, *G*.

⁴¹ Vid., v.gr., M. Amores Conradi y E. Torralba Mendiola, “Difamación y «Roma II»”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 251-265.

⁴² Vid. P.A. De Miguel Asensio, “Internet...”, *loc. cit.*, ap. III; E. Torralba Mendiola, “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, *Indret*, núm. 1, 2012; L. García Gutiérrez, “Reglamento «Roma II» y derechos de la personalidad: reflexiones para formular una norma de conflicto que preserve adecuadamente el ejercicio del derecho a la información y de la libertad de expresión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 851-874; y C.I. Cordero Álvarez, “Ley aplicable a la difamación y a los atentados a los derechos de la personalidad en Europa: la reforma del Reglamento Roma II”, *La Ley Unión Europea*, febrero de 2013, pp. 21-39.

En todo caso, la confirmación de que el artículo 3 DCE impone que el prestador de un servicio de la sociedad de la información no esté sujeto en otros Estados miembros con respecto al ámbito coordinado (que incluye los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios) a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador, parece dejar abierta la posibilidad de invocar el criterio de origen en apoyo de la posición de quienes difunden informaciones plenamente conformes con los estándares que prevalecen en el Estado miembro en el que se encuentran establecidos, pero que pueden lesionar derechos de la personalidad conforme a la legislación de otro Estado miembro cuyo ordenamiento sea el aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado del foro, sin perjuicio del eventual recurso a medidas de excepción con base en el artículo 3.4 de la Directiva. En este sentido, cabe reseñar que el 27 de mayo de 2013 el *Eparchiako Dikastirio Lefkosias* de Chipre ha planteado al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial, que ha dado lugar al asunto C-291/13, *Sotiris Papasavvas*⁴³, todavía pendiente, en el que la primera cuestión es precisamente si las leyes de los Estados miembros que regulan la difamación pueden considerarse restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/31.

⁴³ DO C 207/33, de 20.7.2013.