

EL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DE DIPR DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EN INTERNET

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES.—3. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—3.1. Ley aplicable y autoridad encargada de fiscalizar el tratamiento cuando el responsable está establecido en un Estado miembro.—3.2. Aplicación de la normativa europea cuando el responsable está establecido en un tercer Estado.—4. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.—4.1. La adecuación del rechazo del criterio de las actividades para determinar los tribunales competentes para conocer de daños globales.—4.2. Inadecuación del rechazo del criterio de las actividades dirigidas para determinar los tribunales competentes para conocer de daños locales.—5. EL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL.—5.1. La inaplicación del criterio de actividades dirigidas para determinar la competencia judicial internacional en materia de infracciones de propiedad industrial e intelectual.—5.2. El criterio de las actividades dirigidas y la ley aplicable a las infracciones de propiedad industrial e intelectual.—6. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN OTRAS MATERIAS CUBIERTAS POR EL ART. 7.2 R. BRUSELAS I.—7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Dentro de esa nueva rama transversal de nuestro ordenamiento conocida como Derecho de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), está adquiriendo gran relevancia como criterio regulador de las situaciones privadas internacionales que tienen lugar en Internet, la tesis de la focalización o de las actividades dirigidas.

* Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante (aurelio.lopez@ua.es). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 14 de mayo de 2017.

Se trata de un criterio que tiene su origen en la doctrina del «*purposeful availment*» sostenida por la jurisprudencia estadounidense¹, y que fue recogido por primera vez en nuestro ordenamiento en el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001² (actualmente, art. 17 del Reglamento 1215/2012³, en adelante R. Bruselas I) referido a la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores. Desde entonces, la aplicación del criterio se ha extendido a otros campos ya sea normativamente —art. 6 del Reglamento 593/2008⁴ (Roma I), art. 3 del Reglamento 2016/679 general de protección de datos personales (RGDP)⁵— o jurisprudencialmente —en particular en relación con determinados aspectos de la ley aplicable a las infracciones de derechos de propiedad industrial e intelectual—.

Hubiera resultado interesante analizar la propuesta realizada por la doctrina que otorga un alcance general a este principio⁶. No obstante, por razones de espacio, el presente trabajo tiene un objetivo más modesto: ante la proliferación de normas y sentencias emanadas en el marco de las instituciones europeas en las que se hace referencia a este criterio, se pretende analizar si el criterio de las actividades dirigidas es un concepto autónomo del Derecho internacional privado de la Unión Europea, determinar sus elementos definitorios y delimitar las materias en las que resulta aplicable.

¹ Entre otras, véanse las sentencias *Zippo Mfg. Co. v. Zippo.com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119, 1124 (W. D. Pa. 1997), *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295 (SDNY 1996) o *Thompson v. Handa-López, Inc.*, 998 F. Supp. 738 (W. D. Tex. 1998). En la doctrina, DRAETTA, V. U., «Internet et commerce électronique en droit international des affaires», *Rec. des Cours*, vol. 314, 2005, pp. 215-450; TAMAYO, Y. A., «Who? What? When? Where? Personal Jurisdiction and the World Wide Web», *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. IV, 1998, núm. 3, pp. 3-29; DUNNE, M. J. y MUSACCHIO, A. L., «Jurisdiction Over the Internet», *The Business Lawyer*, vol. 54, 1998, pp. 384-399.

² Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 12, de 16 de enero de 2001.

³ Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁴ Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO L* núm. 177, de 4 de julio de 2008.

⁵ Reglamento (UE) núm. 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *DO L* núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

⁶ CACHARD, O., *La régulation internationale du marché électronique*, París, LGDJ, 2002, pp. 391-404. Efectivamente, se puede defender que la aplicación del criterio va más allá del DIPr europeo. Así, por ejemplo, el criterio puede servir para interpretar el art. 22. quinquies *d*) de la Ley Orgánica 6/1985 del poder judicial (*BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985), que establece la competencia de nuestros tribunales para conocer de contratos internacionales de consumidores en los que el profesional está domiciliado en un tercer Estado; el art. 4 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información (*BOE* núm. 166, de 12 de julio de 2002), que establece la aplicación de esta ley cuando un prestador de servicios de la sociedad de la información establecido en un tercer Estado dirige sus actividades a nuestro país; o el art. 2.1 *d*) de la Ley 13/2011 de regulación del juego (*BOE* núm. 127, de 28 de mayo de 2011), cuyo art. 2.1 *d*) establece la aplicación de nuestra legislación a «las actividades de juego transfronterizas, esto es, las realizadas por las personas físicas o jurídicas radicadas fuera de España que organicen u ofrezcan actividades de juego a residentes en España».

Esta delimitación debe llevar necesariamente a analizar aquellas materias en las que el legislador o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se han decantado por criterios alternativos al de las actividades dirigidas. Si en algunos casos dicha decisión puede considerarse desacertada —es el caso, en mi opinión, de la regulación de la competencia judicial internacional en infracciones de propiedad industrial e intelectual cometidas en Internet— en otros resulta oportuna —infracciones de derechos de la personalidad—, y pueden llegar a entenderse como la excepción que confirma la regla.

2. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES

2. Según se ha indicado, el criterio de las actividades dirigidas se recoge por primera vez en nuestro ordenamiento en el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001 (actual art. 17 R. Bruselas I). Según esa norma, los foros de competencia especiales en materia de contratos celebrados por los consumidores (arts. 18 y 19) resultan aplicables cuando el profesional, por cualquier medio, dirija sus actividades al Estado miembro de residencia del consumidor o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.

Esta misma redacción fue adoptada en el art. 6.1 del Reglamento Roma I con la sana intención de que en aquellos supuestos en los que los tribunales del Estado miembro de residencia del consumidor puedan declararse competente apliquen su ley interna.

Como se recordará, la redacción del art. 15.1.c) fue uno de los últimos escollos para la adopción del Reglamento 44/2001 provocando que la Comisión y el Consejo tuvieran que acordar una Declaración concertada sobre la interpretación de la misma. Dicha Declaración posteriormente aparecería como el considerando 24 del Reglamento Roma I⁷.

3. Precisamente esa Declaración sirvió de base para que el TJUE creara jurisprudencialmente el concepto autónomo de «actividades dirigidas» en su Sentencia de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*⁸. En ella, el Tribunal empieza por recordar que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que resulte aplicable el art. 15.1.c)»; y continúa indicando que «el vendedor debe haber manifestado su voluntad de establecer relaciones comerciales con los consumidores de otro u otros Estados

⁷ Sobre la evolución del marco normativo, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La tutela de los consumidores en el mercado global: Evolución del marco normativo», *Estudios sobre consumo*, 2008, núm. 85, pp. 23-44.

⁸ Asuntos C585/08 y C144/09, ECLI:EU:C:2010:740. Nota de QUIÑONES ESCAMEZ, A., *REDI*, 2010, núm. 2, pp. 255-258.

miembros»⁹. Establecida la preferencia del TJUE por el criterio de las actividades dirigidas en detrimento del de mera accesibilidad, la sentencia establece que a la hora de aplicar el criterio deben comprobarse si existen indicios de esta voluntad del vendedor. Así, el TJUE diferencia entre indicios fuertes (que son por sí solos suficientes para probar esa voluntad del vendedor), débiles (que solo son indicativos si se relacionan con otros) o indicios irrelevantes.

Entre los primeros, el TJUE se refiere a la mención expresa por parte del profesional de su intención de comercializar los productos o servicios en un determinado Estado¹⁰; y la suscripción a un servicio de remisión a páginas *web* en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio *web* del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros¹¹.

Entre los segundos, se refiere al carácter internacional de la actividad en cuestión (actividades turísticas en un Estado diferente al de residencia del consumidor); a la indicación de números de teléfono con prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor o dominio de primer nivel genérico (sería el caso de una empresa española que utiliza un sitio *web* bajo en dominio «.fr» o «.com»); la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros¹².

En relación con el tercer grupo, el TJUE indica en primer lugar que tal y como se establece en la Declaración concertada la lengua y divisa utilizada no son indicativos de si una actividad está dirigida o no a otro u otros Estados miembros. Ahora bien, sí pueden ser indicativos si la lengua o la divisa

⁹ Apartados 74 y 75.

¹⁰ Tal será el caso cuando la actividad del profesional consista en un servicio de suscripción que esté habilitado para residentes en el Estado del foro (Netflix, Spotify, servicios de inversión en bolsa, servicios de compraventa entre consumidores del estilo de eBay), o sitios *web* de ventas *online* (Amazon, Zara Online). También constituye un indicio relevante, el hecho de que el profesional contacte a consumidores de un determinado Estado por correo electrónico. *A contrario*, también es un indicio relevante de que el profesional *no desea dirigir sus actividades* a un determinado Estado el hecho de que el sitio *web* incluya declaraciones de que la oferta no va dirigida a ese Estado, o que el sitio *web* utilice mecanismos tecnológicos que impidan el acceso al sitio *web* a usuarios de ese Estado, o redireccionen al usuario a otro sitio *web*. En cualquier caso, estos últimos indicios parecen refutables si se consigue probar que el profesional una vez contactado, sí que celebraba contratos con usuarios residentes en ese Estado.

¹¹ Apartado 81. El ejemplo más claro es la contratación de palabras clave en el servicio Adwords de Google para que un aparezca un anuncio patrocinado en el buscador de Google identificado con el nombre de dominio del Estado del foro. Pero también se puede pensar en profesionales que se anuncian mediante *banners* en sitios *web* de revistas o periódicos del Estado del foro. Un supuesto similar en el que el TJUE afirmó la aplicación de los foros de competencia de protección del consumidor se dio en la Sentencia de 14 de noviembre de 2013, *Maletic* (asunto C-478/12, ECLI:EU:C:2013:735) en la que se entiende que por «otra parte contratante» debe entenderse tanto a la agencia de viajes que administra el sitio *web* en el que se anuncia y en el que el consumidor contrata un viaje, cuanto al organizador del viaje que decidió publicitar el viaje en el sitio *web*.

¹² Apartado 83.

utilizada en el sitio *web* no se corresponde con la utilizada habitualmente en el Estado de establecimiento del profesional. También indica el TJUE que resulta irrelevante si se trata de páginas *web* activas o pasivas. En relación con las primeras, el hecho de que el sitio *web* permita a usuarios de un determinado Estado miembro interactuar, rellenar formularios y celebrar contratos no es suficiente para considerar que el PSI dirige sus actividades a ese Estado miembro. En relación con las segundas, aunque el usuario no pueda interactuar con el sitio *web*, desde el momento en que se menciona un teléfono o una dirección de correo electrónico resulta posible ponerse en contacto con el profesional para celebrar un contrato¹³. La indicación de un número de teléfono sin prefijo internacional o la dirección de un correo electrónico no constituyen por sí solos indicios de actividades dirigidas a otro Estado miembro pues se trata de información que cualquier prestador de servicios está obligado a ofrecer en atención a la Directiva 2000/31 [art. 5.1.c)] con independencia del alcance nacional o internacional de sus actividades¹⁴.

4. Posteriormente, el TJUE ha precisado que para la aplicación de los foros de competencia debe existir una relación contractual entre el profesional y el consumidor¹⁵, si bien no es preciso que la misma se haya celebrado a través del sitio *web* o a distancia¹⁶. La relación de causalidad entre la página *web* y el concreto contrato es un indicio más que facilita la determinación por parte del juez de que el sitio *web* está dirigido al Estado miembro de residencia del consumidor. No obstante, no es un indicio definitivo: si el consumidor tuvo conocimiento de la oferta por otros medios —por ejemplo, a través de otros consumidores—, el art. 17 seguirá siendo aplicable si se demuestra que el sitio *web* del profesional estaba dirigido al Estado miembro de residencia del consumidor¹⁷.

Esta jurisprudencia ha sido criticada por ofrecer una interpretación extensiva del foro de protección que puede constituir una carga procesal desproporcionada para los comerciantes *online*¹⁸. No obstante, la interpretación contraria —que el contrato entre el profesional y el consumidor se haya celebrado por medios electrónicos— dejaría un gran número de supuestos fuera del ámbito de protección. Además, se habría abierto la puerta a conductas

¹³ Apartado 79.

¹⁴ Apartados 77 y 78.

¹⁵ STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Mühlleitner* (asunto C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542), nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *REDI*, 2013, núm. 1, pp. 211-214.

