

Capítulo 8

Acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores y protección de datos personales. Un estudio desde la perspectiva de la competencia judicial internacional

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El presente trabajo tiene como objeto el análisis de los problemas de calificación y las dificultades de articulación que plantean las acciones colectivas de cesación de la Directiva 2020/1828/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (DAR)¹, en relación con las reglas generales que regulan la competencia judicial internacional (CJI) en el marco del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil² (RBI *bis*), y en el marco de las reglas específicas previstas en el art. 79.2 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, general de protección de datos³ (RGPD), en litigios en los que la responsabilidad de un empresario/responsable nace por el

1. Directiva 2020/1828/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (DO L 409, de 4 de diciembre de 2020).
2. DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.
3. Reglamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de

incumplimiento simultáneo de la normativa de protección al consumidor y la normativa de protección de datos personales. En este orden de ideas, debe comenzarse señalando que la Agenda Digital, como uno de los pilares básicos de la Estrategia 2020 de la Comisión Europea, ha permitido una novedosa intercomunicación entre la protección de datos personales y la protección de los consumidores en la contratación. Esta comunicación recíproca se relaciona, entre otros muchos motivos, por la información personal que los usuarios facilitan a los proveedores para el acceso a los contenidos y servicios digitales que estos suministran. No en vano, el sostenimiento de servicios gratuitos, ampliamente extendidos en los modelos de empresas de Internet, se relaciona con la obtención de ingresos a partir de la información personal que los usuarios facilitan para poder hacer uso de esos servicios gratuitos y que los titulares de estas empresas explotan comercialmente, por ejemplo, a través de la cesión a compañías de publicidad o de marketing⁴. Precisamente a esta realidad económica responde, en el marco de la contratación con consumidores, la Directiva 2019/770/UE (DCSD)⁵, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁶ (DCSD), pues al tiempo que reconoce que la protección de datos es un derecho fundamental, garantiza que los consumidores, cuando no pagan un precio pero facilitan datos personales al empresario, también tengan derecho a los remedios legales establecidos en caso de incumplimiento o de

datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119, de 4 de mayo de 2016).

4. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Cizur Menor, 5.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 294-295.
5. Directiva 2019/770/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (DO L 136, de 22 de mayo de 2019). La DCSD ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través del Título VIII (art. decimosexto) del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2021). La DCSD complementa la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011) que armoniza principalmente las disposiciones relativas a los requisitos de información precontractual y contractual, y el derecho de desistimiento de los contratos a distancia, entre los que se encuentran los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales cubiertos por la DCSD, tras la reforma por la Directiva 2019/2161/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DO L 327, de 18 de diciembre de 2019).
6. DOUE L 136, de 22 de mayo de 2019.

cumplimiento defectuoso del proveedor de contenidos y servicios digitales que entren dentro de su ámbito de aplicación.

En efecto, la finalidad de la DCSD es armonizar plenamente las normas sobre la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato (arts. 5 a 12), las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o de incumplimiento en el suministro (arts. 13 y 14) y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras, así como la modificación de los contenidos o servicios digitales (art. 19). Si bien, en la medida en que el ejercicio de las actividades que entran en el ámbito de aplicación de la DCSD puede suponer la cesión y el tratamiento de datos personales por el empresario, la licitud del tratamiento se subordina al cumplimiento de las obligaciones y requisitos previstos en el RGPD⁷. En particular, atendiendo al ámbito de la aplicación de la DCSD (art. 3.1), el RGPD será aplicable a los contratos en los que el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor y este paga o se compromete a pagar un precio más datos personales, como a los contratos en los que el empresario suministra contenidos o servicios digitales al consumidor y este no paga un precio, pero a cambio facilita datos personales en el momento en que se celebra el contrato o en un momento posterior⁸, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin⁹. No obstante, la interconexión entre la esfera normativa del RGPD y la DCSD no se reduce solo a lo que se ha dado en llamar la “contractualización” del derecho fundamental a la protección de datos¹⁰, a través de la

7. Reglamento 2016/679/UE del Parlamento Europeo y del Consejo 27 de abril de 2016 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 (DO L 119, de 4 de mayo de 2016).
8. Junto a los requisitos de lealtad y transparencia del tratamiento, en lo que concierne a la licitud, deberá concurrir una de las bases de las previstas legalmente en el art. 6.1 RGPD. A este respecto, en relación con el principio de licitud del tratamiento y su incidencia en los contratos amparados en la DCSD, *vid.* GARCÍA PÉREZ, R.M., “Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales”, *CDT*, núm. 1, 2020, pp. 875-907. Por ejemplo, en relación con el consentimiento del interesado como base legitimadora (art. 6.1.a RGPD) y los requisitos de conformidad previstos en el art. 4.11 RGPD al tiempo de la celebración del contrato, *vid.* la STJUE de 11 de noviembre de 2020, as. C-61/19 *Orange România SA* (ECLI:EU:C:2020:901).
9. *Vid.*, a este respecto, los cdos. 24 y 25 DCSD.
10. *Cfr.* DE FRANCESCO, A., *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, p. 9; GARCÍA PÉREZ, R.M., “Bases jurídicas relevantes...”, *loc. cit.*, pp. 884-885.

contraprestación no dineraria en forma de datos personales, sino también a la intercomunicación entre sus respectivos regímenes jurídicos¹¹, habida cuenta de que, en unos casos, el ejercicio por el consumidor de los derechos reconocidos en la DCSD puede dar lugar a un cambio significativo de los fundamentos jurídicos del tratamiento previstos en el RGPD¹², y, en otros, la infracción de las obligaciones del RGPD comporta importantes consecuencias civiles en los contratos comprendidos en la esfera de aplicación de la DCSD¹³.

Por otra parte, junto a la intercomunicación entre los respectivos regímenes jurídicos, conviene también tener presente la interacción entre la esfera de aplicación del RGPD y la DCSD, y ello a pesar de tener bases jurídicas distintas¹⁴. Así, en lo que atañe a la esfera personal, el tratamiento de datos relacionados con los contratos comprendidos en la esfera de aplicación de la DCSD implica que el responsable a los efectos del RGPD (persona física o jurídica que determina los fines y medios del tratamiento), se identifique con el empresario que suministra contenidos y servicios digitales al consumidor, incluidos los prestadores de plataformas (cdo. 18 DCSD), y que el interesado, en el sentido del RGPD, sea el homólogo del consumidor a los efectos de la DCSD (persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión). Por ello, en la medida en que el RGPD tiene por objeto la protección de la información sobre toda persona física identificada o identificable (“el

11. Vid. LOHSSE, S., SCHULZE, R., y STAUDENMAYER, D., (eds.) *Data as counter-performance-contract law 2.0?*, Baden-Baden, Nomos, 2020, *passim*.
12. Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales”, *CDT*, núm. 1, 2020, pp. 838-862.
13. Vid. cdo. 48 DCSD: “Por ejemplo, si el empresario de una aplicación de compra en línea no adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2016/679 para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor y, como consecuencia de ello, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor quedan expuestos a programas maliciosos o programas espía, esa omisión también podría constituir una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el sentido de la presente Directiva, ya que el consumidor puede razonablemente esperar que una aplicación de este tipo tenga habitualmente características que impidan que se revelen los datos de los pagos. Cuando los hechos que den lugar a un incumplimiento de los requisitos del Reglamento (UE) 2016/679 constituyan también una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, a menos que el contrato ya sea nulo o anulable en virtud del Derecho nacional”.
14. La base jurídica de la política de protección de datos se encuentra en el art. 8.1 CDFUE y en el art. 16.1 TFUE. La política de protección de los consumidores tiene como base jurídica el art. 38 CDFUE y el art. 169 TFUE.

interesado”), el consumidor que celebre un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, no solo se beneficia del régimen específico de protección de la DCSD, en relación con la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato y las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro, sino que, además, en la medida en que dicho contrato implique el tratamiento de sus datos personales, disfruta también de la protección que le otorgan las disposiciones del RGPD como interesado. Asimismo, existe una clara concordancia entre la esfera de aplicación espacial de la DCSD y del RGPD, determinada por el fundamento de sus disposiciones. En lo que atañe a la DCSD, en la medida en que su fundamento es generar unas condiciones similares de competencia para las empresas en el ámbito del mercado interior europeo, garantizando a los consumidores residentes en la Unión un mejor acceso a los contenidos y servicios digitales, la aplicabilidad de sus disposiciones se extiende a cualquier empresa que ejerza su actividad en él, con independencia de que esté o no establecida en un Estado miembro. Por su parte, el RGPD (art. 3) delimita la esfera de eficacia espacial de sus disposiciones también en atención a la protección de los interesados que residan en la Unión, resultando de aplicación al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento de responsable o del encargado en la UE, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no, y al tratamiento de datos personales por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o el control de su comportamiento en la medida en que este tenga lugar en la Unión¹⁵.

En línea con lo anterior, resulta del todo razonable que los ámbitos de la protección de datos y la protección del consumidor se relacionen también en el ámbito de la defensa de los intereses colectivos, como queda de

15. En este sentido, el cdo. 23 RGPD se encarga de explicitar que para determinar si dicho 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 proyecta 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.

manifiesto en la DAC, imponiendo el mandato a los Estados miembros a establecer, o tener previsto, al menos un mecanismo procesal efectivo que permita a las entidades habilitadas conforme a la DAC a presentar acciones colectivas ante los tribunales para obtener medidas de cesación y/o de reparación frente a las conductas de empresarios infractoras de las disposiciones del Derecho de la Unión recogidas en el Anexo I, entre las que se encuentran la DCSD y el RGPD¹⁶. En lo que atañe a las acciones colectivas de cesación, el hecho de que la actividad del tratamiento de datos esté relacionada con el suministro de contenidos y servicios digitales, en virtud de alguno de los contratos comprendidos en la esfera de la DCSD, la inclusión del RGPD en el Anexo I DAR posibilita la consideración de los titulares de datos también como consumidores de conformidad con esta Directiva, y, por lo tanto, que una entidad habilitada conforma a la DAR pueda solicitar la cesación o, cuando proceda, la prohibición de la práctica del empresario/responsable que infrinja las disposiciones del RGPD durante el suministro de los contenidos y servicios digitales.

Así las cosas, a partir de estas ideas iniciales, comenzaré el trabajo analizando el régimen jurídico de las acciones colectivas de cesación en la DAR, y el alcance de las acciones de representación previstas en el art. 80 RGPD con el objeto de aclarar en qué medida pueden afectar por razón de la especialidad a los mecanismos procesales de la DAR, y, posteriormente, la relación de las reglas de CJI con las reglas especiales del art. 79.2 RGPD, con el fin de poder identificar el alcance material y territorial de los fueros que recoge la citada disposición, y, de este modo, determinar los foros de competencia aplicables a las medidas colectivas de cesación por infracción de la DCSD y a las medidas colectivas de cesación por infracción del RGPD. Finalmente, abordaré el estudio de los problemas de calificación que plantean las acciones colectivas de cesación, a los efectos de la aplicación material del RBI *bis* y del art. 79.2 RGPD, y la adecuación de los foros de competencia con los objetivos de la DAR, en función de que se soliciten en una sola demanda o que, junto a la pretensión de cesación, se acumulen medidas de representación resarcitorias.

16. En esta dirección se incardina el mandato que efectúa el art. 21.1.d DCSD a los Estados miembros, en relación con las acciones colectivas de cesación que tienen por objeto proteger el interés general de los consumidores, para que uno o más de los organismos mencionados en la citada disposición puedan emprender acciones ante los órganos jurisdiccionales o ante los organismos administrativos competentes para garantizar el cumplimiento de las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Como una manifestación más de la interacción en análisis, junto a las entidades públicas y privadas con interés legítimo para actuar en defensa de la protección de los consumidores, el art. 21.1.d DCSD incluye también a las entidades, organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, activas en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de los titulares de los datos, tal como se definen en el art. 80 RGPD.

II. LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828 RELATIVA A LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

1. MEDIDAS DE CESACIÓN EN INTERÉS GENERAL DE LOS CONSUMIDORES

Como ya se ha indicado, entre los elementos determinantes de la significativa interacción entre la protección al consumidor en la contratación y la protección de datos personales, destaca la adopción de la DAR para introducir mecanismos procesales que permitan el ejercicio de acciones de representación de cesación y resarcitorias frente a las conductas de empresarios infractoras de las disposiciones del Derecho de la Unión recogidas en el Anexo I, entre las que se encuentran la DCSD y el RGPD¹⁷. Concretamente, a los efectos del presente estudio, se debe reseñar que las acciones de representación de la DAR se aplican contra cualquier infracción de las disposiciones de los actos legislativos que protejan exclusivamente los intereses de los consumidores, entendiendo por estos los intereses de toda persona física que actúe con fines ajenos a su propia actividad comercial o profesión, independientemente de si se hace referencia a ellos como consumidores o como titulares de datos. En este orden de consideraciones, como punto de partida, se ha de comenzar indicando que la DAR establece una armonización de mínimos con el objetivo principal de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y a una competencia más leal, potenciar la confianza de los consumidores y crear unas condiciones equitativas para los empresarios que ejerzan su actividad en el mercado interior¹⁸, garantizando que en todos los Estados miembros

17. Partiendo de la armonización de mínimos de la Directiva 2009/22/CE (como la DAR), la STJUE de 29 de julio de 2019, as. C-40/17 *Fashion ID GmbH & Co. KG* (ECLI:EU:C:2019:629), tuvo la ocasión de declarar que en absoluto se oponía a los objetivos de dicha Directiva que, durante la vigencia de la Directiva 95/46/CE, un Estado miembro hubiera establecido en su normativa nacional la posibilidad de que una asociación de consumidores pudiese ejercitar acciones colectivas de cesación contra el presunto infractor de la protección de los datos personales. *Vid.* PERARO, C., “Legittimazione ad agire di un’associazione a tutela dei consumatori e diritto alla protezione dei dati personali a margine della sentenza Fashion ID”, *RDIPP*, núm. 4, 2019, pp. 982-999.

18. Lo que justifica que el art. 114 TFUE sea la base jurídica de la DAR, en cuanto instrumento europeo al servicio de la realización del mercado interior. En este contexto, se ha de indicar que el antecedente de la DAR se encuentra en un instrumento de *soft law*, la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DOUE L 201, de 26 de julio de 2013), que pivotaba también sobre dos ejes: el “recurso colectivo de cesación” y el “recurso colectivo de indemnización”, GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo de tutela

los consumidores dispongan, a escala de la UE y nacional (acciones nacionales y transfronterizas), de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias (cdo. 7). La DAR trata de cumplir este objetivo, de conformidad con el principio de proporcionalidad, dejando que los Estados miembros adopten o mantengan en vigor mecanismos procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores en el ámbito nacional, a condición de que uno de ellos cumpla con las exigencias establecidas en ella (art. 1.2)¹⁹. Asimismo, de conformidad con el principio de autonomía procesal, la DAR deja libertad a los Estados miembros para regular sobre cada aspecto del procedimiento en las acciones de representación, como establecer normas, por ejemplo, sobre admisibilidad, prueba o vías de recurso aplicables a dichas acciones (cdo. 12).

Con todo lo anterior, el segundo gran objetivo de la DAR es la incorporación de las acciones de representación resarcitorias, habida cuenta de que las acciones de representación de cesación ya se establecieron mediante la Directiva 98/27/CE²⁰, que generalizó la tutela por cesación

colectiva?», *CDT*, núm. 2, 2020, pp. 1290-1323, p. 1294. En relación con la Recomendación y el tratamiento general del recurso colectivo de indemnización, *vid.*, AÑOVEROS TERRADAS, B., "Consumer Collective Redress under the Brussels I Regulation Recast in the Light of the Commission's Common Principles", *JPIL*, núm. 1, 2015, pp. 143-162, pp. 145-148; CARBALLO PIÑEIRO, L., "La construcción del mercado interior y el recurso colectivo de consumidores", en *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1055-1094; "Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea, Estrasburgo, 11 de junio de 2013", *REDI*, núm. 2, 2013, pp. 395-399; GORYWODA, L., "The emerging EU legal regime for collective redress: institutional dimension and its features", en NUYTS, A., y HATZIMIHAIL, N.E. (eds.), *Cross-border class actions. The European way*, Munich, Selp, 2014, pp. 173-188; PATO, A., *Jurisdiction and cross-border collective redress. A European Private International Law Perspective*, Oxford, Hart, 2019, pp. 68-94.

19. De este modo, como bien indica GASCÓN INCHAUSTI, F., "¿Hacia un modelo europeo...?", *op. cit.*, p. 1297, en aquellos ordenamientos en que solo exista un sistema de tutela colectiva y en aquellos en que aún no exista ninguno, el impacto de la nueva normativa europea será más relevante y los estándares europeos deducibles de la Directiva se convertirán también en nacionales. En cambio, allí donde existan varios mecanismos procesales de acciones de representación, producirá una suerte de competencia entre ellas, que acabará resolviéndose a favor de aquella que sea percibida como más eficiente por los operadores jurídicos facultados para utilizarlas.
20. Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de intereses de los consumidores (DO L 166, de 11 de junio de 1998).

en todo los Estados miembros, luego actualizada y ampliada por la Directiva 2009/22/CE. En este contexto, aunque el legislador europeo no lo haga de modo explícito, se ha de reseñar que la DAR distingue dos tipos de medidas de representación colectivas: por un lado, medidas que defienden intereses generales o supraindividuales y, por otro, medidas colectivas que defienden intereses pluriindividuales homogéneos²¹. Los intereses supraindividuales son titularidad de los consumidores en general, cuya tutela demanda la protección de todo el colectivo que puede verse afectado por una actuación ilícita. Por ejemplo, en el ámbito del presente estudio, entre las situaciones que dan lugar al surgimiento de un interés supraindividual, sería el generado por la falta de información a los consumidores de todas las circunstancias relacionadas con la celebración del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales o sobre el tratamiento de datos al tiempo de la celebración de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales; conducta de la que se ven afectados los potenciales y reales consumidores con lo que pueda o haya podido contratar el empresario infractor. Así las cosas, atendiendo a las características de los intereses supraindividuales, sin ninguna duda las acciones colectivas de cesación constituyen el recurso más acorde para su protección, en la medida en que se dirigen a obtener una sentencia que condene al empresario demandado a abstenerse de realizar una determinada conducta, por ser esta una conducta ilícita, en tanto que contraria a las normas sobre protección a los consumidores y a las normas sobre protección de datos personales. En cambio, los intereses pluriindividuales homogéneos son aquellos de los que son titulares un grupo de consumidores, sea más o menos amplio y más o menos determinado o determinable, quienes hayan sufrido efectivamente daños o perjuicios en su persona o patrimonio como consecuencia de la conducta ilícita de un empresario. Atendiendo a sus características, para la defensa de los intereses pluriindividuales homogéneos, las pretensiones de reparación parecen las medidas más idóneas. Dicha división entre el interés general de los consumidores y los intereses de un grupo de consumidores afectados por la conducta del empresario infractor de la legislación europea aparece expresamente recogida en el art. 3.3 DAR, y subyace igualmente en los posibles contenidos de cada una de las modalidades de tutela, a las que el legislador europeo denomina respectivamente medidas de cesación y medidas resarcitorias. A este respecto, la DRA

21. Partiendo de esta diferenciación y con abundante doctrina al respecto, *vid.* GUIXÉ NOGUÉS, E., “Acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios: problemas de competencia”, en ARMENTA DEU, T., y PEREIRA PUIGVERT, S., (coords.) *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 171-198, pp. 171-178.

define las medidas de cesación como toda medida que tiene por objeto la protección del interés general de los consumidores independientemente de cualquier pérdida, daño o perjuicio efectivo que pueda haber sufrido un consumidor concreto (art. 3.3 y cdo. 33 DAR), y las medidas resarcitorias, como toda medida que obligue al empresario a proporcionar soluciones contractuales o extracontractuales a los consumidores afectados, como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional (arts. 3.10 y 9.1 DAR).

