

Monográfico «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea»

ARTÍCULO

Entretenimiento en línea y protección de los consumidores

Pedro Alberto De Miguel Asensio

 Catedrático de Derecho Internacional Privado
 Universidad Complutense de Madrid

Fecha de presentación: septiembre de 2012

Fecha de aceptación: septiembre de 2012

Fecha de publicación: noviembre de 2012

Resumen

El mercado de ciertos servicios en línea, como los que se basan en el establecimiento de plataformas y comunidades virtuales, se caracteriza por el predominio de varios operadores globales que han expandido sus modelos de negocio desde EE. UU. al resto del mundo. Habida cuenta del estricto marco normativo vigente en la Unión Europea en materia de protección de los consumidores y de protección de datos personales, reviste particular importancia valorar su efectiva aplicación en relación con los términos contractuales bajo los que se están prestando tales servicios a los consumidores europeos. Este análisis tiene importantes implicaciones no solo para la posición de los consumidores europeos, sino que también afecta a la competitividad de las empresas europeas sometidas a ese marco normativo restrictivo.

Palabras clave

contratos internacionales, consumidores en línea, protección de datos

Tema

Derecho

Online entertainment and consumer protection

Abstract

The market for certain on line services, such as those based on the establishment of virtual platforms and communities, is characterized by the dominance of a number of global providers which have expanded their business models from the US to the rest of the world. Given the strict legal framework in force in

the EU concerning consumer contracts and data protection, it has become of great importance the assessment of to what extent such restrictive regimes are being applied with regard to the contract terms under which those online services are being provided to European consumers. Such an analysis has deep implications, not only with regard to the level of effective protection of European consumers, but also to the extent that it affects the competitiveness of European companies subject to the strict European legal framework.

Keywords

international contracts, on line consumers, data protection

Topic

Law

1. Contratación de servicios y mecanismos de protección de los consumidores

1. Objetivo básico de buena parte de la regulación específica del comercio electrónico, la prestación de servicios de la sociedad de la información y la contratación a distancia es asegurar una tutela adecuada de los consumidores, en tanto que potenciales destinatarios de servicios de la sociedad de la información y, en particular, de servicios de entretenimiento en línea.¹ Así, las reglas que imponen a los prestadores de servicios de la sociedad de la información ciertas obligaciones de información, tanto con carácter general -en particular, los artículos 5 Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE) y 10 Ley 34/3002 (LSSI)- como vinculadas a la celebración de contratos,² tienen entre sus objetivos garantizar la protección de los intereses de los consumidores y pueden desempeñar un importante papel al respecto.

Con respecto a las obligaciones de información general, su importancia para garantizar una adecuada protección de los consumidores ha sido destacada expresamente por el Tribunal de Justicia. Precisamente, el Tribunal ha puesto de relieve que la comunicación de esas informaciones por el prestador

de servicios permite a los destinatarios de los servicios apreciar el alcance de sus futuras obligaciones y evita así riesgos de error que puedan llevar a la celebración de un contrato perjudicial,³ lo que condujo al Tribunal a concluir que del artículo 5 DCE (art. 10 LSSI) resulta la obligación de los prestadores de servicios de facilitar a los destinatarios del servicio, con carácter previo a la celebración de un contrato con ellos, no solo la dirección de correo electrónico, sino también otras informaciones que les permitan una toma de contacto rápida y una comunicación directa y efectiva. Aunque el Tribunal aclaró que esas informaciones no tienen que incluir necesariamente un número de teléfono, debe tratarse de mecanismos que aseguren una comunicación directa y efectiva adicionales a la dirección de correo electrónico del prestador del servicio.

Teniendo en cuenta la importancia adquirida por ciertos servicios para múltiples facetas del desarrollo de la vida de sus usuarios (y potenciales usuarios), la puesta a disposición de estos de mecanismos de comunicación que permitan una toma de contacto rápida y una comunicación directa y efectiva con el prestador de servicios por parte de sus (en ocasiones decenas de millones de) usuarios resulta de gran importancia para la tutela de sus derechos. Esta constatación, y la importancia en el marco de nuestro ordenamiento de exigir el cumplimiento de la obligación reseñada por

1. Se utiliza aquí un concepto amplio de servicios de entretenimiento en línea, de acuerdo con la orientación de los organizadores del VIII Congreso Internet, Derecho y Política 2012 «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» (UOC, 9-10 de julio de 2012), que incluye, por ejemplo, los que se basan en el establecimiento de plataformas y comunidades virtuales. A todas las direcciones de internet a las que se hace referencia en este artículo se ha accedido por última vez el 6 de agosto de 2012 desde España.
2. P. A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4.ª ed., Navarra, Thomson Reuters Civitas, 2011, págs. 137-139, 840-845 y 863-869.
3. STJ de 16 de octubre de 2008, C-298/07, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*, ap. 22, destacando que la protección de los intereses de los consumidores debe garantizarse en cualquier fase de la relación entre el prestador de servicios y los destinatarios del servicio.

parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información –y no solo frente a los consumidores habida cuenta del alcance general de la obligación–, se impone con independencia del carácter gratuito o no del servicio y pese a que el mantenimiento de esos mecanismos de comunicación puedan representar un coste significativo para el prestador del servicio.

2. Obvia es la vinculación con la tutela de los intereses de los consumidores (sin perjuicio de que en ocasiones tutelen también los de otros destinatarios de servicios de la sociedad de la información) de las obligaciones de suministrar ciertas informaciones impuestas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que realizan actividades de contratación electrónica, tanto con carácter previo a la celebración del contrato como en el marco de la ejecución de ciertos contratos electrónicos.⁴ En nuestro ordenamiento tales obligaciones aparecen recogidas básicamente en los artículos 27 y 28 LSSI, 60, 97 y 98 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU, cuyos artículos 92 y siguientes en materia de contratación a distancia de consumo incorporan las normas de la Directiva 97/7CE), sin perjuicio de otras normas sectoriales. La aprobación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores condicionará decisivamente la modernización de este sector del ordenamiento en el futuro próximo.⁵

El cumplimiento de estas obligaciones de información vinculadas al proceso de contratación, además de ser un elemento importante de protección de los consumidores,

implica costes significativos para los prestadores de servicios y además puede representar un obstáculo relevante en el marco de su actividad comercial, por ejemplo, en la medida en que la información que debe proporcionarse facilita el ejercicio por los consumidores de ciertos derechos en circunstancias que pueden conducir a la frustración de la operación comercial, como sucede con el derecho de desistimiento. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en relación precisamente con la obligación prevista en el artículo 5.1 de la Directiva 97/7/CE –que encuentra su reflejo en el artículo 98 LGDCU– de facilitar información contractual a los consumidores en un soporte de naturaleza duradera, ha puesto de relieve como en ocasiones las vías ideadas por las empresas para tratar de cumplir con esa obligación pueden no respetar las exigencias legales al no garantizar adecuadamente la protección de los intereses de los consumidores.

