

CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES B2C: PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN Y TRIBUNALES COMPETENTES

B2C CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES: PROBLEMS OF CHARACTERIZATION AND COMPETENT COURTS

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ*

Sumario: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO. II. CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES COMPRENDIDOS EN EL CAPÍTULO II, SECCIÓN 4, DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS. III. ACCIONES CIVILES EJERCITADAS EN EL MARCO DE LOS ARTÍCULOS 17 A 19 DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS. IV. ACCIONES EJERCITADAS EN EL MARCO DEL RÉGIMEN GENERAL DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS. V. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL.

RESUMEN: El presente estudio tiene como objeto el análisis de los problemas de calificación que plantean, a los efectos de la aplicación de las normas europeas de competencia judicial internacional, las acciones de las que dispone el consumidor en la nueva regulación europea de mejora de acceso de los consumidores a los bienes y servicios digitales, y la posible fragmentación del litigio relativo a una misma conducta infractora de la Directiva (UE) 2019/770 y del Reglamento (UE) 2016/679. En el contexto del Reglamento de Bruselas I bis, resulta determinante la calificación autónoma de las acciones disponibles con la nueva regulación, y el modo en que se efectúa, en función de que el contrato quede comprendido o no en la esfera de aplicación de los artículos 17 a 19.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyse the characterization problems posed, for the purposes of the application of the European rules on international jurisdiction, by the legal actions available to the consumer in the new European regulation on improving consumer access to digital goods and services, and the possible fragmentation of litigation relating to the same infringing conduct under Directive (EU) 2019/770 and Regulation (EU) 2016/679. In the context of the Brussels I bis Regulation, the autonomous

Fecha de recepción del trabajo: 16 de mayo de 2021. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de mayo de 2020.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: joseignacio.paredes@uam.es

Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D correspondiente al Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, PGC2018-096456-B-I00, titulado «Protección transfronteriza de la transmisión de datos personales a la luz del nuevo Reglamento europeo: problemas prácticos de aplicación (PROTRADAT)», del que son investigadoras principales las Dras. Elena Rodríguez Pineau y Elisa Torralba Mendiola.

characterization of the legal actions available under the new regulation, and the way in which this is done, is decisive, depending on whether or not the contract falls within the scope of articles 17 to 19.

PALABRAS CLAVES: Consumidores, contenidos y servicios digitales, datos personales, foros de competencia, Reglamento (UE) 1215/2012, Reglamento (UE) 2016/679, Directiva (UE) 2019/770.

KEYWORDS: *Consumers, digital contents and digital services, general data, forum of international jurisdiction, Regulation (EU) 1215/2012, Regulation (UE) 2016/679, Directive 2019/770.*

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. El presente trabajo tiene como objeto el análisis de los problemas de calificación y las dificultades de interpretación que plantean, a los efectos de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹ (RBI bis) y el art. 79.2 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, general de protección de datos² (RGPD), las acciones de naturaleza contractual y extracontractual de las que dispone el consumidor con la adopción de la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales³ (DCSD), cuya transposición al ordenamiento jurídico español acaba de realizar recientemente el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores⁴ (RDL 7/2017).

La DCSD forma parte del paquete de medidas de armonización adoptadas en el marco del primer pilar de la Estrategia para un Mercado Único Digital⁵, con el objetivo de crear las condiciones adecuadas para mejorar el acceso de los consumidores a los bienes y servicios digitales en la Unión, entre las que se encuentran también la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de

¹ DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

² DOUE L 119, 4 de mayo de 2016.

³ DOUE L n.º 136, de 22 de mayo de 2019.

⁴ BOE n.º 101, de 28 de abril de 2021. El Título VIII, que comprende el art. decimosexto, contiene las modificaciones necesarias al Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU), que, con arreglo a lo establecido en el art. 24.2 DCSD, entrará en vigor el 1 de enero de 2022, salvo los arts. 126 y 126 bis que se aplicarán solo a los contratos celebrados a partir de esa fecha.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa [COM (2015) 192 final de 6.5.2015].

compraventa de bienes y que deroga la Directiva 1999/44/CE⁶ (DCV), y la revisión de la Directiva (UE) 2011/83, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DDC), a través de la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, sobre mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión⁷. En este contexto, se ha de reseñar que el objetivo de la DCSD no es tanto ofrecer una armonización plena de los contratos de contenidos y servicios digitales, como de los aspectos relativos a la fase de ejecución del contrato. Así lo advierte desde el inicio el art. 1, señalando que el objeto y la finalidad de la DCSD es establecer una armonización plena de las normas sobre la conformidad de los contenidos o servicios, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro y las modalidades para exigirlos, y la modificación de los contenidos o servicios digitales. No en vano, la DCSD complementa a la DDC, que se encarga de armonizar las disposiciones relativas a los requisitos de información precontractual y contractual en la contratación con consumidores, y el derecho de desistimiento de los contratos a distancia y de los celebrados fuera de establecimiento mercantil. Precisamente, para garantizar la coherencia entre ambas normas, la Directiva 2019/2161 ha alineado la esfera de aplicación de la DDC con la de la DCSD, con el propósito de que los consumidores tengan el mismo derecho a la información precontractual y a desistir del contrato, independientemente de que paguen un precio por los contenidos o los servicios digitales o de que faciliten datos personales como contraprestación.

2. Con todo lo anterior, la delimitación del objeto de estudio a la luz de las normas europeas de competencia judicial internacional reseñadas (CJI) se justifica, en primer lugar, por la interacción de las respectivas esferas de aplicación, merced a la vocación común de aplicación en todas aquellas situaciones en las que un proveedor de contenidos o servicios digitales dirige su actividad comercial a uno o varios Estados miembros de la Unión. En efecto, en el caso de la DCSD, esta concordancia resulta de la interacción entre su respectiva esfera de aplicación y las normas de conflicto del Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a los contratos (RRI)⁸, garantizando en los contratos de consumo intracomunitarios que la posibilidad de elegir la ley aplicable no pueda acarrear a los consumidores residentes en la UE la pérdida de protección que les proporcionen las medidas nacionales de transposición de la Directiva⁹. Asimismo, a nivel de CJI, el

⁶ DOUE L n° 136, de 22 de mayo de 2019. La DCV se ocupa solamente de la armonización de determinados aspectos de la compraventa de bienes, como aquellos que se refieren a la conformidad del bien vendido, a los derechos que en tal caso se atribuyen al consumidor, y a las garantías comerciales. Si bien, se ha de reseñar que incluye en su esfera de aplicación los llamados bienes con elementos digitales, es decir, todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones. La transposición de la DCV se ha realizado conjuntamente con la DCSD, a través del art. decimosexto del RDL 7/2021.

⁷ DOUE L n° 327, de 18 de diciembre de 2019.

⁸ DOUE L n° 177, de 4 de julio de 2008.

⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Contratación de consumo y Derecho internacional privado: desarrollos recientes”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Prof. Dr. José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 207-221, esp. pp. 208-212; BASOREDO-OTZERINJAUREGI, I., “Derecho aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales”,

régimen específico previsto en el capítulo II, sección 4, del RBI bis se aparta de la regla general que determina el ámbito de aplicación del RBI bis, el domicilio del demandado en la Unión, para recibir aplicación también frente a proveedores de contenidos o servicios, de terceros Estados, que dirigen su actividad a uno o varios Estados miembros de la UE, siempre que el contrato se encuentre comprendido en el marco de las actividades dirigidas por el proveedor al Estado miembro del domicilio del consumidor¹⁰. Por su parte, en concordancia con las normas que delimita el ámbito territorial de aplicación del RGPD contenidas en el art. 3, los foros de competencia del art. 79.2 del RGPD son aplicables en relación con el tratamiento de los datos personales de interesados (consumidores) residentes en la Unión, por parte de un responsable (proveedor de contenidos o servicios digitales), establecido o no en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de los contenidos o servicios digitales a dichos interesados en la Unión¹¹.

En segundo lugar, la delimitación del estudio se justifica en la calificación autónoma y uniforme de las categorías conceptuales que utilizan las normas europeas de CJI. En particular, la interpretación autónoma es decisiva de cara a la calificación de las acciones contractuales y extracontractuales de las que dispone el consumidor en el ámbito de las nuevas normas de armonización, y que precede a la identificación del foro o los foros de competencia susceptibles de aplicación. Por ello, en la medida en que las normas europeas de CJI utilizan esos conceptos con un significado propio¹², ha de destacarse que la decisión que adopten los legisladores nacionales en la transposición de la DCSD no será determinante a los efectos de la aplicación del RBI bis, tanto en relación con los aspectos excluidos de la esfera de aplicación: la regulación y las acciones derivadas de la formación, validez, nulidad o efectos de los contratos, como con respecto a los aspectos que deja en manos de la legislación nacional: la extensión de la esfera de aplicación a consumidores que no sean personas físicas, el recurso a un criterio laxo para la calificación de los contratos con doble objeto, la naturaleza jurídica de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, la naturaleza de las acciones del

en *Nuevos Escenarios del Derecho Internacional Privado de la Contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 652-682.

¹⁰ En el marco del RBI bis, el único supuesto que rompe la reseñada concordancia se produce cuando un proveedor no establecido en la Unión dirige su actividad comercial a un Estado miembro, y, gracias al Reglamento (UE) 2018/302, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior (DOUE L 60, de 2 de abril de 2018), un consumidor residente en otro Estado miembro accede a los contenidos o servicios digitales, para finalizar celebrando un contrato con dicho proveedor. En el caso de que el consumidor fuera el actor, en defecto de sumisión a los tribunales de un Estado miembro, al hallarse el domicilio del proveedor en un tercer Estado, el RBI bis remite a las legislaciones nacionales, luego, en nuestro caso, a lo que establezca la LOPJ.

¹¹ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Competencia y derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n° 1, 2017, pp. 75-108, p. 79; REQUEJO ISIDRO, M., “La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679”, *La Ley Mercantil*, n° 42, 2017, pp. 1-25, p. 9.

¹² Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 5ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019, pp. 76-78.

consumidor contra personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones, la regulación de los aspectos relativos a los contratos complementarios, o la aplicación del régimen jurídico, en el caso de considerar un contrato, a las situaciones en las que el empresario sólo recaba metadatos, como información sobre el dispositivo o el historial de navegación del consumidor¹³.

En tercer lugar, la delimitación del objeto del estudio se justifica tanto más por la manera en que las categorías conceptuales se articulan entre sí. No en vano, en el contexto del RBI bis, la calificación de las acciones judiciales de las que dispone un consumidor frente al proveedor de contenidos o servicios digitales, no se efectúa de la misma manera cuando las partes están vinculadas por un contrato comprendido en la esfera de aplicación de los arts. 17 a 19 del RBI bis, de cuando no lo están. Las reglas de competencia contenidas en el art. 18 del RBI bis se reservan solamente a acciones indisociablemente vinculadas al contrato litigioso en cuestión, y todo ello, como se verá, en el caso de un incumplimiento de las obligaciones de información previstas en la DDC, con independencia de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción en cuestión. Además, cabe recordar que el consumidor contratante es el único sujeto que posee legitimación procesal activa para invocarlos¹⁴, pero a condición de que se cumplan las tres condiciones cumulativas contenidas en el art. 17 del RBI bis¹⁵, en cuyo caso, el consumidor podrá interponer la demanda contra la otra parte contratante ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor (art. 18.1 del RBI bis)¹⁶. Así pues, en tanto que determinante de la aplicación del régimen de protección previsto en la sección 4 del RBI bis, a los efectos del cumplimiento de las condiciones cumulativas, es preciso el análisis previo del significado del concepto de consumidor, en especial, en relación con los contratos con doble finalidad profesional y privada, y ante la posibilidad de un cambio de la finalidad y del objeto de la relación contractual, como puede suceder con el uso de los contenidos o servicios digitales en las plataformas en línea. Asimismo, en lo que concierne a la segunda condición, la aplicación de los foros de protección plantea problemas añadidos a la hora de decidir cuándo la relación entre el proveedor y el consumidor se considera un contrato en el sentido del capítulo II, sección 4, del RBI bis, especialmente en situaciones en las que un consumidor utiliza contenidos o servicios digitales a cambio de facilitar sus datos personales. Por lo demás, la tercera condición pone de relieve la peculiar importancia que presenta en este contexto la necesidad de adaptar la interpretación de los criterios proporcionados por el TJUE para determinar cuándo el proveedor de contenidos o servicios digitales dirige su actividad comercial al Estado miembro del domicilio del consumidor, especialmente en el caso de contenidos digitales obtenidos a través de plataformas de descarga o de

¹³ El legislador español parece haber incluido dichas situaciones en el ámbito de aplicación del Título IV del TRLGDCU.

¹⁴ STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, Schrems, EU:C:2018:37, apdo. 49.

¹⁵ Vid. CASTELLÓ PASTOR, J.J., “Competencia judicial internacional y ADR en materia de contratación electrónica o a distancia”, en *Derecho de la Contratación Electrónica y Comercio Electrónico en la Unión Europea y en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 643- 683, esp. pp. 668-674.

¹⁶ Además, en el caso de que la reclamación fuera contra un proveedor de un tercer Estado que tiene una sucursal en un Estado miembro, que hubiera gestionado el contrato, el consumidor podría demandar ante los tribunales del Estado miembro donde se halle dicha sucursal.

servicios digitales prestados por redes sociales. Tales circunstancias condicionan también la ampliación de los foros de protección a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que puedan considerarse complementarios, vinculados o accesorios en relación con el contrato principal que el consumidor haya celebrado con el mismo empresario o con otro.

3. En defecto de alguna de las tres condiciones reseñadas, y de sumisión a los tribunales de un Estado miembro (arts. 25 y 26 del RBI bis), la determinación de la CJI resultará de la aplicación del régimen general del RBI bis: el foro general del domicilio del demandado (art. 4 del RBI bis), o con carácter alternativo, en función de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción en cuestión, la aplicación de los foros especiales previstos en los numerales 1 y 2 del art. 7 del RBI bis. Por lo que se refiere a las acciones comprendidas en la materia contractual, el art. 7.1 del RBI bis permite al consumidor acudir al órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. En lo que atañe a las acciones comprendidas en la materia delictual, el art. 7.2 prevé que estas pueden ejercitarse ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. En este contexto, a diferencia de las reglas de competencia especiales previstas en los arts. 17 a 19 del RBI bis, el foro especial en materia contractual establecido en el art. 7.1 del RBI bis no condiciona su aplicación a la celebración de un contrato, ni tampoco a que la pretensión deba estar indisociablemente vinculada al contrato litigioso. La aplicación del art. 7.1 del RBI bis requiere, como ha precisado el TJUE¹⁷, que la causa de la acción se fundamente en una obligación derivada de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra, quedando excluidas de su esfera de aplicación las pretensiones que no tengan naturaleza contractual, por mucho que puedan estar indisociablemente vinculadas al contrato litigioso. En el marco del presente estudio, la definición de obligación contractual, en el sentido del art. 7.1 del RBI bis, es decisiva a los efectos de valorar si la propuesta del proveedor constituye una oferta comercial o no en las situaciones excluidas de la DCSD, como, por ejemplo, cuando el suministrador únicamente recoge metadatos tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación o el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales. Asimismo, la aplicación del art. 7.1 del RBI bis plantea dificultades interpretativas tanto en relación con la calificación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales dentro de las modalidades contractuales contenidas en las reglas especiales de la letra b) de la citada disposición, en especial cuando el consumidor, en lugar de un precio, facilita datos personales para el acceso a los contenidos o servicios digitales, como en relación con la identificación del lugar de cumplimiento de la prestación principal cuando los contenidos digitales se suministran en línea. Con todo lo anterior, en la medida en que el RBI bis no reconoce al juez del contrato una competencia accesoria para pronunciarse sobre las pretensiones delictuales estrechamente conectadas con las pretensiones contractuales¹⁸, la distinción entre lo que forma parte de la materia contractual y lo que pertenece al ámbito de la materia delictual, resulta decisiva para la calificación de determinadas acciones

¹⁷ Vid. por todas la STJUE de 4 de octubre de 2018, C-337/17, Feniks, EU:C:2018:805, apdo. 48.