¹⁶ STJUE de 17 de octubre de 2013, *Emrek* (asunto C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666) nota de ORÓ MARTÍNEZ, C., *REDI*, 2014, núm. 1, pp. 254-257. Véase igualmente ARROYO APARICIO, A., «Art. 17», en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLEN, M. L. y MONTERO MURIEL F. J. (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 435-457, esp. p. 454.

¹⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 406.

¹⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿Una condición para el olvido?», *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, pp. 5-17.

abusivas pues con solo indicar que el contrato debe celebrarse por medios tradicionales el comerciante quedaría liberado de la carga de litigar ante los tribunales de la residencia del consumidor. En la interpretación del TJUE ha prevalecido la protección de los consumidores¹⁹. Esto no obsta para estar de acuerdo con la doctrina en que, ante esta jurisprudencia, la manera para los comerciantes *online* —en particular para los pequeños y medianos emprendedores— de asegurarse que no van a verse obligados a litigar en el extranjero es mediante el uso de mecanismos técnicos de restricción del acceso a sitios *web* o de redirección a otros sitios *web*²⁰.

5. La jurisprudencia *Pammer* tiene una gran relevancia para asentar el concepto autónomo de las actividades dirigidas el cual está caracterizado por tres elementos:

a) La mera accesibilidad de un sitio *web* no es suficiente para que los tribunales del Estado del foro se declaren competentes.

b) Resulta preciso establecer la voluntad del demandado de dirigir sus actividades comerciales al Estado del foro, individualmente o en el marco de actividades dirigidas a una pluralidad de Estados. No se trata de determinar cuál es la voluntad subjetiva del demandado, sino su voluntad objetiva. Es decir, si en atención a las circunstancias concretas del caso el público puede percibir de manera razonable que el demandado dirigía sus actividades al Estado del foro²¹. Aunque no fuera esa la voluntad subjetiva del demandado, al crear la apariencia de dirigir sus actividades al Estado de residencia del consumidor, debe asumir la carga de la internacionalidad del contrato²².

c) Dicha voluntad del demandado debe determinarse a partir de indicios objetivos que la Declaración concertada y la jurisprudencia del TJUE han ido delimitando, si bien no se trata de una lista cerrada.

Tal y como opina la mayoría de la doctrina, la jurisprudencia *Pammer* del TJUE debe ser aplaudida²³. El criterio de las actividades dirigidas garantiza

¹⁹ En este mismo sentido, BOSKOVIC, O., nota a la sentencia *Emrek*, *RCDIP*, vol. 103, 2014, pp. 633-639, y SINAY-CYTERMANN, A., nota a la sentencia *Mühlleitner*, *RCDIP*, vol. 102, 2013, pp. 491-501; CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 16.ª ed., Granada, Comares, p. 1112.

²⁰ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 5.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015, p. 1033. La utilización de estos mecanismos tecnológicos no está exenta de problemas si bien su explicación excede el objetivo de este trabajo. En particular, resulta controvertida si la utilización de estos mecanismos puede considerarse un requisito discriminatorio de acceso al servicio de Internet basado en la residencia habitual del destinatario en atención al art. 20 Directiva 2006/123 relativa a los servicios en el mercado interior (*DO L* núm. 376, de 27 de diciembre de 2006) y, especialmente, al art. 3.1 de la Propuesta de Reglamento sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior [Doc. COM(2016) 289 final].

²¹ GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5.ª ed., Paris, LGDJ, p. 213. En relación con el art. 6 del Reglamento Roma I, CALLIES, G.-P., «Art. 6 Rome I», en CALLIES, G.-P., *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 124-155, esp. p. 143.

²² BONOMI, A., «Jurisdiction over Consumer Contracts», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, pp. 213-237, esp. p. 228.

²³ CACHARD, O., nota a la sentencia, *RCDIP*, vol. 100, 2011, pp. 429-438; LAFUENTE SANCHEZ, R., «El criterio del International Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contra-

una adecuada ponderación de los intereses en conflicto. Por un lado, se garantiza la protección de los consumidores en aquellos supuestos en los que merecen ser protegidos (cuando son consumidores pasivos que no fuerzan la internacionalidad del contrato); y por otro, se favorece la seguridad jurídica que los comerciantes necesitan para hacer negocios *online* por cuanto están a salvo de resultar demandados en Estados miembros en los que no tenían la intención de dirigir sus actividades²⁴. Al mismo tiempo, se garantiza que los tribunales del Estado miembro de residencia del consumidor solo pueden ser competentes en situaciones que presentan una estrecha vinculación con el supuesto, salvaguardándose el derecho de defensa del demandado²⁵.

Ciertamente, la aplicación en la práctica del criterio puede resultar problemática por cuanto en algunos supuestos resultará difícil determinar la voluntad de un prestador de servicios de dirigir sus actividades a un determinado Estado²⁶. Pero no creo que ello suponga un problema de seguridad jurídica²⁷ superior al que presentan otras disposiciones del R. Bruselas I. Además, la práctica del TJUE está aportando constantemente nuevos indicios que ayudan a reducir ese problema.

6. En principio, en atención a estos «antecedentes», la extensión de la aplicación del criterio de las actividades dirigidas a otras materias resulta plausible. La primera manifestación de esta extensión ya se ha mencionado y se deriva de forma natural: es la referida a la interpretación de las condiciones de aplicación del art. 6 del R. Roma I, lo cual resulta coherente con la necesidad de lograr una correlación *forum-ius*²⁸.

Ahora bien, la extensión a otras materias resulta más complicada por cuanto los problemas a regular y los principios informadores son diferentes. Esto debe llevar a analizar hasta qué punto es posible flexibilizar la aplicación del criterio —en particular a la hora de determinar los indicios a tomar en consideración—²⁹ sin que pierda sus tres elementos identificadores. Como se verá, esto no es posible en algunos casos, y en otros el TJUE ha llegado incluso a descartar su utilización.

tos electrónicos celebrados con consumidores», *CDT*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 177-201; CASTELLANOS RUIZ, E., «El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro del consumidor: *stream-of-commerce*», *CDT*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 70-92.

²⁴ CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 19, p. 1113.

²⁵ Fuera del ámbito intraeuropeo, la aplicación del criterio de las actividades dirigidas garantiza que el tribunal se declaró competente en una situación que presenta un grado de vinculación con el litigio, de manera que se facilita el *exequatur* de la decisión en terceros Estados. CACHARD, O., *op. cit.*, nota 6, p. 402.

²⁶ Un ejemplo de ello lo constituye la STJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm* (asunto C-297/14, ECL:EU:C:2015:844)

²⁷ SVANTESSON, D., «Pammer and Hotel Alpenhof - ECJ decisión creates further uncertainty about when e-businesses “direct activities” to a consumer’s estate under the Brussels I Regulation», *Computer Law & Security Review*, vol. 27, 2011, pp. 300-324; CACHARD, O., *op. cit.*, nota 6, p. 403.

²⁸ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, p. 1073.

²⁹ Sobre el particular, SPENCER, A. B., «Jurisdiction and the Internet: Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts», *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 71-126, esp. pp. 97-98.

3. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

7. Como es conocido, en materia de protección de datos personales se está en un periodo de transición: actualmente, resulta aplicable la Directiva 95/46³⁰ (D. 95/46), incorporada a nuestro ordenamiento en la Ley Orgánica 15/99³¹ (LO 15/99); pero en mayo de 2018 entrará en vigor el RGPD que derogará la directiva.

En relación con el régimen actual, si bien la D. 95/46 —y la LO 15/99— no recoge expresamente el criterio de actividades dirigidas, su aplicación como criterio interpretativo se ha planteado en relación con la determinación del Derecho nacional aplicable y la autoridad competente cuando el responsable del tratamiento está establecido en un Estado miembro [art. 4.1.a)]; y para determinar la aplicación de la normativa europea cuando el responsable del tratamiento está establecido en un tercer Estado [art. 4.1.c)].

Con la entrada en vigor del Reglamento, la primera cuestión perderá parcialmente su relevancia, pero no la segunda, la cual se regula en el art. 3.2 RGPD, disposición que recoge expresamente el criterio de las actividades dirigidas.

3.1. Ley aplicable y autoridad encargada de fiscalizar el tratamiento cuando el responsable está establecido en un Estado miembro

8. Como consecuencia del carácter jurídico-público del régimen de control de las actividades de tratamiento de datos personales, existe una estrecha correlación entre ley aplicable y autoridad competente para sancionar eventuales infracciones. En este sentido, la determinación de la aplicación de una determinada ley conlleva también la competencia de las autoridades de ese Estado miembro para controlar su cumplimiento³².

En principio, el criterio básico fijado por la Directiva para determinar la ley aplicable/autoridad competente es el del establecimiento del responsable del tratamiento (art. 4.1 D. 95/46, art. 2 LO 15/99 y art. 3 de su Reglamento de desarrollo³³), término que ha sido interpretado de manera flexible por el TJUE³⁴.

³⁰ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DO L* núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

³¹ *BOE* núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

³² DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, p. 339.

³³ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, *BOE* núm. 17, de 19 de enero de 2008.

³⁴ Apartados 28 y 29, STJUE de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo* (asunto C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639); apartados 45-60 de la STJUE de 13 de mayo de 2014, *Google Spain* (asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317).

Ahora bien, en los casos en los que el responsable tiene su establecimiento en un Estado miembro pero lleva a cabo sus actividades mayoritaria o exclusivamente en el territorio de otro Estado miembro a través de medios electrónicos, se ha planteado la posibilidad de aplicar la ley y otorgar la competencia a las autoridades de ese otro Estado miembro en atención al criterio de las actividades dirigidas. Esta cuestión se ha planteado en dos ocasiones: SSTJUE de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo*, y de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*³⁵. En ambos asuntos, la respuesta del Tribunal fue negativa. En la primera decisión, referida a un sitio *web* gestionado desde Eslovaquia pero relativo a anuncios enviados por residentes en Hungría sobre propiedades inmobiliarias localizadas en ese país, se afirma que el hecho de que el responsable dirija sus actividades a un Estado miembro no es suficiente por sí solo para considerar aplicable la legislación de ese Estado. Resulta necesario, al menos, que el responsable tenga un representante en dicho Estado. Ciertamente, además de ese representante resulta preciso que el responsable realice una actividad real y efectiva, aun mínima, en dicho Estado miembro³⁶.

Este criterio se confirma en *Verein für Konsumenteninformation*, relativa al tratamiento de datos personales de residentes en Austria por parte de Amazon EU, con domicilio en Luxemburgo, y que ejerce sus actividades comerciales en Austria a través del sitio *web amazon.de*. En la sentencia el TJUE afirma que «si bien el hecho de que la empresa responsable del tratamiento de datos no posea una filial ni una sucursal en un Estado miembro no excluye que pueda tener en su territorio un establecimiento en el sentido del art. 4.1.b), ese establecimiento no puede existir por el mero hecho de que allí se pueda acceder al sitio de Internet de la empresa en cuestión»³⁷.

En este sentido se puede afirmar que el concepto autónomo de actividades dirigidas no es extensible a esta materia. Si bien el TJUE hace referencia a los tres elementos caracterizadores del concepto, los mismos no son utilizados con el fin de determinar si el responsable del tratamiento dirige sus actividades a un determinado Estado, sino si dicho responsable tiene un establecimiento permanente que lleva a cabo una actividad real y efectiva a través de un sitio *web* en dicho Estado³⁸.

La solución resulta convincente por razones de seguridad jurídica. Si ya de por sí puede resultar complicado localizar el establecimiento permanente del responsable del tratamiento de datos³⁹, la introducción como criterio

³⁵ Asunto C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 72.

³⁶ Asunto C-230/14, apartado 31.

³⁷ Asunto C-191/15, apartado 76.

³⁸ En el caso en cuestión: «Gestión de uno o varios sitios de internet de anuncios de inmuebles situados en Hungría, que están redactados en húngaro y que pasan a ser de pago transcurrido el primer mes. Por tanto, procede señalar que dicha sociedad ejerce una actividad real y efectiva en Hungría» (asunto C-230/14, apdo. 32).

³⁹ GTPD, *Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU judgement in Google Spain* (WP 179/update), 16 de diciembre de 2015, pp. 6-7. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp179_en_update.pdf.

alternativo de la tesis de las actividades dirigidas generaría una gran inseguridad jurídica por cuanto resultaría difícil determinar el régimen jurídico al que deberían sujetar su actividad los responsables del tratamiento y la autoridad ante la que deberían responder cuando llevan a cabo sus actividades⁴⁰.