En lo que concierne a las medidas de cesación, el legislador europeo distingue entre medidas definitivas de cesación formuladas en un proceso de declaración, y medidas provisionales de cesación solicitadas con anterioridad o durante la pendencia del proceso declarativo [art. 8.1.a) y b) DAR]. El objeto de estas medidas es hacer cesar o, cuando proceda, prohibir las prácticas de empresarios que se consideren constitutivas de alguna infracción de las disposiciones de las disposiciones de la Unión, incluidas las disposiciones de transposición al Derecho interno de aquellas, recogidas en el Anexo I de la DAR, entre las cuales se encuentran, como ya se ha señalado, las que interesan al presente estudio. Ahora bien, en línea igualmente con lo previsto en la Directiva 2009/22/CE, las medidas de cesación comprenden no solo las acciones de cesación en sentido estricto, en cuanto acciones dirigidas a poner fin una práctica en curso y que ya han causado un daño, sino también las acciones inhibitorias, dirigidas a impedir la puesta en curso de una práctica que aún no ha causado un daño, pero existen indicios razonables que puede causarlo, o, en relación con las infracciones que hayan cesado antes de que se haya ejercitado la acción de cesación, dirigidas a prohibir su repetición, siempre que concurren indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato (art. 2.1 *in fine* y cdo. 20 DAR). Asimismo, en la medida en que, como presupuesto previo y necesario, las acciones de cesación requieren implícitamente del ejercicio de pretensiones de contenido declarativo, las entidades habilitadas podrán solicitar también, como parte de las pretensiones en las medidas definitivas de cesación, la declaración de la existencia de infracción [art. 8.2. a) y cdo. 40 DAR], y la imposición de obligaciones de hacer al empresario, como por ejemplo proporcionar a los consumidores la información previamente omitida en contravención de alguna obligación legal (cdo. 33).

Por otra parte, el enfoque del control abstracto y preventivo de la acción de cesación queda patente en las prohibiciones que el art. 8.3 DAR impone a las legislaciones nacionales de transposición de la Directiva, poniendo

de relieve las diferencias con las medidas resarcitorias, habida cuenta de que las medidas de cesación no se dirigen a enjuiciar de forma individualizada los daños o perjuicios sufridos por un grupo de consumidores en su persona o patrimonio como consecuencia de la conducta ilícita de un empresario sino la ilicitud de dicha conducta. Por ello, la acción de cesación no está sometida a la obligación de comunicación o publicación previa a su ejercicio, ni exige a los consumidores afectados a manifestar su voluntad de estar representado por dicha acción; ni tampoco a que la estimación de la medida de cesación quede supeditada a la prueba por parte de la entidad habilitada de pérdidas, daños o perjuicios reales por parte de los consumidores individuales que se vean afectados por la conducta ilícita del empresario, o a la prueba de dolo o negligencia del empresario. Por lo demás, en línea con la Directiva 2009/22/CE, la DAR prevé la posibilidad de solicitar medidas accesorias para garantizar la eficacia de la medida principal, como la obligación del empresario que haya cometido la infracción de publicar total o parcialmente la resolución estimatoria, en la forma que este considere conveniente, o de publicar una declaración de rectificación [art. 8.2. a) Directiva 2020/1828/UE], o la posibilidad del establecimiento de multas coercitivas para reforzar la efectividad de este tipo de acciones en caso de incumplimiento de la infracción declarada tras la notificación de la resolución estimatoria (art. 19), e igualmente contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan introducir disposiciones en el Derecho nacional o mantener disposiciones de Derecho nacional por las que solo se permita a una entidad habilitada solicitar una medida definitiva de cesación previa consulta al empresario de que se trate, con el fin de que tenga la oportunidad de poner fin a la infracción que sería objeto de la acción de representación. En su defecto, si el empresario no cesa la infracción en un plazo de dos semanas desde la fecha de recepción de una solicitud de consulta, la entidad habilitada podrá ejercitar de inmediato la acción de representación para solicitar una medida de cesación (art. 5.8). Por último, como novedad frente al régimen anterior, el art. 15 DAR permite que las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro, que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores, puedan ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba.

Finalmente, debe destacarse que, aunque las acciones de cesación y las acciones resarcitorias son distintas, porque distintas son también las

tutelas que prestan, sin embargo, pueden ser complementarias²², es decir, no tienen por qué ejercitarse en procesos colectivos separados o consecutivos. Por ello, a fin de garantizar la eficacia procesal de las acciones de representación, cuando resulte preciso, la DAR obliga a los Estados miembros a permitir que las entidades habilitadas puedan acumular las medidas de cesación y las medidas resarcitorias en un solo proceso, y que dichas medidas se acuerden en una misma decisión (art. 7.5 DAR y cdo. 35). Ahora bien, a nadie escapa que, cuando a la condena a cesar en una conducta prohibida, se acumula la pretensión de reparación de los daños causados a la pluralidad de consumidores como consecuencia de la realización de la conducta ilícita, la posibilidad de una reparación o indemnización al consumidor afectado transforma los caracteres de la acción colectiva de cesación, pues, aunque la declaración de ilicitud mantiene un carácter claramente colectivo, hace surgir en cada consumidor afectado un derecho de carácter estrictamente individual a la reparación del daño causado que es objeto de un tratamiento colectivizado como consecuencia de acumular a la pretensión de cesación la de reparación del daño²³. Como se verá más adelante, a nivel de DIPr, la acumulación objetiva de acciones colectivas resulta significativa a efectos de la calificación de la acción colectiva de cesación, en la medida en que, en estos casos, la acción de cesación deja de tener por objeto la tutela del interés general de los consumidores, para pasar a proteger los intereses del grupo de consumidores afectados.

2. MEDIDAS DE CESACIÓN NACIONALES Y TRANSFRONTERIZAS. LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES HABILITADAS

La DAR parte del criterio del Estado del Estado miembro en que se ejercite la acción para introducir la distinción entre acciones de representación resarcitorias nacionales y acciones de representación resarcitorias transfronterizas. La DAR define como acción de representación transfronteriza aquella que se ejercita por una entidad habilitada en un Estado miembro distinto de aquel en el que haya sido designada (art. 3.7). A diferencia de la acción de representación nacional, a la que define como la que ejercita una entidad habilitada en el Estado miembro en el que haya sido designada (art. 3.6), y ello a pesar, como explicita el cdo. 23, de que se dirija frente a un empresario domiciliado en otro Estado miembro o que mediante dicha acción se represente a consumidores de varios Estados

22. Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “¿Hacia un modelo europeo...”, *op. cit.*, p. 1312.

23. Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas”, en ARMENTA DEU, T., y PEREIRA PUIGVERT, S. (coords.), *Acciones colectivas...*, *op. cit.*, pp. 61-91, p. 86.

miembros. En puridad, dicha distinción está sutilmente predeterminada por el objetivo perseguido por el legislador europeo de garantizar el cumplimiento por los empresarios de la legislación europea en materia de protección al consumidor y el acceso de los consumidores a la justicia en los litigios transfronterizos. Precisamente, estos objetivos explican que el tratamiento de las acciones de representación transfronterizas sea más riguroso en la DAR²⁴, habida cuenta de que, en contraste con las acciones de representación nacionales, posibilitan, de conformidad con las correspondientes normas de competencia judicial internacional, que las entidades habilitadas de distintos Estados miembros puedan unir sus fuerzas en una única acción de representación solicitando medidas de cesación o medidas resarcitorias contra un mismo empresario ante un único foro (cdo. 31 y 35).

Con todo lo anterior, la DAR reserva la legitimación para el ejercicio de las acciones de representación exclusivamente a organismos públicos y organizaciones privadas encargadas de la protección de los consumidores, por lo que se aparta del modelo de las *class actions*, en el que un consumidor afectado está legitimado para ejercitar la acción colectiva en representación del resto de afectados. A las entidades que reciban la correspondiente habilitación por cumplir los requisitos previstos en el art. 4.3, la DAR reconoce una "legitimación extraordinaria", en tanto en cuanto se concede a personas distintas de los titulares de la relación jurídica o

24. Esta consideración tiene su reflejo en los requisitos de habilitación para poder interponer acciones de representación transfronterizas y nacionales. En el caso de las acciones de representación nacionales, las entidades tendrán que cumplir los criterios establecidos por la legislación nacional salvo que los legisladores nacionales decidan extender los criterios del art. 4.3 (arts. 4.4, 4.5 y cdo. 26 DAR). En cambio, para poder interponer acciones de representación transfronterizas, las entidades tendrán que cumplir los mismos requisitos en toda la Unión. A este respecto el art. 4.3 DAR exige que deben ser personas jurídicas sin ánimo de lucro debidamente constituidas con arreglo al Derecho nacional del Estado miembro de su designación, que han de demostrar un grado determinado de permanencia y actividad pública, y que tengan un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores. Además, las entidades habilitadas no pueden estar incursas en procedimientos de insolvencia ni estar declaradas insolventes, y deben ser independientes y no estar influidas por personas, distintas de los consumidores, que tengan un interés económico en el ejercicio de una acción de representación, en particular por empresarios o fondos de inversión especulativos, también en un supuesto de financiación por terceros. De este modo, los Estados miembros deberán publicar la lista de entidades que reciban la correspondiente habilitación por cumplir los anteriores requisitos, y notificarla a la Comisión, que compilará y publicará una lista de todas las entidades habilitadas en los Estados miembros. Por otra parte, la DAC permite a los Estados miembro poder designar a una entidad como entidad habilitada *ad hoc*, a los efectos de una determinada acción nacional, pero no para ejercitar acciones de representación transfronterizas (art. 4.6 y cdo. 28).

del objeto litigioso, que es el fundamento ordinario de la legitimación. En este caso, la posición habilitante para formular la pretensión no es la afirmación de la titularidad de la relación jurídica material, sino una autorización legal para ejercitar acciones colectivas en defensa de los intereses colectivos de los consumidores o de un grupo de consumidores, sin la necesidad de un mandato por parte de estos²⁵. La legitimación de la actora es una legitimación extraordinaria *ex lege*, no por ser titular de la relación jurídica o del objeto litigioso, sino en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, atribuyendo la ley a una entidad pública o privada la representación institucional del conjunto²⁶. Esta legitimación se encuentra supeditada, en el momento de la presentación de la demanda, al cumplimiento de los requisitos específicos para ser parte en el proceso (*legitimatío ad processum*)²⁷ y la acreditación del interés legítimo en relación con la pretensión (*legitimatío ad caussam*)²⁸. En DIPr, el primer aspecto queda sometido a la *lex fori* y el segundo a la *lex causae*, si bien es importante reseñar que, para garantizar la interposición de la acción colectiva de cesación (y de reparación), en línea igualmente con lo prevista en la Directiva 2009/22/CE, el art. 6.3 DAR recurre al reconocimiento mutuo de las

25. *Vid.*, a este respecto, la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088) FJ 66.
26. *Vid.*, a este respecto, la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) n.º 139/2013, de 22 de marzo, FJ 3 (AC 2013, 1616) FJ 3.
27. En España, por ejemplo, el requisito específico de inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación del art. 54 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDU), por parte de asociaciones de consumidores de ámbito estatal y que desarrollen funciones en más de una Comunidad Autónoma. Como ha señalado la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), FJ 66: “El primer apartado del artículo 24.1 TRLCU dispone que ‘[l]as asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios’. Esta regla ha de interpretarse, sistemáticamente, en relación con el artículo 23.1 TRLCU, a cuyo tenor ‘[s]on asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo [...]’, y con el primer apartado del artículo 33.1 TRLCU, según el cual ‘[l]as asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquellas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo’”.
28. Por ejemplo, la incidencia sobre la legitimación del ámbito geográfico de las asociaciones de consumidores. *Vid.*, a este respecto, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones de cesación”, en REBOLLO PUIG, M., e ÍZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 891-967, pp. 934-938.

entidades habilitadas que figuren en la lista elaborada por la Comisión²⁹, obligando a las autoridades judiciales o administrativas a aceptar dicha lista como prueba de la capacidad procesal de la entidad habilitada, sin perjuicio del derecho del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa a examinar si la finalidad de la entidad habilitada justifica que ejercite acciones en un caso concreto³⁰. Quiere esto decir, por tanto, que la autoridad judicial o administrativa que conozca de la acción deberá examinar si la finalidad de la entidad y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción de acuerdo con la ley aplicable al fondo, incluidas las normas materiales imperativas.

Precisamente, la DAR destaca por tratar de superar el problema que subyace en el examen de la finalidad de las entidades habilitadas para justificar el ejercicio de las acciones de representación, cuando la finalidad estatutaria demuestra que la entidad habilitada solo tiene un interés legítimo y directo en proteger los intereses de los consumidores del

29. El reconocimiento mutuo de las entidades habilitadas fue concebido para mitigar los obstáculos asociados a la disparidad de criterios que existía en las legislaciones de los Estados miembros entre la ley aplicable al fondo de la acción y la ley del foro rectora del proceso. En determinados Estados miembros, la incidencia de la *lex fori* conducía a reservar el *locus standi* exclusivamente a entidades nacionales [en Francia, Bélgica y Luxemburgo, a las organizaciones nacionales autorizadas; en el Reino Unido e Irlanda, a organismos públicos (*Office of Fair Trading*)]. En otros, en cambio, la falta de legitimación de las entidades extranjeras se debía a un problema de fondo, como en Alemania, al regular su admisibilidad a través de normas unilaterales. Dicha disparidad suponía un obstáculo para el ejercicio de acciones de cesación transfronterizas, en la medida en que, en unos casos, las entidades autorizadas por la *lex fori* carecían de legitimación material para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores de otros Estado miembro, y, en otros, las entidades con legitimación material carecían de capacidad para ser parte en el foro. *Vid.*, a este respecto, FALLON, M., "Le droit communautaire au secours de l'action collective transfrontière", en STAUDER, B. (Dir.), *Les actions collectives transfrontières des organisations de consommateurs. Droit international et droit du marché intérieur*, Zurich, Schulthess, 1997, pp. 229-257, p. 235; FERNÁNDEZ MASIÁ, E., "Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea", *Estudios sobre Consumo*, núm. 56, 2001, pp. 9-25, p. 20; JIMÉNEZ BLANCO, P., "El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas", *La Ley*, n.º 5709, de 31 de enero de 2003, pp. 1-6, p. 4; "Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 119-146, p. 126; NIBOYET, M.-L., "L'harmonisation européenne en matière d'actions en cessation transfrontières", *Gazette du Palais*, núm. 2, 2000, pp. 15-26, p. 16; PATO, A., *Jurisdiction and cross-border...*, *op. cit.*, pp. 150-153; PAREDES PÉREZ, J.I., "Cooperación entre autoridades y medidas frente a las prácticas comerciales transfronterizas contrarias a los intereses colectivos de los consumidores", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 272-263, pp. 246-249; ROTT, P., "The protection of consumers' interests after the implementation of the EC Injunctions Directive into German and English Law", *Journal of Consumer Policy*, vol. 24, núm. 3-4, 2001, pp. 401-442, pp. 420-421.
30. *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., "¿Hacia un modelo europeo...", *op. cit.*, p. 1303.

Estado miembro en el que haya sido designada, careciendo por ello de interés legítimo para representar a consumidores de otros Estados miembros³¹. La DAR parece decidida a superar esta exigencia en el art. 4.2 al referirse a la posible designación de organizaciones de consumidores que representen a miembros de más de un Estado miembro³². Si bien la citada disposición emplea el sustantivo “miembro” sin definirlo, no quedando claro si hace referencia solamente a organizaciones de consumidores de alcance nacional cuya finalidad estatutaria acredite un interés legítimo en proteger los intereses colectivos de los consumidores de más de un Estado miembro o puede incluirse también a organizaciones de consumidores supranacionales o paneuropeas.

3. RELACIÓN DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828 CON LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DEL REGLAMENTO (UE) 2016/679

El art. 2.3 DAR aclara también que los mecanismos procesales para las acciones de representación de cesación (y resarcitorias) no han de afectar

31. La exigencia de la acreditación de la existencia de un vínculo entre la nacionalidad de la entidad pública o privada, que pretende demandar, y la del mercado afectado a cuyos consumidores defiende, supone un obstáculo tratándose de infracciones transfronterizas a gran escala europea, en la medida en que conduce a una fragmentación de la protección de los intereses colectivos por Estados afectados, y, por tanto, a un mosaico de demandas; esto es, tantas acciones colectivas de cesación como países cuyos consumidores puedan resultar afectados por la misma práctica comercial.
32. Es importante recordar aquí que, para mejorar la eficacia de las acciones de cesación frente a este tipo de infracciones transfronterizas, entre las muchas novedades, el art. 5.2 Reglamento 2017/2394, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores (DO L 345, de 27 de diciembre de 2017), confiere a la autoridad competente requerida, y a los organismos designados en dicho Estado miembro, un *locus standi* para actuar en defensa de los consumidores de los demás Estados miembros afectados por la infracción, como si actuara en nombre de los consumidores de su propio Estado miembro. Dicha legitimación queda condicionada, en el ámbito del Reglamento 2017/2294, a que el organismo designado sea una entidad pública o privada que figure en la lista elaborada por la Comisión, y publicada en el DOUE, a partir de la información que los Estados miembros están obligados a facilitar y actualizar (art. 8 Reglamento 2017/2394). En cuyo caso, el ejercicio de una acción colectiva de cesación en el marco del Reglamento 2017/2394 permite llegar al mismo resultado que en el sistema de la DAR, permitiendo que una entidad pública o privada, que figure en la lista elaborada por la Comisión, tenga legitimación material para el ejercicio de una acción colectiva de cesación en defensa del interés general de consumidores de otros Estados miembros. *Vid.*, a este respecto, PAREDES PÉREZ, J.I., “Cooperación entre autoridades...”, *op. cit.*, pp. 248-249.

a los mecanismos previstos en otros actos legislativos de la Unión que establecen soluciones contractuales o extracontractuales a las que pueden acogerse los consumidores frente a la conducta infractora del empresario. Se trata de una consideración de especial importancia por cuanto, como ya se ha indicado, el art. 80 RGPD encomienda a los Estados miembros a que, a través de las medidas articuladas en sus legislaciones, las entidades, organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, activas en el ámbito de la protección de los titulares de datos, puedan emprender acciones de representación para los casos en que el tratamiento de datos afecta a un grupo de interesados. Con carácter preliminar conviene comenzar resaltando que esta disposición demuestra que la protección de datos personales y la protección de los consumidores, aunque compartan objetivos comunes, son esferas que responden a intereses distintos, lo que explica que las acciones y vías judiciales previstas discurren por caminos diferentes³³. A mayor abundamiento, ello se debe a la falta de una estricta correlación entre la figura del titular de datos o interesado con la de consumidor, en la medida en que el RGPD cubre también situaciones distintas a las estrictamente de consumo. Ahora bien, no es menos cierto que en situaciones como las del presente estudio, en las que concurre la reseñada concordancia entre ambas figuras, la previsión del art. 80 RGP da lugar a que, en este mismo ámbito de defensa de intereses colectivos, coexistan dos mecanismos de recursos colectivos: las acciones de representación de la DAR y las acciones de representación del art. 80 RGPD³⁴. Ante este escenario resulta conveniente detenerse a examinar el alcance de las acciones del art. 80 RGPD, cuanto menos para determinar en qué medida pueden afectar por razón de la especialidad el sistema de protección colectiva de la DAR³⁵. Ilustrativa sobre este particular es la petición de decisión prejudicial planteada al TJUE en el asunto *Verbraucherzentrale Bundesverband c. Facebook* (As. C-319/20), al hilo de una acción colectiva de cesación ejercitada por una asociación de consumidores alemana en contra de Facebook por varias infracciones del RGPD. En esencia, la demandante solicita que

33. Cfr. GARCÍA PÉREZ, R.M., "Bases jurídicas relevantes...", *op. cit.*, p. 877.

34. En relación con la interacción entre estas dos esferas en el ámbito de los recursos colectivos, *vid.* JANČIŪTĖ, L., "Data protection and the construction of collective redress in Europe: exploring challenges and opportunities", *IDPL*, núm. 1, 2019, pp. 2-14.