¹⁸ Vid. a este respecto, Conclusiones del ABOGADO GENERAL SAUGMANDSGAARD ØE, H., presentadas el 10 de septiembre de 2020, C-59/19, Wikingerhof GmbH, EU:C:2020:688, apdo. 61.

situadas en los límites de ambas categorías, como puede suceder ante una conducta infractora de una norma contractual y del RGPD durante el suministro de los contenidos o servicios digitales. En estos casos, para hacer valer el derecho a solicitar al proveedor una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del tratamiento ilícito de sus datos personales (art. 82.6 RGPD), el consumidor dispondría también de los foros de competencia que establece el art. 79.2 del RGPD, pudiendo ejercitar la acción de resarcimiento basada en el art. 82 del RGPD ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o el encargado tenga un establecimiento, o alternativamente, ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual.

II. CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES COMPRENDIDOS EN EL CAPÍTULO II, SECCIÓN 4 DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS

1. La noción de consumidor y proveedor de contenidos o servicios digitales

4. La primera condición para la aplicación del capítulo II, sección 4, del RBI bis es que las partes del contrato han de ser un consumidor y un empresario. Las partes del contrato de contenidos y servicios digitales, en el caso de los contratos de consumo, son el proveedor que suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales¹⁹ y el suministrado será el consumidor que a cambio paga el precio o facilita al empresario datos personales²⁰. Como punto de partida, se ha de indicar que la aplicación uniforme de la citada sección requiere una interpretación autónoma de los conceptos que utiliza²¹, justificada más si cabe por la disparidad existente en torno a la noción de consumidor en las legislaciones de los Estados miembros. No en vano, el primer problema que plantea el art. 17.1 del RBI bis es la calificación de consumidor por la falta de precisión en la definición de esa noción, habida cuenta de que lo identifica con toda persona que celebra un contrato para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, sin concretar expresamente si se refiere solo a las personas físicas o también a las personas jurídicas. En este contexto, se ha de reseñar que el TJUE ha interpretado la noción de consumidor utilizando los cánones sistemático y teleológico que proporcionan el sistema y los objetivos del RBI bis, y su relación con las directivas de protección a los consumidores adoptadas en el marco de la realización del mercado interior, entre las que se encuentra la DCSD, para así precisar el carácter restrictivo, objetivo y dinámico que

¹⁹ En línea con lo establecido en la DCSD, los prestadores de plataformas o mercados en línea serán considerados como parte contratante del consumidor, siempre que actúen con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en el suministro de contenidos o servicios digitales; esto es, en los supuestos en los que la plataforma se presenta e identifica como proveedora directa del contenido o servicio digital.

²⁰ Vid. BASOREDO-OTZERINJAUREGI, I., “Derecho aplicable al contrato...”, en *Nuevos escenarios del Derecho...*, *op. cit.*, p. 658.

²¹ STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17, Milivojević EU:C:2019:123, apdo. 86 y jurisprudencia citada.

ofrece el término consumidor, en el sentido de los arts. 17 a 19 del RBI bis²², amparando, en los mismos términos que dicha Directiva, solamente a las personas físicas. En efecto, como ha señalado el TJUE²³, la interpretación del concepto de consumidor, en el sentido de las disposiciones del capítulo, sección 4, del RBI bis, siempre ha de hacerse de forma restrictiva, en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado, atendiendo a la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona²⁴. El carácter objetivo de la noción de consumidor explica, por ejemplo, que cuando un particular contrata con una plataforma en línea el acceso a contenidos o servicios digitales, como servicios de juego de azar²⁵, carezcan de pertinencia, a los efectos de la calificación de consumidor, todos aquellos factores que atienden a la situación subjetiva de esa persona, como los conocimientos concretos que pueda poseer en el ámbito en el que se inscribe el contrato, el ánimo de lucro de esa persona buscando con la celebración del contrato la posibilidad de ganar importes considerables, el elevado número de horas que pueda dedicar a ese juego al día, o las cantidades ganadas gracias al juego a raíz de la celebración del contrato permitiendo a esa persona vivir de esas ganancias²⁶. Lo realmente relevante es que se trate de un consumidor privado final, en el bien entendido de que la relación contractual se inscriba en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión, al considerarse que la persona se encuentra en una posición de inferioridad respecto al profesional²⁷. Precisamente, el deber de apreciar el sentido y el alcance del concepto de consumidor siempre en relación con el objeto del concepto, correlativo pero antinómico, de no profesional, explica la exclusión de las personas jurídicas del concepto de consumidor, y, al alimón, que solo ampare a las personas físicas que contratan fuera del marco de sus actividades comerciales o profesionales. Por esta razón, la libertad atribuida a los Estados miembros para poder extender la protección que proporciona la DCSD a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores (art. 3.1 del TRLGDCU/cdo. 16 de la DCSD), no debe afectar a la aplicación de los arts. 17 a 19 del RBI bis²⁸. La sección 4 del RBI bis solo protege al particular que contrata con un

²² Vid. PAREDES PÉREZ, J.I., “Los servicios de juego en línea y el enfoque dinámico del concepto de consumidor de los arts. 17 a 19 del Reglamento de Bruselas I bis. Sentencia TJ de 10 de diciembre de 2020, asunto C-774/19”, *La Ley Unión Europea*, nº 89, 2021.

²³ STJUE de 3 de julio de 1997, C-269/95, Benincasa, ECLI:EU:C:1997:337, apdos. 13 y 14

²⁴ STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, Schrems, EU:C:2018:37, apdo. 29 y jurisprudencia citada

²⁵ STJUE de 10 de diciembre de 2020, C-774/19, Personal Exchange international, EU:C:2020:1015.

²⁶ En la misma dirección, en el sector financiero, la STJUE de 3 de octubre de 2019, C-208/18, Petruchová, EU:C:2019:825, y la STJUE de 2 de abril de 2020, C-500/18, Reliantco Investments LTD, EU:C:2020:264, han señalado que la condición de consumidor es independiente del valor de las operaciones efectuadas en virtud de contratos CFD, la importancia de los riesgos de pérdidas económicas que conlleva suscribir tales contratos, los eventuales conocimientos o experiencia de una persona en el sector de los instrumentos financieros o incluso del comportamiento activo en la realización de tales operaciones.

²⁷ STJUE de 19 de enero de 1993, as. C-89/91 Shearson Lehman Hutton ECLI:EU:C:1993:15, apdos. 20 y 22

²⁸ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Contratación de consumo...”, en *El Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 210. Como ha señalado el autor, la extensión del alcance de régimen de protección de los consumidores del RBI bis a otros posibles actores exigiría una modificación legislativa en el seno de la Unión, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Plataformas digitales y actividades transfronterizas”, en *Nuevos escenarios del Derecho internacional privado de la contratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 379-411, p. 384.

proveedor de contenidos o servicios digitales con un propósito ajeno a su actividad profesional.

5. Con todo lo anterior, el criterio de la finalidad del contrato no está exento de dificultades interpretativas, como ponen de relieve, por un lado, los contratos con doble finalidad o contratos mixtos, y, por otro, los contratos de larga duración. En lo que respecta a los contratos mixtos, como sería el caso de una persona física que celebra un contrato de desarrollo de software con fines privados y profesionales, el TJUE ha efectuado una interpretación restrictiva del concepto de consumidor, acorde con el carácter excepcional de las disposiciones contenidas en la sección 4 del RBI bis, para reservar su aplicación al cumplimiento de dos criterios objetivos en el momento de la celebración del contrato: el vínculo del contrato con la actividad profesional y la apariencia con que contrata el eventual consumidor. Concretamente, el TJUE supedita la aplicación de los arts. 17 a 19 del RBI bis a los contratos de doble finalidad a que el uso profesional sea marginal e insignificante en el contexto global de la operación de que se trate²⁹, y que la persona que contrata con una finalidad personal no tenga un comportamiento que dé la impresión de que actuaba con fines profesionales³⁰. Dicho lo cual, con arreglo al primer criterio, tampoco será relevante, a los efectos de aplicación de los arts. 17 a 19 del RBI bis, la libertad atribuida a los Estados miembros para determinar cuándo una persona debe ser considerada consumidor en los contratos mixtos (cdo. 17 de la DCSD/cdo. 22 de la DDR). Por mucho que los legisladores nacionales bajen el umbral, en el contexto del RBI bis, solo se considerará consumidor a condición de que el uso profesional sea marginal o mínimo. Por otra parte, el segundo criterio justificaría la exclusión del concepto de consumidor al particular que encarga el desarrollo de una aplicación para un uso profesional preponderante, o, a pesar de que el uso profesional fuera insignificante en el contexto de la operación, cuando el particular realiza dicho pedido bajo la apariencia de actuar con fines profesionales, utilizando papel con el membrete profesional, o solicitando el envío de los bienes a su dirección profesional, o mencionando la posibilidad de recuperar el impuesto sobre el valor añadido. Precisamente, para la determinación objetiva de la finalidad del contrato, una práctica bastante extendida es obligar al particular que inicia los trámites que deben seguirse para la celebración de un contrato electrónico, a declarar mediante una casilla si celebra el contrato fuera del contexto o no de su actividad profesional.

Asimismo, el criterio del uso no profesional del contrato también plantea problemas de interpretación en relación con los contratos de larga duración, ante un cambio de la finalidad del contrato, una vez celebrado. Como puso de relieve, con gran sutileza, el Abogado General Bobek en el asunto *Schrems*³¹, el problema que plantean dichos contratos difiere del que suscita los contratos mixtos. El problema que subyace en los contratos de larga duración obedece no tanto a la determinación objetiva de la finalidad

²⁹ STJUE de 20 de enero de 2005, C-464/01, Gruber ECLI:EU:C:2005:32, apdo. 32; STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, Schrems, EU:C:2018:37, apartado 32; y STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17, Milivojević EU:C:2019:123, apdo. 91.

³⁰ STJUE de 20 de enero de 2005, as. C-464/01 Gruber ECLI:EU:C:2005:32, apdo. 53.

³¹ *Cfr.* Conclusiones del ABOGADO GENERAL M. BOBECK, presentadas el 14 de noviembre de 2017, C-498/16, Schrems, ECLI:EU:C:2017:863, apdo. 35.

en el momento de la celebración del contrato, ante una coexistencia del doble uso particular y profesional, como a la posibilidad, tras la celebración del contrato, de un cambio sobrevenido de la finalidad y del objeto de la relación contractual. En efecto, la evolución de la relación contractual es un elemento que puede ser determinante para la calificación o no de consumidor, en la medida en que la finalidad particular para que la celebró el contrato puede adquirir con posterioridad un carácter profesional, y, por ello, perder con el tiempo la condición de consumidor. En el marco que nos ocupa, dicha cuestión problemática se asocia con los contratos de servicios que permiten crear, tratar, almacenar o consultar datos en forma digital, como sucede con los servicios *cloud computing*, o en los contratos de servicios que permiten compartir datos en forma digital o interactuar de cualquier forma con dichos datos, como sucede con los servicios de redes sociales. Concretamente, en sus sentencias *Schrems* y *Personal Exchange International Limited* el TJUE se pronunció sobre la relevancia de tener en cuenta la eventual evolución posterior del uso que se hace de los servicios de larga duración prestados por plataformas en línea, señalando que, en efecto, el usuario de tales servicios solo podría invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios, para el cual ha celebrado inicialmente un contrato, no ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional³². De ahí, por cuanto típicamente en este tipo de casos se discute la posible evolución temporal de la finalidad y del objeto de la relación contractual, que los contratos de larga duración manifiestan el carácter dinámico de la noción autónoma de consumidor, y que el momento relevante para apreciar la finalidad para la que se celebró el contrato no sea, como en los contratos mixtos, el momento de la celebración del contrato sino el de la interposición de la demanda.

En efecto, aunque la finalidad para la que se celebró el contrato, por lo general, se debe apreciar en el momento de la celebración del mismo, sin embargo, en situaciones excepcionales, como en el caso de que un contrato no especifique su objeto o esté abierto a distintas finalidades y tenga una duración prolongada o sea incluso de carácter indefinido, exige que la concreción del concepto de consumidor se ha de hacer refiriéndose a la posición que dicha persona ocupa en la relación contractual, teniendo en cuenta las circunstancias objetivas bajo las que se ha producido la evolución temporal de

³² STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*, EU:C:2018:37, apdos. 37 y 38, STJUE de 10 de diciembre de 2020, C-774/19, *Personal Exchange international*, EU:C:2020:1015, apdo. 42. Como dato significativo, en estas sentencias, el TJUE ha cambiado los criterios de la doctrina Gruber a los efectos de calificar los contratos de larga duración como contratos de consumo. Dicho cambio ha sido con toda razón objeto de crítica en la doctrina, habida cuenta de que con la doctrina *Schrems* si un particular accede a los servicios de una red social con un fin exclusivamente privado y posteriormente utiliza dicho servicio para actividades profesionales, seguirá siendo consumidor incluso en el caso de que el uso profesional fuera significativo. *Vid.*, a este respecto, CALVO CARAVACA, A.L., “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas Thomson Reuters, Cizu Menor, 2020, pp. 165-178, p. 177. La disparidad de criterios entre las doctrinas Gruber y *Schrems* no está justificada en la medida en que responden al mismo problema: fijar los límites de máximos y mínimos en los que el contrato puede estar relacionado con la actividad profesional. La única diferencia es el momento relevante para apreciar la determinación. Mientras que en los contratos celebrados con doble finalidad la valoración del uso particular tiene lugar en el momento de la celebración del contrato, en los contratos de larga duración el momento relevante para apreciar si el uso pasa de ser de naturaleza privada a ser de naturaleza profesional es el de la presentación de la demanda.

la finalidad de dicho vínculo contractual. En estas coordenadas, el Derecho derivado europeo relativo a la protección de los consumidores permite extraer ciertas pautas hermenéuticas para calificar una actividad de profesional, y poder así concretar la pérdida de la condición de consumidor. Concretamente, el TJUE ha determinado que el carácter regular de una actividad es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para calificar a alguien de profesional, por oposición al concepto de consumidor, si bien no determina, por sí misma, dicha calificación³³. Por ello, junto a la regularidad de la actividad, es preciso que concurren otras circunstancias con las que poder inferir la naturaleza profesional: si la actividad da lugar a una venta o a una prestación de servicios a terceros, si la actividad se ha hecho de forma planificada, si el vendedor o el prestador dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que propone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, si el vendedor o el prestador ha declarado oficialmente tal actividad, teniendo un estatuto jurídico que les permite realizar actos de comercio o está sujeto a IVA, o si se trata de una persona, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación. Como consecuencia de lo anterior, en la sentencia *Personal Exchange International Limited*, el TJUE ha considerado que una persona física que ha contratado los servicios digitales de una plataforma en línea para jugar al póker en Internet, sin haber declarado oficialmente tal actividad, ni haber ofrecido dicha actividad a terceros como servicios de pago, no pierde la condición de consumidor en el sentido del art. 17 del RBI bis³⁴. Del mismo modo, en la sentencia *Schrems* el TJUE ha considerado que un usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de consumidor en el sentido de la citada disposición cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales³⁵. Ahora bien, las sentencias reseñadas en absoluto descartan la posibilidad de que un usuario de tales servicios pueda dejar de invocar la condición de consumidor si el uso esencialmente no profesional de tales servicios, para el cual han celebrado inicialmente un contrato, ha adquirido con posterioridad un carácter esencialmente profesional. Así podría ocurrir, por ejemplo, cuando el jugador de póker contrata los servicios digitales con la ayuda de patrocinadores, o de terceros inversores que financien su actividad, o, en el caso de una red social, cuando el particular, tras la creación de una cuenta de Facebook, contrata con esta misma red social la apertura de una página en la que ofrece esencialmente a terceros servicios vinculados a su actividad profesional, a cambio de una remuneración (asesoría, video-blogs, tutoriales de carácter explicativos, etc.).