En su sentencia de 4 de julio de 2012 en el asunto *Content Services*,⁶ el Tribunal de Justicia abordó la cuestión de si para dar cumplimiento a esa obligación resulta suficiente «con que dicha información sea accesible para el consumidor mediante un hipervínculo al sitio de internet del empresario, que figura en un texto que el consumidor debe indicar que conoce, marcando una casilla, para poder iniciar una relación contractual». El Tribunal rechaza que con carácter general el empleo de un mero enlace sea suficiente para dar cumplimiento a la obligación de proporcionar la información en un soporte duradero, conclusión a la que llega tras valorar el sentido habitual de «recibir» y «facilitar» en el lenguaje corriente a la luz del contexto y los objetivos de esa norma.⁷ En todo caso, las circunstancias del litigio principal deben

4. No cabe desconocer que si bien estas obligaciones desempeñan un importante papel como mecanismo de protección de los consumidores frente a los riesgos propios del comercio electrónico, de la normativa de la UE resulta un complejo y extenso entramado de obligaciones que pueden resultar disuasorias para quienes pretenden desarrollar su actividad comercial a través de internet, así como encarecer los productos disponibles a través de esa vía de comercialización, y da lugar, además, a una excesiva regulación que genera el riesgo de que internet sea un medio en el que se tolere un cierto nivel de cumplimiento de las obligaciones legales, habida cuenta de la complejidad de estas y las elevadas cargas que imponen a los operadores, *vid.* A. Haines, *Verbraucher schützende Informationspflichten für Webseiten – Bedarfsgerechte Angaben oder Überregulierung?* Dissertation, Münster, 2008, págs. 287-288.
5. La transposición de la Directiva –que en España exigirá en particular la reforma de aspectos importantes de la LGDCU– debe llevarse a cabo a más tardar el 12 de diciembre de 2013 si bien se prevé que las medidas de transposición que se adopten sean de aplicación a partir del 13 de junio de 2014.
6. STJ de 4 de julio de 2012, C-49/11, *Content Services*.
7. No obstante, esta conclusión de la Sentencia no excluye que otro tipo de obligaciones de información impuestas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información puedan ser satisfechas mediante la inclusión en un lugar apropiado de su sitio de internet de un hipervínculo permanente claramente identificable que enlace con la página en la que se halle la información relevante. En particular, esa cabe entender que es la situación con carácter general con respecto a la obligación de información general impuesta en el artículo 10.1 LSSI (art. 5.1 DCE), que impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la obligación de disponer de los medios que permitan «acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita» a la información que detalla, considerando que el cumplimiento de esas condiciones es determinante para dar por cumplida la obligación de facilitar la información (art. 10.2 LSSI). Asimismo, en principio, cabe entender que tal posibilidad resulta admisible también, entre otras, con respecto a obligaciones de información

llevar a valorar que no parece apropiado excluir con carácter general que información accesible a través de un enlace pueda entenderse puesta a disposición en soporte duradero, por ejemplo, en circunstancias en las que el enlace da acceso a un archivo susceptible de ser descargado por quien activa el enlace, de modo que la información se traslada a la esfera de control de su destinatario -en el sentido del apartado 48 de la sentencia-; sin perjuicio de que la eventual caracterización de ese archivo como soporte duradero es un elemento distinto de (y compatible con) que la mera provisión de un enlace al mismo no satisfaga la obligación de que la información relevante sea facilitada al consumidor tal como exige la normativa aplicable.

3. En el entramado normativo de protección de los consumidores destacan por su importancia las reglas sobre cláusulas abusivas (artículos 82 a 91 LGDCU que contienen la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Estas normas resultan determinantes del control del contenido de los contratos concluidos mediante el uso de condiciones generales de la contratación, como es característico de los diversos servicios de entretenimiento en línea. La protección que proporcionan las normas sobre cláusulas abusivas se proyecta sobre el conjunto de la contratación electrónica de consumo, incluidos los contratos a través de los cuales se prestan servicios a consumidores sin contraprestación económica por parte de estos.⁸ La importancia en internet de los modelos de negocio basados en el ofrecimiento de servicios gratuitos ha llevado a una situación en la que servicios de gran importancia para los destinatarios (correo electrónico, almacenamiento de información, redes sociales, blogs...), a los que pueden aportar valiosos contenidos y cuyo funcionamiento puede ser fuente de grandes riesgos para los usuarios y terceros son proporcionados a consumidores sin contraprestación económica por parte de estos en circunstancias en las que el control del contenido de las condiciones generales resulta de gran importancia para garantizar una tutela efectiva de los intereses de los consumidores.

En la jurisprudencia europea reciente, reviste particular interés desde esta perspectiva la sentencia *Freunde-Finder* del Landgericht de Berlín 6 de marzo de 2012,⁹ que declara nulas una serie de cláusulas de las condiciones generales y de la política de uso de datos de Facebook y ordena a la red social -en concreto a Facebook Ireland Limited- que deje de emplearlas en sus relaciones con consumidores con residencia habitual en Alemania. Entre las cláusulas de las condiciones de Facebook que dicha sentencia considera ilícitas y cuyo uso prohíbe a Facebook se encuentran -al menos parcialmente- las que tienen que ver con: el amplio alcance de la licencia que los usuarios conceden a Facebook en relación con los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual que publican en la red social; la autorización que los usuarios conceden a Facebook para que utilice el nombre y la foto de perfil del usuario en conexión con el contenido comercial o patrocinado que Facebook sirva; el régimen previsto por Facebook en relación con la modificación unilateral de las condiciones; así como las imprecisas causas de terminación del acuerdo por parte de Facebook (que incluyen la infracción del «espíritu» de la Declaración o condiciones).

4. Desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales de los consumidores resulta necesario también hacer referencia al sector de la protección de datos personales. El elaborado régimen de control establecido en la legislación europea impone importantes obligaciones a los prestadores de servicios y facilita a los consumidores y otros posibles afectados tanto la presentación de reclamaciones ante las autoridades de control como el eventual ejercicio de acciones judiciales cuando sus derechos hayan sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales que no respete la legalidad.

Entre los aspectos de la legislación europea sobre protección de datos personales -actualmente en fase de revisión- más relevantes en este contexto se encuentra uno especialmente controvertido, como es el relativo a su ámbito de aplicación espacial. En particular se trata de una cuestión de gran interés con respecto a los supuestos en los que el responsable

previas a la contratación establecidas en el artículo 27 LSSI, si bien resultará de gran importancia que el texto del correspondiente enlace lo haga claramente identificable y, además, en el caso de la puesta a disposición previa con carácter general (antes de que se inicie el proceso de contratación) de las condiciones generales del contrato será necesario que el contenido al que dirija el enlace garantice que las condiciones que ahí figuren «puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario».

