

**Actas del II Congreso internacional sobre La tutela de los derechos en el entorno digital: hacia un ordenamiento más adaptado al desarrollo tecnológico. Universitat de València – 5 y 8 de marzo 2021**



El pasado 5 y 8 de marzo se celebró en la Universitat de València el II Congreso Internacional “La tutela de los derechos en el entorno digital: hacia un ordenamiento más adaptado al desarrollo tecnológico”, dirigido por el Dr. José Juan Castelló Pastor. Este Congreso se enmarca en el proyecto de investigación emergente I+D+I de la Generalitat Valenciana “La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades” [GV/2019/118] cuyo Investigador Principal es el Dr. José Juan Castelló Pastor.

El Dr. Rafael Marimón Durá, Vicedecano de Coordinación Académica, Relaciones Institucionales y Comunicación de la Facultad de Derecho y Catedrático de Derecho Mercantil (UVEG) realizó la presentación e inauguración del Congreso, junto con el Dr. José Juan Castelló Pastor. El Dr. Marimón señaló la importancia de la temática elegida, el momento tan oportuno (por las propuestas presentadas de la Comisión Europea el 15 de diciembre de 2020) y felicitó por la continuidad del congreso, su segunda edición, animando a su consolidación. Por su parte, el Dr. Castelló agradeció a los miembros del equipo del proyecto emergente por la confianza depositada en su día al pedirles que se unieran al emocionante mundo digital. A las profesoras Rosa Lapiedra, Isabel Reig, Patricia Llopis (de la Universitat de València), al profesor Enrique Fernández Masiá (de la Universidad de Castilla-La Mancha) y al profesor David Carrizo (de la Universidad de León). También agradeció a la Facultad de Derecho por las ayudas a PDI para organizar este tipo de actividades complementarias, que son una oportunidad para que los estudiantes puedan ver cómo el derecho, en este caso, intenta resolver cuestiones en el ámbito de la tecnología. También agradeció a los compañeros y compañeras del área de Derecho Internacional Privado de la Universitat de València, dirigido por el profesor Esplugues Mota, el profesor Palao Moreno y la profesora Espinosa Calabuig, por su implicación y apoyo en todo momento. Y a todos los participantes por aceptar la invitación.

Tras ello, el Dr. Castelló contextualizó el marco del congreso. Señaló que la sociedad actual está marcada por los avances en inteligencia artificial, cadena de bloques o robótica, viene presidida por un grupo de gigantes tecnológicas y con más de tres mil millones de usuarios dependientes de la red. Incidió que esta sociedad poco tiene que ver con la sociedad de finales del siglo pasado.

El cambio tecnológico, social y cultural en las últimas décadas es extraordinario. Se ha pasado de la sociedad de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación de finales de la década de los noventa a la sociedad actual de las redes sociales, de las apps y de las plataformas en línea, y solo han transcurrido dos décadas. Internet es una herramienta que se ha convertido en indispensable para trabajar, relacionarse con la gente o gestionar nuestro día a día. Gran parte del éxito de la era digital, al margen de las empresas que apuestan por la innovación, viene por el marco normativo favorable al entorno digital creado por el legislador de la Unión Europea.

A este respecto, la Comisión Europea puso en marcha la pasada década el mercado único digital, con importantes cambios en materia de contratación electrónica, de privacidad, de derechos de autor, así como en la armonización de los derechos digitales o de la ciberseguridad, entre otros. La actual Comisión Europea, presidida por Von der Leyden, cogiendo el testigo de sus predecesores, quiere una “Europa adaptada a la era digital” en esta década.

Con dos propuestas legislativas, analizadas por distintos ponentes, van a reescribir las reglas que regulan internet. Pretenden hacer un entorno digital, mas seguro, confiable y devolver el control a las personas.... Por ello mismo y a la vista de todo lo que está ocurriendo en la actualidad, el Dr. Castelló lanzó dos preguntas-reflexiones por si a lo largo de las jornadas se daban respuesta: ¿creen que vamos hacia un renovado pacto social? ¿se logrará con este conjunto normativo la soberanía digital de la UE?

Tras la presentación, dio comienzo el Congreso. El Dr. Guillermo Palao Moreno (catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de València) moderó el primer panel titulado “Marco general de los servicios y mercados digitales en la UE” y formado por el Dr. Pedro De Miguel Asensio y el Dr. Felipe Palau Ramírez.

El profesor De Miguel Asensio (catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid) con su ponencia “Servicios y mercados digitales: modernización del régimen de responsabilidad y nuevas obligaciones de los intermediarios” abrió el Congreso. La ponencia se centró en el análisis de las propuestas de sendos reglamentos sobre una ley de servicios digitales (PRLSD) y otra de mercados digitales (PRLMD) presentadas por la Comisión Europea, dos iniciativas diversas que pretenden modernizar el marco normativo de la Unión para adaptarlo a la llamada economía de las plataformas.

Por una parte, precisó que la PRLSD prevé una modernización del régimen aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios con una intervención legislativa sin precedentes en las dos últimas décadas, en concreto, desde la adopción de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE), incorporada en nuestro ordenamiento en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información o LSSI. Ahora bien, puntualizó que el nuevo instrumento no supone el abandono de las normas de la DCE sino que aparece construido sobre la base de que esas normas

continuarán siendo de aplicación aunque pasando a formar parte de un Reglamento de la Unión. Al respecto precisó que si estas iniciativas de la Comisión llegan a buen puerto, lo que sucederá en lo que tiene que ver con las limitaciones de responsabilidad de los intermediarios de Internet, actualmente recogidas en los artículos 12 a 15 DCE, es que se procederá a su supresión de la DCE –que en todo lo demás se mantendrá (art. 71 PRLSD)- para pasar a integrarlas casi tal cual –es decir, con escasos (aunque cuestionables) cambios en su redacción- en el articulado del futuro Reglamento relativo a la ley de servicios digitales (arts. 3 a 5 PRLSD). Lo anterior no impide apreciar que junto a la confirmación cuatro lustros después de las normas básicas en la materia, la PRLSD incluye en su Capítulo II ciertas reglas que pretenden complementar esas disposiciones generales, al tiempo que establece en su Capítulo III un conjunto muy elaborado de obligaciones que pueden resultar en el futuro determinantes tanto para apreciar cuándo el intermediario actúa con la diligencia que le es exigible para no incurrir en responsabilidad, como de cara a controlar la presencia de contenidos ilícitos en línea, así como para salvaguardar ciertos derechos de los usuarios de esos servicios, en particular de plataformas. Señaló que también prevé la PRLSD nuevos mecanismos de tutela jurídico-pública que pueden representar un cambio significativo, habida cuenta de las tradicionales carencias de la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico a muchos de estos prestadores intermediarios, incluidos aquellos que son objeto de obligaciones más estrictas en la PRLSD.