³³ STJUE de 4 de octubre de 2018, C-105/17, Kamenova, EU:C:2018:808, apdos. 37 y 38. *Vid.*, al respecto, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Plataformas digitales...”, en *Nuevos escenarios...*, *op. cit.*, p. 383; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La economía colaborativa y las nuevas iniciativas europeas en el ámbito de la contratación a través de plataformas digitales de intermediación: la transformación del modelo de protección internacional de la parte débil”, en *Nuevos escenarios...*, *op. cit.*, pp. 412-457, esp. pp. 422-424; CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Plataformas digitales: nuevos retos conceptuales para el Derecho internacional privado europeo de consumo”, en *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizu Menor, 2021, pp. 77-108, esp. pp. 93-97.

³⁴ STJUE de 10 de diciembre de 2020, C-774/19, *Personal Exchange international*, EU:C:2020:1015, apdo. 50.

³⁵ STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*, EU:C:2018:37, apdo. 41.

2. La existencia de un contrato celebrado por un consumidor

6. La segunda condición para la aplicación de las reglas de competencia especiales previstas en los arts. 17 a 19 del RBI bis es que exista un contrato entre el consumidor y una persona que ejerza actividades comerciales o profesionales³⁶. En este contexto, el TJUE ya ha declarado que el ámbito de aplicación de las citadas disposiciones se extiende a todos los tipos de contratos, a excepción del contrato de transporte, salvo el caso del que, por un precio global, ofrece una combinación de viaje y alojamiento³⁷. Por lo tanto, siempre que se den las demás condiciones para su aplicación, en la medida en que la sección 4 no restringe su aplicación a los contratos que tienen por objeto bienes incorpóreos, quedan comprendidos en su esfera de aplicación todos los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y ello con independencia de que les resulte de aplicación o no la DCSD. En ese mismo orden de ideas, es importante reseñar que el término contrato, contemplado en los arts. 17 a 19 del RBI bis, recibe una interpretación autónoma, y no por referencia al Derecho nacional de los Estados miembros. Este extremo ha sido concretado por diversas sentencias del TJUE, de las que deriva no solo una definición autónoma de contrato, en el sentido de la sección 4 del RBI bis, sino también de los requisitos para la existencia de cualquier contrato. Concretamente, el TJUE caracteriza al contrato como un acuerdo de voluntades celebrado entre dos personas³⁸, que puede tener un contenido obligacional bilateral, creando para las partes obligaciones sinalagmáticas, recíprocas e interdependientes, o unilateral, generando únicamente obligaciones para una de ellas³⁹. De ello resulta que la cuestión acerca de si los datos personales del consumidor deben o no entenderse como una contraprestación sinalagmática, no sea, en esencia, relevante para la aplicación de la sección 4, en la medida en que sus disposiciones se aplican también a los contratos unilaterales. La cuestión clave en este marco es si una situación en la que un consumidor utiliza un servicio digital a cambio de facilitar sus datos personales a un proveedor puede calificarse como un contrato o no.

7. En lo que respecta a los requisitos para la celebración del contrato, es preciso señalar que el TJUE ha empleado un enfoque flexible por cuanto prescinde de elementos considerados como esenciales en los ordenamientos nacionales, como la *consideration* en el Derecho inglés o la causa en el Derecho continental, limitándose a exigir el elemento consensual como esencial y necesario para la celebración del contrato. En efecto, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE⁴⁰, el requisito más importante para la celebración de un contrato es el acuerdo de voluntades, realizado a través de una oferta y la aceptación de la misma. Por este motivo, en el marco del presente estudio, será suficiente con que el consumidor manifieste la aceptación de la oferta que el proveedor de contenidos y servicios digitales le haya remitido, para que el contrato resulte comprendido en las disposiciones de la sección 4 del RBI bis, y ello con independencia

³⁶ STJUE de 14 de mayo de 2009, C-180/06, *Ilsinger*, EU:C:2009:303, apdos. 52 y 53.

³⁷ STJUE de 2 de mayo de 2019, C-694/17, *Pillar Securitisation*, EU:C:2019:345, apdo. 42.

³⁸ STJUE de 11 de julio de 2002, C-96/00, *Gabriel*, EU:C:2002:436, apdo. 49; STJUE de 14 de mayo de 2009, C-180/06, *Ilsinger*, EU:C:2002:436, apdo. 43.

³⁹ *Ibid.* apdos. 43, 51 y 54.

⁴⁰ STJUE de 11 de julio de 2002, C-96/00, *Gabriel*, EU:C:2009:303, apdo. 48.

de que el consumidor facilite o no los datos personales como contraprestación. En este contexto, para determinar si en un determinado supuesto se ha celebrado un contrato, en el sentido de la sección 4, no es necesario que esté comprendido en una de las categorías específicamente designadas en la DCSD. Por lo tanto, no se debe descartar la existencia de un contrato, en el sentido de los arts. 17 a 19 del RBI bis, en las relaciones entre el proveedor y el consumidor excluidas de la esfera de aplicación de la DCSD, siempre que tenga lugar el acuerdo de voluntades como elemento necesario para la celebración del contrato. Dicho lo cual, en lo tocante a la determinación de la existencia de una oferta y su aceptación, de la jurisprudencia del TJUE se desprende una visión anglosajona del contrato⁴¹, considerando implícita en la *promises* la voluntad efectiva o intención de las partes de vincularse jurídicamente. Lo que explica también la propensión del TJUE hacia la interpretación objetiva o razonable para averiguar la intención de contratar, tanto del oferente como del destinatario de la oferta, sobre la base de sus declaraciones y actuación.

Concretamente, para determinar la celebración de un contrato, en el sentido de la sección 4 del RBI bis, el TJUE ha considerado indispensable que el profesional se obligue jurídicamente, a través de una oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca, respecto al objeto y contenido del contrato, para así dar lugar a un vínculo de naturaleza contractual⁴². Dicha exigencia no ofrece especiales dificultades interpretativas en los contratos de suministros de contenidos o servicios digitales comprendidos en la esfera de aplicación de la DCSD, en la medida en que en el trasfondo de la información precontractual que los proveedores deben facilitar, en virtud de la DDC, en relación con las características principales del contrato -en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo-, subyace el modelo legal de oferta contractual a los consumidores⁴³. Sin embargo, en lo que atañe a las situaciones excluidas de la DCSD -como sucede con los casos en que el consumidor utiliza un servicio digital y los proveedores de servicios recogen datos personales de dicho consumidor, tales como información sobre el dispositivo del consumidor o el historial de navegación, o el consumidor se expone a recibir publicidad con el fin exclusivo de obtener acceso a contenidos o servicios digitales-, el hecho de que el proveedor no tenga la obligación de proporcionar la oferta contractual al consumidor con toda la información que figura en la DDC, llevará a valorar en cada caso la cuestión de si la propuesta del proveedor constituye una oferta contractual. Dicha exigencia requerirá, como ha quedado reseñado, que el proveedor haya expresado claramente su voluntad de obligarse, en caso de que exista aceptación por el consumidor, mostrando su disposición incondicional a suministrar el contenido o el servicio digital prometido a los consumidores que lo

⁴¹ Bajo la influencia de las opiniones de los abogados generales, apoyadas en no pocos casos en los *Principles European Contract Law* y el *Draft Common Frame of Reference*. Vid., a este respecto, WILDERSPIN, M., “Contractual obligations”, *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 472-479, esp. pp. 473-474.

⁴² STJUE de 14 de mayo de 2009, C-180/06, *Ilsinger*, EU:C:2002:436, apdo. 54.

⁴³ Vid. FONT GALÁN, J.I., “Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligaciones e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias”, en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, págs.1132-1186, esp. pp. 1141.

reclamen⁴⁴. En tales situaciones, habrá que valorar en cada caso, con arreglo a un criterio de interpretación objetiva⁴⁵, si, desde el punto de vista del consumidor razonable, las condiciones generales o términos del proveedor del servicio dan a entender que existe una oferta para celebrar un contrato sobre el uso de los servicios, entendiendo la disposición del consumidor a facilitar sus datos personales o a exponerse a la publicidad como su contraprestación en el contrato. Además, los jueces nacionales deberán verificar también si el consumidor aceptó la oferta. Para ello, deberán tener presente que el consumidor debe haber aceptado la oferta de modo claro e inequívoco, por ejemplo, al hacer clic en las casillas o mecanismos similares en el sitio web del servicio. Si bien, como se deduce de la jurisprudencia del TJUE, la aceptación también puede tener su origen en actos tácitos⁴⁶, tal como puede suceder en el marco del presente estudio si la utilización del servicio o la recepción del contenido requiere una solicitud por parte del usuario, por ejemplo, el envío de una consulta de búsqueda o la demanda de visualización de un contenido o la transmisión de un archivo de audio o de vídeo, pero incluso si la mera utilización pasiva de un servicio o el acceso a un contenido no requiere una comunicación activa del usuario con el proveedor del servicio, puede interpretarse como una aceptación tácita de la oferta de contrato⁴⁷.

3. Contrato comprendido en el marco de la actividad comercial dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor

8. Para finalizar se ha de reseñar que, junto a las dos condiciones anteriores, la aplicación de las reglas de competencia especiales previstas en los arts. 17 a 19 del RBI bis a los contratos de suministro de servicios o contenidos digitales queda condicionada también a que el contrato pertenezca a una de las categorías incluidas en el apartado 1, letras a) a c), del referido art. 17. En otras palabras, quedarán comprendidos en la sección 4ª, del RBI bis los contratos de venta a plazos de software en soporte material⁴⁸, los contratos de préstamo a plazos y de crédito al consumo vinculados a la adquisición de tales ventas, y todos los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales que estén comprendidos en el marco de las actividades comerciales o profesionales que el profesional ejerza en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o que, por cualquier medio, dirija a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último. En efecto, dejando a un lado los contratos de financiación, el objetivo del art. 17 del RBI bis es la protección al consumidor en cualquiera de las dos siguientes

⁴⁴ STJUE de 14 de mayo de 2009, C-180/06, *Ilsinger*, EU:C:2002:436, apdo. 55.

⁴⁵ En este sentido, la STJUE de 20 de enero de 2005, C-27/02, *Engler*, EU:C:2005:33, apdo. 54.

⁴⁶ En este sentido, la STJUE de 14 de julio de 2016, C-196/15, *Granarolo*, EU:C:2016:559, apdos. 24 a 27 y más recientemente la STJUE de 21 de marzo de 2012, C-307/19, *Obala i lučice*, EU:C:2021:236, apdos. 87 a 89.

⁴⁷ *Cfr.*, refiriéndose al Derecho alemán, METZGER, A., “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 121-140, p. 127.

⁴⁸ Siguiendo el pronunciamiento de la STJUE de 27 de abril de 1999, C-99/96, *Mietz*, EU:C:1999:202, apdo. 33, en el caso de desarrollo de software personalizado, el pago a plazos tiene que extenderse a un momento posterior a la entrega del producto, no siendo suficientes pagos a plazos durante la fabricación del producto. *Vid.* LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Contratos internacionales de software*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 214-215.

situaciones⁴⁹. Primera, cuando el profesional está ejerciendo sus actividades en el Estado miembro del domicilio del consumidor, lo cual requiere algún tipo de presencia física directa del profesional, a través de una sucursal, o a través de representantes en el mercado natural del consumidor. Segunda, cuando el profesional no se desplaza físicamente al Estado miembro de domicilio del consumidor, pero dirige hacia él sus actividades, mediante oferta y publicidad, o por cualquier otro medio. En cualquiera de las dos situaciones es necesario que la celebración del contrato quede comprendida en el marco de dichas actividades.

9. En consideración a lo expuesto, el art. 17.1.c) del RBI bis plantean dificultades interpretativas en la segunda hipótesis, habida cuenta de la falta de una definición de los dos requisitos específicos de los que depende la aplicación del citado precepto. En primer término, que el profesional dirija sus actividades profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor, y, en segundo término, que el contrato controvertido esté comprendido en el marco de dichas actividades. Como ha señalado el TJUE, los dos requisitos deben ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme⁵⁰. En este contexto, conviene recordar que el tenor del art. 17.1.c) del RBI bis engloba y sustituye los conceptos precedentes de oferta “especialmente hecha” y de “publicidad”, a los que se refería el CB⁵¹, al incluir una gama más amplia de acciones, como lo indica el término “*por cualquier medio (que) dirija estas actividades a (...)*”. Este cambio se produjo pensando fundamentalmente en la contratación electrónica, pero lo cierto es que del tenor del art. 17.1.c) no puede deducirse si los términos “*dirigiere tales actividades a*” hacen referencia a la voluntad del profesional de orientar sus actividades a otro u otros Estados o si simplemente aluden a una actividad orientada *de facto* hacia ellos, con independencia de dicha voluntad. La cuestión que se plantea es determinar si se exige que el profesional tenga voluntad de dirigirse a otro u otros Estados y, si este es el caso, de qué forma debe manifestarse dicha voluntad. A este respecto, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE⁵², el citado precepto se refiere a la voluntad real del profesional de orientar sus actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor, por lo tanto, en ausencia de indicios que así lo justifiquen debe entenderse que el profesional no habría dirigido sus actividades hacia dicho Estado. Dicho esto, la voluntad del profesional puede resultar de

⁴⁹ Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional...*, op. cit., p. 130.

⁵⁰ En relación con el concepto de actividad dirigida, *vid.*, entre otros, DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*, 5ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizu Menor, pp. 1028-1033; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., “El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPR de la Unión europea para la regulación de las actividades en Internet”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 2, 2017, pp. 223-256; CASTELLANOS RUIZ, E., “El concepto de actividad profesional dirigida al Estado miembro del consumidor: *stream of commerce*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2012, pp. 70-92.

⁵¹ En este contexto, con arreglo a la STJUE de 11 de julio de 2002, Gabriel, C-96/00, EU:C:2009:303, apdo. 48, los conceptos de “publicidad” y de “oferta especialmente hecha”, que figuraban en el CB, hacen referencia a cualquier forma de publicidad hecha en el Estado contratante en el que el consumidor tiene su domicilio, ya sea difundida de manera general, por medio de la prensa, la radio, la televisión, el cine o cualquier otra vía, o remitida de manera directa, por ejemplo mediante catálogos especialmente dirigidos a dicho Estado, y a las ofertas de negocio sometidas individualmente al consumidor, en particular por medio de un agente o de un vendedor ambulante.