8. Vid. M. Granieri, «Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea», *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, vol. XX, 2011, págs. 125-143.
9. 16 O 551/10, *Computer und Recht*, 2012, págs. 270-274, nota de C. Piltz.

del tratamiento sostiene que se encuentra establecido en un tercer estado, lo que es frecuente en el caso de servicios de uso generalizado en la red como ciertos buscadores, redes sociales o prestadores de los más variados servicios de entretenimiento, cuya prestación implica el tratamiento de datos personales de los usuarios de los servicios y eventualmente de terceros.

2. Proveedores de servicios de entretenimiento en línea: tendencias de los operadores globales

5. La facilidad inherente a internet para la prestación de servicios en línea con alcance global se vincula con el interés de los prestadores de tales servicios por tratar de ofrecerlos de manera uniforme, típicamente expandiendo los términos en los que el servicio se configura a partir del marco normativo existente en el país de origen.¹⁰ Desde la perspectiva española y europea, debe tenerse en cuenta que la práctica de muchos de los prestadores de servicios cuyo establecimiento principal se encuentra en un tercer estado, como ilustra la evolución de ciertos proveedores de servicios originarios de EE. UU., ha sido extender su modelo de negocio a todo el mundo tratando de prestar

sus servicios en los mismos términos a escala global. Esa opción, en la medida en que los términos contractuales puedan no estar adaptados al nivel de protección que deriva de la legislación europea genera dificultades habida cuenta de la heterogénea configuración de las medidas de protección y de las obligaciones impuestas a los prestadores de servicios.

Ejemplos llamativos de esta tendencia cabe encontrarlos en la práctica de aquellos operadores que buscan uniformar el régimen legal aplicable a las relaciones que establecen con todos los usuarios de sus servicios (incluidos aquellos que en el sistema europeo son calificados como *consumidores* al contratar el servicio para un uso ajeno a su actividad profesional) mediante la previsión de que la ley aplicable al contrato es la ley del país de origen (típicamente, la de un estado de EE. UU.) acompañada de una cláusula que atribuye la competencia para resolver todas las controversias derivadas del contrato a los tribunales de ese territorio.¹¹

Una práctica extrema reflejo de esa tendencia a homogeneizar los términos contractuales a partir del modelo creado para el estado de origen del prestador se encuentra en la opción seguida por aquellos proveedores de servicios que en las versiones de las condiciones en idiomas distintos al del país de origen afirman que sobre el texto de la traducción que se facilita al usuario al contratar el servicio prevalece

10. Vid. A. Soler Presas, «Am I in Facebook?», *InDret*, <www.indret.com>, 3/2011, págs. 1-44, págs. 6-7.

11. Como ejemplos de tales cláusulas en sitios de internet aparentemente dirigidos a España cabe reseñar las siguientes: el primer párrafo de la cláusula 12.B de las condiciones de servicio de Twitter establece: «Estas Condiciones y cualquier acción relacionada con las mismas se regirán de conformidad con lo dispuesto por la ley del estado de California sin que resulten de aplicación los principios de conflicto de leyes de su estado o país de residencia. Por la presente, usted acepta que toda reclamación, procedimiento o litigio que surja en relación con los servicios se someterá de manera irrevocable a los tribunales federales o estatales situados en el condado de San Francisco, California, Estados Unidos y, asimismo, por la presente se somete a la jurisdicción y sede de distintos tribunales y renuncia también a plantear cualquier excepción de *forum non conveniens*» <https://twitter.com/tos>; la cláusula 16 del «Acuerdo de condiciones de uso de Myspace.com» <http://es.myspace.com/> establece: «El Acuerdo se regirá e interpretará de acuerdo con las leyes del estado de Nueva York, sin tener en cuenta sus disposiciones sobre conflictos de leyes. Usted y Myspace aceptan someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales con asiento en el Estado de Nueva York para resolver cualquier controversia que surja en relación con el Acuerdo o los Servicios Myspace [...]», <http://www.myspace.com/Help/Terms?pm_cmp=ed_footer>; el apartado 1 de la sección relativa a «Conflictos» de las condiciones de servicio de Facebook establece: «Resolverás cualquier demanda, causa de acción o conflicto (colectivamente, "demanda") que tengas con nosotros surgida de o relacionada con la presente declaración o exclusivamente con Facebook en un tribunal estatal o federal del condado de Santa Clara. Las leyes del estado de California rigen esta declaración, así como cualquier demanda que pudiera surgir entre tú y nosotros, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes. Aceptas someterte a la competencia de los tribunales del condado de Santa Clara, California, con el fin de litigar dichas demandas» <http://es-es.facebook.com/legal/terms>; por último, al final de las «Condiciones de servicio de Google», (aplicables, por ejemplo, a la prestación de servicios como Google+ a quien accede desde España al servicio en español) cabe encontrar la siguiente cláusula «Las leyes del estado de California (Estados Unidos) se aplicarán a cualquier litigio que se derive de estas condiciones o de los servicios o que esté relacionado con los mismos, sin que tengan efecto las disposiciones sobre conflictos de leyes. Tanto Google como tú aceptáis someteros a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales o estatales del condado de Santa Clara (California, Estados Unidos) para solucionar las reclamaciones derivadas de estas condiciones o de los servicios o relacionadas con los mismos» <http://www.google.es/intl/es/policies/terms/regional.html>.

la versión de esas condiciones en el idioma original.¹² Cabe entender que típicamente declaraciones de ese tipo carecerán de eficacia en la medida en que el usuario utiliza para contratar el servicio únicamente su idioma (de modo que no acepta ni tiene por qué poder conocer el texto de las condiciones en su versión original), por lo que, sin perjuicio de otras consideraciones, normalmente será posible concluir incluso con respecto a quienes no puedan ser considerados consumidores que se trata de condiciones que el adherente que contrata la prestación del servicio en español no ha tenido oportunidad real de conocer al tiempo del contrato, lo que determina que no queden incorporadas al mismo conforme al artículo 7.a. de la Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación.¹³

6. La tendencia de operadores globales a tratar de prestar sus servicios a escala global conforme a unas reglas uniformes y con sometimiento en todo caso a los tribunales de un mismo país (típicamente su país de origen) obedece a una obvia racionalidad económica. Ese planteamiento facilita el control de sus riesgos legales y reduce los costes asociados a ese control, al pretender evitar tener que adaptar la prestación de sus servicios a las legislaciones de las decenas de países en las que se encuentran los destinatarios de los mismos. Además, busca concentrar todos los litigios relativos a la prestación de tales servicios en los que se pueda ver implicado ante los tribunales de un único lugar previamente seleccionado por el predisponente.¹⁴ En el plano práctico este último

aspecto puede encontrar obstáculos en la medida en que decisiones adoptadas por los tribunales de ese lugar no sean susceptibles de reconocimiento y ejecución en otros estados (como los de residencia de ciertos usuarios de los servicios) en los que el prestador del servicio pueda estar interesado en que también desplieguen sus efectos procesales.