35. Sobre los aspectos procesales de las acciones de representación del RGPD y un estudio comparado de las medidas legislativas adoptadas en Francia, Bélgica, España y Alemania para cumplir con las exigencias del art. 80 RGPD, *vid.* PATO, A., "The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights in the EU", en CADIET, L., HESS, B., y REQUEJO ISIDRO, M. (eds.), *Privatizing Dispute Resolution, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*, vol. 2019, pp. 131-154, pp. 131-144.

se condene a la demandada a cesar en las prácticas consideradas desleales frente a los consumidores con residencia habitual en la República Federal de Alemania, en particular, las cláusulas relativas al acceso gratuito a determinados juegos, por incumplir las obligaciones de información para la obtención del consentimiento válido del usuario en materia de protección de datos. La demandante presentó la demanda desvinculada de toda vulneración concreta de los derechos en materia de protección de datos de una persona afectada y sin que medie mandato de tal persona. El Tribunal Regional de lo Civil y Penal condenó a Facebook conforme a las pretensiones de la demanda. El recurso de apelación de la demandada no prosperó y Facebook interpuso recurso de casación, reiterando en su pretensión de desestimación de la demanda. Así las cosas, puesto que para que prosperase el recurso de casación, era necesario aclarar si el Tribunal de Apelación incurrió en error de Derecho al declarar admisible la demanda, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán elevó al TJUE la siguiente cuestión:

“¿Se oponen las disposiciones del capítulo VIII, en particular los artículos 80, apartados 1 y 2, y 84, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679, a una normativa nacional que (junto a las facultades de intervención de las autoridades de control competentes para la supervisión y ejecución del Reglamento, y de la tutela judicial a favor de los interesados), en caso de infracción del Reglamento (UE) 2016/679, concede, por un lado, a los competidores y, por otro, a las asociaciones, instituciones y cámaras autorizadas por la legislación nacional la facultad de actuar contra el infractor con independencia de la vulneración de derechos concretos de interesados individuales y sin que medie mandato de un interesado, presentando una demanda ante los tribunales de lo civil en la que se invoque el incumplimiento de la prohibición de prácticas comerciales desleales, una infracción de la legislación de protección de los consumidores o el incumplimiento de la prohibición de uso de condiciones generales de contratación inválidas?”.

Hecha esta breve aclaración de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial, aun por resolver, en la que se pregunta si el art. 80 RGDPR permite o no las acciones de cesación que tienen como objeto proteger el interés general de los interesados, ha de comenzarse indicando que el art. 80.1 RGDPR establece, sin mayor concreción, la obligación de los Estados miembros a garantizar el derecho de los interesados a poder dar mandato a una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro para que ejerza en su nombre, ante los tribunales del orden civil, una acción de representación con el fin de solicitar los remedios previstos en el Reglamento (supresión, limitación, oposición, etc.) frente a un tratamiento ilícito (incluido también el derecho de indemnización *ex art. 82*). Por su parte, el art. 80.2 RGDPR deja en manos de los Estados miembros

la posibilidad de que, con independencia del mandato de los interesados afectados, una entidad, organización o asociación sin ánimo de lucro pueda también ejercitar ante los tribunales de orden civil, cuando así lo hayan previsto, una acción colectiva para solicitar, salvo el derecho de indemnización *ex art. 82*, los remedios que, en virtud del RGPD, pueden acogerse los interesados afectados cuando sus derechos han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales.

Con todo lo anterior, resulta evidente que las acciones de representación del art. 80.1 RGPD se separan de las acciones colectivas de la DAR³⁶. En lo que atañe a las acciones de representación del art. 80.1 RGPD, al necesitar del mandato de los interesados para su ejercicio, la entidad sin ánimo de lucro recibe una legitimación por representación, similar a la que reconoce la *action en représentation conjointe* francesa, en contraposición con la legitimación extraordinaria o indirecta que la DAR atribuye a las entidades habilitadas³⁷. Por otra parte, las acciones del art. 80.1 RGPD no tienen por objeto proteger intereses generales, como las medidas de cesación de la DAR³⁸, y, además, en contraste con las acciones de representación resarcitorias de la DAR, la única medida resarcitoria que contemplan es la eventual indemnización, y solamente en el caso de que lo prevea la legislación nacional aplicable. Análogamente, las acciones de representación del art. 80.2 RGPD, atribuyen, como las acciones de la DAR, una legitimación extraordinaria a las entidades representativas, pero difieren de las medidas de representación de la DAR en que no tienen por objeto la tutela del interés general de los interesados para obtener una cesación fundada en la infracción de normas del RGPD, sino solamente hacer efectivas las medidas previstas en dicho Reglamento, en interés y en nombre de los interesados afectados por la infracción. Asimismo, difieren de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias de la DAR, puesto que, entre las medidas que se pueden solicitar al amparo de las acciones de representación del art. 80.2 RGPD, no se encuentra la acción de indemnización prevista en el art. 82 RGPD. En consecuencia, a la pregunta planteada al comienzo, ha de responderse señalando que, lejos de solapar, las acciones de representación de la DAR complementan a las acciones colectivas del art. 80 RGPD, habida cuenta de que

36. *Vid.*, en este mismo sentido, poniendo en relación las acciones del art. 80 RGPD con los recursos colectivos de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M., "La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el reglamento (UE) 2016/679", *La Ley Mercantil*, núm. 42, 2017, p. 7.

37. *Vid.*, a este respecto, PATO, A., "The Collective Private...", *op. cit.*, pp. 135-136; REQUEJO ISIDRO, M., "La aplicación privada...", *loc. cit.*, p. 6.

38. *Cfr.* PATO, A., "The Collective Private...", *op. cit.*, p. 135.

permiten la solicitud de medidas excluidas de esta disposición³⁹, como la cesación de las conductas infractoras del empresario/responsable, o al menos las garantizan, como la reclamación de una indemnización *ex art.* 82 RGPD. En virtud de ello, volviendo a la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Verbraucherzentrale Bundesverband c. Facebook* (As. C-319/20), cabe concluir señalando que no hay motivos para entender que el art. 80 RGPD sea un obstáculo para que una asociación de consumidores pueda ejercitar una acción colectiva de cesación por infracción de la legislación de datos⁴⁰, máxime cuando en el sistema de la Directiva 2009/22/CE y de la anterior Directiva 95/46⁴¹, el TJUE ya tuvo la ocasión de declarar que, si bien es cierto que la Directiva 95/46 no se encuentra entre los actos enumerados en el anexo I de la Directiva 2009/22, no es menos cierto que, según el art. 7 de esta última Directiva, no llevó a cabo una armonización exhaustiva a este respecto, llevándole, de este modo, a declarar que los antiguos arts. 22 a 24 Directiva 95/46 (recursos judiciales) debían interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permita a las asociaciones de defensa de los intereses de los consumidores ejercitar acciones judiciales contra el presunto infractor de la protección de los datos personales⁴².

39. Posición no compartida por PATO, A., y RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Acciones colectivas para la protección transfronteriza de datos personales”, *IJPL*, 2021 (en prensa), tras considerar que la acción de representación resarcitoria de la DAR basada en el art. 82 RGPD se solapa con el modelo de acción colectiva del art. 80.1 RGPD. De no ser así, señalan las autoras reseñadas, de aceptar que una entidad habilitada por la DAR pueda reclamar una indemnización basada en el art. 82 RGPD al amparo de la acción de representación resarcitoria de la DAR, las entidades habilitadas de la DAR tendrían más derechos que las propias entidades de la RGPD, lo que sería una incoherencia insostenible.
40. A este respecto, PATO, A., y RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Acciones colectivas para la protección...”, *loc. cit.* (en prensa), al examinar la compatibilidad de las medidas de representación de la DAR y las del art. 80 RGPD, señalan de forma acertada que los recursos que no siguen el modelo previsto en la última disposición, como las medidas colectivas de cesación, seguirán su curso en paralelo, conforme al régimen de la DAR. Por lo que, en caso de que el TJUE excluyera las acciones que protegen el interés general del ámbito de aplicación del RGPD, lo razonable es que tipo de acciones puedan interponerse en el marco de la DAR. Una interpretación opuesta, que consistiría en entender que el art. 80 RGPD establece un régimen normativo exclusivo para la representación de los interesados en materia de protección de datos, restringiría severamente el acceso a la justicia, pues se impediría completamente la interposición de acciones como las que llevó la asociación de consumidores alemana en el asunto *Verbraucherzentrale Bundesverband c. Facebook* (as. C-319/20).
41. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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 281, de 23 de noviembre de 1995).
42. STJUE, as. C-40/17 *Fashion ID GmbH & Co. KG cit. supra* nota 17, apdos. 43 a 63.

III. INTERACCIÓN DE LAS MEDIDAS DE CESACIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828 CON LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE ORIGEN EUROPEO

Una vez constatado que las entidades habilitadas pueden recurrir a las acciones de representación de la DAR con el objeto de interponer una medida de cesación o una medida resarcitoria por la ilicitud de un tratamiento de datos durante el suministro de los contenidos o los servicios digitales, resulta necesario identificar los tribunales competentes en los litigios transfronterizos para conocer de este tipo de acciones. Como punto de partida conviene comenzar señalando que la DAR no contiene normas de DIPr, como se encarga de explicitar el art. 2.3, al indicar que la presente Directiva se entiende sin perjuicio de las normas de la Unión relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. En el estado actual del DIPr europeo, la determinación de qué tribunales tienen CJI para conocer de las acciones colectivas en análisis reviste una especial dificultad por la deficiente o defectuosa técnica jurídica que emplea el legislador europeo. Esto se debe, por un lado, a que se limita a incorporar en el art. 79.2 RGPD reglas específicas que regulan la CJI sin incluir, como hacen otros actos legislativos europeos, precisiones adicionales referidas a la relación de sus foros con los que recogen las reglas generales de CJI del RBI *bis*⁴³, las cuales, en la medida en que quedan comprendidos en la noción de materia civil y mercantil, resultan igualmente aplicables a los litigios objeto de estudio. Dicho lo cual, la determinación de la CJI puede resultar controvertida en los casos en los que el supuesto entre en el ámbito de aplicación de ambos textos⁴⁴. Además, a lo anterior hay que añadir la deficiente técnica legislativa del legislador, al limitarse a establecer los foros de competencia en el art. 79.2 RGPD sin precisar el alcance de la competencia que atribuyen a los tribunales designados:

43. Sobre la relación entre las reglas del RBI *bis* y los foros de competencia del art. 79.2 RGPD, *vid.*, en esta misma obra, RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Acciones de indemnización por vulneración de la protección de datos”, y TORRALBA MENDIOLA, E., “Aspectos internacionales de la protección de datos en los procedimientos de insolvencia: la posición del administrador del concurso”.

44. Teniendo en cuenta que las soluciones del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007 (DO L 339, de 21 de diciembre de 2007) y en la LOPJ, son sustancialmente coincidentes con las establecidas en el RBI *bis* en materia de responsabilidad extracontractual, las consideraciones realizadas en el presente estudio, valdrán igualmente para el caso de que el responsable demandado tenga su domicilio en Noruega, Suiza o Islandia (Convenio de Lugano) o en un tercer Estado (LOPJ).

“Las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos”.

Esta eventual laguna no puede considerarse secundaria, dado que plantea significativos problemas de interpretación en relación con la aplicación o no del art. 79.2 RGPD a las acciones colectivas objeto de estudio, y, en el caso de que reciban aplicación, en relación con la competencia que atribuye⁴⁵. En este orden de cuestiones, en lo que concierne a la falta de previsión del legislador europeo respecto de la relación de las reglas específicas del art. 79.2 RGPD con las reglas generales del RBI *bis*, las posiciones doctrinales se han polarizado de forma principal en dos grupos de opiniones. La primera de ellas descarta la aplicación de las reglas enunciadas en el RBI *bis* a los litigios internacionales en materia de protección de datos para evitar que entren en conflicto con los objetivos de la *lex specialis*, asegurando así un equilibrio entre la tutela judicial efectiva, que podría quedar afectada por la multiplicidad de foros, y la libre circulación de datos personales⁴⁶. Esta concepción centrada exclusivamente en las reglas específicas del RGPD permite abrir la puerta a una interpretación del art. 79.2 RGPD en clave de foro de protección de la parte débil permitiendo al interesado que ejerza sus acciones procesales, con independencia de la naturaleza extracontractual (*favor laesi*) o contractual, o bien ante los tribunales del Estado miembro donde tiene su residencia habitual (*forum actoris*), o bien, en su caso, ante los tribunales del Estado miembro de establecimiento del responsable, atribuyendo a los tribunales designados una competencia universal sobre el conjunto del daño que haya podido

45. Antes de abordar el problema de la integración de esta laguna, resulta necesario aclarar previamente, que la cuestión relativa al alcance territorial de la competencia en el art. 79.2 RGPD se ha de separar de la cuestión relativa a la esfera espacial de aplicación de la disposición. Para concretar el alcance de esta idea, se ha de indicar que el ámbito de aplicación espacial del art. 79.2 RGPD es común al del resto de las disposiciones de dicho Reglamento, en los términos que establecen, como ya se ha visto, los criterios de aplicación que recoge el art. 3. Hecha esta precisión, el problema es que el art. 79.2 RGPD no dice nada en relación con las acciones que entran en la esfera de competencia de los tribunales del Estado miembro al que remiten sus foros (alcance material de la competencia), ni tampoco respecto a si esa competencia queda limitada o no al daño sufrido en el territorio de ese Estado (alcance territorial de la competencia).

46. Vid. REQUEJO ISIDRO, M., “La aplicación privada...”, *loc. cit.*, pp. 9-11; KOHLER, C., “Conflict of law issues in the 2016 data protection regulation of the European Union”, *RDIPP*, núm. 3, 2016, pp. 653-675, p. 669.

causar el tratamiento por el demandado. Al margen de otras consideraciones, el problema de esta interpretación es que atribuye a estos foros de competencia el carácter *intuitu personae*, por lo que, de forma parecida a la Sección 4.^a RBI *bis*, dejaría a las acciones colectivas objeto de estudio, como las basadas en el derecho de compensación del art. 82 RGPD, fuera del alcance del art. 79.2 RGPD, y paradójicamente a tener que buscar en las reglas generales del RBI *bis* los foros de competencia eventualmente aplicables a ellas.

En contraste con esta interpretación, partiendo de la *ratio* del RGPD favorable a una protección amplia del interesado, y en el tenor flexible de su cdo. 147⁴⁷ que sigue la línea del art. 67 RBI *bis*, un importante sector de la doctrina es partidario de la aplicación cumulativa de los foros de competencia del RBI *bis*, pero a condición de que no puedan producir el efecto útil del art. 79.2 RGPD⁴⁸. A este respecto, al no establecer expresamente restricciones, se ha considerado que los foros de competencia del art. 79.2 RGPD resultan operativos para cualquier tipo de acción fundada en una infracción del RGPD, sea individual o colectiva⁴⁹, de carácter contractual o extracontractual, atribuyendo a los tribunales designados una competencia universal sobre el conjunto del daño que haya podido causar el tratamiento por el demandado⁵⁰. Así, junto a los fueros previstos en el art. 79.2 RGPD, los interesados tendrían también a su disposición el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*), el foro especial en materia

47. Cdo. 147 RGPD: “En los casos en que el presente Reglamento contiene normas específicas sobre competencia judicial, en particular por lo que respecta a las acciones que tratan de obtener satisfacción por la vía judicial, incluida la indemnización, contra un responsable o encargado del tratamiento, las normas generales de competencia judicial como las establecidas en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (1) deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de dichas normas específicas”.

48. Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea”, *REDI*, núm. 1, 2017, pp. 75-108, pp. 99-100; MARONGIU BUONAIUTI, F., “La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento Bruxelles i-bis”, *CDT*, núm. 2, 2017, pp. 448-464, p. 451; PATO, A., y RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Acciones colectivas para la protección...”, *loc cit.* (en prensa).

49. Debe señalarse que no faltan autores que recurren a la redacción del art. 79.2 RGPD dando relevancia jurídica al empleo del sustantivo “interesado” en singular para interpretar que sus foros de competencia resultan aplicables solo a acciones individuales, quedando fuera de su alcance las acciones colectivas resarcitorias, *vid.* CARAROSA, F., “Transnational collective actions for cross-border data protection violations”, *Internet Policy Review*, núm. 3, 2020, pp. 1-14, p. 5, sin caer en la cuenta de que es una fórmula de estilo que utiliza hasta el propio art. 80 RGPD cuando regula las acciones colectivas.

50. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Competencia y Derecho aplicable...”, *loc. cit.*, p. 100.

contractual (art. 7.1 RBI *bis*), cuando se trate del ejercicio de acciones por parte del interesado frente al responsable o el encargado con quien esté vinculado por un contrato, el foro especial en extracontractual (art. 7.2 RBI *bis*), para hacer valer el derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción del RGPD, y los foros por conexidad procesal a los procedimientos resultantes de las acciones a las que se refiere el art. 79.2 RGPD, como el foro reconvencional o el foro de la pluralidad de demandados en supuestos de pluralidad de responsables o pluralidad de encargados (art. 8 RBI *bis*). Por el contrario, con el propósito de no desvirtuar el objetivo de protección del interesado que inspiran las reglas de competencia del RGPD, en la doctrina se ha sostenido la conveniencia de restringir la eficacia de los acuerdos de atribución de jurisdicción (art. 25 RBI *bis*) para evitar que el interesado se vea privado de la opción de ejercitar la demanda ante los tribunales de los Estados miembros designados por el art. 79.2 RGPD, entre ellas la posibilidad de demandar ante los tribunales de su residencia habitual⁵¹.