⁵² STJUE de 7 de diciembre de 2010 as. C-585/08 Pammer y C-144/09 Hotel Alpenhof., EU:C:2010:740, apdo. 63.

una manifestación expresa en la propia web a través de cláusulas o *disclaimers*, donde se especifican claramente los mercados o destinatarios de los productos o servicios, o, de forma tácita, si de la web del profesional y de su actividad global se desprende que este último tenía intención de establecer relaciones comerciales con consumidores domiciliados en el Estado miembro del domicilio de dicho consumidor.

En lo que atañe a los indicios que puedan acreditar implícitamente la voluntad del profesional de dirigir la actividad comercial al Estado del domicilio del consumidor, procede comenzar destacando la irrelevancia que tiene, a estos efectos, el mero hecho de que la página web del profesional sea accesible en el Estado miembro del domicilio del consumidor⁵³, y ello a pesar de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de esos contratos a distancia, por el medio que fuere. Por esta razón, la distinción entre webs interactivas y pasivas tampoco resulta un criterio determinante al objeto de considerar que se cumple la condición de actividad dirigidas al Estado miembro del domicilio del consumidor⁵⁴. Como ha tenido la ocasión de precisar el TJUE⁵⁵, la celebración de un contrato de consumo a distancia -por ejemplo, por medio de una web interactiva- puede constituir un indicio de la vinculación del contrato con la actividad comercial o profesional dirigida al domicilio del consumidor, pero en absoluto un presupuesto para la aplicación del art. 17 del RBI bis. Lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica y de otros datos o con la utilización de una lengua o de una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el proveedor⁵⁶. Por el contrario, como guía relevante en determinadas sentencias recientes, el TJUE ha proporcionado un listado de criterios objetivos que pueden constituir indicios de cuándo un profesional tenía intención de dirigir su actividad comercial al Estado miembro del domicilio del consumidor, si bien aclarando que no son taxativos ni exclusivos⁵⁷. A estos efectos, entre los elementos objetivos relevantes de la web y de la actividad global del proveedor, que pueden servir a los jueces nacionales para extraer la conclusión de que un suministrador de contenidos o servicios digitales dirige su actividad comercial al Estado del consumidor, destacan la inclusión de publicidad del sitio web en medios locales del Estado miembro del domicilio del consumidor, el carácter internacional de la actividad del proveedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el proveedor (por ejemplo, el idioma o la divisa del Estado miembro del domicilio del consumidor), la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional del Estado miembro del domicilio del consumidor, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del proveedor o al de su intermediario

⁵³ *Ibid.* apdos. 69 a 74. Esta interpretación resulta asimismo corroborada por la declaración conjunta emitida por el Consejo y la Comisión al adoptar el Reglamento nº 44/2001 (RBI), reproducida en el vigésimo cuarto considerando del RRI, según la cual el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que resulte aplicable el art. 15, apdo. 1, letra c), del RBI.

⁵⁴ STJUE de 7 de diciembre de 2010 as. C-585/08 Pammer y C-144/09 Hotel Alpenhof., EU:C:2010:740, apdo. 79.

⁵⁵ STJUE de 6 de septiembre de 2012, as. C-190/11, Mühlleitner, EU:C:2012:542, apdo. 44.

⁵⁶ STJUE de 7 de diciembre de 2010 as. C-585/08 Pammer y C-144/09 Hotel Alpenhof., EU:C:2010:740, apdo. 84.

⁵⁷ *Ibid.* apdo. 93.

a consumidores domiciliados en el Estado miembro del domicilio del consumidor, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel del Estado miembro del domicilio del consumidor, y la mención de una clientela internacional formada por consumidores domiciliados en ese Estado⁵⁸, así como la relación de causalidad entre la página web del proveedor y el contrato celebrado⁵⁹. En la práctica, el cumplimiento del criterio de actividad dirigida por la concurrencia de algunos de los indicios objetivos identificados por el TJUE en su jurisprudencia, tiene una especial transcendencia en el caso de las plataformas en línea, en la medida en que la acreditación de la voluntad de desarrollar una actividad en el Estado miembro del domicilio del consumidor, es un signo evidente, o si se quiere, un indicio más, del cumplimiento del criterio de actividad dirigida por parte de los proveedores que utilizan dichas plataformas para facilitar a los consumidores el acceso o puesta a disposición de las prestaciones digitales.

10. Por último, en lo que atañe al segundo requisito mencionado, la aplicación del art. 17.1.c) del RBI bis queda supeditada, como se ha señalado, a que el contrato controvertido esté comprendido en el marco de dichas actividades. Tomando como punto de partida la decisión del TJUE en las sentencias *Mühlleitner* y *Emrek*, el presente requisito exige la existencia de alguna conexión entre el contrato y la oferta dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, sin que ello signifique que el consumidor debe celebrar el contrato a distancia, ni tampoco de que pueda tener conocimiento de la oferta a través de la página web del proveedor. Tanto en el caso de haber tenido conocimiento de la oferta por medio de conocidos, como en el supuesto de haberla conocido a través de la página web, el contrato quedaría comprendido en la actividad comercial dirigida por el proveedor al Estado miembro del domicilio del consumidor, si el consumidor decide desplazarse y celebrar el contrato en el Estado del establecimiento del suministrador. En ambos casos, el contrato se celebra en virtud del criterio de la actividad dirigida. Además, de acuerdo con el razonamiento del TJUE en la sentencia *Maletic*⁶⁰, atendiendo al objetivo de la protección del consumidor en cuanto parte más débil del contrato, y a la reducción al máximo de la posibilidad de procedimientos paralelos para evitar que se dicten en dos Estados miembros resoluciones inconciliables, también deberán considerarse comprendidos en la actividad comercial dirigida por el proveedor al Estado miembro del

⁵⁸ Es importante reseñar que con la entrada en vigor del Reglamento 2018/302/UE algunos de los elementos reseñados corren el riesgo de perder una cierta relevancia como indicios para concretar si las actividades van dirigidas al domicilio del consumidor. Así, por ejemplo, en la medida en que el Reglamento 2018/302/UE obliga a los proveedores a no discriminar a los consumidores domiciliados en Estados miembros distintos de los que dirige su actividad comercial, y, por tanto, a facilitar a estos el acceso a sus productos y servicios en las mismas condiciones que los consumidores locales, puede considerarse que la mención de la clientela internacional formada por clientes domiciliados en un Estado miembro, ya no constituya un elemento pertinente a estos efectos. *Vid.* PAREDES PÉREZ, J.I., “Medidas contra el geobloqueo geográfico injustificado: el Reglamento 2018/302 (UE) y su incidencia sobre las normas europeas de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018; LÓPEZ-TARRUELA MARTÍNEZ, A., “El Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico injustificado y su relación con el criterio de las actividades dirigidas”, *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, nº 7, 2018, pp. 46-64; LAFUENTE SÁNCHEZ, R., “El reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado y la aplicación de las normas de derecho internacional privado a los contratos de consumo concluidos por vía electrónica”, en *El Derecho privado en el nuevo...*, *op. cit.*, pp. 255-296.

⁵⁹ STJUE de 17 de octubre de 2013, C-218/12, *Emrek*, EU:C:2013:666, apdo. 32.

⁶⁰ STJUE de 14 de noviembre de 2013, C-478/12, *Maletic*, EU:C:2013:735, apdo. 29.

domicilio del consumidor los contratos sobre el suministro de contenidos o servicios digitales que este celebre con un tercero, y que puedan considerarse jurídicamente vinculados con el contrato que el consumidor haya celebrado con el proveedor. Por ejemplo, cuando los contenidos digitales en los bienes con elementos digitales no los suministra el propio vendedor sino un tercero en virtud de un contrato coaligado con el de compraventa. Del mismo modo, con arreglo al razonamiento del TJUE en la sentencia *Hobohm*⁶¹, también deberán quedar comprendidos en la noción de la actividad dirigida los contratos sobre el suministro de contenidos o servicios digitales que puedan considerarse vinculados o accesorios (por ejemplo, una instalación de almacenamiento en la nube) en relación con el contrato que el consumidor haya celebrado con el mismo proveedor, por estar destinado a conseguir el fin económico del contrato inicial, y ello incluso en el caso de que el contrato complementario no se inscriba en el ámbito de la actividad comercial al Estado miembro del domicilio del consumidor. Sobre la base del razonamiento del TJUE, aun siendo cierto que no exista una interdependencia jurídica entre los dos contratos, no deja de haber un nexo económico entre ambos, en virtud de la identidad de las partes y la identidad del objetivo económico en los dos contratos, lo suficientemente estrecho para considerar al contrato complementario comprendido como tal en la actividad comercial del proveedor al Estado miembro del domicilio del consumidor. Dicho lo cual, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que el concepto de “otra parte contratante” utilizado en el capítulo II, sección 4, del RBI bis designa no solamente al proveedor que suministra contenidos o servicios digitales al consumidor en virtud de un contrato único, sino también a los proveedores que hayan celebrado con el consumidor un contrato de suministro o contenidos digitales coaligado o vinculado al primero.

4. Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales excluidos del capítulo II, sección 4, del Reglamento de Bruselas I bis

A) Contratos de compraventa de mercancías y contratos de prestación de servicios

11. Como ya ha sido indicado, a diferencia de las reglas de competencia especiales del art. 17 a 19 del RBI bis, la aplicación del foro especial en materia contractual previsto en el art. 7.1 del RBI bis está supeditada al incumplimiento de una obligación contractual, que no necesariamente ha de derivar de un contrato celebrado entre un consumidor y un proveedor de contenidos o servicios digitales. En efecto, la noción de materia contractual contenida en el art. 7.1 del RBI bis ha sido objeto de una interpretación autónoma por parte del TJUE para incluir en esta categoría todas aquellas obligaciones derivadas de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra, o respecto a otra⁶². En la práctica, la exigencia de un compromiso voluntario de una parte frente a otra, en lugar de un acuerdo de voluntades entre las partes, como elemento clave de la definición de la noción de materia contractual, explica que queden comprendidas en ella, y por tanto calificadas como obligaciones contractuales, no solamente las obligaciones nacidas de un contrato, sino también, por analogía, las nacidas de relaciones que se asemejan a los

⁶¹ STJUE de 23 de diciembre de 2015, C-297/14, *Hobohm*, EU:C:2015:844, apdos. 36 y 37.

⁶² *Vid.* por todas la STJUE de 17 de junio de 1992, C-26/91, *Handte*, EU:C:1992:268, apdo. 15.

contratos, que crean entre las personas en cuestión vínculos estrechos del mismo tipo que los que se establecen entre las partes contratantes, así como las obligaciones nacidas de declaraciones emitidas por una persona mediante la que ésta se manifiesta su voluntad de obligarse⁶³. Dicho lo cual, atendiendo a los límites que establece el criterio del compromiso libremente asumido, esto significa que la categoría de obligaciones contractuales incluye no solamente las nacidas de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales excluidos de la esfera de aplicación de los arts. 17 a 19 del RBI bis, sino también las obligaciones voluntarias vinculantes que quedan fuera de las citadas disposiciones por no haber nacido precisamente de la celebración de un contrato, sino de un compromiso unilateral voluntario de un proveedor de contenidos o servicios digitales frente a los consumidores, como puede ocurrir con las situaciones excluidas de la DCSD, de valorar el carácter vinculante de la propuesta del proveedor, como un acto jurídico unilateral accesorio⁶⁴, que pudiera quedar aparte del contrato de suministro de contenidos o servicios de contenido digital. En efecto, aun en el caso de que se puedan considerar independientes entre sí los servicios gratuitos ofrecidos a los consumidores a cambio de los datos personales, la propuesta del proveedor podría interpretarse como un acto jurídico unilateral del que nace una obligación voluntaria susceptible de quedar comprendida en la categoría de materia contractual, en el sentido del art. 7.1 de RBI bis.

12. Además, la aplicación del foro especial en materia contractual plantea dificultades interpretativas en relación con la calificación de los contratos de suministro de suministros y servicios digitales dentro de las dos modalidades contractuales contenidas en las reglas especiales de la letra b) del art. 7.1 del RBI bis (contrato de compraventa de mercaderías y contrato de prestación de servicios), y en la identificación del lugar de cumplimiento de la prestación principal. Máxime cuando aún no existe jurisprudencia del TJUE a este respecto, en relación con la interpretación del foro especial contractual en los contratos objeto de estudio. Dicho esto, para resolver los problemas interpretativos es preciso tener presente la función que cumple la noción de obligación característica en el art. 7.1 del RBI bis, clave en la fase de la identificación del lugar de ejecución para los contratos a los que se aplican las definiciones autónomas de contrato de compraventa de mercaderías y de contrato de prestación de servicios. Concretamente, la noción de la obligación característica se incorpora en la letra b) del art. 7.1 del RBI bis con el objetivo de resolver las disfuncionalidades intrínsecas al primigenio art. 5.1 del CB, eliminando la necesidad de determinar la obligación principal que sirve de base a la demanda como de determinar el lugar de cumplimiento conforme a la ley aplicable al contrato, para ponerse al servicio del objetivo de poder concentrar en un único lugar, y, por tanto ante un único tribunal, todas las pretensiones que puedan surgir en el mismo contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios⁶⁵. Para lograr el objetivo expuesto, el sistema

⁶³ *Cfr.* Conclusiones del ABOGADO GENERAL SAUGMANDSGAARD ØE, H., presentadas el 10 de septiembre de 2020, C-59/19 Wikingerhof GmbH, EU:C:2020:688, apdo. 37. *Vid.*, en este sentido, también CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, 17ª ed., vol. II, Comares, Granada, 2017, pp. 902-905.

⁶⁴ *Vid.* METZGER, A., “Un modelo de mercado...”, en *El Derecho privado en el nuevo...*, *op. cit.*, p. 212.

⁶⁵ *Vid.* ESPINAR VICENTE, J.M., y PAREDES PÉREZ, J.I., *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 74.

previsto en el art. 7.1.b) del RBI bis recurre a la técnica de la obligación característica, como engarce entre las dos reglas especiales previstas para los contratos de compraventa de mercaderías y los contratos de prestación de servicios. En este estadio, la obligación característica desempeña una función clave en la calificación del contrato litigioso dentro de la categoría de contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios. Con carácter general, el TJUE se ha referido a este papel de la obligación característica del contrato como pilar y vector de la construcción de dichos conceptos autónomos europeos, señalando que para calificar un contrato a efectos del art. 7.1.b) del RBI bis, es preciso basarse en la obligación característica del contrato en cuestión⁶⁶. De este modo, un contrato cuya obligación sea la entrega de un bien deberá ser calificado de compraventa de mercaderías, mientras que un contrato cuya obligación característica sea una prestación de servicios deberá ser calificado de prestación de servicios, en el sentido de la citada disposición.