9. Según se ha indicado, desde el momento en que entre en vigor el RGPD, esta cuestión perderá su relevancia práctica en relación con la determinación del Derecho nacional aplicable, pues el nuevo Reglamento establece un régimen unificado aplicable en todos los Estados miembros.

En cambio, seguirá teniendo cierta relevancia en relación con la determinación de la autoridad competente, pues uno de los foros de competencia que establece el Reglamento es el del establecimiento del responsable o encargado del tratamiento de los datos (arts. 55 y 56). Igualmente, este foro de competencia viene recogido en el art. 79.2 para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una reclamación por indemnización de daños y perjuicios derivada de una infracción del Reglamento.

En la medida en que, tal y como se indica en el considerando 22, se acoge el concepto flexible de «establecimiento» establecido por la jurisprudencia del TJUE, la dirección de las actividades del responsable del tratamiento a un determinado Estado miembro puede ser tomada en consideración para determinar si un responsable lleva a cabo a través de un sitio *web* la actividad real y efectiva que se exige para aplicar el foro de competencia.

3.2. Aplicación de la normativa europea cuando el responsable está establecido en un tercer Estado

10. Un segundo aspecto relativo a la protección de datos personales en relación con el cual se plantea la aplicación del criterio de las actividades dirigidas es el referido a la determinación de los supuestos en los que resulta aplicable la normativa europea en la materia cuando el responsable está establecido en un tercer Estado.

Estas situaciones son muy numerosas en la práctica por cuanto el carácter global de Internet facilita que los responsables y encargados del tratamiento de datos personales de interesados residentes en la Unión Europea puedan estar establecidos en terceros Estados. Para garantizar que en estos casos los interesados no vean mermada la protección que les ofrece la legislación europea, el actual art. 4.1.c) D. 95/46 [art. 2.1.c) LO 15/99 y 3.1 de su Reglamento de desarrollo] establece que la misma será aplicable cuando: «El responsable del tratamiento [...] recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo

⁴⁰ SVANTESSON, D., «Article 4(1)(A) “Establishment of the Controller” in EU Data Privacy Law - Time to Rein in this Expanding Concept?», *International Data Privacy Law*, vol. 6, 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2820205>.

en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea».

Según el Grupo de Trabajo del art. 29⁴¹, el concepto de «recurso a medios situados en el territorio de un Estado miembro» cubre muchos supuestos, incluyendo la instalación de archivos y programas informáticos que almacenan y permiten el acceso a información en el equipo del usuario (las llamadas *cookies*) y el uso de *Javascript* que permiten a servidores remotos ejecutar aplicaciones en el dispositivo del usuario⁴². Este ámbito de aplicación tan amplio del concepto ha sido criticado por la doctrina por generar inseguridad jurídica y porque puede provocar que la normativa europea resulte aplicable en supuestos con una escasa vinculación con la Unión Europea⁴³. El propio Grupo de Trabajo del art. 29 ha llegado a reconocer esta circunstancia⁴⁴ y llegó a proponer la adopción del criterio de las actividades dirigidas cuando sugirió que «en términos de seguridad jurídica, se complementara el criterio de los “medios”, un factor de conexión más específico, que tuviera en cuenta *la oportuna orientación hacia las personas*»⁴⁵. Es decir, si la actividad del responsable del tratamiento estaba destinada al Estado miembro de residencia del interesado. No obstante, esta interpretación nunca llegó a ser acogida ni por el propio Grupo de Trabajo⁴⁶, ni por las autoridades nacionales⁴⁷.

11. Ha sido necesario esperar a la adopción del RGDP para que el criterio de actividades dirigidas haya sido adoptado en la materia. Efectivamente, la letra *a*) del art. 3.2 RGPD indica que «[e]l presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado 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*, independientemente de si a estos se les requiere su pago».

⁴¹ GTPD, *Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE* (WP56), de 30 de mayo de 2002, p. 11.

⁴² Estos *Javascripts* son necesarios, por ejemplo, para poder utilizar las aplicaciones ofrecidas por los prestadores de servicios de *cloud computing*.

⁴³ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Competencia y Derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea», *REDI*, 2017, núm. 1, pp. 75-107, esp. pp. 100-101; SVANTESON, D., «The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law - Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses», *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 53-106; KUNER, C., *European Data Protection Law*, Oxford, 2.ª ed., 2007, pp. 117-119; SANCHO VILLA, D., *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Navarra, Civitas, 2010, pp. 43-49.

⁴⁴ *Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable*, p. 23, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp179_es.pdf.

⁴⁵ P. 28, en la que se pone como ejemplo de norma en la que se establece un criterio similar, el art. 15.1.c) R. Bruselas I y la sentencia *Pammer*.

⁴⁶ P. 34.

⁴⁷ Como ejemplo puede ponerse el Informe 0454/2009 de la Agencia española de protección de datos en el que se determina la aplicación de la legislación española a un sitio *web* albergado en un servidor en Nueva York que permite a los clientes que se registren la descarga de diseños e imágenes, que va a comercializar dicha página en España. La agencia hace mención expresa al uso de *cookies* y *javascripts* como criterio por el que la LOPD debe resultar aplicable.

Que la disposición supone una extensión del concepto autónomo de «actividades dirigidas» a esta materia resulta confirmada por el considerando 23, en el cual se mencionan los tres elementos definitorios antes identificados: a) la irrelevancia de la mera accesibilidad del sitio *web*; b) la necesidad de determinar si es evidente la voluntad del responsable o del encargado de dirigir sus actividades a interesados en uno o varios Estados miembros de la Unión; c) la referencia a algunos indicios que permiten evidenciar de manera objetiva dicha voluntad⁴⁸. Ahora bien, tal y como se ha indicado anteriormente, las diferencias existentes entre esta materia y la de contratos de consumo, conlleva que los indicios a tomar en consideración puedan ser diferentes. Así, si bien el punto de partida es la jurisprudencia *Pammer*⁴⁹, la aplicación de la normativa europea de protección de datos no debe estar condicionada a la celebración de un contrato entre el responsable del tratamiento y el interesado⁵⁰. Esto implica que el ámbito de aplicación de esta normativa sea mayor que en materia de consumo, circunstancia que ha llevado a la doctrina a manifestar que la aplicación del criterio de las actividades dirigidas en esta materia plantea una cuestión de gradación. La normativa europea debe resultar aplicable cuando se ofrezcan bienes o servicios sin restricciones geográficas a residentes en la UE y sean adquiridos o utilizados por un número significativo de personas en la UE. No hace falta que el prestador de servicios incluya expresiones manifiestas de su voluntad de que sus servicios están dirigidos a residentes en Estados miembros. En principio, el uso de mecanismos de geolocalización que impidan el acceso a los servicios desde la Unión Europea o redireccionen a los usuarios a otros sitios *web* conlleva la inaplicación de la legislación europea⁵¹. Pero fuera de estos casos no está nada claro cuál debe ser el volumen de actividad del prestador dirigida a la UE para que el criterio resulte aplicable: ¿resulta suficiente contactos ocasionales o es preciso un cierto volumen de actividad?⁵². A mi modo de ver, la respuesta depende del caso concreto si bien es importante que el aplicador del Derecho tenga en

⁴⁸ «Para determinar si [el] responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyectan ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión. Si bien la mera accesibilidad del sitio *web* del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no basta para determinar dicha intención, hay factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de encargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión, que pueden revelar que el responsable del tratamiento proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión».

⁴⁹ BYGRAVE, L. A., «Determining applicable law pursuant to European data protection legislation», en HÖRNLE, J. y WALDEN, I. (eds.), *Ecommerce Law and Practice in Europe*, Cambridge, Woodhead Publishing, 2001, pp. 1-11, esp. p. 4.

⁵⁰ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 19, p. 346.

⁵¹ *Ibid.*, nota 40, p. 86. Así, los servicios de almacenamiento ofrecidos por Google o Dropbox pueden considerarse dirigidos a la Unión Europea. Para que no lo fueran, los prestadores deberían impedir que los usuarios residentes en Estados miembros accedan a su sitio *web*, o redirigirles a sitios *web* de empresas filiales o de terceros que ofrezcan esos servicios en el territorio de la UE.

⁵² HON, W. K., HÖRNLE, J. y MILLARD, C., «Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing - When are Cloud Users and Providers Subject to EU Data Protection Law? The Cloud of Unknowing,

cuenta que el objetivo es determinar si de las circunstancias particulares del supuesto se puede concluir de manera razonable que la voluntad del responsable del tratamiento es dirigir sus actividades a la UE. Es de esperar que la jurisprudencia del TJUE pueda aportar algunos indicios en este sentido.

12. Debe observarse que el art. 3.2 RGPD establece un criterio alternativo para determinar su ámbito de aplicación. Concretamente, la letra *b*) establece la aplicación del Reglamento a responsables o encargados establecidos en terceros Estados que realizan *actividades de tratamiento de datos personales referidas al control del comportamiento de personas que se encuentran en la Unión Europea, en la medida en que este tratamiento tenga lugar en la Unión*.

De acuerdo con el considerando 24, el control del comportamiento se refiere al seguimiento de la actividad de las personas físicas en Internet que unido al uso de técnicas de tratamiento de datos personales permiten la elaboración de perfiles de dichas personas con el fin de «adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes».

En la medida en que este control de comportamiento se lleva a cabo mediante el envío e instalación de *cookies* en el equipo del usuario resulta pertinente preguntarse si este criterio constituye una transposición del actual art. 4.1.c) D. 95/46, con los problemas que ello conllevaría⁵³. Una interpretación que favorecería una respuesta negativa de esta pregunta pasaría por considerar este segundo criterio como una aplicación específica del concepto autónomo de las actividades dirigidas en esta materia. En este sentido, el envío e instalación de *cookies* en los dispositivos de usuarios localizados en territorio UE no es suficiente para determinar la aplicación de la normativa europea. De las circunstancias particulares del supuesto debe resultar evidente de manera razonable que esa es la voluntad del responsable del tratamiento. Así ocurrirá, por ejemplo, si se demuestra que gracias a los datos recabados el prestador de servicios elaboraba perfiles de usuarios que posteriormente suministra a terceras empresas para personalizar la publicidad que envían a residentes en la UE. Esta interpretación permite evitar que, al igual que ocurre con el actual art. 4.1.c) D. 95/46, la normativa europea pueda resultar aplicable a situaciones con una escasa vinculación con la Unión Europea⁵⁴.

Part 3», *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 84/2011*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1924240>, p. 36.

⁵³ PIRODDI, P., «Computación en la nube y Derecho aplicable a la protección de datos personales en la Unión Europea», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 269-308, esp. p. 304.

⁵⁴ Ciertamente, la aplicación del concepto en esta materia presenta un problema de prueba de los indicios demostrativos de una actividad dirigida a la UE. El prestador de servicios es el que se encuentra en mejor posición para aportar dicha prueba, si bien dicha tarea puede resultar complicada cuando de lo que se trata es de demostrar que su actividad *no estaba dirigida a la UE*. Véase HON, W. K., HÖRNLE, J. y MILLARD, C., *op. cit.*, nota 52, p. 37.

4. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

13. Una materia afín a la de la protección de datos personales en la que también se ha planteado la extensión del concepto autónomo de «actividades dirigidas» es la de las infracciones de derechos de la personalidad. No obstante, en este caso, el criterio no aparece fijado normativamente en el actual art. 7.2 R. Bruselas I, lo cual obstaculiza su adopción a nivel jurisprudencial.

En particular, en los asuntos que dieron lugar a la STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y Martínez*⁵⁵, relativa a informaciones injuriosas publicadas en sitio *web* de una empresa domiciliada en un Estado miembro y que son accesibles un Estado miembro en el que residen los demandantes, el tribunal alemán recurrente en el primer asunto pregunta expresamente si la aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 (actual art. 7.2) requiere una vinculación especial del litigio con el Estado del foro basada en la dirección de las actividades del propietario del sitio *web* a los usuarios residentes en ese Estado miembro⁵⁶.

Aunque no lo hace de manera expresa, puede entenderse que el TJUE responde negativamente a la pregunta⁵⁷ al interpretar que, en supuestos de vulneración de derechos de la personalidad cometidos a través de Internet, la víctima puede presentar la demanda antes los tribunales: *a)* del Estado miembro de establecimiento del emisor de los contenidos injuriosos, si bien en muchas ocasiones este coincidirá con el recogido en el art. 4, o en el art. 7.5; *b)* del Estado miembro donde se encuentra el centro de intereses de la víctima que, presuntamente, coincidirá con su residencia habitual⁵⁸, y *c)* del Estado miembro desde el que es accesible la información, si bien en este último caso, la competencia está limitada a los daños producidos en el territorio de ese Estado⁵⁹.