A la luz de todo lo indicado, en la medida en que el RGPD no contiene precisiones adicionales que prohíban la aplicación de las reglas de competencia del RBI *bis*, se ha de subrayar el acierto de los autores que, siguiendo el espíritu del considerando 147 RBI *bis*, consideran que, desde la perspectiva del ejercicio de acciones por parte de los interesados, el art. 79.2 RGPD complementa los fueros disponibles en virtud del RBI *bis* y requiere que estos se interpreten de modo que no priven de efecto útil al art. 79.2. Lógicamente esto llevaría a descartar la solución contraria favorable a una interpretación restrictiva, que aboga por la aplicación en exclusiva de los foros del art. 79.2 RGPD. El problema de esta segunda posición es que no concurren los presupuestos que justificarían el desplazamiento de las reglas generales del RBI *bis* por un principio de especialidad normativa. Para que entre en juego el principio de especialidad normativa se requiere algo más que el simple dato de que la hipotética norma general (RBI *bis*) y la hipotética norma especial (art. 79.2 RGPD) se encuentren en dos instrumentos jurídicos distintos. Resulta preciso que las dos normas no puedan ser aplicadas sin entrar en conflicto una con la otra. Condición que no se cumple en el presente estudio, en la medida en que la aplicación de los foros de competencia del RBI *bis* no limitan las opciones que el art. 79.2 RGPD pone a disposición del interesado en este ámbito. Por otro lado, se debe añadir que el estado actual de la jurisprudencia del TJUE no invita a ver en las reglas específicas del art. 79.2 RGPD un hipotético foro de protección, cuanto menos en un ámbito, como el de la responsabilidad

51. Cfr. MARONGIU BUONAIUTI, F., "La disciplina della giurisdizione...", *loc. cit.*, p. 452.

por daños, en el que el TJUE ha descartado reiteradamente la posibilidad de consagrar el *forum actoris* a través del art. 7.2 RBI *bis*, al entender que choca frontalmente con el criterio general del sistema: el domicilio del demandado⁵².

Con todo lo anterior, hay argumentos suficientes para poder excluir la aplicación del foro delictual del art. 7.2 RBI *bis* a las acciones de representación de la DAR, y los litigios de naturaleza contractual de los foros específicos del art. 79.2 RGPD. Para llegar a esta conclusión, se ha partir de la base de que el objetivo de protección al interesado del RGPD no puede considerarse un valor absoluto de cara a la solución a los posibles conflictos entre los foros de competencia del RBI *bis* y los del art. 79.2 RGPD. En este contexto, la jurisprudencia del TJUE es un elemento de indudable valor hermenéutico para conseguir el equilibrio entre los objetivos de protección del interesado con otros derechos fundamentales, como el de la tutela judicial efectiva, que podría verse afectado, de admitir una excesiva proliferación de foros. En particular, la labor jurisprudencial del TJUE en la interpretación y aplicación del art. 7.2 RBI permite considerar que la pretendida especialidad del art. 79.2 RGPD no es tal, sino que se trata de una especificación normativa de la doctrina del TJUE en la interpretación del foro delictual del RBI *bis*⁵³. Desde un punto de vista sistemático, los criterios que recogen los fueros específicos del art. 79.2 RGPD son sustancialmente coincidentes con los suministrados por el TJUE en los litigios sobre daños a los derechos de la personalidad producidos por la difusión de contenidos por Internet, tanto en la concreción del lugar de origen del daño como en la concreción del lugar de materialización del daño. De ahí que la labor jurisprudencial del TJUE en la interpretación del foro delictual sea un elemento de indudable valor hermenéutico, toda vez que en ella se aprecia la existencia de una identidad de razón suficiente con las soluciones específicas del art. 79.2 RGPD, para abrir la

52. Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 9.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, 2016, pp. 642-643. En este sentido, como bien recuerdan las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 17 de diciembre de 2020, as. C-709/19 *BP pic* (ECLI:EU:C:2020:1056), apdos. 66 a 68, el art. 7.2 RBI *bis* no es un foro para la protección del demandante, de lo que se desprende que no es un imperativo –y en ningún caso un imperativo absoluto– otorgar al demandante opciones para litigar y, menos aún, la de interponer su acción en un lugar que se reputa de manifestación de un perjuicio, cuando, por su carácter, en realidad, ficticio, ese lugar no representa el vínculo de conexión necesario entre el litigio y el foro.

53. En nuestra doctrina, considerando los foros de competencia del art. 79.2 RGPD como un *tertium genus*, al considerar que el art. 79.2 RGPD no implica una calificación del supuesto de hecho del litigio en términos de contractual/extracontractual, *vid.* PATO, A., y RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Acciones colectivas para la protección ...”, *loc. cit.* (en prensa).

puerta a la analogía *legis* como mecanismo de integración de la laguna sobre el alcance de la competencia que atribuyen los foros de competencia contenidos en la citada disposición. En este contexto, se enmarca funcionalmente el centro de intereses de la víctima como criterio de concreción del lugar de resultado del daño y el establecimiento del demandado como criterio del lugar de origen del daño, ambos codificados en los foros de competencia del art. 79.2 RGPD. Como en las sentencias *eDate Advertising* y *Bolagsupplysningen OÜ*⁵⁴, el criterio de la residencia habitual de la víctima (centro de intereses) no responde a un criterio de *favor laesi*, sino a la necesaria adaptación de la concreción del lugar de resultado del daño en el ámbito que nos ocupa. Dicho lo cual, de acuerdo con esta identidad de razón, cabe pensar que el art. 79.2 RGPD limita la atribución de competencia para conocer solo de acciones judiciales (individuales y colectivas de cesación y de reparación) de naturaleza extracontractual, y a otorgar competencia a los tribunales designados por sus foros para conocer del cese de las infracciones del RGPD y de todos los daños causados por el empresario/responsable en virtud de dichas infracciones.

Del análisis realizado puede concluirse que los foros de competencia del art. 79.2 RGPD resultan de aplicación a las acciones de representación de la DAR en la medida en que tengan por objeto hacer valer no tanto los remedios resarcitorios previstos en favor de los consumidores en la DCSD, como el ejercicio de una acción colectiva de cesación de una práctica contraria al RGPD cometida durante el suministro de los contenidos o servicios digitales, o bien el ejercicio de una acción colectiva de reclamación por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un tratamiento ilícito del suministrador o proveedor de los contenidos y servicios digitales. Por otra parte, también ha quedado demostrado que la relación entre los foros de competencia del RBI *bis* y el art. 79.2 RGPD se reduce, en puridad, a una relación de esta última con el foro delictual del art. 7.2 RBI *bis*, respecto de la que no opera el principio de especialidad, porque en realidad la pretendida norma especial no es tal, sino que se trata de una mera especificación normativa de los criterios establecidos por el TJUE para la interpretación y aplicación de la regla del lugar del daño, en atención al caso específico de los litigios relativos a la responsabilidad extracontractual derivada de la vulneración de datos personales. Esta constatación resulta fundamental en el ámbito del presente estudio para explicar la relación de los foros del art. 79.2 RGPD con los foros de competencia del RBI *bis*. Conforme a esta interpretación, en relación con

54. STJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos ac. C-509/09 y C-161/10 *eDate Advertising* (ECLI:EU:C:2011:685) y STJUE de 17 de octubre de 2017, as. C-194/16 *Bolagsupplysningen OÜ* (ECLI:EU:C:2017:766).

las acciones colectivas de cesación por infracción de la DCSD, resultarán de aplicación el foro especial en materia extracontractual (art. 7.2 RBI *bis*) –en relación con las acciones colectivas de reparación, el foro especial en materia contractual (art. 7.1 RBI *bis*)–, al que se habrán de sumar el foro del domicilio demandado (art. 4), el foro de la sumisión expresa y el foro de la sumisión tácita (arts. 25 y 26), los foros de conexidad (art. 8) y el foro de medidas provisionales y cautelares (art. 35). En cambio, la caracterización de la regla especial de competencia del art. 79.2 RGPD como una suerte de especificación normativa de la jurisprudencia *eDate Advertising* y *Bolagsupplysningen OÜ*, es determinante para considerar que los foros específicos previstos en dicha disposición son aplicables solamente a acciones (individuales y colectivas) de naturaleza extracontractual⁵⁵.

IV. ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN EN INTERÉS GENERAL DE LOS CONSUMIDORES Y ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL RBI *BIS* Y DEL ARTÍCULO 79.2 RGPD

1. CALIFICACIÓN CIVIL Y DELICTUAL DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN INTERÉS GENERAL DE LOS CONSUMIDORES

Como ya ha quedado indicado, el sistema de tutela procesal de la DAR queda reservado a las entidades públicas y privadas que hayan sido designadas por los Estados como entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación. Como se verá a continuación, la designación de organismos públicos como entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores, como el hecho de que vengan al proceso la tutela de intereses públicos o generales, que defienden las entidades públicas mediante este tipo de acciones, no son motivos para excluirlas de la esfera de aplicación del RBI *bis* (ni de los foros específicos del art. 79.2 RGPD)⁵⁶. En estas circunstancias, es bien sabido que el RBI *bis* se aplica a relaciones litigiosas de Derecho privado,

55. La caracterización de los foros específicos de competencia del art. 79.2 RGPD como una mera especificación normativa redundante de la norma general (art. 7.2 RBI *bis*) conduce a considerar que el foro delictual del RBI *bis* queda desplazado por el foro de la residencia habitual del interesado del art. 79.2 RGPD, de la misma manera que el foro de la sucursal del art. 7.5 RBI *bis* queda desplazado por el foro de establecimiento del responsable o del encargado, habida cuenta de que la noción de establecimiento en el RGPD implica el ejercicio de una actividad de manera efectiva y real, aun mínima, a través de modalidades estables sin que sea relevante la forma jurídica que revistan (una sucursal o una filial con personalidad jurídica).

56. *Vid.*, a este respecto, PAREDES PÉREZ, J.I., "Ámbito material de aplicación del Reglamento de Bruselas I bis y acciones colectivas de cesación ejercitadas por autoridades

con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. Por su parte, el art. 79 RGPD está dedicado a regular la tutela judicial del interesado cuando considere que sus derechos en virtud de la normativa europea han sido vulnerados como consecuencia de un tratamiento de sus datos personales, contemplando la posibilidad del ejercicio de acciones judiciales ante los órganos jurisdiccionales frente a los responsables o encargados que han vulnerado sus derechos⁵⁷. Dicho lo cual, lo relevante para la aplicación de los dos textos normativos europeos no es la naturaleza del orden jurisdiccional que pueda conocer (civil o administrativo), ni de las partes implicadas (particulares o públicas) sino el objeto del proceso (relación de Derecho privado)⁵⁸. Precisamente, este extremo ha sido concretado por la STJUE *Movic BV*⁵⁹ en un litigio en que se cuestionaba la inclusión o no en el ámbito material de aplicación del RBI *bis* de las acciones colectivas de cesación (de la anterior Directiva 2009/22/CE) ejercitadas por una autoridad pública (en el caso autoridades belgas) ante un órgano jurisdiccional (un juez de lo mercantil belga) frente a las infracciones cometidas por profesionales (en el caso tres sociedades holandesas), menoscabando el interés general de los consumidores (belgas). Las conclusiones a las que llega el TJUE en este asunto resultan decisivas para justificar la aplicación del RBI *bis* (*mutatis mutandi*, los foros específicos del art. 79.2 RGPD) a este tipo de litigios, en los que un organismo público habilitado por el sistema de la DRA, de la misma manera que una entidad privada habilitada (asociación de consumidores) ejercita una acción de cesación en interés general de los consumidores ante un órgano jurisdiccional.

En este contexto, debe comenzarse por señalar con claridad que, a los efectos del art. 1.1 RBI *bis* (y de los foros específicos del art. 79.2 RGPD), para determinar si una acción está comprendida o no en el concepto autónomo de “materia civil o mercantil”, y, en consecuencia, en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, el TJUE ha precisado de forma reiterada que este extremo se determina esencialmente en atención a los rasgos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o el objeto de éste⁶⁰, incluyendo en el mismo los litigios surgidos

públicas en defensa de los intereses generales de los consumidores”, *La Ley Unión Europea*, núm. 84, 2020.

57. Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Competencia y Derecho aplicable...”, *loc. cit.*, p. 92.
 58. Cfr. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional*, Cizur Menor, 2.^a ed, Civitas Thomson-Reuters, 2007, pp. 96 y 97.
 59. STJUE de 16 de julio de 2020, as. C-73/19 *Movic BV* (ECLI:EU:C:2020:568).
 60. Vid., en particular, la STJUE de 18 de octubre de 2011, as. C-406/09 *Realchemie Nederland* (ECLI:EU:C:2011:668), apdo. 39; la STJUE de 11 de abril de 2013, as. C-645/11 *Sapir* (ECLI:EU:C:2013:228), apdo. 32; y la STJUE de 12 de septiembre de 2013, as. C-49/12 *Sunico* (ECLI:EU:C:2013:545), apdo. 33.

entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado, salvo que la autoridad actúe en ejercicio de la potestad pública. La calificación de una relación jurídica de Derecho privado ha sido concretada por diversas sentencias del TJUE⁶¹, en las que el Alto Tribunal europeo ha afirmado que para determinar dicha cuestión, es preciso analizar el fundamento y las modalidades de ejercicio de la acción entablada, lo que conduce a una operación en la que se ha de valorar si los atributos que tiene esa acción encaja en la noción autónoma de “materia civil o mercantil”, que integra el supuesto de hecho del art. 1.1 RBI *bis*⁶². En el marco de una acción colectiva de cesación en interés general de los consumidores, esta operación exige una interpretación sistemática del concepto “materia civil y mercantil”, en el sentido del art. 1.1 RBI *bis*, a la luz del círculo hermenéutico que proporciona (*ad intra*) en el propio Reglamento el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales previsto en su art. 7.2, como del círculo hermenéutico que proporciona (*ad extra*) la relación de dicho Reglamento con otros instrumentos de DIPr de la Unión, como el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)⁶³, y la interacción con la legislación europea de protección a los consumidores –en particular, la DAC y la DCSD–. Todo ello, sin perjuicio de la toma en consideración del Derecho nacional para determinar la posición en el que se encuentran las autoridades públicas en sus relaciones con el empresario demandado como consecuencia del ejercicio de dicha acción colectiva.

En lo que respecta al fundamento de la acción entablada, es necesario referirse de entrada al asunto *Henkel*⁶⁴, en el que el TJUE tuvo la ocasión de declarar que una acción colectiva de cesación dirigida a la prohibición del uso por un comerciante de cláusulas consideradas abusivas, en el sentido de la Directiva 93/13/CEE⁶⁵, en los contratos celebrados con consumidores, está comprendida dentro del concepto de “materia civil y mercantil”, puesto que no atañe de ningún modo al ejercicio de poderes

61. *Vid.* por analogía, la STJUE de 14 de noviembre de 2002, as. C-271/00 *Baten* (ECLI:EU:C:2002:656), apdo. 31; la STJUE de 15 de mayo de 2003, as. C-266/01 *Préservatrice foncière TIARD* (ECLI:EU:C:2003:282), apdo. 23; y la STJUE de 28 de febrero de 2019, as. C-579/17 *Gradbeništvo Korana* (ECLI:EU:C:2019:162), apdo. 48 y jurisprudencia citada.

62. *Vid.*, a este respecto, VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, pp. 94-97.

63. DO L 199, de 31 de julio de 2007 (en adelante, RRII).

64. STJUE de 1 de octubre de 2002, as. C-167/00 *Henkel* (ECLI:EU:C:2002:555), apdo. 30.

65. Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores (DOCE L 95, de 21 de abril de 1993).

exorbitantes en relación con las normas de Derecho común aplicables a las relaciones entre particulares, sino, al contrario, la acción tiene por objeto someter relaciones de Derecho privado al “control jurisdiccional”. En estas circunstancias, el mero hecho de que la acción colectiva de cesación fuera entablada por una entidad privada (una asociación de consumidores austriaca), en nada afectaba al tratamiento de una acción colectiva de cesación en interés general de los consumidores. Que sea entablada por una entidad privada o por un organismo público, la acción colectiva de cesación sirve al mismo objetivo, que no es otro que obtener una sentencia que condene al profesional demandado a cesar en la conducta ilícita y a prohibir su reiteración futura, en aras de la tutela del interés colectivo de los consumidores. Por este motivo, dado que la autoridad pública puede ser también responsable de la defensa de los intereses de los consumidores ante los tribunales, desde la perspectiva de la aplicación del RBI *bis*, es irrelevante la naturaleza pública o privada de la autoridad interviniente, en la medida en que un organismo público ejerce, en sus relaciones con profesionales, el mismo papel que las asociaciones u organismos de Derecho privado encargados de la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en aras a garantizar el correcto funcionamiento de las reglas del mercado, y, más en particular, el cumplimiento de las normas de protección de los consumidores. Como se verá más adelante, el dato esencial para que una acción colectiva de cesación quede comprendida en el concepto de “materia civil o mercantil” no es otro que el sometimiento al control jurisdiccional⁶⁶, y, por lo tanto, a las normas del procedimiento civil. Esta consideración es fundamental para calificar como “civil” una acción colectiva de cesación, pues el mero hecho de que una autoridad pública ejerza la facultad conferida por el legislador no significa automáticamente que lo hagan en el ejercicio de un poder de Derecho público, habida cuenta de que la entidad pública actúa sometida a un control judicial, y no a través del ejercicio de una potestad pública sancionadora dictando actos administrativos ejecutivos o ejecutorios que prohíban la conducta ilícita.

Además, en la medida en que el ámbito de aplicación *ratione materiae* del RBI *bis* es el mismo por lo que se refiere a todos los criterios de competencia previstos en él⁶⁷, a efectos de la inclusión de las acciones de cesación en interés general de los consumidores en la materia “civil y mercantil”, cabe también tomar como referente su calificación como “delictual”, *ex art.*

66. Enfatizando esta idea, junto a la irrelevancia de la naturaleza pública de la autoridad interviniente, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “Acciones de cesación...”, *loc. cit.*, pp. 121-122.