Sentado lo anterior, es preciso reseñar que la DCSD se limita a ofrecer una definición descriptiva y amplia de lo que se ha de entender por contratos de contenidos y servicios digitales, sin prejuzgar, como reseña el cdo. 2, la naturaleza jurídica de cada contrato, debiéndose dejar a la determinación de los Derechos nacionales. Sin embargo, como ya se ha indicado, las categorías recogidas en la letra b) del art. 7.1 del RBI bis requieren de una interpretación autónoma, y no entenderse ni como una remisión a la *lex fori*, ni tampoco como una remisión a la calificación dada por la *lex causae*. En este contexto, el TJUE ha declarado que quedan comprendidos en la categoría de contratos de compraventa de mercaderías todos aquellos contratos cuyo objeto sea la entrega de mercaderías que hayan de fabricarse o producirse previamente, incluidos los contratos en que el comprador, sin facilitar los materiales, haya formulado determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de las mercancías, y el proveedor sea responsable de la calidad y conformidad de las mercancías con el contrato⁶⁷, mientras que en la categoría de contratos de prestación de servicios todos aquellos contratos que implican como mínimo que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad y reciba por ella una remuneración⁶⁸. Por consiguiente, recibirán la calificación de contrato de compraventa, en el sentido del art. 7.1.b) de RBI bis, típicamente los contratos en los que, a cambio del pago de un precio (incluidas representaciones digitales de valor, como vales o cupones electrónicos, y monedas virtuales), el consumidor adquiera la propiedad de un bien con elementos digitales. Asimismo, recibirán tal calificación los contratos de adquisición de contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, cuando los contenidos digitales hayan sido pre-generados por el proveedor. En cambio, el art. 7.1.b) del RBI bis plantea dificultades interpretativas en relación con los contratos que tenga por objeto el desarrollo de contenidos digitales personalizados en función de las exigencias específicas del consumidor (*software* personalizado). A este respecto se ha de señalar que, atendiendo a los criterios establecidos por el TJUE en la sentencia *Car Trim*, el hecho de que el contenido digital deba fabricarse o producirse previamente, no pone en entredicho la

⁶⁶ STJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, EU:C:2010:90, apdos. 31 y 32; STJUE de 19 de diciembre de 2013, C-9/12, *Corman-Collins*, EU:C:2013:860, apdo. 34.

⁶⁷ STJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, EU:C:2010:90, apdo. 43.

⁶⁸ STJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco Privatstiftung*, EU:C:2009:257, apdo. 29.

calificación del contrato como contrato de compraventa, a menos que la persona que lo encargue (el consumidor) asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. Además, el hecho de que el proveedor sea el responsable de la calidad y la conformidad de los contenidos digitales con el contrato, es también un dato relevante a los efectos de la calificación de un contrato de suministro de contenido digital personalizado como contrato de compraventa de mercaderías, en el sentido del art. 7.1.b del RBI bis. Dicha interpretación, sin embargo, queda cuestionada cuando el proveedor solo fuera responsable de realizar una ejecución correcta siguiendo las instrucciones del consumidor, habida cuenta que tal circunstancia llevaría a calificar dicho contrato como un contrato de prestación de servicios, en el sentido del art. 7.1.b) del RBI bis⁶⁹.

En lo tocante a los contratos de suministro en línea de contenidos digitales, la imposibilidad de facilitar el contenido digital en un soporte material provoca grandes dificultades de cara a su calificación como contratos de compraventa de mercaderías o como contratos de prestación de servicios. Sin embargo, una interpretación sistemática del concepto de contrato de compraventa de mercaderías, en el sentido del art. 7.1.b) del RBI bis, a la luz del círculo hermenéutico que proporciona el Derecho derivado europeo, permite tratar la adquisición de contenidos digitales mediante su descarga en línea -por ejemplo, un programa de ordenador- como un equivalente funcional de la adquisición en soporte tangible, siempre que el uso del contenido digital no estuviera limitado⁷⁰. Se trata de la conclusión a la que llegó el TJUE en la sentencia *UsedSoft*⁷¹, en relación con el agotamiento del derecho de distribución derivado de la comercialización de programas de ordenador, tras considerar que mediante la descarga de Internet de la copia del programa de ordenador en un soporte informático, el consumidor obtiene igualmente, a cambio del pago de un precio, un derecho de uso de tal copia sin límite de duración. Dicha interpretación está en consonancia con el criterio adoptado por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena, el 11 de abril de 1980⁷² (CVIM) y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de octubre de 2011, relativo a una normativa común de compraventa europea⁷³ (PCESE), equiparando la adquisición de un contenido digital en línea con la adquisición del mismo contenido digital en soporte material, a condición de que las licencias del derecho de utilización del contenido digital se concedan con carácter indefinido. Por este motivo, quedarían excluidos de la definición de contrato de compraventa de mercaderías, en el sentido del art. 7.1.b) del RBI bis, los contratos de

⁶⁹ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 291-309, p. 302.

⁷⁰ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, op. cit., pp. 1017-1018. En este mismo sentido, vid. BASOREDO-OTZERINJAUREGI, I., “Derecho aplicable al contrato...”, en *Nuevos escenarios del Derecho...*, op. cit., pp. 671-672.

⁷¹ STJUE de 3 de julio de 2012, C-128/11, *UsedSoft*, EU:C:2012:407.

⁷² BOE n° 26, de 30 de enero de 1991.

⁷³ COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD).

suministro en línea que no otorguen un derecho de uso total del contenido digital⁷⁴. En efecto, aunque el objeto de estos contratos es el derecho de utilización de un contenido digital, sus efectos no son equiparables a la compraventa de mercadería, en la medida en que, en dichos contratos, el derecho de uso de los contenidos digitales se otorga por un periodo limitado, pasado el cual, priva al consumidor del acceso y la utilización de los contenidos digitales. En virtud de las características que rodean a este tipo de contratos, se puede afirmar que, a los efectos de la aplicación del art. 7.1 del RBI bis, se encuentran comprendidos en la categoría de contratos de prestación de servicios, habida cuenta de que, a cambio de una remuneración, por lo general, el proveedor se obliga a garantizar al consumidor no solo el disfrute de los contenidos digitales por un tiempo determinado, sino también a velar por el eficaz funcionamiento de los mismos, y, en su caso, por la custodia de los datos no personales gestionados por el consumidor. De este modo, recibirán la calificación de contratos de prestación de servicios, a la luz del art. 7.1.b) del RBI bis los variados contratos de servicios que permitan crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, como sucede con los servicios *cloud computing*, así como los contratos de servicios que permitan compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios, o interactuar de cualquier forma con dichos datos.

Con todo lo anterior, la posibilidad de que los consumidores, en lugar de un precio, faciliten o se comprometan a facilitar los datos personales, a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales, plantea dificultades interpretativas a los efectos de la inclusión de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales dentro de las categorías de contratos de compraventa de mercaderías y de contratos de prestación de servicios contenidas en la letra b) de art. 7.1 del RBI bis. A este respecto, la cuestión de si el compromiso del consumidor a facilitar sus datos personales, para poder acceder al suministro de contenidos o servicios digitales, debe entenderse o no como una contraprestación sinalagmática es, en esencia, fundamental, habida cuenta de que los contratos de compraventa de mercaderías y los contratos de prestación de servicios se fundamentan en la existencia de obligaciones recíprocas por las partes contratantes. En efecto, los contratos de compraventa de mercadería y de prestación de servicios son contratos sinalagmáticos, de ahí que la respuesta a la cuestión de la existencia de reciprocidad u onerosidad en aquellos contratos en los que el consumidor permite el tratamiento de sus datos personales a cambio de acceder a las prestaciones digitales, necesariamente predetermina la calificación de estos contratos dentro de las categorías establecidas en la letra b) del art. 7.1 del RBI bis. Sin embargo, una interpretación sistemática, en congruencia con el Derecho derivado europeo, permite afirmar que la facilitación de datos personales es susceptible típicamente de ser considerado como un tipo de remuneración, y, por lo tanto, como una suerte de contraprestación sinalagmática. En este contexto, la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018, por el que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas⁷⁵, establece en su considerando 16 que el concepto de remuneración debe abarcar también situaciones en las que el profesional monetiza los datos personales que haya recopilado del consumidor.

⁷⁴ *Vid.*, en este sentido, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 169.

⁷⁵ DOUE L 321, de 17 de diciembre de 2018.

Dicho planteamiento presenta coincidencias con el criterio adoptado por el párrafo segundo del art. 3.1 de la DCSD, pues aunque no utilice expresamente el término contraprestación, conduce a otorgar a los contratos en los que el consumidor permite el tratamiento de sus datos personales a cambio de acceder a las prestaciones digitales, la misma protección que si su contraprestación hubiera sido dineraria, a condición de que los datos personales sean tratados exclusivamente por el proveedor para un fin que no sea el suministro de los contenidos o servicios digitales o el cumplimiento de requisitos legales. Ciertamente, existen argumentos vinculados a la génesis de dicha disposición que abogan por dar una respuesta negativa a la equiparación entre dinero y datos, en contraste con la posición del cdo. 18 y el art. 5 del CESL, en la que se inspiraba la Propuesta de la DCSD⁷⁶, que reconocía la posibilidad de que el consumidor pudiera pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero. Sin embargo, la asimilación entre dinero y datos terminó desapareciendo de la redacción finalmente contenida en la DCSD, donde al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, se considera que los datos personales no pueden considerarse una mercancía (cdo. 24). Ahora bien, una cosa es no aceptar la equivalencia entre dinero y datos, y otra bien distinta es no reconocer la existencia de reciprocidad u onerosidad en los contratos en los que el consumidor permite el tratamiento de sus datos personales a cambio de acceder a las prestaciones digitales, habida cuenta del valor patrimonial de los datos personales en el contexto de los modelos de negocios basados en la explotación comercial de los mismos, a través de la cesión a compañías de publicidad o de marketing. No en vano, el cdo. 24 de la DCSD se encarga de subrayar que el objetivo perseguido por el legislador europeo no es otro que garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales (cdo. 24 DCSD), en los mismos términos que los contratos en los que el consumidor se compromete a pagar un precio.

A resultas de lo anterior, la facilitación de los datos personales como un equivalente funcional de la remuneración, pero no equivalente al pago en dinero, es sustancialmente relevante a los efectos de poder calificar de contrato de prestación de servicios, en el sentido de la letra b) del art. 7.1 del RIB bis, los contratos de servicios que permiten crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o los contratos que permiten compartir datos en formato digital cargados o creador por el consumidor, o interactuar de cualquier forma con dichos datos, cuando el consumidor facilita sus datos personales como contraprestación, habida cuenta que, como ha tenido la ocasión de precisar el TJUE en su sentencia *Corman Collins*⁷⁷, la remuneración atribuida como contrapartida de una actividad, no puede entenderse en el sentido estricto de pago de una cantidad dineraria, sino que basta con que obtenga otras ventajas que represente un valor económico para el proveedor de los contenidos o servicios digitales. En contrapartida, al ser esencial la obligación de pago del precio por parte del comprador⁷⁸, la no equivalencia entre dinero y datos personales resulta determinante para considerar que no puedan recibir la calificación de contrato de compraventa de mercaderías, en el sentido del art. 7.1.b) del RBI bis, los contratos de suministro digital en los que un consumidor se comprometa a

⁷⁶ COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD).

⁷⁷ STJUE de 19 de diciembre de 2013, C-9/12, *Corman-Collins*, EU:C:2013:860, apdo. 39.

⁷⁸ *Vid.* la definición de contrato de compraventa contenida en el art. 2.1 de la DCV y el art. 53 de la CVIM.

facilitar sus datos personales como contraprestación, salvo que el consumidor se comprometiera también a pagar un precio. Dicho lo cual, de acuerdo con la letra a) del art. 7.1 del RBI bis, la determinación de dónde se encuentra el lugar de ejecución de la obligación que sirva de base a la demanda en los contratos de suministro digital en los que el consumidor facilita datos personales, en lugar de pagar un precio, deberá determinarse para cada obligación con base en la *lex contractus*. Esta solución también se impone en relación con los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios, en el sentido de la citada disposición, en los que, según el contrato, el lugar de entrega de las mercaderías o de prestación de los servicios no se halla en un Estado miembro, así como aquellos casos en los que las partes hayan pactado expresamente la no aplicación de la letra b) del art. 7.1 del RBI bis.

B) La identificación del lugar de cumplimiento de la prestación principal

13. Para finalizar, como ya se ha indicado, es preciso subrayar que la obligación característica también es clave en la fase de la identificación del lugar de ejecución. Concretamente, en el marco del art. 7.1.b) de RBI bis, la obligación característica se pone al servicio del objetivo de poder concentrar en un solo lugar todas las pretensiones que puedan surgir en el mismo contrato de compraventa de mercaderías o de prestación de servicios, bajo la CJI de un solo tribunal⁷⁹. En la práctica, este enfoque plantea dificultades interpretativas tratándose de contratos que han de prestarse en más de un lugar. La respuesta del TJUE a la cuestión compleja de identificar el lugar de ejecución cuando exista una pluralidad de lugares (de entrega de bienes o de prestación de servicios), pasa por encontrar con la ayuda de criterios económicos el lugar de la “entrega principal” o el lugar de cumplimiento de la “prestación principal”, diferenciando, a su vez, entre contratos cuyas prestaciones constituyen operaciones diferentes y cuantificables, como, por ejemplo, una compraventa con entregas de mercancías en lugares distintos⁸⁰, y contratos que suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible o unitaria, como acontece con los contratos de transporte⁸¹. En las dos categorías, el lugar de la prestación principal cumple una función esencial para identificar el centro de gravedad en el que, según el contrato, se materializa el contrato de compraventa de mercaderías o el contrato de prestación de servicios, cuando las partes no hayan previsto expresamente el lugar de ejecución.

Dicho esto, cuando no resulta posible concretar el lugar de cumplimiento de los términos del contrato, la calificación de los contratos en los que el contenido digital se suministra a través de soporte material como contrato de compraventa de mercaderías, en el sentido del art. 7.1.b) del RBI bis, conducirá, con arreglo al planteamiento del TJUE en la sentencia *Car Trim*⁸², a materializar el centro de gravedad en el lugar que se produce la entrega material de los productos informáticos al comprador, y en el caso de los contratos de suministro en línea en el lugar donde el consumidor adquiriente autoejecute o

⁷⁹ STJUE de 3 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack*, EU:C:2007:262, apdo. 39.

⁸⁰ *Ibid.* apdo. 40.

⁸¹ STJUE de 9 de julio de 2009, C-204/08, *Rehder*, EU:C:2009:439, apdos. 42.

⁸² STJUE de 25 de febrero de 2010, C-381/08, *Car Trim*, EU:C:2010:90, apdo. 62.

descargue el contenido digital⁸³ (la residencia o el lugar donde se encuentra el consumidor). Sin embargo, es preciso indicar que el planteamiento de la sentencia *Car Trim* presenta problemas en los contratos de suministro en línea, habida cuenta de que, como ocurre también con los contratos de prestación de servicios en línea, el suministro de los contenidos digitales se produce íntegramente en la red, sin que propiamente tenga lugar una prestación material o física al consumidor, criterio determinante en la sentencia *Car Trim*. Esto explica que, por la peculiar naturaleza incorporea de los contenidos y servicios suministrados en línea, para la búsqueda del lugar de cumplimiento en los contratos de suministro en línea resulta más apropiado el enfoque propugnado a estos efectos en los contratos de prestación en línea de servicios digitales. En este contexto, partiendo del razonamiento del TJUE en la sentencia *Rehder*, cabría identificar dos lugares que, en virtud del vínculo directo que presentan con los servicios digitales suministrados, deben ser considerados lugar de prestación principal de los servicios: lugar de procedencia de los servicios (típicamente el lugar de establecimiento de prestador de servicios) y el lugar de destino (la residencia o el lugar en el que se encuentre el destinatario de los servicios). Si bien, al no tratarse de contratos que suponen, por su propia naturaleza, servicios prestados de manera indivisible o unitaria, la aplicación a estos contratos del criterio seguido por el TJUE en la sentencia *Car Trim*, conduce a tener que identificar entre esos dos lugares uno a la luz de la génesis, los objetivos y el sistema del RBI bis. Concretamente, en el caso de que no resulta posible concretar el lugar de cumplimiento de los términos del contrato, localizando este en el lugar en el que se encuentra el establecimiento del prestador de los servicios digitales en el momento de la celebración del contrato; por lo tanto, en el lugar de establecimiento del proveedor en los contratos de suministro de contenidos digitales⁸⁴. Dicha lectura encuentra una justificación basada en razones de previsibilidad y seguridad jurídica, habida cuenta de la incertidumbre inherente a la localización del domicilio del comprador o del destinatario del servicio, en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en línea; y, por otra, en la común naturaleza de la prestación principal en estos contratos, permitiendo la identificación de un lugar común principal a efectos de cumplimiento.