A continuación, el profesor De Miguel analizó la PRLMD. A este respecto, enfatizó que la propuesta se presenta como un instrumento orientado a establecer un régimen de obligaciones específico para un grupo reducido de grandes prestadores de servicios de plataformas digitales, de cara a hacer frente a los desequilibrios económicos y las posibles prácticas desleales de ciertas grandes plataformas online intermediarias entre empresas y usuarios finales que pueden restringir el acceso a los mercados de plataformas. Contempla la imposición de obligaciones específicas a un grupo reducido de “gatekeepers” o guardianes de acceso, cuya dimensión y volumen de usuarios determinan que desempeñen un papel clave en que sus usuarios profesionales (es decir, típicamente las empresas que comercializan sus bienes a través de la plataforma) puedan interactuar con los usuarios finales (potenciales clientes de esas empresas). En este sentido, señalo que se configura como un instrumento complementario a los que proporciona ya el Derecho de competencia de la UE, con un elaborado régimen sancionatorio de Derecho público por parte de la Comisión.

En relación con esta última propuesta de Reglamento se centró la ponencia del profesor Palau Ramírez (catedrático de Derecho mercantil de la Universitat Politècnica de València) titulada “Digital Market Act y Derecho de la competencia”. El Dr. Palau señaló la necesidad de regulación del mercado digital y de la conducta de las grandes plataformas digitales, se ha basado en la dificultad de su control mediante los mecanismos *antitrust* básicos o tradicionales. La aplicación de la prohibición de abuso de posición dominante -prevista en el art. 102 TFUE- a estas nuevas plataformas digitales plantea problemas, por cuanto hay que considerar los efectos de red directos o indirectos, que se multiplican en

el ámbito digital dado el gran número de datos que se pueden recoger, almacenar y analizar, sobre todo por parte de las grandes plataformas digitales a las que se considera que actúan como “guardianes” de los mercados digitales (Google, Apple, Facebook o Amazon). Se considera, erróneamente en opinión del profesor Palau, que los efectos de red, que precisamente posibilitan el éxito de las plataformas digitales, constituyen barreras de entrada al mercado.

En este sentido puntualizó que el considerando 56 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Ley de Mercados Digitales es muy claro en cuanto a la finalidad de la regulación: “El valor de los motores de búsqueda en línea para sus respectivos usuarios profesionales y usuarios finales aumenta a medida que aumenta el número total de tales usuarios. Los proveedores de motores de búsqueda en línea recopilan y almacenan conjuntos de datos agregados que contienen información sobre las búsquedas de los usuarios y sobre cómo interactuaron con los resultados que se les sirvieron. Los proveedores de servicios de motores de búsqueda en línea recopilan estos datos a partir de búsquedas realizadas en su propio servicio de motor de búsqueda en línea y, en su caso, de búsquedas realizadas en las plataformas de sus socios comerciales intermedios. El acceso de los guardianes de acceso a tales datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones constituye un obstáculo importante de entrada y expansión en el mercado, lo que merma la disputabilidad de los servicios de motores de búsqueda en línea. Por lo tanto, se debe obligar a los guardianes de acceso a proporcionar acceso, en términos justos, razonables y no discriminatorios, a estos datos sobre clasificaciones, consultas, clics y visualizaciones en relación con la búsqueda gratuita y pagada realizada por los consumidores en servicios de motores de búsqueda en línea a otros proveedores de dichos servicios, para que estos otros proveedores puedan optimizar sus servicios y competir con los servicios de las plataformas básicas pertinentes. Dicho acceso también debe darse a terceros contratados por proveedores de motores de búsqueda en línea, que actúan como procesadores de esos datos para dichos motores de búsqueda. Al facilitar el acceso a sus datos de búsqueda, los guardianes de acceso deben garantizar la protección de los datos personales de los usuarios finales por los medios adecuados, sin degradar sustancialmente la calidad o la utilidad de los datos. profesionales y usuarios finales aumenta a medida que aumenta el número total de tales usuarios”.

Como se observa, precisó, las claves del éxito de las plataformas digitales motivarían su consideración como monopolios naturales y su penalización; como si en el mercado digital el poder de mercado alcanzado por las plataformas fuera lo suficientemente estable para considerar que gozan de una posición de dominio que justifique considerar abusivas prácticas como el auto-favorecimiento, las ventas vinculadas o, incluso, el *multihoming*.

La propuesta se limita además a una serie de servicios de plataformas básicas, que incluyen: i) servicios de intermediación en línea (incluidos, por ejemplo, mercados, tiendas de aplicaciones y servicios de intermediación en línea en otros sectores como la movilidad, el transporte o la energía), ii) motores de búsqueda en línea, iii) redes sociales iv) servicios de plataformas de intercambio de vídeos, v) servicios de comunicaciones

electrónicas interpersonales independientes de la numeración, vi) sistemas operativos, vii) servicios en la nube y viii) servicios de publicidad, incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, en los que estos servicios de publicidad estén relacionados con uno o más de los demás servicios de plataformas básicas mencionados anteriormente.

Y añadió que el hecho de que un servicio digital pueda ser calificado como servicio de plataforma principal no significa que vayan a aparecer problemas de disputabilidad y prácticas desleales respecto de cada proveedor de estos servicios de plataformas básicas. Más bien, en su opinión, señaló que estas preocupaciones parecen ser particularmente grandes cuando el servicio de plataforma principal es operado por un guardián de acceso. Los proveedores de servicios de plataformas básicas pueden considerarse guardianes de acceso si: i) tienen un impacto significativo en el mercado interior, ii) operan una o más puertas de acceso importantes hacia clientes y iii) tienen o es previsible que vayan a tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones. Esta definición de guardianes de acceso se basa en conceptos jurídicos indeterminados (art. 3.1), que se complementan con criterios cuantitativos (presunciones del art. 3.2) y cualitativos (art. 3.6), que permiten la calificación de una plataforma como guardián de acceso, aunque no se cumplan los criterios cuantitativos. La calificación no es algo estático, sino dinámico, pues cabe la revisión de la situación de los guardianes de acceso (art. 4).