A mi modo de ver, el rechazo del criterio de las actividades dirigidas para determinar los tribunales competentes para conocer de daños globales (los

⁵⁵ Asuntos C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685. Nota de LEIN, E., *REDI*, 2012, núm. 1, pp. 193-198.

⁵⁶ Apartado 24, pregunta 2.

⁵⁷ Más claro es el rechazo por parte del Abogado General en sus Conclusiones de 29 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:192), si bien en relación con el criterio del centro de gravedad del conflicto que finalmente no es acogido por el Tribunal (apdo. 62).

⁵⁸ Apartados 48 y 49. Con anterioridad a esta decisión los tribunales españoles ya habían considerado adecuado declararse competentes por ser España el Estado donde el afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida y relaciones sociales en las SSAP de Las Palmas de 20 de enero de 2004 (*AEDIPr*, t. V, 2005, 641-650, con nota de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.) y de Madrid de 18 de octubre de 2010 (nota de CORDERO ÁLVAREZ, C., *REDI*, 2011, núm. 2, pp. 260-262). Tal y como indica E. Lein la sentencia no deja claro si la competencia de los tribunales del centro de intereses de la víctima es para conocer de daños globales acaecidos en cualquier lugar o únicamente en el territorio de la Unión Europea (LEIN, E., «Matters related to Tort, Delict or Quasi-Delict», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, pp. 155-172, esp. p. 172.

⁵⁹ Apartado 51.

dos primeros supuestos) resulta acertado. No así, su rechazo para determinar los competentes para conocer de daños locales (el tercer supuesto).

4.1. La adecuación del rechazo del criterio de las actividades para determinar los tribunales competentes para conocer de daños globales

14. El rechazo del criterio de las actividades dirigidas en beneficio del foro del centro de los intereses de la víctima resulta justificado por varias razones. En primer lugar, es una solución que se adecúa mejor a los principios sustantivos que informan la materia los cuales deben llevar a favorecer una interpretación a favor de los intereses de la víctima. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el daño a la reputación de una persona ocurre con independencia de la intencionalidad y voluntad del creador del contenido⁶⁰. Por tanto, en esta materia la voluntad del presunto infractor de dirigir sus actividades a un determinado país no debe jugar un papel relevante a efectos de determinar los tribunales competentes como el que juega en materia de contratos de consumo o incluso de protección de datos personales.

Además, el foro del centro de intereses de la víctima garantiza un justo equilibrio de los intereses en presencia. El carácter global de Internet permite a las publicaciones *online* maximizar beneficios gracias a que la información es fácilmente accesible desde cualquier lugar; pero, a su vez, este carácter global conlleva el peligro de que en caso de infracción de los derechos de la personalidad, los daños al perjudicado aumentan en la misma medida. Parece adecuado que en tal caso se permita a la víctima demandar en el foro que le resulta más próximo (allí donde se encuentra su centro de intereses) y que la publicación *online* asuma los costes que ello implica⁶¹.

En tercer lugar, el criterio del centro de intereses garantiza una mayor proximidad entre el litigio y los tribunales competentes que el de las actividades dirigidas⁶². En muchas ocasiones, la víctima residirá en el país desde el que se publica la información injuriosa, o al que va dirigida. No obstante, puede ocurrir que una publicación *online* dirigida hacia un determinado Estado produzca daños a la reputación de una persona residente en otro Estado. En tal caso, resulta más previsible para las partes que una demanda por

⁶⁰ Apartados 45-47.

⁶¹ Apartado 45 de la sentencia. LORENTE MARTÍNEZ, I., «Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La STJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet», *CDT*, 2012, vol. 1, pp. 277-301; MUIR WATT, H., nota a la sentencia en *RCDIP*, vol. 101, 2012, pp. 403-411. MANKOWSKI, P., «Art. 7», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Colonia, Otto Schmidt KG, 2016, apartado 249d.

⁶² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «The Internet - Privacy and Rights relating to Personality», *Recueil des Cours*, vol. 378, 2016, pp. 263-486, esp. p. 367; SABIDO RODRÍGUEZ, M., «Art. 7.2», en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLEN, M. L. y MONTERO MURIEL F. J. (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 187-215, esp. p. 214.

daños globales pueda presentarse ante los tribunales del centro de intereses de la víctima⁶³.

También, es un criterio más sencillo de aplicar que el de las actividades dirigidas pues el centro de intereses es único —presumiblemente el Estado miembro de la residencia habitual de la víctima— con lo que se evita la existencia de una multiplicidad de posibles tribunales competentes⁶⁴. Bien es cierto, sin embargo, que pueden aparecer problemas para localizar este centro de intereses, sobre todo cuando se trata de celebridades.

En fin, se trata de un criterio que garantiza la predictibilidad de soluciones y favorece la buena administración de justicia por cuanto, tratándose de un litigio relativo a la reputación de una persona, las pruebas se encontrarán en el Estado miembro de su residencia habitual⁶⁵.

4.2. Inadecuación del rechazo del criterio de las actividades dirigidas para determinar los tribunales competentes para conocer de daños locales

15. Aceptada la idoneidad del criterio del centro de intereses, lo que resulta criticable es la atribución alternativa de competencia a los tribunales de los Estados miembros desde los que la información injuriosa es accesible⁶⁶.

Este segundo foro de competencia puede llevar a que tribunales con escasa vinculación con el litigio resulten competentes, lo cual es criticable por la falta de predictibilidad e inseguridad jurídica que ello conlleva para el demandado⁶⁷. Además, es un foro que incrementa exponencialmente las posibilidades de practicar *forum shopping* por cuanto ni tan siquiera es necesario que la persona sea conocida en el Estado donde se presenta la demanda⁶⁸. De nada sirve que el TJUE limite la competencia de estos tribunales a los datos locales. Siempre que haya tribunales con una mayor propensión a otorgar altas compensaciones, si dispone de los recursos necesarios la víctima inten-

⁶³ Apartado 50. Así, por ejemplo, en el supuesto de una información falsa en un periódico deportivo francés en relación con el uso de productos dopantes por parte de un ciclista español afincado en Madrid en el Tour de Francia, se puede entender que la publicación está dirigida a Francia; pero la víctima sufre el daño principalmente en España, país donde vive, donde es conocido y en el que todos los medios de comunicación se van a hacer eco de la noticia.

⁶⁴ MARINO, S., «Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale on line», *RDIPP*, 2012, pp. 879-896, esp. p. 884.

⁶⁵ Apartado 48.

⁶⁶ GUIZIOU, G., nota a la sentencia, *JDI*, 2012, pp. 197-212, esp. p. 202; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 47, 2011, pp. 849-851; LEIN, E., *op. cit.*, nota 55, p. 198.

⁶⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 62, p. 351; GUIZIOU, G., *op. cit.*, nota 66, p. 204.

⁶⁸ NAGY, C. I., «The World is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law - Missed and New Opportunities», *JPIL*, vol. 8, 2012, pp. 251-256; OREJUDO DE LOS MOZOS, P., «La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 4, pp. 18-27.

tará aprovecharse del llamado *libel tourism*⁶⁹. En relación con la ponderación de los intereses en presencia, no resulta justificado que la publicación *online* pueda ser demandada en cualquier Estado desde el que la información es accesible⁷⁰.

Por estas razones, la teoría de la mera accesibilidad debería desterrarse en esta materia. Para que un tribunal pueda declararse competente en atención al art. 7.2 debería exigirse cierta vinculación entre el tribunal y los hechos litigiosos. Al respecto, el criterio de las actividades dirigidas derivado de la jurisprudencia *Pammer* debería jugar un papel relevante. En este sentido, los tribunales de todos los Estados miembros a los que se pueda razonablemente entender que el demandado dirigía sus actividades deberían poder declararse competentes para conocer de una acción por daños locales. Para determinar dicho extremo, en el supuesto en el que el demandado fuera una publicación *online*, podrían jugar un papel relevante indicios tales como el lenguaje en el que está escrita la publicación o la relevancia que su contenido puede tener en un determinado Estado. En este sentido, siguiendo al Abogado General, puede proponerse como indicio específico de esta materia que «la información que suscita el litigio se expresa en unos términos que, a la vista de las circunstancias que rodean la noticia, constituyan una información que suscite interés en un territorio y, en consecuencia, incite activamente a los lectores de dicho territorio a acceder a ella»⁷¹. Es decir, se trataría de supuestos en los que aunque la publicación *online* no tenía la intención de dirigir sus actividades al Estado del foro, debió prever que la misma causaría efectos en él. En este sentido, la cuantificación del número de visitas recibida desde direcciones IP localizadas en un determinado Estado tiene gran relevancia. De nuevo, es preciso referirse a los mecanismos tecnológicos que restringen el acceso del sitio *web* desde determinados Estados o que redirigen al usuario a otras páginas *web* como medios más idóneos para reducir el riesgo de internacionalidad por parte de las publicaciones *online*.

⁶⁹ Término acuñado en el Reino Unido que hace referencia a la propensión a acudir a litigar a los tribunales de este país debido a su conocida facilidad para otorgar daños y perjuicios elevados, HARTLEY, T., «Libel Tourism and Conflict of Laws», *JCLQ*, vol. 59, 2010, pp. 25-59. Así, siguiendo con nuestro ejemplo, nada impide que el ciclista español demande al periódico francés ante los tribunales del Reino Unido.

⁷⁰ En este sentido, MANKOWSKI, P., *op. cit.*, nota 61, apartado 249.

⁷¹ Apartados 59-60. En Alemania, el Tribunal Supremo federal en su Sentencia de 14 de mayo de 2013 (VI ZR 269/12, *IPRax*, 2014, pp. 538-541) consideró como elemento determinante para establecer la CJI de los tribunales alemanes en un litigio que enfrentaba a Google USA con un alemán en relación con la función de autocompletar de *google.de*, en atención a que Alemania era el lugar en el que los intereses de las partes enfrentadas entraban en conflicto. En este caso, cabe suponer que debe tomarse en consideración si el sitio *web* está dirigido a Alemania como un criterio para establecer el lugar de conflicto de los intereses. La doctrina alemana se ha mostrado crítica con este criterio, al considerar el centro de intereses de la víctima como elemento más previsible y menos complejo de determinar.

5. EL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

16. En materia de propiedad industrial e intelectual, el criterio de las actividades dirigidas tampoco aparece plasmado normativamente. No obstante, su aplicación se ha discutido jurisprudencialmente tanto en relación con la competencia judicial internacional a las infracciones internacionales, cuanto en relación con la ley aplicable. El resultado en uno y otro caso es diferente: en relación con el segundo de los aspectos, la jurisprudencia ha acogido este criterio; en relación con el primero, la jurisprudencia se ha decantado por el criterio de la mera accesibilidad.

5.1. La inaplicación del criterio de actividades dirigidas para determinar la competencia judicial internacional en materia de infracciones de propiedad industrial e intelectual

17. La sentencia *eDate Advertising* sembró la duda en la doctrina sobre el criterio que acogería el TJUE ante un supuesto de infracción de propiedad industrial o intelectual cometido en Internet⁷²: ¿se seguiría el criterio de la mera accesibilidad, o se abriría la puerta a un *forum actoris* a partir del criterio de las actividades dirigidas que incluso permitiera al tribunal asumir competencia para conocer de los daños globales?

La primera sentencia en la materia, STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*⁷³, no responde completamente a la cuestión si bien ya dejó entrever que el criterio de las actividades dirigidas tenía poco margen de actuación. El asunto trataba sobre la utilización como «*adword*» en el buscador «*google.de*» de una palabra clave coincidente con una marca registrada por un tercero en Austria. El TJUE estableció que el criterio preferente para aplicar el art. 5.3 (actual art. 7.2) es si el derecho de propiedad industrial en cuestión está protegido en el Estado miembro donde se presenta la demanda⁷⁴. Los tribunales del Estado miembro de registro de la marca controvertida son los que se encuentran en mejores condiciones para evaluar si efectivamente esta ha sido vulnerada⁷⁵. En opinión del Tribunal esta interpretación se justifica por razones de buena administración de justicia y de una sustanciación adecuada del proceso⁷⁶. La cuestión de si el uso con fines publicitarios de un signo idéntico a una marca

⁷² Por ejemplo, GUIZIOU, G., nota a la sentencia, *JDI*, 2012, pp. 197-212; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 47, pp. 847-855.

⁷³ Asunto C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220.