III. ACCIONES CIVILES EJERCITADAS EN EL MARCO DE LOS ARTÍCULOS 17 A 19 DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS

1. Acciones indisociablemente vinculadas al contrato celebrado entre el consumidor y el empresario

14. Como ha sido ya indicado, la calificación de una pretensión no se efectúa de la misma manera cuando las partes están vinculadas por un contrato comprendido en la esfera de aplicación del art. 17 del RBI bis, que cuando las partes están vinculadas por un contrato

⁸³ A favor de esta opción, *vid.* LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, p. 164.

⁸⁴ *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 1020-1021. Además, esta solución sigue la línea de la jurisprudencia del TJUE en la búsqueda del lugar de cumplimiento efectivo del contrato, cuando no se pueda deducir de su contenido, STJUE de 11 de marzo de 2010, C-19/09, *Wood Floor*, EU:C:2010:137; STJUE de 18 de marzo de 2019, C-64/17, *Saey Home*, EU:C:2018:173.

sometido al foro especial en materia contractual del art. 7.1 RBI bis. A diferencia del foro especial del art. 7.1 del RBI bis, la aplicación de las reglas especiales de competencia que contienen los arts. 17 a 19 del RBI bis no está supeditada a la necesaria identificación de una obligación contractual como causa de la pretensión, sino a la existencia de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional. Además, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que la interpretación del capítulo II, sección 4, del RBI bis se halla condicionada por el fundamento de las reglas de competencia especial que establece, por una parte, y a la necesidad de facilitar una buena administración de justicia, por otra⁸⁵. Desde esta perspectiva, en la sentencia *Gabriel* el TJUE ha señalado que dichos objetivos se oponen a que se pueda adoptar una interpretación del RBI bis que tuviera como consecuencia que ciertas pretensiones derivadas de un contrato celebrado por un consumidor queden sometidas a las reglas de competencia de los arts. 17 a 19 mientras que otras acciones, que presentan con dicho contrato relaciones tan estrechas que son indisociables de él, estén sometidas a reglas distintas⁸⁶. Por ello, para evitar, en la medida de lo posible, una multiplicidad de tribunales competentes en relación un mismo contrato de consumo, y poder garantizar la protección del consumidor, en la sentencia *Reliantco Investments* el TJUE ha precisado que, sin perjuicio del respeto de los demás requisitos previstos en el art. 17.1 del RBI bis, la aplicación del capítulo II, sección 4, del RBI bis a una acción de un consumidor contra un profesional queda condicionada no solo a la celebración efectiva de un contrato entre esas dos partes, sino también a que tal acción deba estar indisociablemente vinculada a ese contrato⁸⁷. Por consiguiente, sobre la base de esta exigencia, quedarán excluidas del ámbito de aplicación del capítulo II, sección 4, del RBI bis las acciones del consumidor que establezcan medidas correctoras en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales frente a personas con los que no haya contratado, independientemente de que reciban una calificación contractual en el Derecho nacional. Por ejemplo, en el caso de que un consumidor quisiera demandar al fabricante de un bien con elementos digitales, en virtud de la declaración pública realizada por este en la publicidad, en la que indicaba que el bien incluía una aplicación concreta, no facilitada con la compra del producto. Como se ha indicado, el capítulo II, sección 4, del RBI bis reserva su aplicación solamente a las acciones indisociablemente vinculadas al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales celebrado entre las partes, cualquiera que sea la causa de tales pretensiones, es decir, con independencia de que la pretensión pueda estar basada en la responsabilidad contractual o delictual del empresario cocontratante. Esta conclusión abraza tanto los supuestos en los que los contenidos o servicios digitales son suministrados por el mismo empresario al consumidor en virtud de un contrato único, como a los supuestos en los que el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales pueda considerarse conexo, vinculado o accesorio en relación con otro contrato que el consumidor haya celebrado con el mismo empresario o con otro profesional, configurándose cada uno como una parte de la completa operación jurídica y económica.

2. Responsabilidad contractual y delictual del proveedor de contenidos o servicios digitales

⁸⁵ STJUE de 14 de noviembre de 2013, C-478/12, *Maletic*, EU:C:2013:735, apdo. 30.

⁸⁶ STJUE de 11 de julio de 2002, C-96/00, *Gabriel*, EU:C:2002:436, apdo. 56.

⁸⁷ STJUE de 2 de abril de 2020, C-500/18, *Reliantco Investments LTD*, EU:C:2020:264, apdo. 54.

15. Como ha sido puesto de relieve, el capítulo II, sección 4, del RBI bis es aplicable a todas las acciones que tienen por objeto que se declare la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de una obligación vinculada indisociablemente al contrato celebrado entre el consumidor y el profesional, con independencia de que la pretensión pueda estar basada en la responsabilidad contractual o delictual del empresario demandado. Por consiguiente, quedarán comprendidas las acciones que tengan por objeto el ejercicio de las medidas correctoras previstas en la DCSD, cuando el empresario no haya cumplido el suministro de los contenidos o servicios digitales tras la celebración del contrato, o cuando el empresario incumpla cualquiera de los requisitos objetivos y subjetivos para la conformidad de los contenidos o servicios digitales, así como las acciones previstas en el Derecho nacional, relativas a la celebración, validez, nulidad o efectos del contrato, que resulte aplicable. Del mismo modo quedarán comprendidas en el capítulo II, sección 4, del RBI bis las acciones basadas en la responsabilidad delictual del proveedor con el que el consumidor ha celebrado el contrato, a condición de que tales acciones estén indisociablemente vinculadas a ese contrato. Lo que acontece, por ejemplo, cuando la pretensión tiene por objeto que se declare la responsabilidad del proveedor por una *culpa in contrahendo* basada, en particular, por el incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información previstas en el art. 6.1 de DDC. Siguiendo el razonamiento del TJUE en la sentencia *Reliantco Investments*, la citada acción debe considerarse indisociablemente vinculada con el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional, en la medida en que la acción se basa en el incumplimiento del deber legal del proveedor de informar al consumidor antes de la celebración del contrato sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. La información mencionada en la citada disposición, que ha de facilitar el empresario antes de la celebración del contrato, tiene una importancia fundamental, puesto que el consumidor decide sobre la base de esta información si desea vincularse contractualmente con un profesional⁸⁸, por lo que, se ha de considerar a dicha acción vinculada indisociablemente al contrato efectivamente celebrado entre tal consumidor y el proveedor, y, por tanto, comprendida en el capítulo II, sección 4, del RBI bis⁸⁹.

La misma interpretación se predica respecto de una acción ejercitada por un consumidor contra un empresario cuyo objeto sea la reclamación de daños y perjuicios basada en el art. 82 del RGPD, como consecuencia de un tratamiento ilícito de datos por parte del empresario (responsable) durante la ejecución del contrato de suministros de contenidos y servicios digitales celebrado entre las partes. Lo relevante a la hora de analizar si dicha acción se encuentra comprendida en el capítulo II, sección 4, del RBI bis, no es tanto la

⁸⁸ STJUE de 23 de enero de 2019, C-430/17, Walbusch Walter Busch, EU:C:2019:47, apdo. 46

⁸⁹ Como ha señalado la STJUE de 2 de abril de 2020, C-500/18, Reliantco Investments LTD, EU:C:2020:264, apdos. 70 y 71, esta conclusión viene a reforzar la coherencia necesaria entre la interpretación del RBI bis y la del RRII, en la medida en que es preciso recordar que el art. 12.1 del RRII establece que la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse realmente, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. Es decir, la inclusión de la acción reseñada en el ámbito de aplicación de los art. 17 a 19 del RBI bis permite que tanto la ley aplicable a una obligación derivada de los tratos llevados a cabo antes de la celebración de un contrato como el órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción relativa a tal obligación se determinen teniendo en cuenta el contrato cuya celebración se prevé.

calificación contractual o extracontractual de la responsabilidad civil del empresario-responsable, como que la citada acción se considere vinculada indisociablemente al contrato celebrado entre el consumidor y el profesional. En el plano teórico, la distinción entre lo que forma parte de la materia contractual y lo que pertenece al ámbito de la materia delictual, a los efectos de las reglas de competencia especiales del art. 7.1 del RBI bis, depende de la naturaleza de la obligación que invoca el demandante frente al demandado. Sin embargo, el criterio decisivo para que las reglas especiales de competencia de los arts. 17 a 19 del RBI bis resulten de aplicación a una acción de un consumidor contra un profesional unidos por una relación contractual, es que se trate de una acción que esté indisociablemente vinculada a ese contrato, y ello con independencia de la causa de dicha pretensión. En efecto, en el marco del art. 7 del RBI bis, cuando las partes litigantes están vinculadas por un contrato y una de ellas formula dos pretensiones distintas, una contractual y otra extracontractual según la calificación que se deriva del RBI bis, la competencia para cada una se determina por separado⁹⁰. En cambio, en el marco de los arts. 17 a 19 del RBI bis, cuando el consumidor acumula dos pretensiones materiales, que a los efectos del art. 7 del RBI bis forman parte de la materia contractual y de la materia delictual, debe señalarse que la pretensión extracontractual se considerará comprendida en la materia de contratos celebrados por un consumidor, en el sentido del art. 17 del RBI bis, cuando exista un vínculo material suficiente para justificar que dicha pretensión se entienda relacionada con el contrato celebrado con el profesional. En el ámbito que nos ocupa, este tipo de casos se puede producir, por ejemplo, cuando un consumidor acumula una acción de indemnización por los perjuicios causados por un cumplimiento defectuoso del suministro de contenidos y servicios digitales, y otra vinculada al art. 82 de RGPD por un tratamiento ilícito del responsable de los datos personales del consumidor durante la ejecución del contrato celebrado entre las partes. Sin duda, en la medida en que el comportamiento lesivo del empresario tiene su origen en el desempeño de su actividad relacionada con el contrato, entre esa acción de indemnización conforme al art. 82 del RGPD y el contrato existe un vínculo material suficiente, para justificar que dicha pretensión se entienda comprendida en la materia de contratos celebrados por un consumidor, en el sentido del art. 17 del RBI bis.

16. Asimismo, puede suceder que el mismo comportamiento lesivo del empresario constituya simultáneamente un incumplimiento de una obligación contractual y un incumplimiento de un deber impuesto por la ley con carácter general. Cabe pensar, por ejemplo, cuando el empresario-responsable realiza un tratamiento de datos para unos fines distintos del consentido por el consumidor para la celebración del contrato, motivo por el cual el consumidor presenta una demanda solicitando la resolución del contrato ilícita y una reclamación indemnización de daños y perjuicios conforme al art. 82 del RGPD; o bien cuando los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el RGPD, pueden considerarse asimismo una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la DCSD. A los efectos del art. 7 del RBI bis, en función de que una acción se halle comprendida en la materia contractual o en la delictual, el

⁹⁰ Vid. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Thomson Civitas, Cizu Menor, 2007, p. 149.

comportamiento lesivo del empresario genera potencialmente dos responsabilidades distintas (o concurrencia de obligaciones contractuales y delictuales). Por el contrario, la problemática de la concurrencia de responsabilidades desaparece cuando la acción de indemnización del art. 82 del RGPD queda comprendida en la esfera de aplicación de las reglas de competencia especiales contenidas en los arts. 17 a 19 del RBI bis. Ha quedado señalado, a los efectos de aplicar a una acción los foros de protección previstos en el capítulo II, sección 4, del RBI bis, que lo determinante es que se haya celebrado un contrato entre las dos partes litigantes, el consumidor y el profesional, y tal acción debe estar indisolublemente vinculada a ese contrato, sin que sea relevante la naturaleza delictual de la acción de indemnización, en el sentido del art. 7.2 del RBI bis. Por esta razón, volviendo a los ejemplos anteriores, en la medida en que el comportamiento lesivo se encuentre relacionado con las actividades desempeñadas por el empresario durante la ejecución de los respectivos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, las acciones de indemnización basadas en el art. 82 del RGPD quedarían comprendidas en la esfera de aplicación de los foros de protección previstos en los arts. 17 a 19 del RBI bis.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, cuando el interesado es un consumidor y se dan todas las condiciones para la aplicación del régimen específico aplicable a los contratos de consumo comprendido en los arts. 17 a 19 del RBI bis, para el ejercicio de una acción de indemnización basada en el art. 82 del RGPD, como consecuencia de la ilicitud del comportamiento imputado al empresario-responsable por el incumplimiento de las obligaciones legales impuestas por el RGPD durante la ejecución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, el consumidor tendrá a su disposición los foros de protección contenidos en el art. 18 del RBI bis y los foros previstos en las normas especiales del art. 79.2 del RGPD. En consecuencia, para hacer valer el derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción del RGPD, el consumidor podrá optar entre el *forum actoris* disponible en el art. 18.1 del RBI bis, en virtud del cual la acción podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor, o el criterio alternativo de competencia del art. 79 del RGPD, que prevé que las acciones frente al responsable o encargado podrán ser ejercitadas por el interesado ante los tribunales del Estado miembro en que tenga su propia residencia habitual; es decir, los dos foros conducen a atribuir CJI a los Tribunales más próximos al consumidor-interesado. Ahora bien, aunque, por lo general, el domicilio del consumidor coincidirá con la residencia habitual de la víctima, cabe subrayar que el *forum actoris* del art. 18.1 del RBI bis presenta más ventajas, en términos de mayor eficiencia procedimental, en la medida en que, a diferencia del fuero del art. 79.2 del RGPD⁹¹, determina la CJI y la competencia territorial, evitando problemas de desajustes entre los dos sectores.

⁹¹ Poniendo de relieve este problema en el ámbito de las acciones colectivas, *vid.* PATO, A., “The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights in the EU”, en *Privatizing Dispute Resolution, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*, vol. 2019, pp. 131-154, p. 152.

IV. ACCIONES EJERCITADAS EN EL MARCO DEL RÉGIMEN GENERAL DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS

1. Acciones comprendidas en la materia contractual y en la materia delictual

17. En el contexto del RBI bis, la calificación de una acción como contractual tiene una prioridad explícita sobre la calificación extracontractual⁹², habida cuenta de que el TJUE define la materia delictual, en el sentido del art. 7.2 del RBI bis, como una categoría subsidiaria frente a la materia contractual del art. 7.1 RBI bis, señalando que la primera comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual⁹³. Esta interpretación lleva a incluir en la materia delictual todas las pretensiones que no se basan en una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra, sino en la infracción de una obligación legal impuesta carácter general⁹⁴. Dicho lo cual, la distinción entre las acciones que forman parte de la materia contractual y las que pertenecen al ámbito de la materia delictual depende de la naturaleza de la obligación que invoca el demandante frente al demandado. A este respecto, para determinar si una pretensión está comprendida en la categoría de materia contractual no basta con identificar un contrato u otra forma de compromiso voluntario asumido por una persona frente a otra, sino que además es preciso que la pretensión se fundamente en la propia obligación contractual⁹⁵. En el contexto del RBI bis, lo importante es determinar si la fuente subyacente y original de la obligación controvertida y el motivo por el que se interpone la demanda resultan de una obligación libremente asumida entre las partes litigantes, y ello con independencia de que no hayan sido las partes originales del contrato. Esta última consideración permite la apertura del foro materia contractual a la eventual acción de un consumidor contra un proveedor cuando el contenido o servicio digital interconectado a un bien con elementos digitales debía ser suministrado por él, y no por el vendedor, en virtud del contrato de compraventa. Siguiendo el planteamiento del TJUE en el asunto *Flightright GmbH*⁹⁶, la acción del consumidor contra el proveedor del contenido o servicio digital debería ser calificada

⁹² Vid. ARENAS GARCÍA, R., “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 393-415, p. 409.