Más allá de la racionalidad económica del modelo desde la perspectiva de los prestadores de servicios, sus implicaciones para otros intereses en presencia hacen que su aplicación con carácter general a la prestación de servicios a escala global incluso a destinatarios de los mismos que gocen de una especial protección, como es el caso de los consumidores en la UE, resulte conflictivo.¹⁵ Por otra parte, la circunstancia de que la contratación y prestación de los servicios tenga lugar a través de internet no impide apreciar que dicha prestación puede presentar una conexión muy estrecha con países distintos al de origen del prestador, en particular aquellos en los que se encuentran destinatarios de sus servicios, de modo que tales países legítimamente pueden pretender regular ciertos aspectos de esas transacciones.¹⁶

Desde la perspectiva española y europea una circunstancia muy relevante es que la configuración de los mecanismos de protección de los consumidores reseñados en el epígrafe precedente presenten en principio significativas

12. Así, al inicio de las «Condiciones que aceptas al usar Facebook» (según el texto del enlace que da acceso a las mismas) cabe encontrar en la versión en español la siguiente declaración «Este acuerdo se ha redactado en inglés de Estados Unidos. En caso de existir discrepancias entre el original y una versión traducida, el original en inglés es el documento vinculante», <<http://es-es.facebook.com/legal/terms>>; por su parte, con carácter previo a las condiciones de servicio de Twitter en español cabe encontrar la siguiente afirmación «Esta traducción se presenta solamente para su conveniencia. La versión en inglés prevalece ante un eventual conflicto entre la traducción y la versión en inglés», <<https://twitter.com/tos>>.
13. Acerca de en qué medida resulta aplicable la LCGC a la formación de los contratos internacionales a los que no sea de aplicación el régimen específico de los contratos de consumo al no tener el adherente la condición de consumidor, *vid.* P. A. De Miguel Asensio, «Contratación comercial internacional», J. C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P. A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 3.ª ed., Madrid, Iustel, 2011, págs. 264-265.
14. El interés para los operadores de esa concentración de los litigios se ve acentuado por el escaso desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias que puedan resultar plenamente eficaces en la litigación internacional de consumo. De cara al futuro, las iniciativas legislativas emprendidas en el ámbito de la UE deberían contribuir a facilitar el recurso a tales mecanismos de gran potencial en el entorno digital que facilita litigios transfronterizos relativos a pequeñas cuantías, *vid.* Propuesta de Directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo), de 29 de noviembre de 2011, COM(2011) 793 final; y Propuesta de Reglamento sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo), de 29 de noviembre de 2011, COM(2011) 794 final.
15. Z. S. Tang, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Oxford, 2009.
16. No cabe, sin embargo, desconocer que esta situación puede favorecer una fragmentación del entorno digital que obstaculice la prestación de servicios a escala global, *vid.* C. Chen, «United States and European Union Approaches to Internet Jurisdiction and their Impact on E-Commerce», *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, vol. 25, 2004, págs. 423-454.

diferencias a ambos lados del Atlántico,¹⁷ algo que también cabe predicar con respecto al significado del derecho fundamental a la protección de datos personales.¹⁸ Por ello, el modelo de expansión del negocio desde EE. UU. basado en el empleo de condiciones contractuales uniformes para todos los mercados puede plantear dificultades, en particular en la medida en que tales condiciones acarrean eventualmente el menoscabo de los estándares de protección de los consumidores residentes en la UE. Ciertamente la opción de esos prestadores de servicios, en la medida en que los términos contractuales puedan no estar adaptados al nivel de protección que deriva de la legislación europea plantea obvios riesgos legales o, desde otra perspectiva, reclama una eficaz tutela de los derechos de los usuarios conforme a los estándares de la UE. La diferencia en los estándares de protección dificulta la coordinación entre los diversos sistemas, lo que repercute especialmente en el entorno global en el que puede desarrollarse el comercio electrónico.¹⁹

3. Tutela de los consumidores: acceso a la justicia y régimen aplicable

7. Como punto de partida cabe afirmar que los residentes en España que utilizan las redes sociales u otro tipo de servicios semejantes para un uso ajeno a su actividad profesional quedan típicamente comprendidos entre quienes se benefician del régimen de protección establecido para los consumidores en el Reglamento Bruselas

I (arts. 15-17) y el Reglamento Roma I (art. 6), habida cuenta de que tal categoría comprende a las personas que celebran el contrato «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional».²⁰ Cuando el contrato se celebra con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, prevalece una interpretación según la cual esta es considerada consumidor si el vínculo del contrato con la actividad comercial de la persona es tan tenue que resulta marginal.²¹

Si bien los mecanismos de tutela de los consumidores en la contratación internacional establecidos en estos reglamentos solo protegen en relación con contratos que presentan una significativa vinculación con el mercado doméstico del consumidor,²² normalmente se proyectarán sobre los celebrados por consumidores domiciliados en un estado miembro con proveedores de servicios de redes sociales y otros servicios de entretenimiento que operan en el mercado europeo aunque tengan su (principal) establecimiento en terceros estados.²³

8. Tanto en el marco del Reglamento Bruselas I -art. 15.1.c.- como del Reglamento Roma I -art. 6.1.b.- el régimen de protección resulta normalmente aplicable a los contratos celebrados por consumidores que tienen su residencia habitual en un estado miembro con empresas que por cualquier medio dirijan sus actividades comerciales a ese país o a distintos países, incluido ese país, si el contrato está comprendido en el ámbito de dichas actividades. Para valorar si un sitio de internet va dirigido (junto a otros) al