Según la Exposición de Motivos, la normativa basa su proporcionalidad en que se aplica solo a los guardianes de acceso y no a todos los servicios de plataformas básicas. En este sentido, se afirma que la propuesta complementa las normas de competencia de la UE (y nacionales) existentes y aborda las prácticas desleales de los guardianes de acceso que, o bien están fuera de las normas de competencia existentes en la UE, o bien no pueden ser abordadas con la misma eficacia por dichas normas, considerando que la aplicación de la normativa de defensa de la competencia afecta a la situación de mercados específicos, interviene inevitablemente después de que se haya producido la conducta restrictiva o abusiva e implica procedimientos de investigación para constatar la infracción que requieren tiempo. Como excusa de intervención en la materia se sigue argumentando que “la propuesta actual minimiza los efectos estructurales perjudiciales de las prácticas desleales *ex ante*, sin limitar la capacidad de intervenir *ex post* en virtud de las normas de competencia nacionales y de la UE”.

La lista de obligaciones prevista en la propuesta -siempre según la Exposición de Motivos- se ha limitado a las prácticas i) particularmente injustas o perjudiciales, ii) que pueden identificarse de manera clara e inequívoca para proporcionar la seguridad jurídica necesaria a los guardianes de acceso y a otras partes interesadas, y iii) para las cuales haya suficiente experiencia. El artículo 5 contiene la lista negra de obligaciones, en el sentido de que son autoejecutivas, y el artículo 6 una lista gris de obligaciones susceptibles de ser especificadas con mayor detalle, pudiéndose iniciar un diálogo con la plataforma afectada o declarar directamente el incumplimiento.

En la tramitación legislativa que queda por recorrer conviene cuestionarse si es necesaria una regulación que acoge prohibiciones absolutas de conductas o un control preventivo o *ex ante* de las mismas, sin hacer una reflexión sobre su eficiencia en el mercado, en sustitución de un análisis estrictamente *antitrust* adaptado a las nuevas características de los mercados digitales. La renuncia a este último análisis no puede basarse en criterios sobre el coste de aumentar las dotaciones en capital humano y tecnologías de análisis de las autoridades de defensa de la competencia sin una evaluación de costes de aplicación del nuevo sistema y del coste de oportunidad del mismo, sobre todo por los desincentivos que pueden introducirse al avance digital y los perjuicios a los propios destinatarios de los servicios.

Debería iniciarse un debate para analizar caso por caso las obligaciones que pueden mantenerse teniendo en cuenta los siguientes criterios: 1) mayor aceptación de las obligaciones de información y transparencia, sobre todo porque su cumplimiento digital no plantea muchos problemas; 2) análisis estricto de las prohibiciones de conductas, de las obligaciones o prohibiciones de contratar o de configurar libremente la oferta, que en tanto restricciones a la libertad de empresa deben estar bien justificadas, ser proporcionales y aptas para cumplir el fin perseguido; 3) considerar la doctrina *antitrust* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y ver en qué medida pueden aplicarse modelos e instrumentos modernos de análisis que midan el efecto red y trasladen el análisis de eficiencia a los guardianes de acceso; 4) evitar la mera alusión a un interés general para introducir medidas de control preventivo y prohibiciones sin mayor justificación; 5) huir de aproximaciones paternalistas para solucionar problemas del mercado digital.

La Dra. Rosario Espinosa Calabuig (catedrática de Derecho internacional privado de la Universitat de València) moderó el segundo panel titulado “Servicios digitales: obligaciones de diligencia debida en los servicios intermediarios” en el que participó el Dr. Castelló Pastor y el Dr. Barata Mir.

La ponencia del Dr. José Juan Castelló Pastor (profesor contratado doctor de Derecho internacional privado de la Universitat de València) titulada “el alertador fiable en el procedimiento de notificación y acción en la futura Ley de servicios digitales», señaló que el principal instrumento normativo de los servicios digitales (y, en particular, de los servicios intermediarios) en la Unión Europea es la Directiva sobre el comercio electrónico, que, a la luz de los nuevos modelos de negocios en línea y de los retos actuales, si bien cumple un importante papel en este marco y sus principios continúan siendo válidos, es necesaria su actualización. Con este objetivo, la Comisión Europea propone el Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales). Esta propuesta de Reglamento introduce la figura de los alertadores fiables -consolidada en otros sistemas de Derecho comparado- con el objetivo de luchar contra el contenido ilícito de la red. En este sentido, señaló que los avisos que reciba la plataforma en línea se tramitarán y resolverán de forma prioritaria y sin dilación sobre todos los demás, esto es: se responderán antes que las notificaciones presentadas por el

propio perjudicado. El alertador fiable es un privilegio concedido por el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro a las entidades -y no a los individuos - que demuestren experiencia y competencia para abordar la lucha contra los contenidos ilegales.

Puntualizó que el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro concederá este estatus privilegiado a aquellas entidades que demuestren: por un lado, poseer conocimientos y competencias específicos para detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos; por otro lado, representar intereses colectivos y no dependan de ninguna plataforma en línea y, por último, realizar sus actividades con el fin de enviar avisos de manera oportuna, diligente y objetiva. Se deben cumplir estas condiciones para que se conceda la cualificación de alertador fiable. Además, téngase en cuenta que este mismo coordinador de servicios digitales puede revocarlo.

En este sentido, los avisos presentados por los alertadores fiables, de conformidad con el mecanismo de “notificación y acción” descrito, comportarán la tramitación y la resolución de forma prioritaria y sin dilación sobre las demás notificaciones. Dicho de otro modo, estos avisos gozarán de un salvoconducto para combatir el contenido nocivo en la red.

En su opinión, la figura de estos chivatos profesionales de la red debe ser bien acogida para controlar el contenido (manifiestamente ilícito) en línea. Sin embargo, la preocupación puede venir por cómo el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro elige estos actores especializados por la influencia que pueden ejercer en la moderación de contenidos. Esperemos que no se trate de decisiones tomadas de forma arbitraria, en función del interés político de la autoridad nacional que los designe, por el interés social que pueden llegar a representar estos *trusted flaggers* y que tanto podrían perjudicar a la red.

En términos generales señaló el positivo esfuerzo que la Comisión efectúa para garantizar las condiciones para la prestación de los servicios digitales en la Unión Europea, para contribuir a la seguridad en línea y, sobre todo, para proteger los derechos fundamentales y los intereses legítimos de todas las partes implicadas. Aunque precisó que no es difícil aventurar un largo debate en el Parlamento Europeo, en el Consejo y en los gobiernos nacionales, con fuertes presiones por parte del lobby de las tecnológicas y de las organizaciones de la sociedad civil, que alzarán su voz en defensa de la protección de sus intereses. Quedan muchos meses por delante para que la propuesta logre su aprobación, sin modificaciones o con alguna sustancial. Esperemos, en todo caso, que los intereses comerciales no frenen el proceso legislativo ni perjudiquen el complicado equilibrio del respeto a la protección de los derechos humanos en el mundo digital.