67. STJUE, as. C-167/00 *Henkel*, *cit. supra* nota 64, apdo. 30.

7.2 RBI *bis*. La calificación como delictual de esta clase de acciones permite demostrar que el acto generador de la pretensión no supone una manifestación de poder público, sino la comisión de un ilícito civil extracontractual por parte del empresario demandado. A este respecto, en lo que atañe al concepto de “materia delictual o cuasidelictual” que figura en el art. 7.2 RBI *bis*, conviene recordar que el TJUE interpreta dicha noción de forma autónoma y en contraposición de la “materia contractual”, incluyendo en dicho concepto todas las acciones dirigidas a exigir la responsabilidad del demandado y que no estén relacionadas con la materia contractual⁶⁸, en el sentido del art. 7.1 de dicho Reglamento. Concretando lo expuesto, la noción de “obligación extracontractual” que figura en el art. 7.2 RBI *bis*, engloba una gran diversidad de tipos de responsabilidad delictual, comprendiendo en su esfera de aplicación tanto las acciones que tienen como objeto el resarcimiento pecuniario de un daño, como las acciones que tratan de prevenir y hacer cesar conductas ilícitas⁶⁹. En relación con estas últimas, la Sentencia *Henkel* también tiene una especial importancia, pues tras ella quedaron superadas para siempre las dudas surgidas acerca de la aplicación del antiguo art. 5.3 Convenio de Bruselas de 1968 a las acciones de naturaleza preventiva, en especial, por quienes mantenían la tesis de que la citada disposición limitaba su esfera de aplicación a las acciones respecto de hecho dañosos ya producidos⁷⁰. El TJUE despejó las dudas expresadas a este respecto, declarando que el concepto de “hecho dañoso” del art. 5.3 Convenio de Bruselas de 1968 comprende no solamente las situaciones en las que un particular ha sufrido un perjuicio a título individual, sino también los menoscabos causados o que se pueden producir al ordenamiento jurídico como consecuencia de determinados comportamientos que el legislador reprueba⁷¹. En el marco que nos ocupa, la responsabilidad nace como consecuencia del incumplimiento de

68. *Vid.*, por todas, la STJUE, de 27 de septiembre de 1988, as. C-189/87 *Kalfelis* (ECLI:EU:C:1988:459), apdo. 17.

69. STJUE, as. C-167/00 *Henkel*, *cit. supra* nota 64, apdo 42.

70. *Vid.*, en este sentido, apdos. 26 a 53 de las Conclusiones del Abogado General Sr. F.G. Jacobs, presentadas el 14 de marzo de 2002, as. C-167/00 *Henkel* (ECLI:EU:C:2002:171).

71. STJUE, as. C-167/00 *Henkel*, *cit. supra* nota 64, apdos. 41 y 42. No en vano, la versión que contiene el antiguo art. 5.3 RBI (actual art. 7.2 RBI *bis*) aclara expresamente su aplicación cuando el objeto de la acción se dirige a impedir que se produzca el daño, refiriéndose al “lugar donde se hubiese producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. *Vid.*, a este respecto, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., y RODRÍGUEZ BENOT, A., “La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: una primera lectura”, *REDI*, núm. 2, 1998, pp. 35-68, p. 44; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 637; PALAO MORENO, G., “La revisión del Convenio de Bruselas de 1968: el caso del art. 5.3”, en BORRÁS RODRÍGUEZ, A. (Dir.), *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988*

la obligación que incumbe al empresario/responsable de informar a los consumidores de todas las circunstancias relacionadas con la celebración del contrato de suministro de contenido o servicios digitales y sobre el tratamiento de datos al tiempo de la celebración de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, infringiendo las disposiciones de la legislación europea sobre protección de los consumidores y protección de datos personales.

De lo anterior se desprende que, con independencia de que la ejercite una entidad pública o privada, una acción colectiva de cesación reviste carácter extracontractual, habida cuenta de que cumple con todos los requisitos establecidos por el TJUE para su inclusión en la esfera material de aplicación del art. 7.2 RBI *bis*⁷². En efecto, por un lado, la entidad pública o privada y el empresario demandado no están unidos por ninguna relación de carácter contractual. Debe destacarse, a este respecto, que el requisito de la ausencia de relación contractual fue el motivo principal que dio lugar a la Sentencia *Henkel*, habida cuenta de que la solución del litigio requería la interpretación del TJUE para responder a la cuestión prejudicial de si una acción judicial preventiva ejercitada por una asociación de consumidores austriaca, con objeto de obtener la prohibición del uso por un comerciante alemán de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, tenía carácter contractual, en el sentido del antiguo art. 5.1 Convenio de Bruselas de 1968 (actual art. 7.1 RB I *bis*), o bien carácter delictual o cuasidelictual, en el sentido del antiguo art. 5.3 Convenio de Bruselas de 1968 (actual art. 7.2 RBI *bis*). Con buen criterio, el TJUE declaró que, aunque el comerciante alemán pudiera haber celebrado ya contratos con determinados consumidores, la acción colectiva de cesación no podía recibir la calificación de “contractual”, en la medida en que la responsabilidad no derivó ni se produjo en el marco de una relación libremente asumida con la asociación de consumidores⁷³. La entidad privada actuó basándose en un derecho que le había sido atribuido por ley con el fin de obtener una orden judicial para la cesación o la prevención de conductas ilícitas por el uso de cláusulas abusivas en las relaciones entre un profesional y consumidores.

Por otro lado, el carácter extracontractual de la acción colectiva de cesación está en estrecha relación con su fundamento, actuando sobre la regulación de conductas. A efectos del art. 7.2 RBI *bis*, esta clase de acciones

sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 317-324, p. 321.

72. *Vid.*, a este respecto, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 5.ª ed., Civitas Thomson-Reuters, 2019, pp. 112-113.

73. STJUE, as. C-167/00 *Henkel*, *cit. supra* nota 64, apdos. 38 y 39.

tiene por objeto exigir la responsabilidad delictual del profesional infractor como consecuencia de un comportamiento ilícito reprochado, incumpliendo, en el marco que nos ocupa, la obligación legal de abstenerse de realizar, en las relaciones con sus clientes, conductas contrarias a la legislación en materia de protección a los consumidores y en materia de protección de datos. En puridad, en su función ordenadora de conductas⁷⁴, las acciones colectivas de cesación ejercitadas por entidades públicas o privadas tienen por objeto típicamente la prohibición de ilícitos de mercado o prácticas contrarias a la legislación en materia de protección al consumidor. Precisamente, el TJUE ha confirmado la interpretación expuesta en el asunto *Henkel* en el marco de otro instrumento de Derecho internacional privado de la UE, concretamente el RRII, cuyos conceptos han de ser objeto de una interpretación coherente con la del RBI *bis*, declarando en la STJUE de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, que las acciones de cesación a las que se refiere la antigua Directiva 2009/22/CE (actual DAR) tienen por objeto una obligación extracontractual, que resulta de un hecho dañoso en el sentido del Capítulo II del RRII (y, por tanto, en el sentido del art. 7.2 RBI *bis*)⁷⁵. Como ha quedado señalado, la Directiva 2009/22/CE consiguió generalizar las acciones de cesación en los ordenamientos de los Estados miembros con el objetivo principal de poner fin a las infracciones de la legislación europea en materia de protección de los consumidores contenida en su Anexo I, entre la que se encuentra actualmente la DCSD y el RGPD. Por ello, atendiendo a la función que cumplen, en cuanto ordenadoras de conductas de los profesionales en sus relaciones con los consumidores, el propio fundamento de las acciones de cesación en interés general de los consumidores, a las que se refiere la DAR, corrobora su calificación como ilícito extracontractual, a efectos del art. 7.2 RBI *bis*, en la medida en que son formuladas contra lo que las entidades legitimadas consideren una práctica ilícita a los intereses colectivos

74. *Vid.*, a este respecto, JIMÉNEZ BLANCO, P., "Acciones de cesación...", *loc. cit.*, p. 122.

75. STJUE de 28 de julio de 2016, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation* (ECLI:EU:C:2016:612), apdo. 39. En esta misma sentencia, procede recordar que el TJUE declaró que la ley aplicable a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22 (actual DAR), dirigida contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales por una empresa domiciliada en un Estado miembro que celebra contratos por vía de comercio electrónico con consumidores que residen en otros Estados miembros y, en particular, en el Estado del órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda, debe determinarse conforme al art. 6.1 RRII, mientras que la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo al RRI, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva. En este mismo trabajo, para un análisis crítico de esta distinción, y la incidencia en la calificación de las acciones de cesación en interés de grupo, *vid.* el apartado "Calificación de las acciones colectivas de cesación acumuladas a pretensiones resarcitorias".

de los consumidores o una práctica contraria a la legislación de protección de los consumidores.

2. FUNDAMENTO Y MODALIDADES DE EJERCICIO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN EN INTERÉS GENERAL DE LOS CONSUMIDORES

2.1. El modelo de control judicial

Ha quedado ya reseñado que, para calificar como “civil o mercantil” las acciones colectivas de cesación entabladas, y quedar comprendidas en la esfera de aplicación del RBI *bis*, lo determinante no es tanto la naturaleza de las entidades legitimadas para su ejercicio, como que la actuación del organismo público se base en normas de Derecho privado y se encuentre en la misma posición que el empresario demandado como consecuencia del ejercicio de dichas acciones. Despejada la primera incógnita, a tenor de la calificación de las infracciones de las normas de protección de los consumidores y de protección de datos personales como supuestos de ilícito civil extracontractual, punto de partida para resolver la segunda no es tanto la naturaleza judicial o administrativa de la autoridad competente, como que esté investida de potestad para realizar funciones análogas a la que desarrolle un juez. Esta constatación es básica en la medida en que la legislación europea en materia de protección al consumidor no prejuzga el régimen de las acciones colectivas de cesación. Respetuoso con las tradiciones jurídicas de los ordenamientos de los distintos Estados miembros, el legislador europeo deja a criterio de los Estados miembros la posibilidad de optar entre un sistema de control judicial o administrativo, e incluso un sistema intermedio⁷⁶. En este contexto, el art. 2.1 DAR

76. Por ejemplo, en España, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que transpone la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), opta por consagrar un sistema puro de ejecución judicial, en el que la única referencia a las Administraciones es para conferirles legitimación activa en procesos civiles para ejercitar acciones colectivas de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores; en concreto, se atribuye al Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores (*vid.* REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M., “Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios” en REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La Defensa de los Consumidores y Usuarios...*, *op. cit.*, pp. 312-446, p. 362). No obstante, como consecuencia de la administrativización

establece que los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas a fin de obtener que se ordene la cesación o la prohibición de toda infracción.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, y que quedan excluidos del concepto “materia civil y mercantil”, en el sentido del art. 1.1 RBI *bis*, los litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado cuando la primera actúa en ejercicio de una potestad pública, esto lleva a excluir de dicho Reglamento las órdenes de cesación en el marco de un modelo de Derecho público, en el que la propia autoridad administrativa es la que se pronuncia sobre las consecuencias que debe llevar aparejada una infracción⁷⁷. Es decir, cuando en ejercicio de su competencia la autoridad de un Estado miembro puede conocer de las infracciones contra la legislación europea de protección al consumidor, contenida en el Anexo I de la DAR y, en virtud de la potestad sancionadora, hacer cesar las prácticas ilícitas. Se trata, por ejemplo, de la opción escogida por el legislador danés con el *Forbrugerombudsmanden* (Defensor del Consumidor danés)⁷⁸, cuya tarea principal es la de velar por el cumplimiento de la ley danesa sobre prácticas comerciales, en lo relativo a las relaciones de los comerciantes con los consumidores, pudiendo iniciar procedimientos para ordenar el cese de las infracciones contra las normas de transposición de la legislación europea que figuraban en el anexo de la Directiva 2009/22/CE. Por ello, en la medida en que la intervención del organismo

del régimen de la deslealtad por el art. 49.1.1) TRLGDU, que ha transpuesto el art. 13 Directiva 2005/29/CE convirtiendo todas las prácticas desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en infracción administrativa, abre la posibilidad de imponer sanciones administrativas con independencia de la intervención judicial, y, en la medida en que el art. 48 TRLGDCU permite que en el procedimiento sancionador se exija al infractor “la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original”, en el caso de que una infracción consista en una práctica comercial desleal, dicha sanción administrativa puede suponer, como mínimo, el cese de la práctica. Desde esta perspectiva, los órganos públicos autonómicos con competencia en materia de defensa de los consumidores tienen la posibilidad de ejercitar acciones colectivas de cesación ante la jurisdicción civil y además pueden por sí mismo sancionar y hacer cesar las prácticas comerciales desleales. *Vid.*, a este respecto, en un sentido crítico REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., y BUENO ARMIJO, A., “Potestad sancionadora: infracciones y sanciones” en REBOLLO PUIG, M., e IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La Defensa de los Consumidores...*, *op. cit.*, pp. 702-889, pp. 818-839.

77. *Cfr.* apdo. 59 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 23 de abril de 2020, as. C-73/19 *Movic BV* (ECLI:EU:C:2020:297).

78. *Vid.*, a este respecto, la Notificación de la Comisión conforme al art. 4.3 Directiva 2009/22/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al art. 2 de dicha Directiva (DO C-2237, de 15 de julio de 2019, p. 7).

público danés se hace con base en un título competencial propio, que le permite el ejercicio de una actividad de control y una potestad sancionadora de que la puede derivarse el cese de la práctica ilícita, la relación jurídica entre dicha autoridad pública y el empresario infractor sería una relación de Derecho público, y, por tanto, excluida del ámbito material de aplicación del RBI *bis*. Por el contrario, en un sistema de control judicial, en lugar de declarar las consecuencias que deben derivarse de una infracción, cuando ejercita una acción colectiva de cesación, la autoridad pública interviene, lo mismo que una asociación de consumidores, en el ejercicio de una facultad conferida *ex lege* para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, sin ejercer prerrogativas de poder público⁷⁹.

2.2. Legitimación extraordinaria de los organismos públicos

Como ha concretado el TJUE en diversas sentencias⁸⁰, el mero hecho de ejercer una facultad o competencia específicamente conferida por el legislador a una autoridad pública no implica automáticamente el recurso a las prerrogativas de poder público. A este respecto, conviene precisar que, en el caso de que un Estado miembro opte por atribuir legitimación exclusivamente a organismos públicos, en lugar de a entidades privadas, el ejercicio de dicha facultad tampoco puede ser visto como una manifestación de una prerrogativa de poder público, habida cuenta de que, cada vez que invoquen el derecho a ejercitar la acción colectiva de cesación, que el legislador les ha conferido, quedan sujetos a las reglas de Derecho privado y en la misma posición que la parte demandada en el marco de la acción ejercitada contra ella. En este contexto, tampoco cabe vislumbrar el ejercicio de prerrogativas de poder público en relación con el interés público que defienden las entidades públicas mediante este tipo de acciones. La identificación del interés público con el correspondiente al de dichas autoridades, llevaría a considerar que el derecho a solicitar una orden de cesación es una prerrogativa de Derecho público, y, por tanto, la exclusión de la esfera de aplicación del RBI *bis*. Sin embargo, como bien ha precisado el TJUE⁸¹, el interés general que defienden las entidades

79. STJUE, as. C-73/19 *Movic BV*, *cit. supra* nota 59, apdo. 56.

80. *Vid.*, por analogía, respecto al concepto de “materia civil y mercantil”, a efectos del RBI *bis*, la STJUE de 21 de abril de 1993, as. C-172/91 *Sonntag* (ECLI:EU:C:1993:144), apdo. 21; STJUE de 15 de enero de 2004, as. C-433/01 *Blijdenstein* (ECLI:EU:C:2004:21), apdos. 20 y 21; y la STJUE de 9 de marzo de 2017, as. C-551/15 *Pula Parking* (ECLI:EU:C:2017:193), apdo. 35.

81. STJUE, as. C-73/19 *Movic BV*, *cit. supra* nota 59, apdo. 53, y apdos. 24 a 27 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, as. C-73/19 *Movic BV*, *cit. supra* nota 77.

públicas en el marco de la DAR, no puede confundirse con el ejercicio de prerrogativas de poder público, habida cuenta de que ese interés consiste en hacer cumplir la normativa nacional en materia de protección al consumidor, que, a su vez, tiene por objeto proteger intereses privados, tanto de los empresarios como de los consumidores⁸². Como ya ha quedado señalado, esta clase de acciones son un instrumento al servicio del cumplimiento de las normas de protección de los consumidores para evitar prácticas comerciales desleales e ilícitas. El interés público en garantizar el correcto funcionamiento del mercado explica que, en ocasiones, se confiera a entidades públicas las facultades de ejercicio de dichas acciones en defensa del interés colectivo de los consumidores⁸³. Desde este punto de vista, lo mismo que las asociaciones de consumidores, cuando una autoridad pública ejerce las facultades, que le han sido conferidas, lo hace no en defensa de intereses o derechos propios, sino en defensa del interés general de los consumidores como categoría.

Esta última apreciación es de gran importancia en la medida en que imposibilita también el recurso al argumento relacionado con la legitimación de las autoridades públicas, para excluir las acciones colectivas de cesación del concepto de “materia civil y mercantil”. En efecto, podría argumentarse que el hecho de que las autoridades públicas no tengan que demostrar un interés o un derecho propio para el ejercicio de tales acciones, constituye una manifestación de una prerrogativa de poder público, por cuanto coloca a dichas entidades en una posición distinta a cualquier otra entidad privada habilitada que desee entablar una acción colectiva de cesación. Ciertamente, se trata de una objeción que carece de fundamento, en la medida en que la atribución de legitimación a entidades que no son titulares de derecho o interés que subyace a la demanda, es un atributo precisamente de este tipo de acciones para la tutela del interés general de los consumidores afectados por una conducta ilícita. De ahí que, para posibilitar dicha tutela, el legislador atribuya la legitimación para ejercitarlas a determinadas organizaciones privadas, como las asociaciones de consumidores, y/o a ciertos organismos públicos. En consecuencia, por lo que respecta a la legitimación activa, la situación jurídica de una autoridad pública es equiparable de nuevo a la de una asociación de consumidores, que también puede ejercitar una acción colectiva de cesación

82. No en vano, el art. 54 TRLGDCU y el art. 33.4 LCD confieren legitimación activa al Ministerio Fiscal para el ejercicio de acciones colectivas de cesación en el ámbito material de las citadas normas, por lo que las acciones de cesación ejercitadas por el Ministerio Fiscal contra infracciones cometidas por profesionales establecidos en un Estado miembro, quedarían comprendidas en la esfera de aplicación material del RBI *bis*.

83. *Vid.*, a este respecto, JIMÉNEZ BLANCO, P., “Acciones de cesación...”, *loc. cit.*, p. 121.

sin interés propio⁸⁴. En efecto, como ya ha quedado indicado, el ejercicio de las acciones colectivas de cesación en defensa del interés general de los consumidores precisa de una legitimación extraordinaria, en tanto en cuanto se otorga a personas distintas de los titulares de la relación jurídica o del objeto litigioso, que es el fundamento ordinario de la legitimación. En este caso, la posición habilitante para formular la pretensión no es la afirmación de la titularidad de la relación jurídica material, sino una autorización legal concedida por norma expresa. La legitimación de la actora es una legitimación extraordinaria que le otorga la ley no por ser titular de la relación jurídica o del objeto litigioso, sino en defensa de intereses colectivos, atribuyendo la ley a una entidad pública o privada la representación institucional del conjunto.