17. Vid. M. Zehentner, *Transatlantischer Verbraucherschutz im E-Commerce*, Baden-Baden, Nomos, 2004, págs. 123-161 (en relación con las obligaciones de información), págs. 161-189 (con respecto al control de las condiciones generales de la contratación) y págs. 201-217 (en relación con el derecho de desistimiento).
18. Vid., v. gr., J. R. Reidenberg, «E-Commerce and Transatlantic Privacy», *Houston Law Review*, vol. 38, 2001, págs. 717-749.
19. E. A. O'Hara, «Choice of Law for Internet Transactions: the Uneasy Case for Online Consumer Protection», *U. Pa. L. Rev.*, vol. 153, 2005, págs. 1883-1950.
20. Vid. P. A. De Miguel Asensio, «Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues», *AIDA*, vol. XX, 2011, págs. 3-38, pág.11.
21. STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01, *Gruber*.
22. Vid., v. gr., B. Heiderhoff, «Art 6 Rom I-VO», T. Rauscher (Hrsg.), *EuZPR/EuIPR*, Munich, Sellier, 2011, págs. 321-322.
23. No obstante, en el caso del Reglamento Bruselas I, conforme a su artículo 4 cuando el demandado no está domiciliado en un estado miembro, la competencia judicial debe determinarse en cada estado miembro por su legislación de fuente interna (en el caso de la sentencia reseñada del *Ladgericht* de Berlín de 6 de marzo de 2012, cabe apreciar que la demandada era Facebook Ireland Limited, quien también se presenta como quien ofrece el sitio www.facebook.es). Ahora bien, el Reglamento Bruselas I se encuentra en fase de revisión -iniciada mediante la Propuesta de 14 de diciembre de 2010, COM(2010) 748- y en el marco de esa revisión se prevé extender la aplicación de sus reglas de competencia judicial (al menos en los litigios de consumo) a las situaciones en las que la empresa tiene su domicilio en un tercer estado. En la medida en que esa extensión no tenga lugar, en España continuará siendo de aplicación a los casos en los que el domicilio del demandado se encuentre en un tercer estado -es decir, que no sea miembro ni de la UE ni del Convenio de Lugano de 2007 (DO 147 L 10.06.2009) - el artículo 22.4 LOPJ que incorpora también una norma de competencia específica en materia de contratos de consumo inspirado en el Convenio de Bruselas, antecedente del Reglamento Bruselas I.

país de la residencia habitual del consumidor deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si, básicamente, por su configuración, contenido y las actividades de sus responsables, el sitio web trata de captar clientes o influir en ese determinado mercado.

Entre los elementos que pueden ser relevantes (aunque no necesariamente lo serán en todos los casos ni cada uno por sí solo resultará determinante), cabe mencionar, sin carácter exhaustivo: el idioma en que esté redactado el sitio (que en todo caso es un mero indicio, en particular, en el caso de idiomas hablados en múltiples países, como el español o el inglés); la moneda en que estén expresados los precios; la presencia de teléfonos o direcciones locales de contacto; la existencia de avisos legales acerca de los mercados en los que se comercializan o están disponibles los productos o servicios (y una actuación coherente con tales avisos); el uso de un nombre de dominio geográfico; el tipo de productos o servicios comercializados (por ejemplo, si requieren el envío de un bien material a una dirección del país del domicilio del consumidor y, por lo tanto, el conocimiento previo por el comerciante); el volumen de transacciones (o accesos) con (potenciales) clientes de un determinado país; la existencia de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes estados, y la inclusión de publicidad del sitio web en medios locales de un país o dirigidos, entre otros, a ese país o la inclusión de enlaces a su sitio en directorios locales del domicilio del demandado.²⁴

En el caso de los prestadores que proveen servicios a escala global, con presencia de contenidos en español relativos

a la prestación del servicio y que tienen un número muy elevado de usuarios en España no resultará normalmente problemático concluir que las actividades de tales prestadores en el marco de las cuales se integran sus contratos con consumidores con residencia habitual en España se encuentran dirigidas, entre otros países, a España.

9. En lo relativo al acceso a la justicia, la eventual aplicación del régimen de protección previsto en los artículos 15 a 17 Reglamento Bruselas I resulta determinante de que los consumidores puedan demandar ante los tribunales de su propio domicilio incluso aunque en las condiciones contractuales se establezca -como en los ejemplos antes reseñados- que acuerdan con el prestador del servicio atribuir competencia para conocer de cualquier litigio entre ellos a los tribunales del estado de origen del prestador de servicios.²⁵ De acuerdo con el artículo 17 del Reglamento Bruselas I típicamente las reglas de competencia del artículo 16 del Reglamento prevalecen sobre las cláusulas incluidas en las condiciones generales de prestación de los servicios que prevén la competencia de tribunales distintos a los del domicilio del demandado.²⁶ En virtud del artículo 16, el consumidor puede en estos casos interponer la demanda ante el tribunal de su propio domicilio, al tiempo que la empresa solo puede demandar ante el tribunal del domicilio del consumidor.²⁷

En el caso de que el prestador del servicio presentara su demanda ante el tribunal designado como competente en las cláusulas contractuales en un acuerdo de ese tipo, la eventual decisión adoptada por ese tribunal no sería típicamente susceptible de reconocimiento y ejecución en el

-
24. En su sentencia de 7 de diciembre de 2010, C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*, el Tribunal de Justicia proporciona la siguiente lista no exhaustiva de elementos relevantes como indicios para concretar si las actividades van dirigidas al estado del domicilio del consumidor a los efectos del artículo 15.1.c. RBI: el carácter internacional de la actividad de que se trate; la mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel geográfico distinto al del estado miembro en que está establecido el vendedor o la utilización de nombres de dominio de primer nivel genéricos o neutros en lo que se refiere a la localización de su titular (como «.com» o «.eu»); la descripción de itinerarios desde otro u otros estados miembros al lugar de la prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes estados miembros con testimonios de dichos clientes; el empleo de lenguas o divisas que no se corresponden con las empleadas habitualmente en el estado miembro a partir del cual ejerce su actividad el profesional o empresario.
25. Vid. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., 2007, Navarra, Civitas, 167-173; y J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6.ª ed., 2011, Navarra, Civitas, págs. 542-547.
26. Vid. Z. Tang, «Exclusive Choice of Forum Clauses and Consumer Contracts in E-Commerce», *J. Priv. Int'l L.*, vol. 1, 2005, págs. 237-268; R. Arenas García, «Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional», *Estudios sobre consumo*, n.º 85, 2008, págs. 45-60; A. López-Tarruella Martínez, «Aspectos de Derecho internacional privado de las relaciones jurídicas en Internet», M. Peguera Poch, *Principios de Derecho de la sociedad de la información*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, págs. 976-979.
27. Cuando el domicilio del demandado no se encuentre en un estado miembro de la UE ni del Convenio de Lugano de 2007 la posibilidad en tales circunstancias por parte de los consumidores domiciliados en España de demandar ante los tribunales españoles resultará normalmente de lo establecido en el artículo 22.4 LOPJ, vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, op. cit., págs. 968-970.

estado miembro del domicilio del consumidor (ni en principio en ningún otro estado miembro), como consecuencia de la aplicación de las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que llevan a rechazar la eficacia de las decisiones extranjeras adoptadas en violación de los fueros de competencia en materia de contratos de consumo.²⁸ Ahora bien, también cabe apreciar como una resolución, adoptada por los tribunales del país de la residencia habitual del consumidor, cuya competencia fuera consecuencia de dejar sin efecto un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales del estado de origen del prestador de servicios, podría no ser reconocido en países -en particular, el de origen del prestador de servicios- cuyos sistemas de competencia judicial internacional no establecen mecanismos de protección de los consumidores similares al contenido en los artículos 15 a 17 del Reglamento Bruselas I.