Por lo que respecta a la ponencia de Dr. Barata Mir (Non-residential Fellow. Cyber Policy Center. The Center for Internet and Society de la Stanford University EEUU) titulada “La cláusula del buen samaritano y las obligaciones de las grandes plataformas en la

reducción de riesgos sistémicos”. Comenzó señalando que la Directiva de comercio electrónico del año 2000 contiene, entre otros aspectos relevantes, el régimen general de responsabilidad de los intermediarios aplicable a los servicios de hosting a nivel de la UE. En este sentido, puntualizó que para mantener la inmunidad, las plataformas no deben tener conocimiento efectivo de la existencia de un contenido ilícito y/o no estar al tanto de hechos o circunstancias a partir de las cuales la ilicitud de la información en cuestión sea evidente. En caso de obtener dicho conocimiento, las plataformas deben actuar rápidamente para eliminar o deshabilitar el acceso al contenido ilegal.

La aplicación de medidas proactivas voluntarias para supervisar, detectar y eliminar contenido ilegal no necesariamente lleva a las plataformas en línea a perder sus exenciones de responsabilidad. De hecho, varios documentos y políticas de la UE promueven en determinados casos la adopción de este tipo de medidas. Documentos particularmente ilustrativos en este sentido son el Código de conducta para combatir el discurso de odio ilegal en línea de 2016, lanzado y firmado por Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube y la Comunicación de la Comisión de 2017 sobre la lucha contra los contenidos ilegales en línea y la Recomendación sobre medidas orientadas al mismo propósito. Además, algunas Directivas adoptadas recientemente incorporan nuevas obligaciones con respecto a la adopción de medidas proactivas, la más importante de las cuales es probablemente la Directiva sobre derechos de autor de 2019.

Prosiguió la ponencia recalcando que el proyecto de la denominada Digital Services Act, esto es, el Reglamento que debe complementar y sustituir algunos aspectos de la Directiva de comercio electrónico, contiene disposiciones idénticas con respecto a los proveedores de servicios de hospedaje en su Artículo 5, manteniendo intacto el núcleo del actual régimen de responsabilidad condicional de los intermediarios. Sentado lo anterior, el Dr. Barata indicó que la DSA incorpora nuevos “niveles” regulatorios, que pueden conducir a complejos problemas de interpretación, que probablemente también deberán ser abordados por el Tribunal de Luxemburgo.

Aparte de las disposiciones incluidas en el artículo 5, el artículo 14 (3) establece que los mecanismos de notice-and-action que cumplen determinados criterios dan lugar a un conocimiento o concienciación real. Además, el artículo 6 aclara que los intermediarios no pueden perder su exención de responsabilidad “únicamente porque llevan a cabo investigaciones voluntarias por iniciativa propia u otras actividades destinadas a detectar, identificar y eliminar o inhabilitar el acceso a contenido ilegal, o tomar las medidas necesarias para cumplir los requisitos del Derecho de la Unión, incluidos los establecidos en el presente Reglamento”. Por lo tanto, sin perjuicio de la aplicabilidad del régimen general - artículo 14 de la Directiva sobre comercio electrónico, ahora artículo 5 DSA – la propuesta de DSA ha introducido disposiciones adicionales que parecen fomentar, en cierta medida, la adopción e implementación de la moderación proactiva de moderación de contenidos políticas por las plataformas. Determinadas iniciativas voluntarias de las plataformas se beneficiarían de estas previsiones, que las protegerían de la aplicación del régimen general actualmente basado en la combinación de conocimiento efectivo y falta



de neutralidad. Sin embargo, la DSA deja todavía abierto un gran número de dudas interpretativas acerca de la naturaleza y alcance preciso de las iniciativas efectivamente sujetas a este tipo de protección.

El siguiente panel “Plataformas digitales y mercado” fue moderado por el Dr. Jesús Olavarría Iglesia (Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universitat de València) En primer lugar intervino la Dra. Isabel Reig Fabado (Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universitat de València) con su ponencia titulada “La Comisión Europea ante las grandes plataformas digitales: la propuesta sobre mercados digitales”.

La ponencia de la Dra. Reig se enmarcó en el contexto europeo de adaptación de la competencia a la era digital y, probablemente, con el objetivo de aumentar la innovación y la competitividad en el sector digital. Para ello, la Comisión Europea ha trabajado en la elaboración de una iniciativa legislativa que pretende buscar nuevas alternativas en el enfoque de la política europea de competencia. En concreto, la Comisión presenta un paquete de dos instrumentos, la DSA (Digital Services Act) con la que pretende regular las obligaciones y responsabilidad en los servicios digitales y, la DMA (Digital Markets Act), en la que se centra esta ponencia y que prevé, en definitiva, limitar el poder de las grandes plataformas digitales. Esta última incluye las medidas ex ante (prohibiciones o imposición de comportamientos con anterioridad a la infracción de las normas sobre competencia) -que corrigen los desequilibrios del mercado digital- para las grandes plataformas que actúan como gatekeepers de modo indebido.

Uno de los objetivos principales de la DMA es limitar el poder de las grandes plataformas digitales. Lo cierto es que en el mercado europeo los intentos de corregir los defectos estructurales del mercado digital no han llegado a buen puerto y las empresas se sienten claramente amenazadas por la omnipresencia, y omnipotencia, de las grandes plataformas digitales, mayoritariamente, norteamericanas, pero también, chinas. La Comisión considera que la utilización de estas medidas ex ante para estos gatekeepers, no solo puede mejorar la libre competencia y la innovación, así como el acceso al mercado, digital o no, sino, también, corregir el enorme desequilibrio entre las grandes plataformas en línea y el resto de operadores. La cuestión es dilucidar, ciertamente de modo paradójico, si la Unión Europea podrá mejorar la competitividad de su sector digital bajo un nuevo marco regulador que pretende limitar la operatividad de las grandes plataformas digitales (sobre todo, estadounidenses) que actúan indebidamente como gatekeepers. Unos agentes, en definitiva, que, según la propia Comisión Europea, representan elementos vertebradores clave para la economía digital actual, actuando de intermediario en la mayoría de las transacciones entre usuarios finales y usuarios profesionales, pero que amenazan la libre competencia en el mercado digital de la UE.