⁹³ Vid. por todas la STJUE, de 27 de septiembre de 1988, C-189/87 *Kalfelis* (TJCE 1989\45), apdo. 17.

⁹⁴ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 639. En este mismo sentido, las STJUE de 17 de septiembre de 2002, C-334/00, *Tacconi*, EU:C:2002:499, apdos. 25 y 27; STJUE de 18 de julio de 2013, C-147/12, *ÖFAB*, EU:C:2013:490, apdos. 35 a 38, y la STJUE de 21 de abril de 2016, C-572/14, *Austro-Mechana*, EU:C:2016:286, apdos. 37 y 50. Véase, asimismo, las conclusiones del ABOGADO GENERAL SAUGMANDSGAARD ØE, H., presentadas el 24 de enero de 2019, C-603/17, *Bosworth Hurley*, EU:C:2019:65, apdo. 67.

⁹⁵ *Cfr.* Conclusiones del ABOGADO GENERAL SAUGMANDSGAARD ØE, H., presentadas el 10 de septiembre de 2020, C-59/19 *Wikingerhof GmbH*, EU:C:2020:688, apdo. 39.

⁹⁶ STJUE de 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16, *Flightright GmbH*, EU:C:2018:160, apdo. 63. Vid. SINDRES D., “L'appréhension par le droit international privé de l'action en responsabilité d'un tiers fondée sur un manquement contractuel du défendeur”, *Revue Critique de Droit International Privé*, nº 4, 2020, pp. 711-741. En nuestra doctrina, proponiendo la misma solución antes que el TJUE, vid. ARENAS GARCÍA, R., “La distinción entre...”, *loc. cit.*, pp. 417-418.

como contractual, en la medida en que dicho proveedor cumple con las obligaciones libremente consentidas con respecto a quien contrata con el consumidor, naciendo dichas obligaciones del contrato de compraventa.

18. Con todo lo anterior, a efectos de una calificación autónoma, tan esenciales son los hechos que dan lugar a la acción, como las normas materiales invocadas por el demandante para su fundamentación, en la medida en que los dos datos facilitan las indicaciones necesarias para identificar las características de la obligación, en el sentido autónomo, en la que dicha acción se basa, y que se ha de calificar. De este modo, una pretensión se basará en la responsabilidad contractual cuando el comportamiento recriminado al demandado constituya el incumplimiento de una obligación que se impone en virtud de un acuerdo libremente asumido entre las partes, lo que incluye no solo el incumplimiento de las obligaciones que se establecen en el contrato, sino también el incumplimiento de las obligaciones *ex lege* previstas para el tipo de contrato en cuestión, que asumieron las partes en virtud del contrato. En cualquiera de los dos casos, las acciones comprendidas en el art. 7.1 del RBI bis suscitan, en cuanto al fondo, cuestiones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus*, lo que explica también que la naturaleza contractual de la obligación litigiosa pueda deducirse también a partir de los criterios sustanciales autónomos previstos en el RRI, garantizando así la coherencia interna de la materia contractual, en el sentido del art. 7.1 RBI bis, con las cuestiones comprendidas en el ámbito de la ley aplicable al contrato⁹⁷. Por ello, quedan comprendidas en la materia contractual las pretensiones que exijan al juez que se pronuncie sobre cuestiones de naturaleza contractual relacionadas con la formación, el cumplimiento y los efectos del contrato. En particular, en el marco del presente estudio, el ejercicio de las medidas correctoras previstas en la DCSD en caso de incumplimiento en el suministro de contenidos y servicios digitales o para exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad [art. 12.1.b) del RRI], cumpliendo los requisitos pactados entre el empresario y el consumidor, así como los que resulten de la información precontractual como parte integrante del contrato; las acciones de nulidad y de la restitución del pago en caso de nulidad del contrato [art. 12.1.a) del RRI]⁹⁸, las acciones declarativas de validez, nulidad e inexistencia contractual⁹⁹, como las que tengan por objeto la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual [art. 10.1 del RRI]¹⁰⁰.

19. Por el contrario, atendiendo a la definición de la categoría de materia delictual, cuando la responsabilidad del demandado resulta de un hecho dañoso consistente en el incumplimiento de una obligación legal impuesta con carácter general, el foro especial del art. 7.2 del RBI bis quedará reservado a las acciones del consumidor dirigidas a declarar la responsabilidad de terceros con las que no haya contratado por los perjuicios resultantes, o bien de una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, o bien de una falta de seguridad de los contenidos o servicios digitales. A este respecto, el cdo. 12

⁹⁷ *Cfr.* Conclusiones del ABOGADO GENERAL SAUGMANDSGAARD ØE, H., presentadas el 10 de septiembre de 2020, C-59/19 Wikingerhof GmbH, EU:C:2020:688, apdo. 40.

⁹⁸ *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 20 de abril de 2016, C-366/13, Profit Investment EU:C:2016:282.

⁹⁹ *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 4 de marzo de 1982, C-38/81, Effer Spa, EU:C:1982:79.

¹⁰⁰ *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 28 de julio de 2016, C-191/15, Verein für Konsumenteninformation EU:C:2016:612.

advierte que la DCSD no debe afectar a las normas nacionales que establecen las medidas correctoras de que dispone el consumidor en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales, frente a las personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones u otras personas que cumplan las obligaciones de dichas personas¹⁰¹. En este mismo contexto, el cdo. 13 indica que los Estados miembros también siguen siendo libres, por ejemplo, de regular las acciones por responsabilidad que ejercite un consumidor frente a un tercero que no sea un empresario que suministre o se comprometa a suministrar los contenidos o servicios digitales. Por lo tanto, en el contexto del RBI bis, las acciones emprendidas por un consumidor contra un tercero en cualquiera de estas situaciones quedarían comprendidas en la materia delictual, al no haber asumido el tercero ninguna obligación de naturaleza contractual frente al consumidor. Así podría ocurrir, por ejemplo, en el marco del desarrollo de contenidos digitales personalizados, cuando el producto informático adolece de un defecto de conformidad o vicio que le hiciera impropio para el uso especial o específico requerido por el consumidor. En el caso de que la legislación aplicable reconociera una acción al consumidor contra el desarrollador para poder ejercitar las medidas correctoras a consecuencia de un defecto de conformidad. Como en el asunto *Handte*¹⁰², a los efectos del RBI bis, la acción directa contra el desarrollador sería de naturaleza extracontractual, en la medida en que no existe ningún vínculo contractual entre el consumidor y el desarrollador, y este último no ha asumido ninguna obligación de naturaleza contractual frente al primero. Lo mismo ocurriría en el caso de que la acción tuviera por objeto el cumplimiento de las medidas correctoras por una persona distinta del cocontratante del consumidor, que hubiera intervenido en fases previas a las cadenas de transacciones, teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por dicha persona en la publicidad o en el etiquetado. Asimismo, también se deberá calificar de extracontractual la acción ejercitada por el consumidor contra una persona que no fuera el proveedor, como en el caso del desarrollador del ejemplo anterior, para reclamar una indemnización por los daños causados por el contenido digital suministrado a un dispositivo del consumidor o a otro contenido digital diferente.

20. Con todo lo anterior, partiendo de la base de que, cuando la conducta ilícita y sus consecuencias se localizan en Estados miembros distintos¹⁰³, el art. 7.2 del RBI bis atribuye competencia tanto a los tribunales del Estado miembro del lugar del hecho que pueda causar la responsabilidad como a los del lugar en el que se ocasiona el daño, cuando la pretensión de responsabilidad civil tenga su fundamento en el incumplimiento de una obligación de conformidad como en el caso de que se base en la infracción de una obligación de seguridad, el lugar de origen del daño se localizará en el Estado miembro en cuyo territorio se haya fabricado el bien defectuoso que incorpore los contenidos digitales¹⁰⁴; y en el caso de haber sido comercializado en línea, el espejo de lo establecido por el TJUE en su jurisprudencia relativa a los actos ilícitos cometidos en internet, llevaría a localizar dicho

¹⁰¹ *Vid.*, a este respecto, el art. 125.1 del TRLGDCU.

¹⁰² STJUE de 17 de junio de 1992, C-26/91, *Handte*, EU:C:1992:268, apdo. 20.

¹⁰³ *Vid.* STJUE de 29 de julio de 2019, C-451/18, *Tibor-Trans*, EU:C:2019:635, apdo. 28 y jurisprudencia citada.

¹⁰⁴ *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 16 de enero de 2014, C-45/13, *Kainz*, EU:C:2016:612, apdo. 29.

lugar en el Estado miembro del establecimiento del profesional infractor¹⁰⁵. Por lo que respecta al lugar de materialización del daño, sobre la base de que, en estos casos, el perjuicio inicial tiene su origen en un daño material ocasionado por un defecto o vicio del que adolecen el bien y los contenidos digitales, del que deriva una pérdida de valor del bien, o un daño a otros bienes, que se pone de manifiesto con posterioridad a su adquisición, el lugar de manifestación del daño se hallará en el Estado miembro en cuyo territorio el consumidor haya adquirido el bien o el contenido digital defectuoso (que con frecuencia coincidirá con su propia residencia)¹⁰⁶. Dicha solución se impone también a los daños materiales ocasionados por el suministro de contenidos o servicios digitales en línea, siendo determinante, para concretar el lugar de adquisición en estos casos, la jurisprudencia del TJUE relativa al criterio de la actividad comercial dirigida al país del consumidor.

2. Concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual

21. Como ha quedado indicado, en el marco de una mismo litigio entre partes contratantes, puede ocurrir que el mismo comportamiento lesivo constituya simultáneamente un incumplimiento de una obligación contractual y un incumplimiento de un deber legal que sea oponible *erga omnes* (concurrencia de responsabilidades), en cuyo caso, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, los tribunales de un Estado miembro que sean competentes para conocer, conforme al art. 7.1 del RBI bis, de los fundamentos contractuales, no son competente para conocer de un aspecto de la demanda que tenga un fundamento delictivo. En efecto, el juez del contrato es competente (únicamente) para conocer de los fundamentos contractuales, mientras que el juez del delito lo es para conocer de los fundamentos delictuales. Ninguno de estos jueces dispone, por otra parte, de una competencia accesoria para pronunciarse sobre lo que no forma parte de su materia. En este contexto, en la sentencia *Kalfelis* el TJUE consideró que una demanda no puede calificarse en su conjunto, sino cada una de sus pretensiones, en función de su fundamento¹⁰⁷. Una acción de responsabilidad relativa a un mismo hecho dañoso puede someterse al foro contractual o al foro delictual, en función de los fundamentos jurídicos que invoque el demandante, es decir, de las normas de Derecho material invocadas por este en su pretensión. Por ello, a los efectos de la calificación de la acción, habrá que valorar la *causa petendi* de la acción ejercitada. Si en ella se discute de manera fundamental la infracción de una obligación libremente asumida entre las partes, la acción debe calificarse como contractual. Por el contrario, si se discute la infracción de un deber impuesto por la ley con carácter general, la acción se calificará como extracontractual. Así, de imaginar que un proveedor hubiera tratado los datos personales facilitados por un consumidor para fines distintos de los consentidos para el suministro de los contenidos y servicios digitales, el consumidor podría ejercitar, en una misma demanda, una acción de resolución por incumplimiento del contrato, acompañada de una acción de resarcimiento fundada en el art. 82 del RGPD, como consecuencia del tratamiento ilícito de datos por

¹⁰⁵ *Vid.*, por analogía, la STJUE de 19 de abril de 2012, C-523/10, Wintersteiger, EU:C:2012:220, apdos. 30 a 38.

¹⁰⁶ *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 9 de julio de 2020, C-343/19, Volkswagen AG, EU:C:2020:534, apdos. 37 a 39.

¹⁰⁷ STJUE de 27 de septiembre de 1988, C-189/87, *Kalfelis*, EU:C:1988:459, apdos. 16 a 19.

el empresario durante el suministro de los contenidos o servicios digitales. Sobre la base de la anterior distinción, no es suficiente con la mera circunstancia de que el responsable del tratamiento y el consumidor (interesado) estén vinculados por un contrato para que la segunda acción pueda ser calificada como contractual. Para recibir tal calificación, resulta indispensable que la acción se base en el Derecho contractual, lo que no es el caso de la reseñada pretensión de resarcimiento, habida cuenta de que el hecho generador del perjuicio alegado por el consumidor, que fundamenta la reparación con arreglo al art. 82 de RGPD, emana de la infracción de un deber que el RGPD impone al empresario (responsable) con carácter general, al margen de un contrato o de otro compromiso voluntario.

22. Sin embargo, es bien sabido que, tras la sentencia *Kalfelis*, el TJUE abordó esta misma problemática en la sentencia *Brogstetter*¹⁰⁸ con un enfoque distinto del empleado en la primera, en el marco de un litigio planteado ante los tribunales alemanes, en el que el demandante exigía una indemnización a sus cocontratantes en concepto de responsabilidad delictual, sobre la base de las normas de Derecho alemán contra la competencia desleal, a los que les imputaba, en particular, haber incumplido una obligación de exclusividad prevista en su contrato. En este asunto, el TJUE se apartó de una calificación basada en la valoración de la *causa petendi* de la acción ejercitada para adoptar una calificación fundamentada en los hechos que sustentan la demanda¹⁰⁹, situando el centro de atención, a la hora de determinar si la acción queda comprendida en el art. 7.1 del RBI bis, en que la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulte indispensable para determinar la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo. En estas coordenadas, el TJUE señaló que, con independencia de cómo califique este tipo de acciones el Derecho nacional, una acción queda como comprendida en la materia contractual del art. 7.1 del RBI bis, únicamente si puede considerarse que el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como puede determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato. Dicho lo cual, el planteamiento del TJUE en la sentencia *Brogstetter* es criticable porque provoca el riesgo de una *vis attractiva* de la materia contractual en todas las situaciones en las que un mismo comportamiento puede constituir simultáneamente un incumplimiento de una obligación contractual y de una obligación delictual. No en vano, partiendo de la base de que la información relacionada con el tratamiento de datos personales, la duración y la forma del tratamiento, como los fines que se persiguen con dicho tratamiento, figuran en cláusulas predisuestas con el propósito de ser incorporadas a múltiples contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, el enfoque de la sentencia *Brogstetter* conduce a que una acción de resarcimiento fundada en el art. 82 del RGPD pueda recibir una calificación contractual cada vez que, para pronunciarse sobre la legalidad del comportamiento reprochado al empresario, fuera necesario tener en

¹⁰⁸ STJUE de 13 de marzo de 2014, C-548/12, *Brogstetter*, EU:C:2014:148, apdos. 24 y 25.