10. Con respecto al régimen normativo aplicable, el sistema de protección de los consumidores establecido en el artículo

6 Reglamento Roma I es normalmente determinante de que en los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación resulte restringida la eficacia de las cláusulas contractuales en virtud de las cuales se prevé como aplicable al contrato una ley distinta de la del país de residencia habitual del consumidor, como es el caso típicamente de las cláusulas reseñadas en las que se prevé la elección de una legislación de Estados Unidos con respecto a la prestación de servicios a consumidores con residencia en España.²⁹

En concreto, la aplicación a este tipo de situaciones del artículo 6 RRI³⁰ llevará normalmente a apreciar que la previsión en las condiciones de que la ley aplicable es la del estado de EE. UU. no puede acarrear que el consumidor se vea privado de la protección que le proporcionan las normas imperativas de la legislación española, como es el caso de las contenidas en la LGDCU (de conformidad también con lo previsto en el artículo 67 LGDCU).³¹ Entre esas normas imperativas se encuentran las relativas a las condiciones

-
28. Si bien el artículo 35.1 del Reglamento Bruselas I que prevé que no se reconocerán las resoluciones si el tribunal de origen hubiera desconocido las disposiciones de los artículos 15 a 17 del Reglamento solo serán de aplicación respecto de las resoluciones adoptadas por los tribunales de un estado miembro -al igual que sucede con la norma equivalente del Convenio de Lugano de 2007-, en la medida en que las resoluciones procedan de terceros estados -como resultará típicamente de los acuerdos previstos en las cláusulas antes reseñadas que atribuyen competencia a tribunales de EE. UU.- respecto de los consumidores a los que fuera aplicable el régimen de protección de los consumidores establecido en el Reglamento Bruselas I, Convenio de Lugano o artículo 22.4 LOPJ, el rechazo a reconocer la eficacia de tales resoluciones en España debe afirmarse también cuando el régimen de reconocimiento aplicable sea el establecido en el sistema de fuente interna (en particular en el marco del artículo 954 de la antigua LEC de 1881 todavía aplicable en virtud de la remisión contenida en la disposición derogatoria de la LEC de 2000).
29. Habida cuenta del ámbito de aplicación universal del Reglamento Roma I (art. 2) sus normas son de aplicación por los tribunales de los estados miembros incluso si el litigio presenta vínculos con terceros estados, como EE. UU.
30. La previsión del apartado 4 del artículo 6 Reglamento Roma I según la cual sus apartados 1 y 2 no resultan de aplicación a los contratos de prestación de servicios, «cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual», no debe comprender en las situaciones típicas contratos en los que los servicios son utilizados por el consumidor a través de internet desde el país de su residencia habitual, *vid.* P. A. De Miguel Asensio, «Social...», *loc. cit.*, pág. 12; y T. Pfeiffer, M. Weller y C.F. Nordmeier, «Art. 6 Rom I», G. Spindler y F. Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien (Kommentar)*, 2.^a ed., Munich, CH Beck, 2011, pág. 325.
31. Ante los límites de la armonización de la legislación europea en materia de contratos de consumo, el criterio establecido en el artículo 6 del Reglamento Roma I puede implicar significativos costes para los operadores que dirigen sus actividades a varios estados miembros de la Unión Europea, en la medida en que les obliga a respetar los estándares de protección de los consumidores establecidos en las legislaciones de cada uno de esos estados miembros. La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011 -COM(2011) 635 final- con el objetivo fundamental de favorecer las transacciones transfronterizas en el mercado único prevé la adopción de un conjunto autónomo de normas de derecho contractual que incluye normas comunes de protección de los consumidores. Si bien los contratos de prestación de servicios, como los que son objeto preferente de este estudio, quedan al margen de la normativa proyectada, esta sí abarca los contratos de suministro de contenidos digitales incluso si no se paga un precio por el contenido digital. Según la Propuesta, la aplicación de la normativa común dependería de que las partes hubieren acordado que el contrato quede regido por ella. En caso de elección, la propuesta prevé que las normas de la normativa común sean las únicas normas nacionales aplicables en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación y en el marco de la ley estatal aplicable al contrato. En todo caso, prevé que el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea no equivale a una elección de la ley aplicable en virtud del artículo 3 RRI. Para una visión crítica desde EE. UU. acerca del potencial impacto de este instrumento para reducir los costes de transacción, E. Posner, «The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition», *The University of Chicago, Institute for Law and Economics Working Paper Series*, <<http://ssrn.com/abstract=2049594>>, págs. 1-12, esp. págs. 7-8.

generales y cláusulas abusivas, un ámbito sustancialmente armonizado en el marco europeo desde la adopción de la Directiva 93/13/CEE. Esta constatación no impide apreciar que en relación con aquellos contratos que no sean de consumo el artículo 3 RRI admite con carácter general que la ley aplicable sea la elegida por las partes, elección que típicamente puede llevarse a cabo mediante condiciones generales de la contratación.

11. La sentencia del Landgericht de Berlín de 6 de marzo de 2012 antes reseñada, que declara la nulidad de ciertas cláusulas de las condiciones generales y de la política de uso de datos de Facebook y ordena que deje de emplearlas en sus relaciones con consumidores con residencia habitual en Alemania, resulta muy ilustrativa de los riesgos legales que para los prestadores de servicios implica la práctica basada en la expansión universal del modelo desarrollado desde el país de origen. Además, esta sentencia puede hacer surgir otras dudas acerca de la efectividad de los controles y de la aplicación del marco normativo imperativo en el conjunto de la Unión Europea.

Al margen de la eventual influencia de esta sentencia lo cierto es que ya antes ese prestador de servicios de red social preveía un régimen específico para los usuarios residentes en Alemania,³² que entre otras cosas preveía -y prevé- la aplicación del derecho alemán al contrato como excepción a la cláusula de sus condiciones generales que establece la aplicación de las leyes del estado de California.³³ Ahora bien, la opción de prever un régimen específico y diferenciado para los residentes en Alemania resulta también cuestionable, habida cuenta de que cabe entender que normalmente será inapropiada para que la red social adapte sus condiciones generales a lo que le es exigible en relación con el conjunto de la UE, habida cuenta del contenido, entre otras, de la Directiva 93/13/CEE y de los condicionantes derivados del artículo 6 del Reglamento Roma I.