El hecho de tratarse de una normativa dirigida hacia concretos grupos de empresas, y no conductas de las mismos, transforma enormemente el tradicional marco regulador del Derecho de la competencia. Una regulación restrictiva diseñada en contra de grandes

operadores extranjeros, fundamentalmente estadounidenses, pero también chinos, sin necesidad de una infracción, tiene la apariencia de discriminatorio y el peligro de vulnerar determinadas garantías de defensa procesales fundamentales como la contradicción y la audiencia, si no puede comprometer también los principios de legalidad y seguridad jurídica.

En relación con el carácter preventivo o ex ante de la herramienta, se han subrayado varios problemas: en primer lugar, resulta necesario el establecimiento de definiciones claras y una concreción del alcance de las medidas. En segundo lugar, los riesgos de superposición en la regulación y, en tercer lugar, los riesgos de reducción de beneficios para las grandes plataformas digitales. Asimismo, y como se verá a continuación, se han señalado los problemas de garantías procesales para las empresas y el posible perjuicio para el bienestar de los consumidores. A mayor abundamiento, la creación de un instrumento preventivo se erige de manera paralela, simultánea y complementaria a la existente y citada regulación de los artículos 101 y 102 del TFUE. Precisamente porque este sistema no parece establecer con claridad la relación de complementariedad con la normativa sobre competencia ya existente en la Unión Europea, sobre todo en relación con los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, también se ha referido la complejidad ante el posible solapamiento de intervenciones de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros. Con la problemática adicional que puede suponer el establecimiento de un régimen sancionador que la práctica ya ha manifestado ineficaz con respecto a la normativa existente relativa a infracción cometida.

En conclusión, la ponencia de la Dra Reig aborda de manera crítica la necesidad de abordar los desequilibrios y asimetrías de los mercados digitales que provocan las grandes plataformas digitales que actúan como gatekeepers de manera indebida en el mercado de la Unión Europea, en términos de libre competencia, para garantizar mercados abiertos y justos. Y por ello concluye que, si bien la propuesta de una normativa a tal efecto tiene que ser, necesariamente, bienvenida, sin embargo, el desarrollo del futuro reglamento europeo sobre la materia debería ser especialmente cuidadoso con respecto a los medios que utiliza para alcanzar este fin.

Por su parte, la ponencia del Dr. Jaume Martí Miravalls (Profesor Titular de Derecho mercantil de la Universitat de València) titulada “Plataformas: entre prácticas desleales y falta de disputabilidad”, señaló que los últimos trabajos de la Comisión Europea respecto de la relación entre las plataformas digitales y el Derecho de la Competencia van en la línea de considerar que las plataformas son monopolios naturales, conocidos en la literatura económica como mercados del tipo “*winner-take-all*”. La presencia e intensidad de los *network effects* en mercados dominados por las plataformas digitales constituye una barrera de entrada difícilmente superable para nuevos competidores, y la consolidación de una de ellas puede comportar la expulsión del resto de competidores, lo que pone en jaque el funcionamiento del mercado y, por extensión, al Derecho de la Competencia. Esto es lo que se denomina “falta de disputabilidad”.

En este contexto, las plataformas digitales ponen al Derecho de la Competencia “ante el espejo”, como Alicia en la novela de Carroll. Siempre se ha explicado que por eficiencia es posible quedarse con el mercado. El límite era el abuso. Pero, ahora, cuando las plataformas digitales nos han situado ante este espejo de la eficiencia parece que da miedo atravesarlo y se ha preferido utilizar el clásico mecanismo ex ante de regular el mercado, en lugar de tener que seguir adentrándose en un mundo desconocido hasta ahora que no sabemos exactamente donde nos puede llevar. En eso consiste la propuesta de la Digital Market Act, en adelantarse, prevenir o atajar, posibles o probables, problemas por la vía regulatoria.

Al regulador europeo le preocupan unos concretos operadores económicos: los “gatekeepers” o “guardianes de acceso”, esto es, los grandes entre los grandes del mercado digital –conocidos como GAFAs-. Como expresamente establece la Exposición de Motivos, el legislador parte de una premisa: estos guardianes de acceso están afianzados, tienen una gran repercusión en los mercados digitales y su posición da lugar a que se lleven a cabo prácticas que aquí ya se califican como “desleales” y que en competencia podrían llegar a ser “abuso” o no. Y aquí es donde viene la clave de la cuestión. Situado el legislador ante el espejo respecto de la problemática antitrust de estos grandes operadores tecnológicos, cuya eficiencia no se puede poner en duda, decide intervenir ex ante como medida para no tener que adentrarse en soluciones ex post del Derecho de la competencia, que pueden ser de final incierto.

La última mesa de la primera sesión “Usuarios profesionales en la economía de las plataformas en línea” fue moderada por el Dr. Pablo Quinzá Redondo (Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado de la Universitat de València) participaron como ponente, la Dra. Lapiedra Alcamí, el Dr. Fernández Masiá y la Dra. Llopis Nadal.

Así, en primer lugar, la Dra. Rosa Lapiedra Alcamí (Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universitat de València) con una ponencia titulada “El poder de los servicios de intermediación en línea y la necesidad de transparencia en el ranking de resultados” puso de manifiesto, por un lado, como las plataformas online y los motores de búsqueda ofrecen a las empresas muchas facilidades de acceso rápido y eficiente a los mercados de consumo. En este sentido, señaló que, a través de un solo “click” permiten que los consumidores puedan adquirir bienes o servicios de cualquier parte del mundo. Esta sinergia empresarial presenta innumerables beneficios para todos los agentes que participan en el comercio. En primer lugar, abre todo un mundo de posibilidades para las pequeñas y medianas empresas accediendo a un mercado global inalcanzable por sus propios medios. Y, en segundo lugar, al ampliarse la oferta de bienes y servicios, los precios serán más competitivos en beneficio de los consumidores.

Junto a ello, se hace hincapié en que tal es el poder que han alcanzado estos proveedores de servicios de intermediación en línea que, en muchas ocasiones, van a ser los

responsables directos del éxito o fracaso de una empresa en los mercados virtuales. En efecto, la visibilidad y, por ende, el éxito comercial de las empresas va a depender directamente de la posición que ocupen en el ranking de resultados. Hoy en día, sino apareces en las primeras páginas de los buscadores o de los marketplaces es muy probable que no existas.