⁷⁴ Apartado 25. A diferencia del derecho de la personalidad, los derechos de propiedad industrial e intelectual no están protegidos a nivel global, sino a nivel territorial, circunstancia que impide aplicar el mismo criterio a ambos tipos de infracciones. Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 17, p. 119; LEIN, E., *op. cit.*, nota 58, p. 170.

⁷⁵ Apartados 27 y 28.

⁷⁶ Apartado 27.

nacional en un sitio *web* vulnera efectivamente el derecho de marca pertenece al ámbito de examen del recurso en cuanto al fondo. La ausencia de una referencia expresa al criterio de las actividades dirigidas debe llevar a entender que el mismo no resulta aplicable. Lo único relevante es si el derecho en cuestión está o no protegido en el Estado miembro en el que se presenta la demanda.

La segunda decisión en la materia, STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*⁷⁷, trata sobre vulneración de derechos de autor los cuales, al contrario de las marcas, se conceden de manera automática en una pluralidad de Estados. Esto podía llevar a pensar que, al no resultar tan marcada la influencia del principio de territorialidad, el TJUE pudiera adoptar una interpretación diferente, más cercana a la jurisprudencia *Martínez*. El asunto versa sobre una demanda presentada en Francia contra una empresa austriaca por haber fabricado, sin autorización del titular de los derechos, unos CDs de música que posteriormente fueron comercializados por dos sitios *web* de empresas británicas accesibles desde Francia. El tribunal empieza por confirmar que el criterio básico es el de la protección, el cual no resulta afectado por el hecho de que los derechos de autor se otorguen de manera automática en todos los Estados miembros⁷⁸. A continuación recuerda que las cuestiones de en qué condiciones puede considerarse vulnerado un derecho, y si dicha vulneración es imputable al demandado, corresponden al examen de fondo del órgano jurisdiccional competente⁷⁹. Y, para que no haya lugar a dudas, deja claro que el art. 5.3 (actual art. 7.2) prevé como única condición para su aplicación «que se haya producido o pueda producirse el daño» por lo que, «contrariamente a lo que establece el art. 15.1.c) [actual art. 17.1.c)] no exige, en particular, que la actividad controvertida se dirija al Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción»⁸⁰.

Si bien la sentencia *Pinckney*, contrariamente a lo que recomendó el Abogado General⁸¹, conllevó la condena explícita del criterio de las actividades dirigidas, en ella no se contiene una declaración expresa a favor del criterio de la mera accesibilidad. Es más, algunos quisieron ver en las palabras del TJUE una puerta abierta al primero de estos criterios. En particular, su apartado 44 indica que: «En circunstancias como las del litigio principal, el [riesgo de infracción] se deriva, en particular, de *la posibilidad de obtener*, en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante»⁸². Esa «posibilidad de obtener» podría implicar que el sitio *web* dirigiera sus actividades al Estado miembro del foro⁸³.

⁷⁷ Asunto 170/12, ECLI:EU:C:2013:635. Nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 2014, núm. 1, pp. 251-253.

⁷⁸ Apartados 33, 39 y 43.

⁷⁹ Apartado 40.

⁸⁰ Apartado 42.

⁸¹ Conclusiones de 13 de junio de 2013 (ECLI:EU:C:2013:400), apartados 67 y 68.

⁸² Apartado 44.

⁸³ Véase TREPPOZ, E., nota a la sentencia, en *RTD eur*, vol. 49, 2013, pp. 897-903.

La STJUE de 22 de enero de 2015, *Hedjuk*⁸⁴ aclara todas las dudas que a este respecto pudieran existir. En primer lugar, ratifica que el criterio principal a tener en cuenta es que el derecho de propiedad intelectual objeto de la presunta infracción esté protegido en el Estado del foro⁸⁵. En segundo lugar, que el criterio de las actividades dirigidas no resulta aplicable⁸⁶. En tercer lugar, el tribunal aclara que la simple accesibilidad del sitio *web* donde se lleva a cabo la presunta infracción es suficiente para establecer la competencia de los tribunales del foro⁸⁷.

La jurisprudencia reseñada pone fin a la aplicación del criterio de las actividades dirigidas en materia de propiedad industrial e intelectual, que hasta la fecha gozaba de predicamento entre los tribunales de algunos Estados miembros⁸⁸, y era defendido por la doctrina⁸⁹ con base en la Recomendación OMPI sobre la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial en Internet⁹⁰. Es reseñable la situación de la *Cour de cassation* francesa que tras decantarse a favor del criterio de la mera accesibilidad en el asunto *Cristal*⁹¹ modificó su jurisprudencia para acoger el criterio de las actividades dirigidas⁹². Ahora, con la nueva doctrina del TJUE, los tribunales franceses

⁸⁴ Asunto 441/13, ECLI:EU:C:2015:28. Comentario de MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 187-189.

⁸⁵ Apartado 29.

⁸⁶ Apartado 32.

⁸⁷ «En las circunstancias del litigio principal, ha de considerarse que tanto la materialización del daño como el riesgo de dicha materialización se derivan de la posibilidad de acceder, en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción, a través del sitio de Internet de EnergieAgentur, a fotografías amparadas por los derechos que esgrime la Sra. Hejduk» (apdo. 34).

⁸⁸ En Alemania, las sentencias del *Bundesgerichtshof*, de 13 de octubre de 2004, *Hotel Maritime*, (*GRUR*, 2005, pp. 431-434) y de 30 de marzo de 2006, *Arzneimittelwerbung im Internet* (*GRUR*, 2006, pp. 513-515); en España la SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2002/32505).

⁸⁹ BETTINGER, T. y THUM, D., «Territorial Trademark Rights in the Global Village - International Jurisdiction, Choice of Law and Substantive Law for Trademark Disputes on the Internet», *IIC*, vol. 31, 2000, pp. 162-182. En España, esta postura es defendida por GARCÍA VIDAL, A., «Marcas y nombres de dominio en Internet», *ADI*, t. XVIII, 1997, pp. 187-213, esp. pp. 206-207; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., «Criterio de "focalización" y *forum delicti commissi* en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet», *pe. i.*, enero-abril de 2009, núm. 31, pp. 13-53.

⁹⁰ Recomendación conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos, en Internet, disponible en <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/845/pub845.pdf>.

⁹¹ Sentencia de la *Cour de cassation* de 9 de diciembre de 2003, *Cristal*, *RCDIP*, vol. 93, 2004, nota de TREPPOZ, E., pp. 632-640. Véase también SUQUET CAPDEVILA, J., «Internet, marcas y competencia judicial internacional: ¿o la superación de la regla *forum loci delicti commissi*?», *Diario La Ley*, 2004, núm. 6073, pp. 1644-1655. Esta doctrina jurisprudencial fue confirmada posteriormente en la Sentencia de la *Cour de cassation* de 20 de marzo de 2007, *Soc. HSM Schuhmarketing c. Soc. Gep Industries*, *RCDIP*, vol. 97, 2008, pp. 323-326, nota de TREPPOZ, E.

⁹² La Sección Civil de la *Cour de cassation* adoptó este cambio de doctrina en sus Sentencias de 13 de julio de 2010, *Google v. Louis Vuitton* (disponible en <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-cassation-chambre-commerciale-financiere-et-economique-arret-du-13-juillet-2010/>), y de 23 de noviembre de 2010, *Axa c. Google* (disponible en <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-cassation-chambre-commerciale-financiere-et-economique-arret-du-23-novembre-2010/>). Debe observarse que la Sección comercial ha seguido fiel al criterio de las actividades dirigidas, si bien la reciente STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Concurrence* (asunto C-618/15, ECLI:EU:C:2016:976) puede suponer el final de esta jurisprudencia.

y los de cualquier otro Estado miembro deben aplicar el criterio de la mera accesibilidad, con los inconvenientes que eso conlleva y que han sido puestos de relieve por la doctrina⁹³.

La asunción de este criterio se justifica exclusivamente en la interpretación literal del art. 7.2 R. Bruselas I que, contrariamente al art. 17.1.c), no requiere que el sitio *web* controvertido dirija sus actividades al Estado del foro⁹⁴. En opinión del TJUE, la simple accesibilidad del sitio *web* donde se lleva a cabo la presunta infracción es suficiente para «que se haya producido o pueda producirse el daño» en el Estado miembro donde está protegido el derecho. Además se afirma que la interpretación garantiza la vinculación de los tribunales competentes con el objeto del litigio y, por tanto, una buena administración de justicia y sustanciación del proceso⁹⁵.

A mi modo de ver, resulta discutible que la mera accesibilidad sea condición suficiente para «que se haya producido o pueda producirse el daño» en el Estado miembro donde está protegido el derecho. Esto no es así al menos para los derechos de propiedad industrial por cuanto para que exista infracción se precisa la voluntad del presunto infractor de introducir los productos infractores en el comercio⁹⁶. Es decir, si no existe voluntad del presunto infractor de dirigir sus actividades al Estado donde está protegido el derecho ni hay daño ni se puede producir daño, por lo que el art. 7.2 no debería resultar aplicable. No creo que en estos casos, la determinación de la voluntad del presunto infractor de dirigir su actividad al Estado del foro sea una cuestión relativa a las condiciones en las que puede considerarse vulnerado un derecho, que corresponde al examen de fondo del órgano jurisdiccional competente. Se trata de una cuestión fáctica, similar a la determinación de la mera accesibilidad, pues no se prejuzga el fondo del asunto: el presunto infractor puede haber dirigido su actividad al Estado del foro y, sin embargo, la conducta puede no ser infractora. Por ello, los tribunales deberían tomar esta circunstancia en consideración a la hora de aplicar el *forum delicti commissi*.

En relación con el segundo aspecto, el propio asunto que dio lugar a la sentencia *Pinckney* es un ejemplo de que el criterio de la mera accesibilidad no garantiza una mínima vinculación de los tribunales competentes con el objeto del litigio: el simple hecho de que el sitio *web* sea accesible desde un Estado miembro donde esté protegido un derecho de propiedad industrial o intelectual susceptible de ser infringido por el contenido del sitio *web*, es su-

⁹³ Véase, por ejemplo, USUNIER, L., nota a la sentencia, *RCDIP*, vol. 103, 2014, pp. 195-206; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 49, 2013, pp. 897-903.

⁹⁴ Asunto 441/13, apartado 32; asunto 170/12, apartado 42.

⁹⁵ Asunto 441/13, apartado 19; asunto 170/12, apartado 37: «En efecto, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de registro son los que mejor pueden apreciar si efectivamente se ha vulnerado el derecho de que se trate».

⁹⁶ Así, por ejemplo, el art. 50 de la Ley 24/2015 de patentes (*BOE* núm. 177, de 25 de julio de 2015) habla de «ofrecimiento para la venta, o introducción en el comercio»; el art. 19 del Reglamento 6/2002 de dibujos y modelos comunitarios (*DO L* núm. 3, de 5 de enero de 2002) de «oferta, puesta en el mercado o importación»; y el art. 9 del Reglamento 207/2009 de marca de la Unión Europea (*DO L* núm. 78, de 24 de marzo de 2009, versión codificada) habla de «uso en el tráfico económico».

ficiente para que el fabricante de una obra audiovisual comercializada en el sitio *web* deba responder ante los tribunales de ese Estado⁹⁷. Aunque la competencia de estos tribunales se limite exclusivamente a los daños producidos en el territorio del foro, existe el peligro de que una empresa sea demandada en Estados miembros en los que no pretende hacer negocios, ni tiene ninguna vinculación, y que puede constituir un atentado a su derecho a un proceso con todas las garantías y afectar a la previsibilidad que se supone de los foros de competencia⁹⁸. Esto supone un grado de inseguridad tan elevado que puede desincentivar a empresas (especialmente pequeñas y medias empresas) a hacer negocios en Internet, lo cual parece incompatible con el objetivo que se ha fijado la Comisión Europea de consolidar el mercado único digital⁹⁹. Pero además, el criterio de mera accesibilidad es una puerta abierta al fraude pues facilita que demandantes con recursos presenten demandas en una pluralidad de Estados miembros con la intención de forzar al demandado a llegar a un acuerdo extrajudicial en condiciones desfavorables¹⁰⁰. Del mismo modo, como se verá al tratar la cuestión de la ley aplicable, esta interpretación provoca que el tribunal competente no siempre acabe aplicando su propia ley pues el criterio de la mera accesibilidad no se sigue en materia de ley aplicable. Se quiebra, por tanto, la correlación *forum-ius*, a la que el TJUE otorga en otras decisiones tanta importancia en esta materia¹⁰¹. En fin, a mi modo de ver, que el tenor literal del art. 7.2 no permita asumir una interpretación a favor del criterio de actividades dirigidas no es cierto. Ya en *Fiona Shevill*¹⁰² y después en *eData Advertising* se adoptaron interpretaciones que iban más allá de la literalidad de la disposición al diferenciar supuestos en los que la competencia era por daños globales y otros por daños locales.