No obstante, el contraste entre la situación en Alemania y en España parece poner de relieve la menor atención prestada en España por los actores relevantes (la sentencia reseñada tiene su origen en una demanda interpuesta por una asociación de consumidores) a los riesgos que estas redes sociales y las condiciones que establecen para la prestación de sus servicios plantean a los consumidores. La circunstancia de que los servicios se presten de forma gratuita parece ser un elemento condicionante del menor escrutinio de las condiciones generales de prestación de estos servicios. Más allá de que pese a su carácter gratuito la prestación de esos servicios genera en la práctica grandes ingresos, resulta destacable la circunstancia de que las condiciones de ciertos prestadores afectan a millones de usuarios en España, así como que estos servicios han adquirido una gran importancia para múltiples actividades de sus usuarios, lo que va asociado a la trascendencia que para ellos tiene el modo como operan tales servicios. Todo ello parece reclamar un mayor esfuerzo de los actores implicados para asegurar que las condiciones bajo las que se prestan esos servicios a los usuarios residentes en España son plenamente respetuosas con las normas españolas de protección de los consumidores.

4. Protección de datos personales

12. El tratamiento de datos personales de los usuarios -y con frecuencia de terceros- es normalmente de gran importancia en relación con la prestación de servicios de entretenimiento en línea,³⁴ en un entorno en el que con frecuencia la difusión de publicidad a través de los servicios resulta la principal fuente de ingresos del prestador.³⁵ La precisión del ámbito de aplicación de la normativa europea sobre protección de datos personales -que se caracteriza en el panorama comparado por prever un régimen estricto de control y un nivel elevado de protección de los afectados vinculado a la caracterización como fundamental del dere-

32. Cabe observar una cierta correlación entre el contenido de esa sentencia sobre este aspecto y las cláusulas que en virtud del régimen específico previsto son modificadas por Facebook a favor únicamente de los usuarios residentes en Alemania.

33. En concreto, el último inciso de la sección «Disposiciones especiales aplicables a usuarios que no residan en Estados Unidos» de las condiciones de servicio de Facebook <<http://es-es.facebook.com/legal/terms>> establece: «Las condiciones aplicables específicamente a los usuarios de Facebook en Alemania están disponibles aquí», y remite a una página en alemán donde se recogen las condiciones específicas que se aplican a los usuarios de Facebook residentes en Alemania.

34. M. Vilasau Solana, «Privacidad, redes sociales y el factor humano», A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coords.), *Derecho y redes sociales*, Navarra, Thomson Reuters Civitas, 2010, págs. 55-81.

35. Vid. M. Peguera Poch, «Publicidad online basada en comportamiento y protección de la privacidad», A. Rallo Lombarte y R. Martínez Martínez (coords.), *Derecho...*, op. cit., págs. 355-380.

cho a la protección de datos personales- presenta especial interés con respecto a la posición de ciertos prestadores de servicios globales, como algunos de los principales proveedores de redes sociales y de motores de búsqueda. En realidad, la aplicación efectiva de la legislación de la UE (y de las normas nacionales de transposición) a estos prestadores para salvaguardar los derechos de los afectados europeos ha sido limitada. Ello a pesar de que millones de afectados cuyos datos son tratados por esas redes sociales tienen su residencia en la UE.³⁶ En relación con los prestadores de estos servicios establecidos o que tienen su origen en terceros estados, una adecuada delimitación del ámbito de aplicación de la legislación europea de protección de datos es de gran importancia para controlar los riesgos de que disfruten de una importante ventaja competitiva en la medida en que una deficiente aplicación de la normativa por parte de las autoridades competentes de los estados miembros de la UE a esos prestadores les permita proporcionar ese tipo de servicios a usuarios situados en la UE sin tener que introducir y aplicar las costosas exigencias y restrictivas prácticas que, para proteger a los afectados cuyos datos son objeto de tratamiento, impone la legislación europea.

La interpretación del artículo 4 de la Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales (que tiene su reflejo en el artículo 2 de la Ley orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal), relativo a su ámbito de aplicación, ha sido fuente de intensa polémica en relación con las actividades desarrolladas a través de internet.³⁷ Las dudas al respecto se han visto favorecidas por las propias carencias del texto legal e incluso las diferencias entre las diversas versiones lingüísticas -en particular, en la versión inglesa el artículo 4.1.c. emplea el término potencialmente más restrictivo «equipment» donde la española dice «medios». Componente básico de esa polémica ha sido la idea de

que una interpretación muy amplia del criterio de los medios puede resultar en determinadas situaciones excesivo con respecto a ciertos responsables del tratamiento establecidos fuera de la UE. Ahora bien, más allá de esa preocupación, manifestada especialmente en relación con la eventual aplicación de la legislación europea en materia de *cookies* a prestadores de servicios que solo ocasionalmente interactúan con afectados en Europa, la realidad genera dudas acerca del alcance efectivo de la labor de supervisión que las autoridades de protección de datos europeas (de estados miembros de la UE) vienen desempeñando para velar por la aplicación de la legislación en la materia en relación con ciertos grandes prestadores de servicios de la sociedad de la información. Para éstos, el tratamiento de datos personales constituye un activo fundamental determinante de su principal fuente de ingresos (la publicidad), al tiempo que el respeto a la legalidad por parte de tales prestadores resulta esencial para la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales de decenas de millones de afectados en el conjunto de la Unión Europea.

13. La cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia mediante Auto de 27 de febrero de 2012³⁸ en relación con ciertas actividades del buscador Google pone de relieve las dudas que parecen existir en el actual marco normativo en relación con la aplicación de la legislación europea en materia de protección de datos a prestadores de servicios cuyo establecimiento principal se encuentra fuera de la Unión Europea. Esta cuestión prejudicial puede ser ilustrativa de que una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la legislación europea también podría ser fuente de dificultades. Conforme al artículo 4 de la Directiva, simplificando, la legislación europea resulta aplicable cuando el tratamiento se realice en el marco de las actividades de un establecimiento del

36. De hecho, pese al carácter en principio bastante menos riguroso de la legislación de EE. UU. en materia de datos personales, cabe apreciar como las iniciativas de las autoridades estadounidenses parecen condicionar en mayor medida la evolución de las prácticas -también en el mercado europeo- de los principales operadores en la materia, ante las carencias de una efectiva aplicación de la legislación europea. A este respecto, cabe reseñar la propuesta de acuerdo de transacción entre la *Federal Trade Commission* (FTC) y Facebook de 29 de noviembre de 2011, consultado en <<http://www.ftc.gov/os/caselist/0923184/111129facebookagree.pdf>>. La propuesta tiene un singular valor como compromiso llamado a condicionar el abandono por Facebook de ciertas prácticas consideradas particularmente lesivas en materia de protección de datos. En este contexto reviste también especial interés el informe de auditoría en materia de protección de datos de Facebook Ireland Ltd. publicado el 21 de diciembre de 2011 por el comisario de protección de datos de Irlanda <<http://dataprotection.ie/viewdoc.asp?m=f&fn=/documents/Facebook%20Report/final20report/report.pdf>>. El particular interés de este informe desde la perspectiva española y del conjunto de la UE se vincula con la circunstancia de que los usuarios de Facebook residentes en cualquier estado miembro de la UE al aceptar las condiciones de uso de Facebook quedan vinculados contractualmente con Facebook Ireland Ltd. y no con Facebook Inc. según esas condiciones

37. P. A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, op. cit., págs. 332-339.

38. Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de febrero de 2012, procedimiento ordinario 725 /2010.