Asimismo, y, por otro lado, la intervención se centra en cómo la proliferación de las plataformas virtuales, si bien presenta innumerables ventajas, puede poner, asimismo, en peligro el correcto funcionamiento del mercado. El papel intermediario que ejercen estas plataformas y buscadores les permite, a menudo, entregarse a prácticas comerciales desleales que pueden ocasionar un importante perjuicio económico, no solo a las empresas, sino también a los propios consumidores. Se crean vínculos de dependencia de los usuarios profesionales hacia la plataforma o el motor de búsqueda, dando lugar a relaciones con una clarísima asimetría relacional. Los usuarios profesionales se presentan como la parte débil en esta relación y, además, están totalmente desprotegidas.

Para finalizar, la autora realiza un análisis del Reglamento 2019/1150 elaborado en el seno de la UE con el objeto de crear un entorno comercial más previsible, transparente y ecuánime que corrija estos desequilibrios. En este contexto, se exponen las obligaciones específicas impuestas a los proveedores de los diferentes servicios de intermediación en línea previstas en este texto normativo de publicar los parámetros reales que rigen el ranking de resultados debiendo detallar en qué medida afecta cada uno de ellos al posicionamiento de las empresas. A la luz del Reglamento, corresponde a cada Estado la obligación de velar por el cumplimiento efectivo de estas obligaciones y fijar las oportunas sanciones en caso de incumplimiento, así como de hacerlas cumplir. Esto permite a la autora llegar a la conclusión de que se otorga un amplio margen de maniobra a los Estados pudiendo variar las sanciones previstas de un país a otro. De este modo, la Unión Europea cuenta con normas uniformes de transparencia y equidad en el mercado digital pero, previsiblemente, no habrá una aplicación uniforme de las mismas en el territorio de la Unión.

En la ponencia, la Dra. Lapidra concluyó que las medidas impuestas por este Reglamento se estiman absolutamente necesarias para luchar contra las prácticas comerciales desleales que realizan los proveedores de servicios con una clara posición de dominio en el mercado. Sin embargo, solo el tiempo dirá si las medidas previstas son realmente efectivas o, por el contrario, fácilmente eludibles por los gigantes tecnológicos amparándose en la “inteligencia artificial” o en el “secreto comercial” para no revelar los verdaderos parámetros que rigen el ranking de resultados. Todo esto evidencia, según señaló, lo extremadamente difícil que resulta encontrar el equilibrio entre combatir las conductas manipulativas y perjudiciales, por un lado, y conseguir la transparencia y equidad del mercado, por otro.

En segundo lugar, el Dr. Enrique Fernández Masiá (Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Castilla-La Mancha) intervino con su

ponencia sobre los “Servicios de intermediación en línea y mecanismos de resolución de controversias”. El Dr. Fernández Masiá señaló que el sistema de solución de controversias específicamente diseñado, con la introducción de alternativas a la jurisdicción, en el Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2020, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, que entró en vigor el 12 de julio del año pasado.

Indicó que el Reglamento incorpora una serie de medidas destinadas a garantizar la existencia de mecanismos efectivos de resolución de conflictos en el marco de las relaciones plataforma electrónica-usuario profesional. No sólo los usuarios profesionales deben contar con la transparencia adecuada, sino que han de disponer de posibilidades amplias de solicitar reparación cuando las acciones unilaterales de los proveedores de los servicios de intermediación en línea desembocan en una controversia. El legislador europeo potencia las soluciones alternativas a la jurisdicción estatal, garantizando que los usuarios profesionales ubicados en el territorio de la Unión Europea puedan utilizar dichas soluciones alternativas frente a todos los intermediarios, con independencia de donde estén establecidos, lo que posiblemente les resultará mucho más atractivo como parte más débil en la relación contractual, para el supuesto de que sugiera cualquier litigio entre las partes, que la opción de recurrir a los tribunales nacionales, que además no siempre serían los de un Estado miembro de la Unión Europea.

En concreto, el Dr. Fernández Masiá puntualizó que se prevén dos nuevos mecanismos para facilitar la resolución de las controversias surgidas en las relaciones entre los proveedores de servicios de intermediación en línea con los usuarios profesionales. En primer lugar, se obliga a las plataformas a contar con un sistema interno de resolución de controversias e incidencias. Y, en segundo lugar, se impulsa la mediación como alternativa extrajudicial en la resolución de estos conflictos y las plataformas quedan obligadas a designar a dos o más mediadores en sus términos y condiciones a estos efectos.

Puso punto y final al cuarto panel la Dra. Patricia Llopis Nadal (profesora ayudante doctora de Derecho procesal, Universitat de València) con su ponencia titulada “La tutela colectiva de los usuarios profesionales en el mercado interior en línea: utilidad actual y extensión inminente de la acción prevista en el Reglamento 2019/1150”. En la misma, destacó las características esenciales de la acción colectiva introducida recientemente por el legislador de la Unión, con la que se legitima a las entidades que cumplan determinados requisitos para interponer demandas, ante los tribunales nacionales y frente al proveedor de servicios de intermediación, para tutelar los derechos e intereses jurídicos del grupo de usuarios profesionales.

Tras explicar qué entidades podrán ejercer estas acciones, la ponencia se centró en torno a tres aspectos. En primer lugar, el alcance de esta legitimación extraordinaria, destacando que, comunicados a la Comisión su nombre y objeto, la entidad tendrá derecho a ejercer acciones ante los tribunales nacionales de todo el territorio de la Unión -y no solamente

en el Estado Miembro donde se haya establecido-. En segundo lugar, el contenido de esta acción colectiva, limitada a impedir o prohibir el incumplimiento -esto es, será una acción de cesación fundamentada en que la conducta del intermediario es contraria al Reglamento-, sin que quepa, en ningún supuesto, ejercer acciones de indemnización reclamando condenas dinerarias por los daños causados a los usuarios profesionales. Y, en tercer lugar, el tipo de tutela que puede pretenderse, matizando que la misma estará en función de la obligación que haya incumplido el intermediario; así, las entidades podrán, según las circunstancias, instar la protección de intereses jurídicos colectivos y difusos o pretender la tutela de intereses individuales de los usuarios profesionales afectados por una causa común, algo relevante, pues conforme a nuestro derecho procesal, existen notables diferencias entre ambas situaciones -p. ej., respecto de la necesidad de constatar la voluntad de los usuarios profesionales o de la extensión de la tutela que se obtenga-.