Teniendo en cuenta estas críticas, no cabe más que aplaudir aquellos estudios doctrinales a favor de la sustitución del criterio de la mera accesibilidad

⁹⁷ Este problema solo es evitable mediante el uso de mecanismos de geolocalización que o bien impiden el acceso al sitio *web* de residentes en determinados Estados, o bien les redireccionan a otros sitios *web*. Esto obliga a los prestadores de servicios a asumir altos costes de información por cuanto el sitio *web* es accesible desde cualquier Estado. Esta circunstancia puede suponer un grave obstáculo al ejercicio de la actividad *online*.

⁹⁸ En el mismo sentido, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, pp. 613-614. El autor propone como medidas para evitar estos riesgos la utilización de avisos expresos que indiquen los países a los que va dirigida la oferta, o la utilización de mecanismos técnicos que bloqueen el acceso al sitio *web* desde direcciones IP de países a los que no se dirige la oferta, o que remitan a sitios *web*. METZGER, A., «Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet», en LEIBLÉ, S. y OHLY, A. (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009, pp. 251-268, esp. p. 256; USUNIER, L., *JDI*, 2010, pp. 883-884. La irrelevancia que el TJUE otorga a esta falta de vinculación se confirma en las SSTJUE de 3 de abril de 2014, *Hi Hotel*, asunto C-387/12, ECLI:EU:C:2014:215 (nota de ORÓ MARTÍNEZ, C., *REDI*, 2014, núm. 2, pp. 254-256) y de 13 de mayo de 2013, *Melzer*, asunto C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305 (nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 2013, núm. 2, pp. 296-298).

⁹⁹ Sobre el particular, véase la Comunicación «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa», Doc. COM(2015) 192 final.

¹⁰⁰ TORREMANS, P., «Jurisdiction in Intellectual Property Cases», en TORREMANS, P. (ed.), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, pp. 381-420, esp. p. 387.

¹⁰¹ STJUE de 13 de julio de 2013, *GAT*, asunto C-4/03, ECLI:EU:C:2006:457, apartado 22.

¹⁰² STJUE de 7 de marzo de 1995, *Shevill*, asunto 68/93, Rec. 1995, pp. I-415.

por el de las actividades dirigidas¹⁰³. En este sentido, un tribunal solo debería poder declararse competente en atención al art. 7.2 R. Bruselas I para conocer de los daños locales derivados de una infracción de propiedad industrial e intelectual cometida en Internet cuando el presunto infractor dirija sus actividades al Estado del foro (ya sea aisladamente o en el marco de actividades dirigidas a una pluralidad de Estados).

De nuevo, la identificación de los indicios que demuestran de manera objetiva de la voluntad del presunto infractor de dirigir sus actividades al Estado del foro parte de la jurisprudencia *Pammer*. Ahora bien, las especialidades de esta materia obligan a tomar en consideración otros indicios como, por ejemplo, los que ha puesto de relieve el propio TJUE en las Sentencias de 11 de julio de 2011, *L'Oreal*¹⁰⁴, de 21 de junio de 2012, *Titus Donner*¹⁰⁵, de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*¹⁰⁶, y de 6 de febrero de 2014, *Blomqvist*¹⁰⁷, que serán analizados en el siguiente epígrafe.

La determinación de los indicios a tener en cuenta puede resultar más complicada en materia de derechos de autor y derechos conexos, que en materia de derechos de propiedad industrial. Ello es debido a que la infracción en particular de los derechos de comunicación pública y reproducción no exige el uso de la obra en el tráfico económico. Aunque el presunto infractor no tenga voluntad de dirigir su actividad a un determinado Estado, los derechos pueden resultar infringidos en ese Estado desde el momento en que se pueden descargar copias de obras objeto de protección a partir de sitios *web*, o mediante programas de intercambio de ficheros¹⁰⁸. Es decir, la mera accesibilidad al contenido ilícito por alguno de estos medios equivale a infracción del derecho de comunicación pública. ¿Quiere esto decir que, en estos casos, la mera accesibilidad es suficiente para justificar la competencia de los tribunales del Estado del foro? A mi modo de ver la respuesta debería ser negativa pues, de lo contrario, se incurriría en los problemas anteriormente reseñados. Por ello, los tribunales deberían verificar que exista un cierto grado de vinculación de los tribunales con los hechos litigiosos. Dicha vinculación existe cuando de las circunstancias particulares del supuesto cabe entender de manera razonable que el presunto infractor dirige sus actividades al Estado del foro. Como se ha indicado, dicha comprobación no depende de la voluntad subjetiva del presunto infractor. Si el presunto infractor ha creado la apariencia de que su actividad está dirigida a un determinado Estado, debe asumir la carga de litigar en

¹⁰³ En particular, cabe citar el art. 2:202 de los *CLIP Principles* que incorpora una cláusula final que impide que los tribunales del Estado donde se ha producido el daño se declaren competentes cuando «el supuesto infractor no hubiera actuado en ese Estado para iniciar o proseguir la infracción y su actividad no pueda ser razonablemente percibida como dirigida a ese Estado», disponible en http://www.cl-ip.eu/_www/files/pdf2/Principios_CLIP.pdf. Véase KUR, A., «Art. 2:202», en VVAA, *Conflict of Laws in Intellectual Property - The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, OUP, 2013, pp. 69-84, esp. pp. 75-76; METZGER, A., *op. cit.*, nota 98, pp. 257-258.

¹⁰⁴ Asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474.

¹⁰⁵ Asunto C-5/11, ECLI:EU:C:2012:370.

¹⁰⁶ Asunto C-173/11, ECLI:EU:C:2012:642.

¹⁰⁷ Asunto C-98/13, ECLI:EU:C:2014:55.

¹⁰⁸ METZGER, A., *op. cit.*, nota 98, pp. 257-258.

dicho Estado. La aplicación de esta interpretación a supuestos de infracciones globales de derechos de autor —los casos de sitios *web* de descargas accesibles desde cualquier país, o plataformas de intercambio de ficheros— puede implicar que la actividad del presunto infractor esté dirigida a una pluralidad de Estados. Tal será el caso, por ejemplo, cuando el sitio *web* o el programa informático está en inglés. Esta interpretación garantiza que la tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual no resulte menoscabada por la sustitución del criterio de la mera accesibilidad por el de las actividades dirigidas.

18. A pesar de estas propuestas, la realidad es que actualmente el criterio de las actividades dirigidas carece de relevancia para determinar la competencia judicial internacional en materia de propiedad industrial e intelectual.

Esta falta de relevancia es todavía más patente en relación con infracciones de derechos de propiedad industrial unitarios. En este sentido, aunque no está referida a una infracción de derechos en Internet, hay que referirse a la STJUE de 5 de junio de 2014, *Coty Germany*¹⁰⁹. En ella se afirma que las normas sobre jurisdicción establecidas en el Reglamento 207/2009 de marca UE¹¹⁰ «tienen carácter de *lex specialis* en relación con las establecidas en el Reglamento 44/2001»¹¹¹, por lo que el *forum delicti commissi* establecido en el actual art. 93.5 (actual art. 97.5) puede interpretarse de manera diferente al establecido en el actual art. 7.2 R. Bruselas I. En atención a esta posibilidad, y tomando en consideración las pequeñas diferencias en la redacción de uno y otro foro, el Tribunal establece una interpretación más restrictiva del foro de competencia según la cual «el concepto de “territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho de [la] violación” [...] se refiere al territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la violación alegada, y no al territorio del Estado miembro en el que la mencionada violación produce efectos».

La aplicación de esta jurisprudencia a supuestos de infracción de marca UE cometida en Internet, supone que los tribunales competentes en atención al *forum delicti commissi*, no son ni los del Estado al que el demandado dirige sus actividades, ni los del Estado (los Estados) desde los que el sitio *web* es accesible¹¹². Serán los del Estado desde el que se lleva a cabo la actividad infractora que, en atención a la sentencia *Wintersteiger* (suponiendo, claro está, que el TJUE considere que esa interpretación es aplicable en materia de marca UE), no es aquel donde se encuentra el servidor donde se almacena la información sino el lugar del establecimiento del editor del contenido infractor, por ser allí donde se decide la publicación del mismo¹¹³.

¹⁰⁹ Asunto 360/12, ECLI:EU:C:2014:1318. Nota de DESANTES REAL, M., *REDI*, 2014, núm. 2, pp. 258-262.

¹¹⁰ Reglamento (CE) núm. 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero, sobre la marca comunitaria (versión codificada), *DO L* núm. 78, de 24 de marzo de 2009.

¹¹¹ Apartado 27.

¹¹² ROSATI, E., «International Jurisdiction in Online EU Trade Mark Infringement Cases: Where Is the Place of Infringement Located?», *EIPR*, vol. 38, 2016, pp. 482-496.

¹¹³ Apartados 36-37.

Si bien esta jurisprudencia puede tener algunas ventajas¹¹⁴, reduce enormemente las posibilidades de *forum shopping* en detrimento de los intereses de los titulares por obtener una tutela efectiva de sus derechos. Más aún si tenemos en cuenta que el lugar de origen de la infracción coincidirá en muchas ocasiones con el domicilio del demandado. Es más, el hecho de que el criterio asumido para las infracciones de derechos de propiedad industrial e intelectual nacionales (mera accesibilidad) sea diferente al de los títulos unitarios (origen de la actividad infractora) solo genera inseguridad jurídica. En particular, puede ocurrir que en relación con demandas íntimamente relacionadas (así, por ejemplo, infracciones de marca UE y de marca nacional y reclamación por actos de competencia desleal relacionadas con el uso de un mismo signo distintivo) el tribunal se pueda declarar competente para conocer de algunas de esas demandas (marca nacional y competencia desleal) y de otras no (marca UE)¹¹⁵. Para evitar estos problemas, debería abogarse por una interpretación uniforme del *forum delicti commissi* que atribuyera competencia para conocer de daños locales a los tribunales del Estado de origen de la infracción y los de los Estados miembro a los que el presunto infractor dirige sus actividades.

5.2. El criterio de las actividades dirigidas y la ley aplicable a las infracciones de propiedad industrial e intelectual

19. La férrea defensa del criterio de la mera accesibilidad en materia de competencia judicial internacional contrasta con el recurso que hace el TJUE al criterio de las actividades dirigidas para localizar el lugar de la infracción del derecho de propiedad industrial e intelectual, aspecto que tiene una incidencia directa en la determinación del derecho aplicable al litigio.

Las sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión ha sido citadas en el anterior epígrafe: SSTJUE de 11 de julio de 2011, *L'Oreal*; de 21 de junio de 2012, *Titus Donner*; de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*, y de 6 de febrero de 2014, *Blomqvist*¹¹⁶.

En los cuatro asuntos se parte de una situación de hecho similar: una persona ofrece productos o servicios en infracción de derechos de propiedad industrial (marcas, en el caso de *L'Oreal* y *Blomqvist*) o intelectual (derecho *sui generis* sobre base de datos en el caso de *Football Dataco*, derecho de autor en el caso de *Titus Donner*) en un sitio *web* accesible desde un Estado

¹¹⁴ LAURICHESSE, C., nota a la sentencia, *RCDIP*, vol. 104, 2015, pp. 197-207.

¹¹⁵ En este sentido puede consultarse el asunto inglés *AMS Neve Ltd & Ors v Heritage Audio S. L. & Anor* [England and Wales High Court (Intellectual Property Enterprise Court) 18 October 2016].

¹¹⁶ Aunque no está referida expresamente al criterio de las actividades dirigidas, otra sentencia relevante es la de 16 de junio de 2011, *Thuiskopie* (asunto C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397). El TJUE llega a la conclusión de que una empresa alemana que contribuye a la importación de soportes digitales al ponerlos a disposición de usuarios finales residentes en Países Bajos a través de un sitio *web* está obligada a soportar el canon por copia privada en este último país. Ahora bien, en este caso, la aplicación de la norma exige que se haya llevado a cabo compraventas en Países Bajos de los soportes digitales sobre los que se aplica el canon.

extranjero (desde un tercer Estado en las dos primeras sentencias, desde otro Estado miembro en las dos segundas).