¹⁰⁹ En apoyo del cambio de enfoque, abogando por una interpretación autónoma del objeto del contrato, *vid.* MINOIS, M., *Recherche sur la qualification en Droit international privé des obligations*, LGDJ, Paris, 2020, pp. 180-186. Por el contrario, en sentido crítico, destacando la necesidad de tener en cuenta la *causa petendi* conforme al Derecho nacional en que se funda la acción, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 2, 2018, pp. 17-47, pp. 32-33.

cuenta el objeto del contrato. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando el fundamento de la acción fuera la inobservancia por el empresario de la obligación establecida en el art. 6 del RGPD, de no tratar los datos personales facilitados por el consumidor para fines distintos de los consentidos por este último para el suministro de los contenidos y servicios digitales, o cuando la causa fuera la inobservancia por el empresario de los requisitos del RGPD que dan soporte a los tratamientos derivados de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Ambos supuestos quedarían comprendidos en la materia contractual, conforme a la jurisprudencia *Brogasser*, en la medida en que la interpretación del contrato resultaría indispensable para determinar la ilicitud del tratamiento de datos personales realizada por el proveedor, ya sea en el momento del inicio de la relación contractual, como en la fase de ejecución del contrato.

23. Como puede verse, pese a habilitar la concentración de acciones ante el mismo juez del contrato, la doctrina *Brogasser* desnaturaliza la esencia de la definición autónoma de las nociones de materia contractual y delictual, al permitir que una acción pueda ser calificada como contractual aun cuando la fuente de la obligación litigiosa no sea el contrato, sino la infracción de un deber que el RGPD impone al empresario (responsable), como norma general aplicable cualquiera que sea el contexto en el que se tratan datos personales, al margen de ese contrato o de otro compromiso voluntario. Por esta razón, debe ser bien recibida la Sentencia *Wikinghof*¹¹⁰, en la que el TJUE ha tenido la ocasión de precisar y delimitar las incertidumbres que rodean al criterio resultante de la Sentencia *Brogasser*, a los efectos de excluir de la materia contractual una acción ejercitada para el cese de determinados actos llevados a cabo en el marco de la relación contractual que vincula al demandante con el demandado y basada en una alegación de abuso de posición dominante cometido por este último. En este contexto, la Sentencia *Wikinghof* destaca por acoger de nuevo una calificación basada en la *causa petendi* de la acción, y por tener en cuenta también la interpretación del contrato pero, esta vez, a efectos de determinar la legalidad del comportamiento recriminado en el ámbito delictual. En efecto, la Sentencia *Wikinghof* ha perfilado el criterio del estudio necesario del objeto del contrato para determinar la ilicitud del comportamiento recriminado al demandado, identificándolo con las acciones basadas en las estipulaciones de un contrato o en normas jurídicas aplicables en virtud de dicho contrato. En este contexto, es importante destacar que, con la adopción de la DCSD, la facilitación de datos personales se convertirá en una parte del contrato y, por tanto, sujeto no solo a la normativa general de protección de datos, sino también a las normas del Derecho contractual. Ahora bien, esto no significa que todas las acciones relacionadas con un tratamiento ilícito de los datos transferidos en el momento de la celebración del contrato y durante la ejecución del mismo, deban ser calificadas como contractuales. Como ha sido indicado, una acción recibirá tal calificación cuando su fundamento exige que el juez se pronuncie sobre cuestiones de Derecho contractual, lo que sucederá, en los casos en que un consumidor facilita datos personales para el suministro de contenidos o servicios digitales, cada vez que resulte imprescindible la interpretación de los términos y condiciones generales que se refieran a la materia de privacidad, o cada vez que el régimen jurídico de la protección de datos y, en particular, su contravención, pueda incidir en la validez y la eficacia del contrato, o en la falta de

¹¹⁰ STJUE de 24 de noviembre de 2020, C-59/19, *Wikinghof GmbH*, EU:C:2020:950, apdos. 30 a 37.

conformidad de los contenidos y servicios digitales. En efecto, al tratarse de obligaciones nacidas del propio contrato, tales estipulaciones pueden suscitar cuestiones de Derecho contractual, como las relativas a su eficacia y validez, o las consecuencias de su incumplimiento. Como se ha mencionado anteriormente, el tratamiento de datos suele basarse en políticas de datos estandarizadas, lo que significa que las condiciones generales sobre protección de datos quedarán sometidas al control de incorporación y de contenido de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores¹¹¹. Además, como obligación contractual vinculante, el incumplimiento de las cláusulas relativas a la facilitación y el tratamiento de datos personales es determinante para que entren en juego remedios jurídicos de naturaleza contractual, como ocurre frente al incumplimiento por el consumidor de la obligación de proporcionar datos personales como contraprestación, permitiendo que el empresario pueda negarse a suministrar el contenido o el servicio o incluso a poder resolver el contrato; o cuando el proveedor utiliza los datos facilitados por el consumidor para fines distintos de los previstos en el contrato, pudiendo el consumidor resolver el contrato y, en su caso, la reclamación de una indemnización por dicho incumplimiento contractual. De la misma manera, el régimen jurídico de la protección de datos y, en particular, su contravención, puede incidir en la validez y la eficacia del contrato, y en la evaluación de la conformidad de las prestaciones digitales, suscitando también cuestiones de naturaleza contractual. En efecto, en los contratos en que un consumidor facilita sus datos personales como contraprestación, la retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales (art. 7.3 del RGPD), una vez pasado el plazo para desistir del contrato (art. 9 de la DDC), acarreará consecuencias patrimoniales derivadas del posible incumplimiento del contrato y, en su caso, producción de daños y perjuicios. Del mismo modo, la contravención de una norma legal imperativa como es el RGPD, puede suponer la ineficacia del contrato contrario a la ley o, en su caso, la anulabilidad a instancia del consumidor¹¹². Por último, también plantean cuestiones de naturaleza contractual los supuestos en los que el incumplimiento de las obligaciones que el RGPD pueda considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales con los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad establecidos por la DCSD, que desencadena el ejercicio de las medidas correctoras establecidas en ella.

¹¹¹ DOCE n° 95, de 21 de abril de 1993. Cabe declarar la ineficacia de las cláusulas poco claras que se ocupan de la finalidad del tratamiento, al no cumplir los requisitos de transparencia formal (art. 5 de la Directiva 93/13/CEE), o la nulidad de las cláusulas consideradas abusivas. Así ocurre con las cláusulas sobre el objeto principal del contrato (cesión de datos como contraprestación) por no superar el control de transparencia material (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE), o del resto de cláusulas cuando puedan causar un perjuicio desproporcionado (art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE). *Vid.* METZGER, A., “Un modelo de mercado...”, en *El Derecho privado en el nuevo...*, *op. cit.*, p. 212; GARCÍA PÉREZ, R.M., “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”, en *El Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 175-208, p. 201.

¹¹² *Vid.* HACKER, P., “Regulating the economic impact of data as counter-performance: from the illegality doctrine to the unfair contract terms Directive”, en *Data as counter-performance-contract law 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 47-76.

24. Con todo lo anterior, la acción resarcitoria establecida en el art. 82 del RGPD no puede quedar comprendida en la materia contractual, en la medida en que, siguiendo el planteamiento del TJUE en la Sentencia *Wikinghof*, lejos de basarse en las estipulaciones de un contrato o en normas jurídicas aplicables en virtud de dicho contrato, se fundamenta en el derecho del consumidor (interesado) a recibir del empresario (responsable) una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción de las obligaciones legales que el RGPD impone con carácter general al responsable del tratamiento, al margen del incumplimiento de las obligaciones jurídicamente vinculantes en virtud del contrato. En efecto, conviene tener presente, como deja bien claro el cdo. 38 de la DCSD, que la DCSD no interfiere en las condiciones para el tratamiento lícito de los datos personales facilitados por el consumidor, por cuanto esta cuestión está regulada por el RGPD. Por esta razón, la aplicación de la DCSD debe entenderse sin perjuicio de los derechos reconocidos por el RGPD al consumidor, como interesado, que serán de aplicación a todos los datos personales facilitados por el consumidor al empresario o recopilados por este en relación con todo contrato que entre en el ámbito de aplicación de la DCSD. Precisamente, entre esos derechos se encuentra el derecho reconocido por el art. 82 del RGPD al consumidor (interesado), cuyo fundamento material se asienta en la antijuricidad del comportamiento del proveedor-responsable contrario al RGPD, aun cuando tenga lugar en el contexto del contrato celebrado, lo que permite, a su vez, deducir que el art. 82 del RGPD circunscribe la reclamación de indemnización al ámbito extracontractual. La naturaleza delictual de la acción de resarcimiento establecida en el art. 82 del RGPD se ve confirmada porque no suscita, en cuanto al fondo, cuestiones de naturaleza contractual; no se fundamenta en la violación de un contrato, o en normas del Derecho contractual, sino en la infracción de los deberes legales que impone con carácter general el RGPD al proveedor para el tratamiento de los datos personales. En particular, la determinación de la licitud de todo tratamiento de datos personales en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no es una cuestión que corresponda al Derecho contractual, sino a la normativa de protección de datos, de conformidad con alguno de los fundamentos jurídicos previstos en el art. 6.1 del RGPD. No en vano, en el caso de que el tratamiento de datos esté basado en el consentimiento del consumidor con arreglo al art. 6.1.a) del RGPD, la licitud del consentimiento transcurre por caminos diferentes al consentimiento contractual¹¹³. La licitud del consentimiento para el tratamiento de los datos personales se determina bajo las disposiciones específicas del RGPD, incluidas las condiciones para valorar si se presta libremente, sin interferir en la validez del contrato celebrado. En este contexto, el hecho de que resulte necesaria la interpretación de las estipulaciones del contrato para determinar la licitud del consentimiento en el sentido del RGPD, no debe anular la calificación delictual de la acción de resarcimiento establecida en el art. 82 del RGPD. En efecto, la necesidad de interpretar el contrato no solo puede resultar determinante para la calificación contractual de la acción, tal como invocó el TJUE en la sentencia *Brogstetter*, sino también para pronunciarse sobre la legalidad del

¹¹³ Vid. GARCÍA PÉREZ, R.M., “Interacción entre protección...”, en *El Derecho privado...*, op. cit., pp. 175-208, esp. pp. 191-192.

comportamiento recriminado en el ámbito delictual¹¹⁴. Este dato explica el cambio jurisprudencial provocado por la sentencia *Wikingerhof*, al hilo de la calificación delictual de una infracción de las normas del Derecho de la competencia cometida en el marco de la relación contractual que vinculaba a las partes del litigio principal, en la que el TJUE invocó la necesidad de la interpretación del contrato para determinar el carácter ilícito de las prácticas reprochadas al demandado. Desde la perspectiva del presente estudio, evidentemente, la licitud del consentimiento prestado por el consumidor para el tratamiento de datos personales en un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, que pudiera justificar acción resarcitoria del art. 82 del RGPD, se ha de demostrar sobre la base de las cláusulas contractuales pertinentes contenidas en el contrato, las cuales serán interpretadas, a la luz de los requisitos exigidos por el RGPD, para verificar la validez del tratamiento basado en el consentimiento. El punto de referencia para apreciar la licitud de dicho tratamiento no es el contrato ni las condiciones generales ni el Derecho que le resulte de aplicación, sino la normativa de protección de los datos personales. La interpretación de las estipulaciones resultará necesaria para determinar de manera objetiva, a la luz del RGPD, el consentimiento válido para el tratamiento de datos personales, es decir, si ha ido precedido de una información concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso (art. 12.1 del RGPD), y si ha sido dado de forma libre, específica, informada e inequívoca (art. 4.11 del RGPD). Por consiguiente, cuando el mismo comportamiento lesivo del proveedor constituya simultáneamente un incumplimiento de una obligación contractual y un incumplimiento de un deber legal previsto en el RGPD, la imposible acumulación de acciones puede dar lugar a una fragmentación de tales litigios ante los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del consumidor (activo)-interesado, en la medida en que un mismo hecho dañoso, analizado desde la perspectiva de distintos fundamentos, puede ser competencia de jueces diferentes: el juez del contrato (art. 7.1 del RBI bis) y el juez del delito (art. 79.2 del RGPD)¹¹⁵.

¹¹⁴ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. “Delimitation entre matiere contractuelle et matiere delictuelle dans l’Espace judiciaire europeen (l’affaire Brogsitter)”, *Annuaire de Droit de l’Union Européenne*, vol. 38, 2014, pp. 472-478, esp. p. 475.

¹¹⁵ La caracterización de la regla especial de competencia del art. 79.2 del RGPD como una suerte de especificación normativa de la doctrina *eDate Advertising* del TJUE, en relación con la interpretación del art. 7.2 del RBI bis en los litigios relativos a la intromisión de derechos de la personalidad en Internet, es determinante para concretar el alcance material y territorial de los foros de competencia que establece el art. 79.2 del RGPD, y, por lo tanto, para considerar que no responden a un criterio de *favor laesi*, descartando cualquier lectura de los foros del art. 79.2 del RGPD en clave de foros de protección. Siguiendo esta interpretación, los foros de competencia del art. 79.2 del RGPD abren la puerta solamente a acciones de carácter extracontractual, permitiendo al interesado demandar por el conjunto daños generados por la conducta infractora del responsable, *vid.* PAREDES PÉREZ, J.I., “Acciones de representación resarcitorias y protección de los consumidores como titulares de datos en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio en clave de foros de competencia judicial internacional”, en *Desafíos jurídicos...*, *op. cit.*, pp. 469-501.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL

25. El examen de los problemas de calificación y las dificultades de interpretación que plantean, en el contexto del RBI bis, las acciones de las que dispone el consumidor en el marco de la DCSD, ponen de relieve el riesgo al que se enfrenta el consumidor demandante fuera del régimen específico de competencia de los arts. 17 a 19 del RBI bis, de no poder concentrar ante sus propios tribunales dos pretensiones, una contractual (medidas correctoras establecidas en la DCSD) y otra extracontractual (derecho de compensación basado en el art. 82 del RGPD), y ello a pesar de traer causa en el mismo contrato y simultáneamente en la misma conducta infractora del proveedor de contenidos o servicios digitales, pues, en defecto de sumisión expresa, la única opción que le queda al consumidor activo para concentrar las dos pretensiones es acudir al foro general del domicilio del demandado (art. 4.1 del RBI bis). En puridad, con el problema expuesto subyace la necesidad de acometer una reforma del RBI bis para establecer una competencia accesoria en los casos de concurrencia de responsabilidades, cuya solución pasaría principalmente por atribuir competencia al juez del contrato también para las acciones extracontractuales, cuando estas se vinculan a una relación contractual previa y existe una identidad de partes¹¹⁶. Ahora bien, como toda regla tiene su excepción, el problema en estudio reclamaría la solución contraria, es decir, atribuir al juez del delito (los tribunales de la residencia habitual del consumidor-interesado, ex art. 7.2 del RBI bis/art. 79.2 RGPD) la competencia accesoria para conocer también de la pretensión contractual (infracción de una obligación contractual, ex DCSD), siempre a condición que traiga causa en un tratamiento ilícito de datos personales durante el suministro de los contenidos o servicios digitales. Dicha solución sería respetuosa con los objetivos y sistemas del RBI bis, habida cuenta de que evitaría la fragmentación del litigio la multiplicidad de tribunales competentes, especialmente gravoso para la parte que se reputa débil en la relación; no supondría una sobreprotección al consumidor, en la medida en que no amplía el régimen de protección de los arts. 17 a 19 del RBI bis; a la par que garantizaría una buena administración de la justicia, permitiendo al proveedor llamar al proceso (art. 8.2 del RBI bis) a un tercero en relación con el derecho de repetición frente a otras personas responsables en la cadena de transacciones anteriores (art. 20 de la DCSD).

¹¹⁶ Vid. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Competencia judicial internacional respecto de actos desleales a los competidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2017, pp. 276-305, esp. pp. 299-300.