A modo de conclusión, la Dra. Llopis Nadal, tras calificar de acertada y necesaria la decisión de permitir el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los usuarios profesionales, recordó que en el estado actual su aplicación queda acotada al incumplimiento de las obligaciones que impone el Reglamento, una norma cuyo alcance, en líneas generales, se limita a la información que los intermediarios han de incluir en sus condiciones. No obstante, apuntó que en un futuro más que inminente, si la Comisión constata que sus disposiciones no son suficientes para corregir desequilibrios y prácticas desleales, se adoptarán nuevas medidas legislativas. De producirse esta ampliación en el plano sustantivo, también la legitimación extraordinaria de las entidades se extenderá a otros ámbitos en el marco de un sector muy específico de la economía de plataformas: el de las relaciones entre los intermediarios y los usuarios profesionales y, de ser así, no solo se verían ampliadas las infracciones contra las que podrían actuar, sino que, además, cabría valorar la posibilidad de que ejercieran acciones de representación, es decir, que solicitaran medidas de cesación -y, cuando proceda, medidas resarcitorias-, para obtener la tutela judicial de los usuarios profesionales en el mercado interior en línea.

La segunda sesión del Congreso se inició con el panel V sobre la “Incidencia del Derecho internacional privado en la era digital”, moderada por el Dr. Carlos Esplugues Mota (catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de València), en la que intervino el Dr. Dário MOURA VICENTE (professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa y Presidente do Conselho Científico) con la ponencia titulada “Mercado único de servicios digitales y Derecho internacional privado: primeras reflexiones” y el Dr. Guillermo Palao Moreno (catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de València) con la ponencia “Propiedad intelectual y mercado único digital: ¿un nuevo impulso para el principio del «país de origen»?”.

En este sentido, el Dr. Palao Moreno, señaló que la incidencia de las TICs en el mercado interior, ha ocupado desde hace casi tres décadas la agenda del legislador europeo. Un interés que se ha intensificado con la regulación del Mercado Único Digital, con una incidencia singular en la ordenación de los derechos de autor y derechos afines, motivada por adaptar los resultados alcanzados en el proceso de armonización europea en este

ámbito y evitar una indeseable fragmentación jurídica del mercado interior por efecto de reglas tradicionales de corte territorial en este ámbito -como la basada en la *lex loci protectionis*-. En esta línea cobran sentido iniciativas legislativas como el Reglamento (UE) 2017/1128, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, la Directiva (UE) 2019/789, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE, o la Directiva (UE) 2019/790, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

Los mencionados instrumentos europeos y en la línea mencionada, señaló el Dr. Palao Moreno, coinciden en: a) desde una perspectiva sustantiva, profundizar y actualizar el proceso de armonización legislativo en materia de propiedad intelectual en la UE; b) así como, por lo que respecta a la dimensión conflictual, ir erosionando el tradicional juego principio de territorialidad para estos derechos de propiedad intelectual (basado en la regla de la *lex loci protectionis*), mediante de la incorporación paulatina del principio del “país de origen”. Un recurso a esta regla, propia del mercado interior, que, aunque de utilización puntual, contaría con empleo que se habría visto incrementado en los últimos años.

En este sentido, y a partir de la reiteración y aumento del uso de la regla de la *lex originis* durante los últimos años, señaló el Dr. Palao Moreno, podemos cuestionar si realmente nos encontramos ante un cambio de tendencia que implique un impulso definitivo de esta regla en el ámbito de los derechos de autor y derechos conexos vinculados al Mercado Único Digital. Al igual que podríamos preguntarnos si el recurso a este principio podría verse replicado en la ordenación de estos derechos fuera del medio digital, al igual que si podría proyectarse a situaciones extra-europeas o incluso si su impulso podría afectar al mantenimiento de la regla tradicional basada en la *lex loci protectionis*.

El último panel, titulado “Aspectos internacionales del comercio en el entorno digital” fue moderado por el Dr. Castelló Pastor e intervinieron como ponentes el Dr. Miguel Gardeñes Santiago (profesor titular de Derecho internacional privado de la Universitat Autònoma de Barcelona), el Dr. Alfonso Ortega Giménez (profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche) y el Dr. Antonio Merchán Murillo (profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide).

El Dr. Miguel Gardeñes Santiago habló sobre el “Principio del Estado de origen, comercio electrónico y mercado único digital”. En este sentido, su ponencia se centró en el análisis del funcionamiento del principio del Estado de origen en la Directiva 2000/31, de comercio electrónico. Con carácter previo, señaló que era preciso distinguir la regla de reconocimiento mutuo, derivada de la aplicación de las disposiciones del TFUE sobre

libre circulación, del principio del Estado de origen, que es un principio de regulación que el legislador europeo puede adoptar (o no) al dictar normas de Derecho derivado, y que se basaría en la centralización del estatuto jurídico del operador económico en el Estado en que esté establecido y / o en atribuir una competencia preferente a la autoridad administrativa de dicho Estado. La Directiva 2000/31, de comercio electrónico, establece el principio del Estado de origen en su art. 3. La Directiva no obliga a transponer el art. 3 en la forma de una norma de conflicto de leyes de carácter bilateral, pero sí obliga a que, en el ámbito coordinado por la Directiva, el prestador quede sujeto a (y pueda valerse de) la ordenación de su Estado miembro de establecimiento (STJ eDate, de 25-10-2011).

Para delimitar el ámbito material del citado art. 3, es preciso manejar diversos elementos: primero, el concepto de “servicios de la sociedad de la información”, tal como se define en el art. 1.1 de la Directiva 2015/1535; segundo, las exclusiones expresas de ámbito material de la Directiva 2000/31 (art. 1.5), como por ejemplo la relativa a la protección de datos de carácter personal; tercero, la determinación del “ámbito coordinado” por la Directiva (art. 2) y, por último, la identificación de los aspectos que quedan excluidos de la aplicación del principio del Estado de origen, como por ejemplo los derechos de autor (anexo de la Directiva 2000/31).