En todos los casos, el Tribunal adopta una interpretación autónoma sobre la localización de estos actos de infracción a los efectos de determinar la aplicación de la reglamentación europea o la de un determinado Estado miembro, circunstancia que tiene gran trascendencia en alguno de los casos, pues puede llegar a implicar la inexistencia de infracción¹¹⁷.

Dicha interpretación supone la extensión a esta materia del concepto autónomo de las actividades dirigidas por cuanto los elementos que toma en consideración el Tribunal son los mismos que en la jurisprudencia *Pammer*. Así, lo primero que afirma el Tribunal es que la simple posibilidad de acceder a un sitio de Internet desde un determinado territorio nacional no basta para concluir que la persona que explota ese sitio lleva a cabo un acto de explotación del derecho de propiedad industrial e intelectual al que le resulta aplicable la legislación de ese Estado (sea esta un Reglamento UE o una ley nacional). Si la mera accesibilidad permitiera apreciar la existencia de un acto de infracción, quedarían indebidamente sujetos a la aplicación del Derecho europeo o de un Estado miembro actividades claramente destinadas en exclusiva a otros Estados¹¹⁸.

A continuación, el Tribunal establece que la legislación europea (en relación con el Reglamento de marca UE) o la de un determinado Estado debe resultar aplicable cuando el sitio *web* donde se produce la presunta infracción está destinado a consumidores situados en el territorio del Estado en el que el derecho de propiedad industrial o intelectual está protegido¹¹⁹. De no ser así, el efecto útil de estas normas se vería afectado¹²⁰, y resultaría muy fácil eludir la aplicación de la normativa europea o la de un determinado Estado localizando el servidor donde se almacena la información en otro Estado¹²¹.

Por último, el TJUE señala los indicios relevantes que permiten concluir que una actividad presuntamente infractora está dirigida a un determinado Estado. Fruto del carácter flexible del concepto, estos indicios no son necesariamente los mismos que en la jurisprudencia *Pammer*, y difieren parcialmente en cada asunto no solo por las peculiaridades de cada materia, sino

¹¹⁷ En el asunto *L'Oréal*, solo podía considerarse que existía infracción de marca, si se consideraba que se estaba haciendo uso de la misma en la Unión Europea. En el asunto *Titus Donner*, Dimensio, empresa italiana, ofrecía en su sitio *web* a clientes alemanes, unos productos protegidos por diseño industrial en Alemania pero no en Italia. Si el acto de distribución de los productos se localizaba en Italia, no existe infracción y merced al agotamiento del Derecho, los clientes podían solicitar el envío de sus productos ya adquiridos en Italia a Alemania mediante un transporte privado (ofrecido por el señor Donner). En cambio, si se consideraba que el acto de distribución se llevaba a cabo en Alemania, entonces existiría infracción y el agotamiento del Derecho no resultaría aplicable.

¹¹⁸ Asunto C-324/09, apartado 65; asunto C-173/11, apartados 36 y 37; asunto C-98/13, apartado 32.

¹¹⁹ Asunto C-324/09, apartado 61; asunto C-173/11, apartado 39; asunto C-98/13, apartado 33; asunto C-5/11, apartado 29.

¹²⁰ Asunto C-324/09, apartado 63; asunto C-98/13, apartado 34.

¹²¹ Asunto C-324/09, apartado 63, asunto C-173/11, apartado 45.

del caso concreto. Así, en la sentencia *L'Oreal* para determinar si se hacía uso comercial de la marca en la Unión Europea, se toma en consideración: *a*) que la oferta de venta vaya acompañada de indicaciones acerca de las zonas geográficas a las que el vendedor está dispuesto a enviar el producto en las que se incluyen Estados miembros de la UE, y *b*) que el sitio *web* está identificado con un nombre de dominio del territorio cubierto por las marcas nacional y de la UE invocadas¹²².

Por su parte, en *Football Dataco*, para determinar si se produce una reutilización de los contenidos de una base de datos en el Reino Unido se tiene en cuenta: *a*) que entre los datos incluidos en la base de datos objeto de litigio figure información relativa a acontecimientos que tienen lugar en dicho Estado miembro (en el caso en particular, la base de datos incluía datos relativos a encuentros de los campeonatos ingleses de fútbol); *b*) que Sportradar había concedido, mediante contrato, el derecho a acceder a su servidor a sociedades que ofrecen servicios de apuestas destinados al público en ese país; *c*) que la remuneración fijada por Sportradar varíe en función del volumen de las actividades de las sociedades cocontratantes en el Reino Unido y de las perspectivas de consultas subsiguientes de su sitio *web* por internautas establecidos en ese Estado, y *d*) que los datos resultan accesible en inglés, idioma que difiere del utilizado habitualmente en el Estado miembro donde está establecido el demandado¹²³.

En *Titus Donner*, el Tribunal toma en consideración la existencia de un sitio *web* en alemán, como un indicio más para entender que el demandado llevaba a cabo con carácter general (y no exclusivamente en Internet) actividades dirigidas a Alemania susceptibles de infringir el derecho de distribución¹²⁴.

Por último, en *Blomqvist*, si bien se reconoce la relevancia del criterio, el Tribunal finalmente no lo acoge debido a la especificidad de la materia. En su opinión, a los efectos de la aplicación del Reglamento aduanero¹²⁵ a una operación de importación de mercancías falsificadas, lo que importa es si se ha producido una venta del producto infractor a un residente en la Unión Europea, supuesto que también existe cuando dicha venta se ha producido a través de un sitio *web* de una empresa establecida en un tercer Estado. Resulta irrelevante si dicha venta vino precedida de una oferta al público o publicidad dirigidas a los consumidores de la Unión, es decir, si la empresa importadora dirigía o no sus actividades a territorio UE¹²⁶.

¹²² Apartados 65-66.

¹²³ Apartados 40-42.

¹²⁴ Apartado 29: «En las circunstancias que dieron lugar al litigio principal, elementos como la existencia de un sitio *web* en alemán, el contenido y los canales de distribución del material publicitario de Dimensione y su colaboración con Inspem en su condición de empresa que realiza entregas con destino a Alemania, pueden ser indicios concretos de tal actividad dirigida a un público seleccionado».

¹²⁵ Reglamento núm. 1383/2003, actualmente derogado por el Reglamento núm. 608/2013 relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual (DO L núm. 181, de 29 de junio de 2013, pp. 15-34).

¹²⁶ Apartados 33 y 34. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en el asunto C-462/09, *Thuis-kopie*. La obligación del pago del canon compensatorio solo surgía si se habían producido ventas de los

20. Si bien ninguno de los casos está referido expresamente al art. 8 R. Roma II, su incidencia a la hora de interpretar esta norma de conflicto es confirmada por el TJUE en *Football Dataco*¹²⁷, y por el Abogado General en *Titus Donner*¹²⁸. La localización del acto de la presunta infracción en el territorio de un determinado Estado implica la aplicación de la ley de ese Estado como ley del país para cuyo territorio se reclama la protección¹²⁹.

En este sentido, puede afirmarse que a la hora de interpretar la *lex loci protectionis*, el TJUE se decanta por el criterio de las actividades dirigidas, lo cual resulta adecuado por varias razones: *a)* porque resulta ser una ley previsible para las partes; *b)* porque favorece la seguridad jurídica de los emprendedores digitales pues le resultará aplicable la ley de aquellos Estados en los que pretenden hacer negocios (y, por tanto, necesitan obtener autorización para explotar los derechos para dichos Estados)¹³⁰, y *c)* por cuanto permite reducir el número de leyes potencialmente aplicables. En relación con este último aspecto, cuando el acto infractor se comete a través de Internet, no debe resultar aplicable la ley de aquellos Estados desde los que el contenido infractor es accesible, sino solo la del Estado al que el presunto infractor dirige sus actividades¹³¹.

Esta última afirmación precisa dos matizaciones. En primer lugar, puede haber casos en los que la aplicación del criterio no permita identificar una única ley aplicable, sino que obligue a aplicar la ley de una pluralidad de Estados por cuanto, como se ha dicho al hablar de competencia judicial internacional, existen ocasiones en las que las circunstancias particulares del supuesto llevan a la conclusión de que el presunto infractor dirige sus actividades a una pluralidad de Estados¹³². Esta posibilidad resulta inevitable, más aún cuando el propio TJUE en *Football Dataco* abre la puerta a esta interpretación al indicar que la actividad infractora se localizaba «al menos» en el territorio del Estado miembro al que se dirige la actividad¹³³.

En segundo lugar, resulta interesante preguntarse cómo actuará el tribunal de un Estado miembro A ante el que se presente una demanda por infracción cometida en un sitio *web* que es accesible desde ese Estado miembro,

soportes a residentes en Países Bajos. El simple ofrecimiento de los productos en un sitio *web* dirigido a ese país no era suficiente.

¹²⁷ Apartados 31 y 32.

¹²⁸ Apartado 30 de las Conclusiones de 29 de marzo de 2012 (ECLI:EU:C:2012:195).

¹²⁹ En el mismo sentido, en relación con la sentencia *Football Dataco*, véase GARCÍA MIRETE, C., «El lugar en el que se produce la reutilización de una base de datos electrónica en Internet: el caso *Football Dataco vs. Sportradar*», *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 555-565; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 47, 2011, pp. 851-853. En relación con la sentencia *Titus Donner*, véase TREPPOZ, E., nota a la sentencia en *RTD eur*, vol. 48, 2012, pp. 947-951.

¹³⁰ BARIATTI, S., «Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore», *AIDA*, vol. V, 1996, pp. 59-82, esp. pp. 70-72.

¹³¹ Así, por ejemplo, en el asunto *Donner*, la ley aplicable sería la alemana y no la de cualquier país desde el que el sitio *web* era accesible. Véase BUCHNER, B., «Art. 8 Rome II», en CALLIES, G.-P., *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 481-487, esp. p. 485.

¹³² DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, pp. 632 y 859.

¹³³ Apartado 47. GARCÍA MIRETE, C., *op. cit.*, nota 129, p. 565.

cuando las circunstancias concretas del asunto permiten afirmar que el sitio *web* está dirigido a otro Estado B. Aunque la demanda solo puede referirse a los daños derivados de la infracción en el Estado miembro A, según la sentencia *Football Dataco*, no puede entenderse que la infracción se ha cometido en ese Estado. El tribunal deberá aplicar una ley extranjera —la del Estado o la de uno de los Estados a los que está dirigida la actividad— aunque solo sea para determinar que la demanda no es admisible porque no se ha producido un acto de infracción en el Estado miembro A. A mi modo de ver, el supuesto pone de manifiesto la incoherencia de mantener el criterio de mera accesibilidad en materia de competencia judicial internacional. Resulta más adecuado, a todos los efectos, que el tribunal se inhiba de conocer del litigio si así se lo solicita el demandado.

21. Desafortunadamente, no es posible asegurar que la adopción del criterio de las actividades dirigidas resulte también aplicable en materia de ley aplicable a infracciones de derechos de propiedad industrial unitarios.

Como se ha dicho anteriormente, en la sentencia *Coty Germany*, el TJUE afirmó que el Reglamento de marca UE es *lex specialis* respecto de los instrumentos generales de DIPr europeo y sus disposiciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva. Además, el art. 8.2 R. Roma II no se refiere al «país para cuyo territorio se reclama la protección». Según la disposición, aquellos aspectos que no quedan regulados por el Reglamento UE en cuestión, se rigen por «la ley del país en el que se haya cometido la infracción». En base a estos criterios, en las conclusiones del Abogado General de 1 de marzo de 2017, C-24/16 y C-25/16, *Nintendo*, se afirma que «el art. 8.2 R. Roma II deben interpretarse en el sentido de que la ley aplicable a las pretensiones accesorias a una demanda por violación de la propiedad intelectual [...] es la del territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la supuesta infracción».

La solución propuesta tiene la ventaja de su sencillez y de que garantiza una correlación *forum-ius* en la materia. No obstante, dicha sencillez se pierde en aquellos supuestos en los que la demanda por infracción del derecho de propiedad industrial unitario se presenta conjuntamente con una demanda por competencia desleal, o por infracción de un Derecho nacional. Efectivamente, en estos casos el juez se verá obligado a aplicar al menos dos leyes distintas a demandas relacionadas con los mismos hechos. Además, la interpretación propuesta no resultaría aplicable a aquellos casos en los que el hecho que originó la supuesta infracción se llevó a cabo desde un tercer Estado por cuanto la marca UE solo se protege en la Unión Europea. Según se ha indicado en sede de competencia judicial internacional, para evitar estos problemas, sería preferible optar por una interpretación uniforme de los apartados 1 y 2 del art. 8 que abogue por la aplicación del criterio de las actividades dirigidas.

6. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN OTRAS MATERIAS CUBIERTAS POR EL ART. 7.2 R. BRUSELAS I

22. Según se ha visto, el TJUE se ha declarado a favor de la aplicación del criterio de las actividades dirigidas en materia de contratos de consumo (art. 17) pero no en materias incluidas en el ámbito material del art. 7.2. Esta conclusión se hace todavía más evidente en la última decisión aparecida hasta la fecha sobre el criterio de las actividades dirigidas: la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Concurrence*¹³⁴.

La decisión está referida a una acción de cesación de las ventas realizadas fuera de una red de distribución en exclusiva, y que acaba con la jurisprudencia anterior de la Sección comercial de la *Cour de cassation* francesa en esta materia a favor del criterio de las actividades dirigidas¹³⁵. En el procedimiento principal el demandante, que gozaba de esa exclusividad para territorio francés, solicitaba que se dictara una orden que prohibiera a terceros la venta de esos productos en ese territorio a través de sitios *web* identificados con nombres de dominio extranjeros. Aunque el TJUE en ningún momento se refiere al criterio de la mera accesibilidad, en ella se afirma que a los efectos de determinar si el daño se materializa en Francia, carece de pertinencia el hecho de que los sitios *web* en los que aparece la oferta de productos objeto del derecho de distribución selectiva operen en otros Estados miembros [...] siempre que los hechos cometidos en esos Estados miembros hayan producido o puedan producir el daño que se invoca en Francia. Lo relevante para el Tribunal era que, tal y como se establece en *Pinckney*, el derecho cuya vulneración se alega en la demanda esté protegido en el Estado del foro ya sea un derecho de propiedad intelectual o un derecho de exclusividad para las ventas de un determinado producto¹³⁶.

Más radical resulta la posición del Abogado General¹³⁷, para quien «dado que los sitios *web* [...] son en principio accesibles en Francia, el perjuicio alegado por *Concurrence* lo constituye la pérdida de cuotas de mercado en el marco de su actividad de venta [...]. De ello se deduce que la materialización de su daño no puede producirse en otro lugar más que en Francia. Este es el motivo por el que el tribunal francés debería ser competente en relación con los sitios de Internet de Amazon en el extranjero». Y continúa afirmando que «quienes publican información (en Internet) lo hacen sabiendo que la

¹³⁴ Sobre la sentencia, véase SUQUET CAPDEVILA, J., «El lugar del hecho dañoso en Internet: criterios de atribución de competencia judicial internacional (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/15: *Concurrence SARL v Samsung Electronics France SAS y Amazon Services Europe Sàrl*)», *La Ley Unión Europea*, abril de 2017, núm. 47, pp. 1-17.

¹³⁵ Sentencia Cour Cass (Com.), de 3 de mayo de 2012, *RCDIP*, vol. 102, 2013, pp. 193-195, nota KNETSCH, J.

¹³⁶ Apartados 30 y 34.

¹³⁷ Conclusiones de 9 de noviembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:843.

información que ponen a disposición está a disposición de todo el mundo sin restricción geográfica alguna»¹³⁸.

La sentencia es criticable por las razones expuestas anteriormente en relación con las infracciones de propiedad industrial: que el sitio *web* sea accesible no es suficiente para considerar que el Derecho puede verse vulnerado. Es preciso que a través del mismo se tenga intención de ofertar los productos al Estado del foro. De lo contrario, no existe peligro de vulneración del derecho y, además, se corre el riesgo de que el tribunal se declare competente para conocer de asuntos con una escasa vinculación con el foro.

23. A mayor abundamiento, cabe señalar que en una materia tan próxima a la propiedad industrial e intelectual como es la de la competencia desleal, aunque no existe ninguna sentencia del TJUE relativa a actos llevados a cabo en Internet, la sentencia *Coty Germany* da a entender que llegado el caso, el criterio a seguir será el de la mera accesibilidad¹³⁹. En esta decisión, el TJUE entendió que podía interponerse en Alemania una demanda por actos de competencia desleal (en concreto actos de publicidad comparativa ilícita o de imitación desleal de un signo protegido por una marca comunitaria) de acuerdo con la ley alemana en relación con actos cometidos en otro Estado miembro por otra persona «siempre que los mismos hayan generado o pueda generar un daño en la circunscripción territorial del tribunal que conoce del asunto»¹⁴⁰. De nuevo, el Tribunal destaca la similitud del derecho cuya vulneración se alega con los derechos de propiedad intelectual, lo que le lleva a aplicar analógicamente la jurisprudencia *Pinckney*¹⁴¹.

24. En vista de la conexidad entre las materias, son aplicables las críticas anteriormente realizadas en relación con la aplicación del criterio de la mera accesibilidad en materia de propiedad industrial e intelectual. El Tribunal debería haber tomado en consideración el criterio de las actividades dirigidas sino bien los indicios a aplicar podrían ser particulares. Así, la existencia o no de publicidad en el sitio *web* que puede considerarse dirigida a los residentes en el Estado del foro resulta de gran relevancia¹⁴². De nuevo, la mera accesibilidad no es suficiente para que se den las condiciones para que pueda entenderse que se «ha producido o puede producirse el daño» pues, con carácter general, la normativa sobre competencia desleal exige, para que pueda existir ilícito, la finalidad concurrencial de la actividad del demandado¹⁴³.

¹³⁸ Apartado 64.

¹³⁹ En apoyo de esta interpretación véase LAURICHESSE, C., nota a la sentencia, en *RCDIP*, vol. 104, pp. 197-207. Debe observarse que esta interpretación resultaría contraria a lo manifestado acertadamente por la doctrina (MANKOSKI, P., *op. cit.*, nota 61, apdo. 249) y sostenido por la jurisprudencia nacional de ciertos países (en Alemania, la sentencia *Hotel Maritime*, anteriormente citada; en Francia, sentencia *Cour cass. Com.* de 9 de marzo de 2010, nota USUNIER, L., *JDI*, 2010, pp. 870-885), en las que se abogaba por el criterio de las actividades dirigidas.

¹⁴⁰ Apartados 50 y 58.

¹⁴¹ Apartados 55 y 56.

¹⁴² En este sentido se pronunciaron los tribunales franceses en las sentencias *Cour cass. Com.* de 9 de marzo de 2010 y de 3 de mayo de 2012 anteriormente citadas.

¹⁴³ En este sentido, véase el art. 2 de la Ley 3/1991 de competencia desleal (*BOE* núm. 10, de 11 de enero de 1991).

7. CONCLUSIONES

25. A pesar de la habitualidad con la que se habla de la tesis de las actividades dirigidas como criterio regulador de las situaciones privadas internacionales que tienen lugar en Internet, cabe afirmar que el ámbito de aplicación del mismo es relativamente pequeño.

El análisis de la jurisprudencia del TJUE permite afirmar que el mismo es un concepto autónomo de DIPr UE. Ahora bien, la jurisprudencia *Pammer* relativa al art. 17.c) R. Bruselas I sobre competencia judicial en materia de contratos celebrados por consumidores [art. 17.c) R. Bruselas I y, por extensión, art. 6 R. Roma I], solo es extensible a la materia de protección de datos personales para interpretar el nuevo art. 3.2 RGPD, y a las cuestiones de ley aplicable a las infracciones de propiedad industrial e intelectual.

Este concepto autónomo consta de tres elementos definitorios: *a)* la mera accesibilidad de un sitio *web* no es suficiente para que los tribunales del Estado del foro se declaren competentes; *b)* resulta preciso establecer de manera razonable la voluntad objetiva del demandado de dirigir sus actividades comerciales al Estado del foro, individualmente o en el marco de actividades dirigidas a una pluralidad de Estados, y *c)* dicha voluntad del demandado debe determinarse a partir de indicios objetivos los cuales varían de una materia a otra.

Esta última circunstancia implica que el concepto autónomo de las actividades debe ser un concepto que ofrece cierto margen de flexibilidad a la hora de su aplicación en las distintas materias en las que se puede aplicar. En vista de la labor del TJUE a la hora de identificar indicios aplicable en cada materia, esto no debería suponer un grado de inseguridad jurídica superior al que existe a la hora de aplicar otros conceptos de DIPr europeo. Por ello, resulta posible proponer la extensión del criterio a otras cuestiones como, por ejemplo, la aplicación del art. 6.1 y 2 R. Roma II a demandas referidas a actos de competencia desleal cometidos a través de Internet¹⁴⁴.

26. En cualquier caso, a pesar de esa naturaleza flexible, el TJUE ha preferido no extender la aplicación del concepto autónomo a materias cubiertas por el art. 7.2 R. Bruselas I, circunstancia que resulta muy criticable pues no se justifica ni en razones referidas a la literalidad de la norma, ni a los principios informados de la materia. Además, la preferencia por el criterio de la mera accesibilidad lleva a resultados inadecuados.

Aunque el Tribunal hace depender la aplicación del *forum delicti commissi* de la «naturaleza del derecho supuestamente vulnerado»¹⁴⁵, todo apunta hacia una aplicación indiscriminada de este último criterio a todas las acciones

¹⁴⁴ En este sentido, BUCHNER, B., «Art. 6 Rome II», en CALLIES, G.-P., *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 451-461, esp. p. 455.

¹⁴⁵ Por todas, apartado 30, asunto C-618/15.

incluidas en el ámbito de este foro de competencia. Esta circunstancia acrecentaría los problemas que actualmente se observan.

A mi modo de ver, el criterio de las actividades dirigidas debería jugar un papel principal para determinar la competencia judicial internacional de aquellas acciones extracontractuales en las que la voluntad del demandado por cometer el daño es imprescindible para declarar su responsabilidad. Tal es el caso, por ejemplo, de la infracción de derechos de propiedad industrial, intelectual y de actos de competencia desleal. La dirección de las actividades al Estado de foro es un aspecto que el tribunal debe verificar como condición *de facto* para determinar su competencia.

Para aquellas acciones en las que la voluntad del demandado por cometer el daño es en principio irrelevante para declarar su responsabilidad —así, por ejemplo, en materia de vulneración de derechos de la personalidad—, el criterio tampoco debe desterrarse por cuanto su aplicación garantiza la vinculación necesaria entre el supuesto de hecho y los tribunales competentes que debe exigirse para evitar una vulneración del derecho de defensa del demandado.

RESUMEN

EL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DE DIPR DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EN INTERNET

El presente trabajo hace un recorrido por las sentencias del TJUE en las que se ha discutido sobre el criterio de las actividades dirigidas con la finalidad de determinar si el mismo supone un concepto autónomo de DIPr UE, y si su ámbito de aplicación va más allá del art. 17.c) R. Bruselas I relativo a los contratos celebrados por los consumidores. Del análisis se desprende que el criterio solo es extensible a la ley aplicable a estos contratos, a la materia de protección de datos personales y a cuestiones de ley aplicable en materia de propiedad industrial e intelectual. Desafortunadamente el TJUE ha preferido aplicar el criterio de la mera accesibilidad a la hora de interpretar el art. 7.2 R. Bruselas I. Existen diferentes razones que justificarían la interpretación de esta disposición a partir del de las actividades dirigidas y que, sin duda, llevarían a resultados más respetuosos con el principio de proximidad y la previsibilidad jurídica.

Palabras clave: criterio de las actividades dirigidas, criterio de mera accesibilidad, competencia judicial internacional, Derecho aplicable, Internet.

ABSTRACT

THE «TARGETING ACTIVITIES» CRITERIUM AS AN AUTONOMOUS NOTION OF EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW FOR THE REGULATION OF INTERNET ACTIVITIES

The article revises the case law of the CJEU in which the «targeting activities» criterium has been discussed. The purpose is to determine whether this criterium can be considered an autonomous notion of EU Private International Law and to establish whether its scope of application goes beyond art. 17.c) Brussels I Regulation on consumer contracts. From the analysis it can be affirmed that the application of the criterium can only be expanded

to questions related to the applicable law to this category of contracts, to the protection of personal data, and to the applicable law to intellectual property infringements. Unfortunately, the CJEU prefers to apply the «mere accessibility» criterium to interpret art. 7.2 Brussels I Regulation. However, there are several reasons that justify the interpretation of this ground of jurisdiction in accordance with the «targeting activities» criterium. This would certainly lead to a better regulation in terms of proximity and predictability.

Keywords: targeting activities, mere accessibility, jurisdiction, applicable law, Internet.