2.3. Facultades de investigación

Finalmente, cabría refutar la inclusión de las acciones colectivas de cesación ejercitadas por autoridades públicas en la esfera de aplicación del RBI *bis* y del art. 79.2 RGPD, en virtud de la facultad intrínseca a dichas autoridades para hacer uso de medios de pruebas obtenidos gracias al ejercicio de una potestad pública (informes de supervisores públicos, reclamaciones de consumidores recibidas mediante sus prerrogativas de poder público, etc.). Dicha facultad podría afectar automáticamente a la relación jurídica entre las partes en ese litigio y a su objeto, por cuanto colocaría a las entidades públicas en una posición distinta a cualquier otra persona de Derecho privado (entidad privada habilitada) que desee entablar una acción de este tipo. Ahora bien, siguiendo en este punto al Abogado General en el asunto *Movic*⁸⁵, el hecho de que las autoridades públicas puedan aportar como medio de prueba reclamaciones de consumidores, no implica que esas autoridades se encuentren en una posición diferente a la de una persona de Derecho privado en un litigio análogo. En efecto, aunque una asociación de protección de los consumidores sea una entidad de Derecho privado y no ejerza prerrogativas de poder público, igualmente puede recibir tales reclamaciones y usarlas en litigios contra los profesionales. Si se quiere de otra manera, el uso de medios de prueba obtenidos gracias a las prerrogativas de poder público no afecta automáticamente a la relación jurídica entre las partes en el litigio ni a su objeto, en

84. STJUE, as. C-73/19 *Movic BV*, *cit. supra* nota 59, apdos. 50 a 53, y apdos. 37 a 46 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, as. C-73/19 *Movic BV*, *cit. supra* nota 77.

85. *Vid.*, a este respecto, la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) núm. 139/2013, de 22 de marzo (AC 2013, 1616), FJ 3.

la medida en que una persona de Derecho privado también puede hacer uso de medios de prueba obtenidos de una autoridad pública⁸⁶.

Con todo lo anterior, el TJUE no cierra la puerta a la posibilidad de que una autoridad pueda hacer uso de medios de prueba obtenidos gracias a sus prerrogativas de poder público, máxime por las consecuencias que conlleva dicha exclusión⁸⁷, habida cuenta que debilitaría la eficacia práctica de uno de los modelos de ejecución de la protección de los consumidores reconocidos por el legislador de la Unión, como el sistema de control judicial, en el que el papel de las entidades públicas, como el de las entidades privadas, es esencial en la defensa del interés general de los consumidores ante los órganos jurisdiccionales nacionales, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de Derecho público, en el que es la propia autoridad administrativa la que se pronuncia sobre las consecuencias que debe llevar aparejada una infracción. Así las cosas, antes de interponer su demanda, una autoridad pública habilitada podrá recurrir a los mecanismos de asistencia mutua y de coordinación previstos en el Reglamento 2017/2394, para después utilizar como pruebas en el litigio las informaciones y comprobaciones obtenidas a través de dichos mecanismos. En el marco del procedimiento principal, tratándose de una “infracción dentro de la Unión”, en el sentido del art. 3.2 del Reglamento 2017/2394, el hecho de que la autoridad pública recurra al mecanismo de asistencia mutua solicitando información a las autoridades públicas del Estado miembro requerido, en los términos previstos en los arts. 11 y 12 de dicho Reglamento, no sería relevante a efectos de la exclusión del litigio de la esfera de aplicación del RBI *bis*, en la medida en que no corresponde a las autoridades públicas ni declarar el derecho ni ejecutar directamente la pretensión, sino que se les exige que la hagan valer por la vía jurisdiccional ordinaria. No en vano, los mecanismos de asistencia mutua y de coordinación contra infracción a gran escala del Reglamento 2017/2394 están al servicio del objetivo principal de dicho instrumento, la lucha contra las infracciones transfronterizas cometidas

86. *Vid.* apdo. 57 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, as. C-73/19 *Movic BV*, *cit. supra* nota 77. Así, por ejemplo, en un litigio contra el causante de un accidente de circulación, la víctima de dicho accidente puede presentar documentos confeccionados por una autoridad policial. Si esa víctima no dispone de esos documentos, puede, en principio, solicitar a un tribunal nacional que requiera a la autoridad pertinente para que aporte esos documentos a los efectos de ese litigio. Del mismo modo, un operador económico puede promover un litigio en materia de Derecho de la competencia en el que presente una acción *follow-on*, en apoyo de la cual haga valer una resolución en la que se declare la existencia de una infracción de las disposiciones de dicho Derecho, conservando esos litigios su carácter civil y mercantil y, por lo tanto, comprendidos en el ámbito de aplicación del RBI *bis*.

87. STJUE, as. C-73/19 *Movic BV*, *cit. supra* nota 59, apdo. 56.

contra la legislación europea en materia de protección de los consumidores, con el propósito de que se puedan adoptar medidas de ejecución que acarreen no solamente consecuencias jurídico-públicas, sino también privadas, como la de exigir el cese o la prohibición de infracciones ante las autoridades judiciales competentes [art. 10.1.d) del Reglamento 2017/2394].

3. MEDIDAS ACCESORIAS PARA GARANTIZAR LA EJECUCIÓN DE LA FUTURA RESOLUCIÓN ESTIMATORIA

3.1. Publicación de la resolución y multas coercitivas

Como ya ha quedado visto, de conformidad con los art. 8.2 y 19 DAR, la acción de cesación puede venir acompañada de la solicitud de medidas accesorias destinadas a garantizar el cumplimiento de la medida principal, como la publicación de la resolución estimatoria de la acción de cesación, o la imposición de una multa coercitiva por cada infracción declarada desde la notificación de la resolución estimatoria. Ambas medidas accesorias estaban previstas también en las letras b) y c) Directiva 2009/22/CE, como habituales en los procedimientos civiles para garantizar la ejecución de la futura resolución. En concreto, en el asunto *Movic BV*⁸⁸, el propio TJUE tuvo la ocasión de afirmar que la publicidad de la resolución estimatoria y la multa coercitiva solicitada por las autoridades de un Estado miembro ante el tribunal competente, lejos de constituir el ejercicio de prerrogativas de poder público, son medidas convencionales del procedimiento civil, a la que tienen acceso también los particulares, por lo que quedan comprendidas dentro del ámbito de aplicación del RBI *bis* (por extensión, en la esfera de aplicación del art. 79.2 RGPD). En este contexto, en nuestro ordenamiento, el art. 221.2 LEC se ha encargado de transponer la letra b) del art. 2.1 Directiva 2009/22/CE, previendo que en las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora. Lo mismo sucede con el art. 711.2 LEC, en relación con la letra c) de la citada disposición europea, señalando que la sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores impondrá una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros,

88. STJUE, as. C-73/19 *Movic BV*, cit. *supra* nota 59, apdo. 61.

por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

3.2. Exclusión de la facultad de las autoridades administrativas para acreditar la existencia de futuras infracciones

En cambio, con buen criterio, en el asunto *Movic*, el TJUE confirmó la exclusión de la esfera de aplicación del RBI *bis* de una pretensión accesorio solicitada por una autoridad pública en el marco de una acción colectiva de cesación consistente en el reconocimiento de la facultad para apreciar por sí misma las infracciones sancionadas con la multa coercitiva, mediante simple acta redactada por funcionario adscrito a dicha entidad, en la medida en que se trata claramente de una relación de Derecho público⁸⁹. La exclusión está correctamente justificada, pues la pretensión reseñada no solo implicaría el ejercicio de prerrogativas de poder público, al permitir a la autoridad pública la posibilidad de disponer de competencias en el procedimiento de ejecución de las que carecen los particulares, sino que, además, el objeto de la pretensión supondría el ejercicio de poderes exorbitantes con respecto a las normas de Derecho común aplicables a las relaciones entre particulares. En efecto, tomando en consideración la posición en la que se encuentran las autoridades públicas en sus relaciones con los particulares, no puede negarse que la reseñada pretensión llevaría a conferir a la autoridad pública en cuestión el ejercicio de una potestad pública, quedando sometidas a su control las relaciones jurídicas en el que estuviera implicado el empresario demandado. En este contexto, en el asunto *Movic*, la autoridad belga gozaba de una prerrogativa decisoria en relación con la valoración de las futuras infracciones, cuando, precisamente, ha quedado ya señalado, que quedan fuera del ámbito de aplicación del RBI *bis* las relaciones entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado, en las que la autoridad tiene la facultad, como es habitual en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público, de declarar situaciones o ejecutar directamente la pretensión. Desde la perspectiva que nos ocupa, como se ha indicado, solamente quedan comprendidos en la esfera de aplicación de dicho Reglamento (como de los foros específicos del art. 79.2 RGPD) los litigios en los que la autoridad pública somete directamente relaciones de Derecho privado al control jurisdiccional.

89. Apdo. 62 de la sentencia, siguiendo los apdos. 75 a 77 de las Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, as. C-73/19 *Movic BV*, cit. *supra* nota 77.

V. ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN EN INTERÉS GENERAL DE LOS CONSUMIDORES Y FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Como ha quedado indicado, en el caso de que el mismo comportamiento lesivo del empresario constituya simultáneamente un incumplimiento de la DCSD y del RGPD, los foros de competencia del RBI *bis* deberán aplicarse a las medidas de cesación de la DAR para poner fin a la práctica contraria a las disposiciones de la DCSD, y los foros específicos del art. 79.2 RGPD a las medidas de cesación de la DAR para poner fin a la práctica contraria a las disposiciones del RGPD. En estos casos, a los efectos de la aplicación del RBI *bis*, amén del posible juego de la sumisión expresa y tácita (arts. 25 y 26), en virtud de la calificación extracontractual de las acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores, una entidad habilitada conforme a la DAR podrá ejercitar la acción colectiva de cesación ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*), ante los tribunales del Estado miembro donde se produce o se pudo producir el hecho dañoso (art. 7.2 RBI *bis*), o ante los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre la sucursal o el establecimiento desde el que se han realizado las actividades en nombre del empresario infractor (art. 7.5 RBI *bis*). Concretamente, en lo que concierne al *forum delicti comissi* (art. 7.2 RBI *bis*), tratándose de infracciones que se producen en Internet, como sucede típicamente en el ámbito del presente estudio, la acción colectiva de cesación podría ejercitarse, a elección de la entidad habilitada, ante los tribunales del Estado miembro del lugar en el que se produce el hecho dañoso o ante los tribunales del Estado miembro del lugar en el que sobreviene el daño⁹⁰. En lo que atañe al lugar del hecho causal, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, este se corresponde con el lugar de establecimiento del empresario infractor⁹¹, que si bien, teniendo en cuenta el concepto de las personas jurídicas utilizado en el art. 63.1 RBI *bis*, coincidirá normalmente con el foro general del domicilio del demandado, en los casos en que no sea así, especialmente en las empresas que se dedican exclusivamente a ofrecer servicios a través de internet, favorecerá la posibilidad de ejercitar la acción ante los tribunales del Estado miembro

90. Procede recordar asimismo que la expresión “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”, que figura en el art. 7.2 RBI *bis*, se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los órganos jurisdiccionales de cualquiera de esos dos lugares (vid. por todas STJUE, as. C-709/19 *BP pic*, cit. *supra* nota 52, apdo. 26).

91. *Vid.*, a este respecto, STJUE, asuntos ac. C-509/09 y C-161/10 *eDate Advertising*, cit. *supra* nota 54, apdo. 52, y la STJUE de 19 de abril de 2012, as. C-523/10 *Wintersteiger AG* (ECLI:EU:C:2012:220), apdo. 39.

en el que aquella ejerza mediante una instalación estable una actividad efectiva y real⁹². En lo que concierne al lugar de materialización del daño, este se corresponde con el lugar en que se encuentra el mercado afectado por dicha infracción, siendo determinante para concretar este criterio atributivo de competencia, no tanto la accesibilidad del sitio web de Internet del profesional demandado desde el Estado miembro en el que los intereses económicos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados, como que la actividad comercial en línea desarrollada por aquel esté potencialmente orientada a ese Estado, bastando para ello con que la publicidad y oferta de ventas presentadas por el empresario infractor en su sitio web se destinan a sus consumidores, y todo ello con independencia de que dicha publicidad y dichas ofertas de venta tuvieran posteriormente el efecto de causar la compra de los productos o los servicios del demandado⁹³. Análogamente, para poner fin a esa misma práctica contraria a las disposiciones del RGPD, amén de los foros de la sumisión expresa y tácita (art. 25 y 26 RBI *bis*) y el foro del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*), la entidad habilitada conforme a la DAR deberá acudir a los foros específicos del art. 79.2 RGPD, que permiten demandar al empresario/responsable del tratamiento ilícito ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable tenga un establecimiento⁹⁴, o

92. Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Competencia y Derecho aplicable...”, *loc. cit.*, p. 97.
93. *Vid.*, a este respecto, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Cizur Menor, 5.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2015, pp. 610-616, requiriendo la orientación de la actividad al concreto territorio donde se manifiesta el daño, a través de ciertos indicios como la configuración del sitio web, la inclusión de direcciones geográficas de contactos, el empleo de un nombre de dominio bajo un dominio de primer nivel nacional, la moneda y el idioma empleado, la orientación de los productos o servicios que comercializa a un territorio determinado, etc. El criterio de la orientación de la actividad se compadece con el criterio del mercado afectado, considerado como circunstancia relevante por la reciente STJUE de 9 de julio de 2020, as. C-343/19 *Verein für Konsumenteninformation y Volkswagen AG* (ECLI:EU:C:2020:534), apdo. 39, en la aplicación del art. 7.2 RBI *bis*, a efectos de la concreción del lugar del daño en materia de actos de competencia desleal contra los intereses colectivos de los consumidores. No en vano, en el marco que nos ocupa, la concreción del lugar de daño mediante el criterio del mercado afectado permite que el juez aplique su propia ley, ya que, de conformidad con el art. 6.1 RRII, debe aplicarse la ley del país en que los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados (*vid.*, a este respecto, ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Competencia judicial internacional respecto de los actos desleales con los competidores”, *CDT*, núm. 2, 2018, pp. 282-283).
94. De conformidad con la STJUE de 1 de octubre de 2015, as. C-230/14 *Weltimmo* (ECLI:EU:C:2015:639), y el cdo. 22 RGPD, la noción de establecimiento implica el ejercicio de una actividad de una manera efectiva y real, aun mínima, a través de modalidades estables sin que sea relevante la forma jurídica que revistan (una sucursal, una filial con personalidad jurídica o una representación). En este contexto, en el caso de los responsables o encargados con establecimientos en más de un Estado

alternativamente ante los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del interesado(s).

En la práctica, amén del domicilio del demandado, el lugar de origen del daño coincidirá con el lugar en el que tiene el establecimiento el empresario/responsable, y el lugar del resultado del daño coincidirá con el lugar de la residencia de los consumidores/interesados afectados. Dicho lo cual, se ha de reseñar que los únicos fueros que responden a los objetivos de política legislativa de la DAR son el foro del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*), el foro del lugar de origen del daño (art. 7.2 RBI *bis*) y el foro del establecimiento del empresario/responsable (art. 79.2 RGPD). La idoneidad de los fueros reseñados se justifica en razones de economía procesal y de eficiencia en la resolución de controversias. La competencia universal que confieren estos foros abraza el deseo del legislador europeo, proclive al ejercicio de medidas de cesación transfronterizas, en el sentido de la DAR, facilitando que entidades habilitadas de distintos Estados miembros puedan unir sus fuerzas contra las mismas infracciones en una única acción de cesación ante un mismo foro, permitiendo que dichas medidas se dicten en una única resolución (art. 7.5 DAR), e igualmente que una entidad habilitada en un Estado miembro con legitimación para actuar e defensa de los intereses de los consumidores de otros Estados miembros, pueda interponer la acción colectiva de cesación ante un mismo foro. Todo lo contrario de lo que sucede con el foro del lugar del resultado del daño (art. 7.2 RBI *bis*) y el foro de la residencia de los interesados afectados (art. 79.2 RGPD). El alcance territorial de la competencia judicial de los tribunales del lugar del resultado del daño y de la residencia de los consumidores/interesados afectados, provoca que no solo sean inapropiados para el ejercicio de acciones de cesación transfronterizas, sino también para el ejercicio de acciones colectivas de cesación nacionales, en el sentido de la DAR, incluso en aquellos casos en que la entidad habilitada estuviera legitimada para la defensa de los intereses de los consumidores de otros Estados miembros. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, en la medida en que una acción colectiva no puede tener incidencia en la determinación del tribunal competente⁹⁵, y que la competencia de los tribunales del lugar del resultado del daño y de la residencia de los interesados se limita al perjuicio

miembro, partiendo de las claves hermenéuticas que suministra el foro de la sucursal (art. 7.5 RBI *bis*) y los criterios de aplicación del art. 3.1 RGPD, debe entenderse que la competencia que atribuye el art. 79.2 RGPD se limita al establecimiento en el que se haya llevado a cabo las actividades del tratamiento controvertido (*vid.*, a este respecto, REQUEJO ISIDRO, M., "La aplicación privada...", *loc. cit.*, p. 11.

95. *Vid.*, a este respecto, la STJUE de 18 de julio de 2013, as. C-147/12 *ÖFAB* (ECLI:EU:C:2013:490), apdo. 58; STJUE de 21 de mayo de 2015, as. C-352/13 *CDC*

sufrido en dicho territorio⁹⁶, una entidad habilitada en ese mismo Estado miembro no podría ejercitar una medida de cesación más que para tutelar el interés general de los consumidores de dicho Estado, pero no el interés general de los consumidores de otros Estados miembros, pese a estar acreditada para ello. Análogamente, sobre la base de dichos fueros, una entidad acreditada en otro Estado miembro tampoco podrá presentar ante dicho tribunal una medida de cesación en interés general de sus respectivos consumidores, sencillamente por la competencia territorialmente limitada del fuero del resultado dañoso (mercado afectado) y del fuero de la residencia de los interesados afectados, pues no se trata de daños producidos en el territorio al que pertenece dicho tribunal.

VI. ACUMULACIÓN DE MEDIDAS DE CESACIÓN Y MEDIDAS RESARCITORIAS

1. CALIFICACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN ACUMULADAS A PRETENSIONES RESARCITORIAS

Tal como ya se ha señalado, aunque las acciones de cesación y las acciones resarcitorias son distintas, no tienen por qué ejercitarse en procesos colectivos separados o consecutivos. No en vano, el art. 7.5 DAR obliga a los Estados miembros a permitir que las medidas de cesación y las de reparación se soliciten en una sola demanda y que se acuerden en una misma resolución⁹⁷. Dicha circunstancia revista una importancia práctica con respecto a la calificación de la oportuna acción colectiva de cesación tanto en el marco del RBI *bis* como de los foros específicos del art. 79.2 RGPD, en la medida en que la calificación no debería la misma cuando la acción colectiva de cesación se ejercita de manera aislada (en interés

Hydrogen Peroxide SA (ECLI:EU:C:2015:335), apdo. 35; y la STJUE de 25 de enero de 2018, as. C-498/16 *Maximilian Schrems* (ECLI:EU:C:2018:37), apdo. 48.