La regla general es que el prestador del servicio de la sociedad de la información quedará sometido al sistema legal del EM donde esté establecido (art. 3. ap. 1 y 2). Si el prestador no está establecido en un EM, o si se desconoce su lugar de establecimiento, esta regla no se aplica (STJ de Visser, de 15-3-2012). La excepción, contemplada en el art. 3, ap. 4, consiste en que los demás EM podrán adoptar medidas restrictivas con respecto a dicho prestador bajo ciertas condiciones: necesidad de la medida por motivos de orden público, salud pública, seguridad pública o protección de los consumidores, respeto del principio de proporcionalidad y ciertas obligaciones de comunicación a cargo del EM de destino. De la aplicación jurisprudencial de esta disposición se deducen algunas conclusiones: en primer lugar, la ley del EM de establecimiento del prestador puede operar como límite a la aplicación de las normas del EM de destino, aun cuando la ley aplicable en el caso concreto según las normas de conflicto de leyes fuera la del EM de destino (STJ Daniel B., de 1-10-2020). En segundo lugar, la obligación para el EM de destino de comunicar al EM de origen y a la Comisión la intención de adoptar medidas restrictivas constituye una obligación procedimental de carácter esencial, y su incumplimiento conlleva la imposibilidad de invocar la medida restrictiva contra el prestador afectado (STJ Airbnb, de 19-12-2019). Este último aspecto supone una interpretación extremadamente restrictiva para el EM de destino, además de muy discutible y problemática.

En cuanto a la propuesta de Reglamento de servicios digitales de 15-12-2020, solo se aplicaría a cierto tipo de SSI, los servicios intermediarios. Conviviría con la Directiva 2000/31, que seguiría constituyendo el marco general, pero avanzaría en la armonización del Derecho material (régimen de responsabilidad, exenciones). Crea un régimen de autoridades de aplicación específicas, que se complementa con mecanismos de coordinación de autoridades (cap. IV). Abraza el principio del Estado de origen en cuanto



a la designación de la autoridad nacional competente (cdo. 76 y art. 40), que será la del EM de la UE en el que el prestador posea su establecimiento principal y, si estuviera establecido en un Estado tercero, el de su representante en la UE.

Por su parte, la ponencia del Dr. Ortega Giménez titulada “Derecho internacional privado y el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea: interacción entre el Reglamento (UE) 2019/1150 y los Reglamentos “Bruselas I bis”, “Roma I” y “Roma II”, enfatizó que la interacción entre el Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea y los Reglamentos “Bruselas I bis”, “Roma I” y “Roma II” tiene como punto de partida el artículo 1.5 del citado Reglamento 2019/1150 al señalar que “(...) 5. “El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio del Derecho de la Unión, en particular el aplicable en los ámbitos de la cooperación judicial en materia civil, la competencia, la protección de datos, la protección de secretos comerciales, la protección de los consumidores, el comercio electrónico y los servicios financieros”.

El Reglamento 2019/1150 no contiene reglas de competencia judicial internacional, por tanto, cuando la demanda se dirija frente a un proveedor de servicios de intermediación en línea que, domiciliado en un Estado miembro, debemos acudir al artículo 7.2 del Reglamento “Bruselas I bis”; y debemos entender que ese mismo criterio debe operar con respecto al artículo 22 quinquies LOPJ, en el caso de que el demandado no esté domiciliado en un Estado miembro.

En lo que respecta al Reglamento “Roma I”, señaló el Dr. Ortega, el Reglamento 2019/1150 incorpora ciertas reglas sobre condiciones generales y sobre cláusulas contractuales, relativas a las relaciones contractuales, en especial, entre los proveedores de servicios de intermediación en línea y los usuarios profesionales de sus servicios; que, una combinación entre el artículo 1.5 del Reglamento 2019/1150 y el Considerando 9 del mismo señalan que sus normas deben aplicarse dentro de su ámbito de aplicación territorial “...con independencia de la normativa que, por lo demás, se aplique a un contrato” permite calificarlas de normas internacionalmente imperativas.

En lo que a la interacción con el Reglamento “Roma II” se refiere, la ley aplicable debe venir determinada por el propio Reglamento “Roma II” (según lo previsto en el citado artículo 1.5. del Reglamento 2019/1150 éste debe entenderse sin perjuicio del Reglamento Roma II).

Cerró el panel el Dr. Merchán con la ponencia titulada “Plataformas digitales y Derecho internacional privado: determinación de la Ley aplicable”. A este respecto, señaló que la naturaleza específica de las plataformas digitales, por tanto, van a plantear cuestiones sobre ley aplicable en caso de infracción, en supuestos de materia contractual y en supuestos de extracontractual. En este sentido, debe tenerse presente que el lugar de establecimiento de la plataforma digital, si bien pertenecerá a un determinado prestador

de servicios, será difícil de determinar, por ejemplo, cuando se trate de usuarios de fuera de la UE, o de proveedores de fuera de la UE, cuando utilicen equipos que funcionen en la UE. En este sentido, es posible que los factores tradicionales no puedan ser fácilmente identificables. Ante esto, el uso de las plataformas digitales plantea un riesgo importante, que consiste en ver cómo la responsabilidad se diluye respecto de las operaciones llevadas a cabo si los criterios de aplicabilidad de la legislación no están lo suficientemente claros, motivo por el que pensamos en la necesidad de plantear posibles soluciones al problema de ley aplicable planteado.

Dicho lo anterior, por ejemplo, supongamos que un cliente sube datos en a la nube; es decir, a la plataforma. Este cliente afirma que se ha vulnerado el contrato o se ha violado su privacidad, en el sentido de que parte de esta información ha sido proporcionada por el proveedor de servicios a terceros. ¿Qué deberá hacer para emprender acciones legales contra el proveedor del servicio? En este contexto, debe tenerse en cuenta la relación contractual de la que debe partirse, para determinar las principales cuestiones que podrían plantear los contratos firmados por entidades mercantiles, en los que una de las partes (el proveedor) proporciona a la otra (cliente) uno o más servicios para un usuario final.

Cabe argumentar que la provisión de los datos cargados por un proveedor de servicios fue una vulneración contractual que existía entre el cliente y el proveedor del servicio, resultando aplicable el Reglamento 598/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Asimismo, cabrá la posibilidad de que toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté cubierta por la materia contractual lo éste por el Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Del análisis del marco normativo, se observa que existe una diferencia fundamental entre la nube y la manera tradicional de contratar servicios externos. Las plataformas están en la nube son virtuales, lo cual quiere decir que el prestador de servicios no tiene una presencia física en los establecimientos de la empresa cliente, lo que dificultará la determinación de la Ley aplicable, por ello y en definitiva surge la necesidad de analizar y profundizar en un marco jurídico adecuado, para que tanto los ciudadanos como las empresas puedan confiar en la tecnología con la que interactúan, disponer de un entorno jurídico predecible y contar con la garantía efectiva de que van a protegerse sus derechos y libertades.

Finalizado el panel, el Dr. Castelló agradeció nuevamente a todos los ponentes su participación, resaltó la buena acogida del Congreso por el número de asistentes conectados a las distintas sesiones y cerró el Congreso con el deseo de que la próxima reunión sea presencial, como antaño.