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

El concepto de *establecimiento* en el marco del artículo 4 de la Directiva es un término muy amplio en el que -como señala la propia Audiencia- lo determinante es el ejercicio efectivo y real en el país en cuestión de una actividad mediante una instalación estable con independencia de la forma jurídica de esta, lo que puede ser muy relevante al valorar si la existencia de una filial dedicada a comercializar servicios básicos para la rentabilidad y viabilidad del servicio que presta la empresa matriz resulta determinante para apreciar que esta tiene un establecimiento en España a los efectos de la Directiva. Por otra parte, ha tendido a hacerse una interpretación amplia del criterio de la utilización de medios por las autoridades nacionales en materia de protección de datos, como recoge la práctica del llamado *grupo de trabajo* sobre protección de datos del artículo 29, que menciona el Auto.

Ciertamente tratándose de las actividades de un prestador de servicios que tiene decenas de millones de usuarios en la UE, que dirige sus servicios (entre otros) a los países de la UE, que ofrece espacios publicitarios específicamente dirigidos a anunciantes interesados en comercializar sus productos o servicios en países de la UE, que dispone de establecimientos en estados de la UE dedicados a la comercialización de servicios esenciales para la rentabilidad del buscador... parece razonable que quede sometido a la legislación de la UE en materia de datos personales (lo cual no implica pronunciarse en absoluto sobre el fondo del asunto). Cualquier otro resultado menoscabaría gravemente la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y constituiría una discriminación intolerable para los prestadores de servicios establecidos en la UE que favorecería la deslocalización de estos servicios a países con un marco menos estricto en materia de protección de datos (o incluso carentes de cualquier regulación en la materia).

14. Las dificultades asociadas a la referencia a la utilización de medios en la UE como criterio determinante de la aplicación de la legislación de la UE en materia de datos personales con respecto a las actividades de responsables establecidos en terceros estados ha llevado de cara al futuro a prever una modificación de los criterios que delimitan

el ámbito de aplicación de la legislación europea. En este sentido la Propuesta de Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos)³⁹ prescinde del criterio de utilización de medios en la UE y opta por otro que cabe entender que clarifica la aplicación de la legislación sobre protección de datos de la UE a actividades de prestadores de servicios que carezcan de establecimiento en la UE pero tengan una presencia significativa en el mercado de la UE, al tiempo que trata de evitar la aplicación de la legislación de la UE a situaciones que no presentan una conexión suficiente con la UE.

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

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

Entre los riesgos de este planteamiento, se encuentra el que puede facilitar conductas estratégicas a la hora de fijar el establecimiento principal, en particular por parte de prestadores procedentes de terceros estados, habida

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

cuenta de las tradicionales diferencias entre las agencias de control de los estados miembros, si bien no cabe desconocer que la Propuesta prevé introducir normas unificadas sobre las funciones y poderes de esas agencias. La atribución de la competencia para conocer de eventuales reclamaciones en todo caso a la autoridad de control del establecimiento principal del responsable, si bien puede ser muy favorable para los intereses de este, podría suponer un importante menoscabo desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los afectados que residan en otros estados miembros y cuyas reclamaciones se refieran a tratamientos de datos en relación con servicios que han utilizado desde el estado miembro de su residencia.

De hecho, en relación con el ejercicio de acciones judiciales (típicamente por la vía civil) por parte del afectado frente al responsable o encargado del tratamiento, el artículo 75.2 de la Propuesta prevé que tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual con carácter alternativo a los de cualquier estado miembro en el que el responsable o el interesado tenga un establecimiento. Entre tales acciones se encuentran las que puede ejercitar el afectado para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido como consecuencia de una operación de tratamiento de datos ilegal conforme al artículo 77. La norma de competencia judicial prevista en el artículo 75.2 de la Propuesta resulta

muy favorable para la posición del interesado, que se vincula con la importancia de garantizar el acceso a la justicia en relación con la tutela de un derecho fundamental. Esta regla específica -de ser finalmente adoptada- sería de aplicación preferente al Reglamento Bruselas I de acuerdo con su artículo 67, si bien el criterio adoptado se muestra próximo al que resulta en el sistema del Reglamento Bruselas I de la interpretación hecha del mismo por el Tribunal de Justicia, especialmente en su sentencia *eDate Advertising*.⁴⁰

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

Cita recomendada

De MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto (2012). «Entretenimiento en línea y protección de los consumidores». En: «Retos y oportunidades del entretenimiento en línea» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Número 15, pág. 17-30. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa] <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n15-de-miguel/n15-de-miguel-es>>
 DOI: <http://10.7238/idp.v0i15.1616>
 ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

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

Acerca del autor

Pedro Alberto De Miguel Asensio
pdmigue@der.ucm.es
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Complutense de Madrid

Pedro Alberto De Miguel Asensio es catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid desde 2006. Es doctor en Derecho por la UCM y máster de Derecho (LL. M.) por la Universidad de Ámsterdam. Ha sido profesor visitante en la Harvard Law School (2005-2006) y es miembro del European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property y uno de los redactores de los European Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property. Es coordinador del Committee on Intellectual Property and Private International Law de la International Law Association. Ha impartido cursos y conferencias en numerosas universidades españolas y de otros países, como Alemania (Universidad de Bayreuth, Max-Planck-Institute), Colombia, Estados Unidos, (Universidad de Harvard), Francia (Toulouse), Luxemburgo, Italia (Universidades de Pavía y Padua), Japón (Kyushu y Tokio) México, Panamá y Portugal (Universidad de Lisboa), especialmente en el ámbito del Derecho de los negocios internacionales. Entre los libros de los que es autor cabe destacar *Derecho privado de Internet* (4.ª ed., 2011), *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, *Derecho del comercio electrónico*, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria* y *Contratos internacionales sobre propiedad industrial* (2.ª ed. 2000). Entre los libros de los que es coautor destacan *Derecho de los negocios internacionales* (3.ª ed., 2011) y *Derecho internacional privado (Textos y materiales)* (2.ª ed., 2012). Ha publicado asimismo más de un centenar de estudios en libros colectivos y en revistas especializadas en diversos países, incluyendo Alemania, Bélgica, España, EE. UU., Italia, Japón, Francia, México, Portugal y Reino Unido, que en su mayor parte están accesibles desde <http://pedrodemiguelasensio.com>.

Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
Ciudad Universitaria
28040 Madrid
<http://www.ucm.es/>