96. *Vid.* STJUE, as. C-147/12 *ÖFAB*, *cit. supra* nota 95, apdo. 58, y as. C-352/13 *CDC Hydrogen Peroxide SA*, *cit. supra* nota 95, apdo. 55. Lo que impide, a su vez, en el caso de consumidores/interesados con residencia en diferentes Estado miembros, la posibilidad de considerar como centro de intereses el de la mayoría de los afectados o entre todos el que mejor les proteja, *vid.*, a este respecto, AÑOVEROS TERRADAS, B., "Consumer Collective...", *op. cit.*, pp. 155-156.

97. *Vid.* cdo. 35 DAR. En nuestro ordenamiento, de hecho, se admite abiertamente que pretensiones de cesación se acompañen en un mismo proceso de pretensiones de reparación colectiva: en este sentido, *vid.* el art. 53 TRDCU (tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) o el segundo párrafo del art. 12.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (*cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F., "Hacia un modelo europeo...", *loc. cit.*, p. 1312).

general de los consumidores), de cuando se ejercita para proteger los intereses de un grupo de consumidores. En efecto, como ya ha quedado indicado, aunque la declaración de ilicitud mantiene un carácter claramente colectivo, hace surgir en cada consumidor afectado un derecho de carácter estrictamente individual a la reparación del daño causado que es objeto de un tratamiento colectivizado como consecuencia de acumular a la pretensión de cesación la de reparación del daño. El peso de este derecho individual acaba por adquirir un carácter preponderante en la configuración del proceso de modo que el régimen de la acción de cesación tiende a deshacerse de las exigencias de una acción colectiva en interés general de los consumidores para aproximarse a la regulación de los supuestos de colectivización de acciones, habida cuenta de que el interés que mueve principalmente el ejercicio de la acción es el de la reparación del daño, respecto del cual la declaración de ilicitud no deja de ser una cuestión prejudicial y la condena de cesación prácticamente un pronunciamiento que casi parece accesorio al fin indemnizatorio perseguido⁹⁸. En estos casos, cuando una acción colectiva de cesación se presenta junto a una acción colectiva resarcitoria (art. 7.5 DAR), la primera se desconecta de su función primigenia, como recurso judicial al servicio del interés general de los consumidores, para ponerse al servicio de la protección de los intereses del grupo de consumidores afectados, y, como consecuencia, que la acción de cesación pueda recibir una calificación contractual o extracontractual en función de la naturaleza contractual o extracontractual de la medida resarcitoria solicitada.

Dicho sea de paso, la diferente calificación de una acción colectiva de cesación en función de que se ejercite separada o cumulativamente de una acción colectiva resarcitoria permite, a su vez, poner en cuestión la distinción realizada por la Sent. *Verein für Konsumenteninformation* entre la ley aplicable a la acción colectiva de cesación y la ley aplicable a la valoración del carácter abusivo de las cláusulas que figuran en un contrato⁹⁹. En dicho asunto, es preciso recordar que el TJUE declaró que la ley aplicable a una acción de cesación, en el sentido de la Directiva 2009/22 (actual DAR), dirigida contra el uso de cláusulas contractuales supuestamente ilegales por una empresa domiciliada en un Estado miembro que celebra contratos por vía de comercio electrónico con consumidores que residen en otros Estados miembros y, en particular, en el Estado del órgano jurisdiccional ante el que se interpone la demanda, debe determinarse conforme al art. 6.1 RR II, mientras que la ley aplicable a la apreciación de una

98. Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "Acciones colectivas...", en ARMENTA DEU, T., y PEREIRA PUIGVERT, S. (coords.), *Acciones colectivas...*, op. cit., p. 86.

99. STJUE, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation*, cit. supra nota 75, apdo. 58.

cláusula contractual dada debe determinarse siempre con arreglo al RRI, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva. En el caso concreto, el TJUE consideró que la acción colectiva de cesación estaba comprendida en la materia delictual, en la medida en que tenía por objeto exigir la responsabilidad del comerciante demandado como consecuencia de la obligación extracontractual que le incumbe de abstenerse, en sus relaciones con los consumidores, de realizar determinados comportamientos que el legislador reprueba. Si quiere con otras palabras, lo que estaba calificando el TJUE en el asunto no era otra cosa que una acción colectiva de cesación ejercitada de forma aislada por una asociación de consumidores, que no actuaba en lugar de los consumidores afectados, sino en aras del interés general de los consumidores como categoría, en virtud de las facultades que le confiere la ley, y todo ello con la finalidad de que el profesional demandado dejara de vulnerar el ordenamiento jurídico por la utilización de cláusulas abusivas, y de que se le prohibiera de cara al futuro su utilización en contratos tipo, estuvieran incluidas en contratos ya celebrados o pudieran ser incorporadas a contratos futuros.

Ahora bien, esto no significa que las acciones colectivas de cesación de la DAR deban recibir siempre de manera lineal una calificación extracontractual, en la medida en que, a diferencia de lo que ocurre con las acciones colectivas de cesación en interés general de los consumidores, la acción de cesación de una entidad habilitada por la DAR puede no ser independiente de cualquier compromiso concreto y existente, tal como ocurre cuando la ejercita cumulativamente con una acción colectiva resarcitoria, actuando en interés de los consumidores que hayan celebrado un contrato que contenga esas mismas cláusulas abusivas. Como ya se ha indicado, aunque la declaración de ilicitud mantiene un carácter colectivo, el peso del derecho individual de cada consumidor afectado a la reparación del perjuicio causado, hace que la acción de cesación tienda a deshacerse de las exigencias de una acción colectiva en interés general de los consumidores, habida cuenta de que la acción de cesación no sería independiente de cualquier litigio concreto entre el profesional y los consumidores afectados. En estos casos, lo mismo que ocurre con las acciones particulares, la legalidad de una cláusula contractual en el marco de la acción de cesación en interés de grupo debería apreciarse no de un modo abstracto sino concreto a la luz de la *lex contractus*.

Esta última consideración pone de manifiesto la relevancia práctica que posee, a efectos de calificación, la diferencia entre el control abstracto y el control concreto en la valoración del carácter abusivo de cláusulas contractuales. Aspecto que el TJUE obvió en el asunto *Verein für*

Konsumenteninformation, al considerar que el Derecho aplicable al examen del carácter abusivo de las mismas cláusulas debía ser el mismo en las acciones colectivas de cesación y en las acciones particulares, todo ello con el objetivo de garantizar que no varíe el Derecho aplicable ni los criterios de valoración de examen de la misma cláusula, en función del tipo de acción planteada. Concretamente, dicha interpretación queda en entredicho desde el momento en que el TJUE basa la simetría de la valoración del carácter abusivo de una cláusula, tanto en el marco de una acción de cesación como en el de una acción individual, en un incorrecto entendimiento del juego del principio de coherencia en el DIPr europeo, cosa que hace cuando señala que la distinción entre, por un lado, la apreciación de las cláusulas afectadas y, por otro, la acción de cesación del uso de dichas cláusulas, se impone para garantizar la aplicación uniforme de los RRI y RRII. En este contexto, el TJUE se inclina por la calificación contractual de la apreciación de las cláusulas afectadas en el marco de una acción individual y en el de una acción colectiva, utilizando para ello razones de orden conflictual y material.

Desde una perspectiva conflictual, el TJUE señala que si, en el marco de un procedimiento iniciado mediante la presentación de una acción colectiva, las cláusulas contractuales de que se trata debieran ser examinadas conforme al Derecho designado aplicable con arreglo al art. 6.1 RRII, existiría riesgo de que los criterios de examen fueran diferentes de los utilizados en un procedimiento individual iniciado por un consumidor (en nuestro caso, por una asociación de consumidores en interés de grupo), habida cuenta de que, en lo que atañe al examen de las cláusulas en un procedimiento individual iniciado por un consumidor, la ley designada como aplicable, como ley del contrato, puede ser diferente de la designada como aplicable, como ley delictual, a la acción de cesación¹⁰⁰. A continuación, el TJUE justifica en criterios materiales la necesidad de la simetría de la valoración del carácter abusivo de una cláusula tanto en el marco de una acción de cesación como en el de una acción individual, habida cuenta de que el nivel de armonización de mínimos de la Directiva 93/13/CE, implica que el nivel de protección de los consumidores varía también de un Estado miembro a otro, de modo que, aun permaneciendo igual el resto de factores, la apreciación de una cláusula puede variar en función del Derecho aplicable¹⁰¹. Por ello, para solucionar el problema de la incoherencia que resultaría de un vínculo diferente de una cláusula en función del tipo de acción ejercitada, que menoscabaría el objetivo material perseguido por las Directivas 2009/22 y 93/13, que es hacer que cese

100. STJUE, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation*, cit. *supra* nota 75, apdo. 54.

101. *Ibid.* apdo. 55.

eficazmente el uso de las cláusulas abusivas de criterios conflictuales y materiales, el TJUE extrae un paralelismo automático entre la ley aplicable a la apreciación de una cláusula contractual en el marco de una acción individual y en el de una acción colectiva dada, al considerar que ambas cuestiones suscitan cuestiones de naturaleza contractual¹⁰², o, dicho de otra manera, que se tratan de cuestiones comprendidas en el ámbito de la ley aplicable al contrato, en el sentido del art. 10.1 RRI:

“La existencia y la validez del contrato, o de cualquiera de sus disposiciones, estarán sometidas a la ley que sería aplicable en virtud del presente Reglamento si el contrato o la disposición fueran válidos”.

Desde mi punto de vista, el asunto es un caso claro de aplicación incorrecta del principio de coherencia en el DIPr europeo, en la medida en que el TJUE sacrifica la coherencia interna de la materia delictual para justificar la pretendida simetría de la valoración del carácter abusivo de una cláusula tanto en el marco de una acción de cesación como en el de una acción individual, obviando por completo que, de conformidad con el art. 15. a) RRII, “el fundamento de la responsabilidad”, es decir, el examen del carácter abusivo de las cláusulas contra las que se dirige una acción colectiva de cesación en interés general de los consumidores, es una cuestión que forma parte también del ámbito de la ley aplicable a la obligación extracontractual [*rectius*, de la ley del país de residencia de dichos consumidores donde resultan o pueden resultar afectados los intereses colectivos que dicha acción pretende proteger (art. 6.1 RRII)]. Como bien señaló el Abogado General en el asunto *Verein für Konsumenteninformation*¹⁰³, la posibilidad de que las mismas cláusulas puedan ser examinadas, en su caso, conforme a ordenamientos jurídicos distintos en el marco de una acción de cesación y de una acción particular es inherente a la naturaleza divergente y complementaria de esos dos tipos de acciones. Como ya se ha indicado, la acción de cesación colectiva en interés general de los consumidores es independiente de cualquier litigio concreto entre el profesional y los consumidores afectados. No en vano, dichas acciones se pueden ejercitar incluso cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no hayan sido utilizadas en contratos determinados. Por ello, la valoración del carácter abusivo de las cláusulas en el marco de

102. Particularmente crítico con la idea de que el principio de coherencia entre las nociones de los distintos textos de DIPr europeo sobre la misma materia no puede implicar un paralelismo automático, *vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, núm. 2, 2018, pp. 17-47, pp. 35-45.

103. Apdo. 57 de las Conclusiones del Abogado General Sr. H. Sogaugmandsgaard Øe, presentadas el 2 de junio de 2016, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation*, (ECLI:EU:C:2016:388).

una acción colectiva de cesación en interés general de los consumidores, como la controvertida en el reseñado asunto, no genera ninguna obligación contractual en el sentido del RRI. Aceptar lo contrario, como hizo el TJUE en la Sent. *Verein für Konsumenteninformation*, conduce inexorablemente a una interpretación *contra legem* del art. 6.4 RRII, que excluye la autonomía conflictual en materia de ley aplicable a los actos de competencia desleal. En efecto, aceptar que el examen de la legalidad de las cláusulas contra las que se dirige la acción de cesación en interés general de los consumidores, ha de hacerse a la luz de la ley que resultaría aplicable conforme el RRI, como sostiene el TJUE, no supone otra cosa que aceptar que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas objeto de cesación (en interés general de los consumidores) pueda realizarse conforme a la ley de un país distinto al del mercado afectado, contraviniendo así la prohibición prevista en el art. 6.4 RRII. Todo lo contrario de lo que sucede con las acciones de cesación (en interés de grupo), que acompañan a las acciones colectivas resarcitorias. Como ya se ha indicado, en ellas la asociación de consumidores demandantes actúa en lugar de los consumidores afectados basándose en la existencia de un compromiso concreto y existente, que no es otro que el ya asumido por los consumidores afectados frente al profesional demandado. Por ello, en la medida en que el examen de la legalidad de las cláusulas controvertidas guarda relación con una obligación contractual determinada, con el compromiso concreto y determinado de los consumidores que las aceptaron, la valoración del carácter abusivo de las cláusulas contra las que se dirige la acción de cesación en interés de grupo, debería analizarse entonces a la luz de la ley que resultaría aplicable conforme al RRI, es decir, conforme a una ley que puede ser distinta al del país del mercado afectado.

Sentado lo anterior, tampoco debe caerse en el equívoco de que todas las acciones colectivas de grupo han de recibir una calificación contractual. En este contexto, es importante reseñar que cuando a la condena a cesar en una conducta prohibida se acumule la pretensión resarcitoria, la acción colectiva de cesación (en interés de grupo) sería calificable de contractual de quedar la acción resarcitoria comprendida en la materia contractual¹⁰⁴, en virtud de la responsabilidad contractual del empresario demandado, de lo contrario, de quedar ésta comprendida en la categoría de materia delictual, la acción de cesación (de grupo) recibiría una calificación extracontractual. En efecto, la distinción entre las acciones colectivas de cesación (en interés de grupo) que forman parte de la materia contractual y

104. Vid., CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, p. 116.

las que pertenezcan a la materia delictual, dependerá de la naturaleza de la obligación que invoque la entidad habilitada frente al empresario demandado, sin que la identidad de las partes del litigio pueda alterar su naturaleza¹⁰⁵. A este respecto, para determinar si una pretensión está comprendida en la categoría de materia contractual no basta con identificar un contrato u otra forma de compromiso voluntario asumido por una persona frente a otra, sino que además es preciso que la pretensión se fundamente en la propia obligación contractual¹⁰⁶. En el contexto del RBI *bis*, lo importante es determinar si la fuente subyacente y original de la obligación controvertida y el motivo por el que se interpone la demanda resultan de una obligación libremente asumida entre las partes litigantes, y ello con independencia de que no hayan sido las partes originales del contrato, habida cuenta de que lo decisivo es que la pretensión resarcitoria se base en las estipulaciones del contrato o en normas jurídicas aplicables en virtud de dicho contrato. Esta última consideración permite la apertura del foro materia contractual del art. 7.1 RBI *bis* a la eventual acción colectiva de cesación acumulada a una pretensión colectiva resarcitoria, en los supuestos en los que la causa de la pretensión resarcitoria es el incumplimiento de una obligación contractual, y ello a pesar de que la entidad habilitada no sea parte de la relación jurídica contractual litigiosa. Como ha quedado señalado ya, la entidad habilitada es un sujeto ajeno a esa relación jurídico-material, aunque no a la tutela jurisdiccional, en cuanto tiene conferida *ex lege* una legitimación extraordinaria por sustitución, para ejercitar la acción en nombre propio, pero en interés ajeno (el de los consumidores perjudicados por la infracción), es decir, para ejercitar válida y eficazmente los derechos subjetivos de los consumidores afectados. Desde esta perspectiva, en el marco del presente estudio, la acción colectiva de cesación recibirá una calificación contractual cada vez que el fundamento de la pretensión colectiva resarcitoria exija que el juez se pronuncie sobre cuestiones de Derecho contractual, lo que sucederá, en los casos en que los consumidores faciliten datos personales para el suministro de contenidos o servicios digitales, cuando resulte imprescindible la interpretación de los términos y condiciones generales que se refieran a la materia de privacidad, o cada vez que el régimen jurídico de la protección de datos y, en particular, su contravención, pueda incidir en la validez y la eficacia del contrato, o en la falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales.

105. *Vid.*, en este sentido, el apdo. 57 de las Conclusiones del Abogado General Sr. H. Sogaugmandsgaard Øe, as. C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation cit. supra* nota 103.

106. *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 8 de marzo de 1988, as. C-09/87 *Arcado* (ECLI:EU:C:1988:127), apdos. 12 y 13.

En efecto, al tratarse de obligaciones nacidas del propio contrato, tales estipulaciones pueden suscitar cuestiones de Derecho contractual, como las relativas a su eficacia y validez, o las consecuencias de su incumplimiento. No en vano, el tratamiento de datos suele basarse en políticas de datos estandarizadas, lo que significa que las condiciones generales sobre protección de datos quedarán sometidas al control de incorporación y de contenido de la Directiva 93/13/CEE¹⁰⁷. Además, como obligación contractual vinculante, el incumplimiento de las cláusulas relativas a la facilitación y el tratamiento de datos personales es determinante para que entren en juego remedios jurídicos de naturaleza contractual, como ocurre frente al incumplimiento por el consumidor de la obligación de proporcionar datos personales como contraprestación, permitiendo que el empresario pueda negarse a suministrar el contenido o el servicio o incluso a poder resolver el contrato; o cuando el proveedor utiliza los datos facilitados por el consumidor para fines distintos de los previstos en el contrato, pudiendo el consumidor resolver el contrato y, en su caso, la reclamación de una indemnización por dicho incumplimiento contractual. De la misma manera, el régimen jurídico de la protección de datos y, en particular, su contravención, puede incidir en la validez y la eficacia del contrato, y en la evaluación de la conformidad de las prestaciones digitales, suscitando también cuestiones de naturaleza contractual. Asimismo, en los contratos en que un consumidor facilita sus datos personales como contraprestación, la retirada del consentimiento al tratamiento de datos personales (art. 7.3 RGPD), una vez pasado el plazo para desistir del contrato (art. 9 Directiva 2011/83/UE)¹⁰⁸, acarreará consecuencias patrimoniales derivadas del posible incumplimiento del contrato y, en su caso, la producción de daños y perjuicios. Del mismo modo, la contravención de una norma legal imperativa como es el RGPD, puede suponer la

107. Cabe declarar la ineficacia de las cláusulas poco claras que se ocupan de la finalidad del tratamiento, al no cumplir los requisitos de transparencia formal (art. 5 de la Directiva 93/13/CEE), o la nulidad de las cláusulas consideradas abusivas. Así ocurre con las cláusulas sobre el objeto principal del contrato (cesión de datos como contraprestación) por no superar el control de transparencia material (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE), o del resto de cláusulas cuando puedan causar un perjuicio desproporcionado (art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE). *Vid.* METZGER, A., "Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva Directiva sobre contenidos y servicios digitales", en ARROYO I AMAYUELAS, E., y CÁMARA LAPUENTE, S. (eds.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Barcelona, 2020, pp. 121-140, p. 212; GARCÍA PÉREZ, R.M., "Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales", en *El Derecho privado...*, *op. cit.*, pp. 175-208, p. 201.

108. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011).

ineficacia del contrato contrario a la ley o, en su caso, la anulabilidad a instancia del consumidor¹⁰⁹. Por último, también plantean cuestiones de naturaleza contractual los supuestos en los que el incumplimiento de las obligaciones que el RGPD pueda considerarse, al alimón, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales con los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad establecidos por la DCSD, que desencadena el ejercicio de las medidas correctoras establecidas en ella. En todos esos casos, las potenciales acciones colectivas de cesación acumuladas a las medidas colectivas resarcitorias recibirán una calificación contractual.

En cambio, las acciones colectivas de cesación recibirán una calificación extracontractual cada vez que el fundamento material de las pertinentes medidas resarcitorias se asiente en el incumplimiento del empresario demandado de un deber impuesto por ley con carácter general. A mayor abundamiento, en el ámbito del presente estudio, quedarán comprendidas en la materia delictual del art. 7.2 RBI *bis*, y, por tanto, en la esfera de aplicación de los foros específicos del art. 79.2 RGPD¹¹⁰, las acciones colectivas resarcitorias basadas en el art. 82 RGPD y las potenciales acciones colectivas de cesación acumuladas. La acción resarcitoria establecida en el art. 82 RGPD no puede quedar comprendida en la materia contractual, en la medida en que, siguiendo el planteamiento del TJUE en la Sentencia *Wikinghof*¹¹¹, lejos de basarse en las estipulaciones de un contrato o en normas jurídicas aplicables en virtud de dicho contrato, se fundamenta en el derecho del consumidor (interesado) a recibir del empresario/

109. *Vid.* HACKER, P., “Regulating the economic impact of data as counter-performance: from the illegality doctrine to the unfair contract terms Directiva”, en *Data as counter-performance...*, *op. cit.*, pp. 47-76.

110. Como ya se ha indicado, la caracterización de la regla especial de competencia del art. 79.2 RGPD como una suerte de especificación normativa de la jurisprudencia *eDate Advertising* del TJUE, en relación con la interpretación del art. 7.2 RBI *bis* en los litigios relativos a la intromisión de derechos de la personalidad en Internet, es determinante para concretar el alcance material y territorial de los foros de competencia que establece el art. 79.2 RGPD, y, por lo tanto, para considerar que no responden a un criterio de *favor laesi*, descartando cualquier lectura de los foros del art. 79.2 RGPD en clave de foros de protección. Siguiendo esta interpretación, los foros de competencia del art. 79.2 RGPD abren la puerta solamente a acciones de carácter extracontractual, permitiendo al interesado demandar por el conjunto daños generados por la conducta infractora del responsable, *vid.* PAREDES PÉREZ, J.I., “Acciones de representación resarcitorias y protección de los consumidores como titulares de datos en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales: un estudio en clave de foros de competencia judicial internacional”, en CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital. Aspectos europeos e internacionales*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2021, pp. 469-501.

111. STJUE de 24 de noviembre de 2020, as. C-59/19 *Wikinghof GmbH* (ECLI:EU:C:2020:950).

responsable una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción de las obligaciones legales que el RGPD impone con carácter general al responsable del tratamiento, al margen del incumplimiento de las obligaciones jurídicamente vinculantes en virtud del contrato. En efecto, conviene tener presente, como deja bien claro el cdo. 38 de la DCSD, que la DCSD no interfiere en las condiciones para el tratamiento lícito de los datos personales facilitados por el consumidor, por cuanto esta cuestión está regulada por el RGPD. Por esta razón, la aplicación de la DCSD debe entenderse sin perjuicio de los derechos reconocidos por el RGPD al consumidor (como interesado), los cuales resultarán de aplicación a todos los datos personales facilitados por el consumidor al empresario o recopilados por este, en relación con todo contrato que entre en el ámbito de aplicación de la DCSD. Precisamente, entre esos derechos se encuentra el derecho reconocido por el art. 82 RGPD al consumidor (interesado), cuyo fundamento material se asienta en la antijuricidad del comportamiento del proveedor/responsable contrario al RGPD, aun cuando tenga lugar en el contexto del contrato celebrado, lo que permite, a su vez, deducir que el art. 82 RGPD circunscribe la reclamación de indemnización al ámbito extracontractual. La naturaleza delictual de la acción de resarcimiento establecida en el art. 82 RGPD se ve confirmada porque no suscita, en cuanto al fondo, cuestiones de naturaleza contractual; no se fundamenta en la violación de un contrato, o en normas del Derecho contractual, sino en la infracción de los deberes legales que impone con carácter general el RGPD al proveedor para el tratamiento de los datos personales. En particular, la determinación de la licitud de todo tratamiento de datos personales en relación con los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no es una cuestión que corresponda al Derecho contractual, sino a la normativa de protección de datos, de conformidad con alguno de los fundamentos jurídicos previstos en el art. 6.1 RGPD. No en vano, cuando el tratamiento de datos se basa en el consentimiento del consumidor con arreglo al art. 6.1.a) RGPD, la licitud del consentimiento transcurre por caminos diferentes al consentimiento contractual¹¹². La licitud del consentimiento para el tratamiento de los datos personales se determina bajo las disposiciones específicas del RGPD, incluidas las condiciones para valorar si se presta libremente, sin interferir en la validez del contrato celebrado. En este contexto, el hecho de que resulte necesaria la interpretación de las estipulaciones del contrato para determinar la licitud del consentimiento en el sentido del RGPD, no debe anular la calificación delictual de la acción de resarcimiento establecida en el art. 82 RGPD.

112. *Vid.* GARCÍA PÉREZ, R.M., “Interacción entre protección...”, *op. cit.*, pp. 191-192.

En efecto, la necesidad de interpretar el contrato no solo puede resultar determinante para la calificación contractual de la acción, tal como invocó el TJUE en la sentencia *Brogssitter*¹¹³, sino también para pronunciarse sobre la legalidad del comportamiento recriminado en el ámbito delictual¹¹⁴. Este dato explica el cambio jurisprudencial provocado por la sentencia *Wikingerhof*¹¹⁵, al hilo de la calificación delictual de una infracción de las normas del Derecho de la competencia cometida en el marco de la relación contractual que vinculaba a las partes del litigio principal, en la que el TJUE invocó la necesidad de la interpretación del contrato para determinar el carácter ilícito de las prácticas reprochadas al demandado. Desde la perspectiva del presente estudio, evidentemente, la licitud del consentimiento prestado por el consumidor para el tratamiento de datos personales en un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, que pudiera justificar acción resarcitoria del art. 82 RGPD, se ha de demostrar sobre la base de las cláusulas contractuales pertinentes contenidas en el contrato, las cuales serán interpretadas, a la luz de los requisitos exigidos por el RGPD, para verificar la validez del tratamiento basado en el consentimiento. El punto de referencia para apreciar la licitud de dicho tratamiento no es el contrato ni las condiciones generales ni el Derecho que le resulte de aplicación, sino la normativa de protección de los datos personales. La interpretación de las estipulaciones resultará necesaria para determinar de manera objetiva, a la luz del RGPD, el consentimiento válido para el tratamiento de datos personales, es decir, si ha ido precedido de una información concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso (art. 12.1 RGPD), y si ha sido dado de forma libre, específica, informada e inequívoca (art. 4.11 RGPD).

2. CONCENTRACIÓN Y FRAGMENTACIÓN DE LOS PROCESOS EN QUE SE ACUMULEN ACCIONES DE CESACIÓN Y ACCIONES RESARCITORIAS

En este contexto, amén de los foros de la sumisión expresa y tácita (arts. 25 y 26 RBI *bis*), el foro del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*) y el foro del establecimiento del responsable (art. 79.2 RGPD) resultarían, de nuevo, los fueros que mejor se compadecen con el objetivo de la DAR, que no es otro, como se ha de recordar, que la entidad habilitada pueda

113. STJUE de 13 de marzo de 2014, as. C-548/12 *Brogssitter* (ECLI:EU:C:2014:148), apdos. 24 y 25.

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

115. STJUE, as. C-59/19 *Wikingerhof GmbH*, *cit. supra* nota 111.

concentrar en un único proceso las medidas de cesación y las medidas resarcitorias, incluyendo los casos en que una entidad habilitada también tiene legitimación para la tutela de los intereses consumidores residentes en otros Estados miembros. Como se ha indicado antes, la competencia universal que confieren los fueros reseñados habilita el ejercicio de las acciones de representación transfronterizas ante un mismo foro, permitiendo que dichas medidas se dicten en una única resolución. La competencia universal que confieren dichos fueros al juez competente resuelve además el problema asociado a la fragmentación de la competencia en supuestos, como los que ahora retienen nuestra atención, en los que se quieran solicitar pretensiones cumulativas basadas en la DCSD y en el RGPD, es decir, acumular en la misma demanda pretensiones contractuales y extracontractuales. En la práctica, estas situaciones se producen, por ejemplo, cuando el mismo comportamiento lesivo del empresario constituye simultáneamente un incumplimiento de la DCSD y del RGPD. Cabe pensar en el supuesto en que el empresario realiza un tratamiento de datos para unos fines distintos del consentido por el consumidor para la celebración del contrato, o cuando los hechos que dan lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el RGPD, puedan considerarse asimismo una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la DCSD. Con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, cuando el mismo comportamiento lesivo entre partes contratantes constituya simultáneamente un incumplimiento de una obligación contractual y un incumplimiento de un deber legar oponible *erga omnes*, el juez del contrato solo es competente para conocer de las pretensiones contractuales, y el juez del delito solo para conocer de las pretensiones delictuales. Dicho lo cual, en lo concerniente a las medidas de cesación y las que tienen por objeto la solicitud de remedios resarcitorios de naturaleza contractual de la DCSD, descartados los foros de protección para los contratos con consumidores (arts. 17 a 19 RBI *bis*), en virtud de su naturaleza *intuitu personae*¹¹⁶, una entidad habilitada conforme a la DAR deberá acudir al foro especial en materia contractual (art. 7.1 RBI *bis*). A diferencia de las medidas de cesación y resarcitorias de naturaleza extracontractual (art. 82 RGPD) por la conducta infractora del empresario de las disposiciones del RGPD, para las que tendrá que recurrir al foro específico de la residencia habitual de los interesados (art. 79.2 RGPD). En estas circunstancias, salvando los casos excepcionales en que el empresario no hubiera designado

116. *Vid.*, a este respecto, la STJUE de 19 de enero de 1993, as. C-89/91 *Shearson* (ECLI:EU:C:1993:15), apdo. 24, y STJUE, as. C-498/16 *Schrems*, *cit. supra* nota 95, apdo. 49. En el plano doctrinal, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, pp. 173-174.

el lugar de cumplimiento de la obligación contractual, la fragmentación de la competencia entre las pretensiones contractuales y delictuales conduce, en la práctica, a una segregación de foros imposibilitando la acumulación de dichas pretensiones ante los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de los interesados, quienes no podrán pronunciarse sobre las medidas en su conjunto. Por otra parte, a estas trabas, se han de sumar también, en el caso hipotético de que fueran competentes para conocer de las medidas en su conjunto, las asociadas al alcance territorial de la competencia judicial de los tribunales del Estado miembro de la residencia de los interesados afectados, en la medida en que imposibilita el ejercicio de las acciones de representación nacionales en los casos en que la entidad habilitada esté también legitimada para la defensa de los intereses de los consumidores de otros Estados miembros. Como se ha indicado ya, en la medida en que una acción colectiva no puede tener incidencia en la determinación del tribunal competente¹¹⁷, y que la competencia de los tribunales del lugar del resultado del daño y de la residencia de los interesados se limita al perjuicio sufrido en dicho territorio¹¹⁸, una entidad habilitada en ese mismo Estado miembro no podría ejercitar una medida de cesación ni resarcitoria más que en defensa de los intereses del grupo de consumidores afectados residentes en dicho Estado. Análogamente, sobre la base del foro específico del lugar de residencia habitual de los interesados (art. 79.2 RGPD), una entidad acreditada en otro Estado miembro tampoco podrá presentar ante dicho tribunal las medidas de representación (cesación y resarcitorias) en defensa de los interesados afectados residentes en aquel Estado, al no tratarse de daños producidos en el territorio al que pertenece dicho tribunal.

VII. CONCLUSIONES

Las infracciones al RGPD relacionadas con el suministro de contenidos y servicios digitales, en virtud de alguno de los contratos comprendidos en la esfera de aplicación de la DCSD, son un banco de prueba para el estudio de los problemas de interpretación de las pretensiones de cesación

117. *Vid.*, a este respecto, STJUE, as. C-147/12 *ÖFAB*, *cit. supra* nota 95, apdo. 58; as. C-352/13 *CDC Hydrogen Peroxide SA* *cit. supra* nota 95, apdo. 35; y la STJUE de 25 de enero de 2018, as. C-498/16 *Schrems*, *cit. supra* nota 95, apdo. 48.

118. *Vid.* STJUE, as. C-147/12 *ÖFAB*, *cit. supra* nota 95, apdo. 58, y as. C-352/13 *CDC Hydrogen Peroxide SA*, *cit. supra* nota 95, apdo. 55. Lo que impide, a su vez, en el caso de consumidores/interesados con residencia en diferentes Estado miembros, la posibilidad de considerar como centro de intereses el de la mayoría de los afectados o entre todos el que mejor les proteja, *vid.*, a este respecto, AÑOVEROS TERRADAS, B., "Consumer Collective...", *op. cit.*, pp. 155-156.

de la DAR en el marco del RBI *bis* y del art. 79.2 RGPD, y las dificultades de articulación con los foros de competencia disponibles en los citados textos europeos. En este contexto, con arreglo a la calificación de los conceptos normativos que emplea el RBI *bis*, una acción colectiva de cesación en interés general de los consumidores recibirá siempre una calificación extracontractual, en el sentido del art. 7.2 RBI *bis*, con independencia de la naturaleza pública o privada de la entidad habilitada conforme a la DAR que la ejercite. A diferencia de lo que ocurre con la acción de cesación en interés grupo, cuya calificación contractual o extracontractual es una variable dependiente de la que reciba la medida colectiva resarcitoria, a la que pueda acumularse con el objeto de que sean acordadas en una misma decisión. De este modo, la acción de cesación en interés de grupo podrá recibir una calificación contractual cuando las medidas resarcitorias exijan al empresario/responsable proporcionar a los consumidores afectados soluciones de Derecho contractual (como las previstas en la DCSD: indemnización, reparación, sustitución, reducción del precio, resolución del contrato o reembolso del precio pagado), o recibir una calificación extracontractual cuando las medidas resarcitorias exijan al empresario/responsable soluciones propias del RGPD (como el derecho a exigir una reclamación por los daños y perjuicios sufridos por la infracción del RGPD durante el suministro de los contenidos o servicios digitales, *ex* art. 82 RGPD).

En lo concerniente a la articulación con los foros de competencia del RBI *bis* y del art. 79.2 RGPD, partiendo de la base que esta última disposición acoge solamente acciones de naturaleza extracontractual, es importante reseñar que, aunque no incluyan normas específicas de competencia judicial internacional, las disposiciones de la DAR buscan privilegiar el foro del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*) y el foro de establecimiento del responsable (art. 79.2 RGPD), frente al resto de foros especiales disponibles, tanto en el caso de las acciones de cesación en interés general de los consumidores como de las acciones de representación en interés de grupo. La razón es la fácil conjugación de los foros reseñados con el objetivo esencial de la DAR, que no es otro que garantizar el ejercicio de acciones de representación transfronterizas en todo el espacio judicial europeo, obligando a los Estados miembros a que las entidades habilitadas designadas en otro Estado miembro puedan ejercitar dichas acciones de representación ante sus propios órganos jurisdiccionales. Desde esta perspectiva, la competencia universal que confieren los fueros reseñados al juez competente habilita el ejercicio de las acciones de representación transfronterizas, en el sentido de la DAR, ante un mismo foro, permitiendo que dichas medidas se dicten en una única resolución. Concretamente, el foro

del domicilio del demandado (art. 4 RBI *bis*) y el foro de establecimiento del responsable (art. 79.2 RGPD) no solo habilitan la posibilidad de que la acción de representación pueda ser ejercitada ante el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro por varias entidades habilitadas de distintos Estados miembros con el fin de proteger los intereses colectivos de consumidores de distintos Estados miembros, sino además que la acción de representación pueda ser ejercitada ante el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro por una entidad habilitada que represente a consumidores de más de un Estado miembro. Por otro lado, la competencia universal que confieren dichos fueros al juez competente, resuelve el problema ligado a la fragmentación de la competencia en los casos de concurrencia de responsabilidades contractual y extracontractual, como sucede cuando el mismo comportamiento lesivo del empresario/responsable constituye simultáneamente un incumplimiento de la DCSD y del RGPD.

En cambio, la articulación de las acciones de representación transfronterizas, en el sentido de la DAR, es inviable con el resto de los fueros especiales disponibles. Concretamente, tratándose de acciones de cesación colectiva en interés general, una entidad habilitada conforme a la DAR podría acudir al foro del lugar de materialización del daño para las infracciones de la DCSD (art. 7.2 RBI *bis*), y al foro de la residencia de los consumidores/interesados víctimas para las infracciones al RGPD (art. 79.2 RGPD). En el caso de acciones de cesación en interés de grupo, tratándose de infracciones a la RGPD cometidas durante el suministro de contenidos o servicios digitales, la entidad habilitada podría acudir al foro contractual para las infracciones de la DCSD (art. 7.1 RBI *bis*), y al fuero de la residencia de los consumidores/interesados víctimas para las infracciones del RGPD (art. 79.2 RGPD). Tomando en consideración la jurisprudencia del TJUE, en la medida en que una acción colectiva no puede tener incidencia en la determinación del tribunal competente, y que la competencia de los tribunales del lugar del resultado del daño y de la residencia de los consumidores/interesados víctimas se limita al perjuicio sufrido en dicho territorio, tanto en el caso de las acciones de cesación en interés general de los consumidores, como en el caso de las pretensiones de cesación en interés de grupo, las entidades habilitadas no podrán ejercitar la correspondiente medida de representación más que en interés de los consumidores/interesados residentes en dicho Estado miembro. En particular, en el caso de las acciones de cesación en interés general de los consumidores, el foro del lugar de materialización del daño (art. 7.2 RBI *bis*) y el foro de la residencia de los consumidores/interesados víctimas (art. 79.2 RGPD) no solo imposibilitan que las entidades habilitadas

de distintos Estados miembros puedan unir fuerzas en una única acción de representación ante un único foro, sino también que una entidad habilitada pueda ejercitar ante dichos tribunales una acción de representación nacional, en el sentido de la DAR, que represente a consumidores de más de un Estado miembro. Además, en el caso de las acciones de cesación en interés de grupo, en la medida en que, en la práctica, es difícil que coincidan el foro contractual del art. 7.1 RBI *bis* y el fuero de la residencia habitual de los consumidores/interesados afectados (art. 79.2 RGPD), la fragmentación de la competencia entre pretensiones contractuales (art. 7.1 RBI *bis*) y extracontractuales (art. 79.2 RGPD), imposibilitará (en contra de los objetivos de la DAR) la acumulación de pretensiones por la entidad habilitada ante el mismo foro.