

INFLUENCERS, CONSEJOS INEXACTOS Y RESPONSABILIDAD EN LA ERA DIGITAL

INFLUENCERS, INACCURATE ADVICE AND RESPONSIBILITY IN THE DIGITAL AGE

MARÍA DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSEJO DE SALUD INEXACTO DE UN *INFLUENCER*: ¿PRODUCTO DEFECTUOSO? ¿RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL? III. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El auge de las redes sociales y la figura de los *influencers* ha dado lugar a que se planteen nuevos escenarios en materia de responsabilidad civil. En el presente trabajo se reflexiona acerca de los consejos de salud erróneos o inexactos que realizan en ocasiones estos *influencers*, y que pueden causar daños a aquellas personas que se deciden a seguirlos. Todo ello desde una perspectiva internacional privatista, en tanto que el contenido subido a redes sociales es accesible prácticamente a nivel mundial.

ABSTRACT: *The rise of social networks and the figure of influencers has given rise to new scenarios regarding civil liability. This work reflects on the erroneous or inaccurate health advice that these Influencers sometimes give, and that can cause harm to those people who decide to follow them. All of this from a private international perspective, while the content uploaded to social networks is accessible practically worldwide.*

PALABRAS CLAVE: *Influencers*, Instagram, redes sociales, responsabilidad civil, productos defectuosos.

KEYWORDS: *Influencers*, Instagram, social networks, civil liability, defective products.

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento de las redes sociales y la figura de los *influencers*¹, ya regulada en algunas legislaciones², han introducido numerosos cambios en nuestra vida cotidiana, transformando nuestra

Fecha de recepción del trabajo: 16 de septiembre de 2024. Fecha de aceptación de la versión final: 11 de noviembre de 2024.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: mcheliz@unizar.es. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 2 de julio de 2024.

1 “*Influencer*” es una palabra que no está en el diccionario académico español, pero la RAE tiene constancia de ella y se documenta en el Corpus del Español del Siglo XXI. Según el “[Observatorio de palabras](#)” del “[Portal lingüístico](#)” de la RAE, *influencer* “*es un anglicismo usado en referencia a una persona con capacidad para influir sobre otras, principalmente a través de las redes sociales*”.

2 Resulta significativo que la legislación francesa ha avanzado en la regulación de los contratos de los *influencers* hasta el punto de introducir una norma de conflicto de leyes en el art. 8.1.5° de la *LOI n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l’influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux*, que establece que “*La soumission du contrat au droit français, notamment au code de la consommation, au code de la propriété intellectuelle et à la présente loi, lorsque ledit contrat a pour objet ou pour effet de mettre en œuvre une activité d’influence commerciale par voie électronique visant notamment un public établi sur le territoire français*”. Por su parte, en nuestro país, se ha publicado

forma de comunicarnos, de relacionarnos e incluso nuestros hábitos de belleza o de consumo. En la actualidad, en España, un 85% de los internautas de 12 a 74 años utilizan redes sociales, lo que representa cerca de 30 millones de usuarios³. Por su parte, en nuestro país existen más de 12.000 *influencers* profesionales, denominados así por tener más de 100.000 seguidores en alguna de sus redes sociales. De todos ellos, alrededor de 1.100 pueden considerarse macro *influencers* al tener más de un millón de seguidores⁴. Cabe señalar que precisamente a este tipo de *influencers* es a los que afecta el reciente Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual. Este Real Decreto considera usuarios de especial relevancia a aquellos usuarios que obtienen ingresos iguales o superiores a 300.000€ anuales, tiene 1.000.000 de seguidores en una sola plataforma o 2.000.000 de forma agregada, y ha compartido un número de vídeos igual o superior a 24 anuales.

En este contexto, es cada vez más habitual que los usuarios, además de seguir las cuentas de las personas de su entorno próximo (amigos, familiares o conocidos), sigan también las de determinados *influencers*. Esta práctica se ha detectado especialmente en los sectores más jóvenes, siendo destacable que 8 de cada 10 usuarios con edades comprendidas entre los 12 y los 17 años sigue cuentas de *influencers*, especialmente en Instagram, seguido de TikTok y Youtube⁵.

Pese a que son numerosos y muy variados los tipos de *influencers* que se pueden encontrar, muchos de ellos emplean las redes sociales para mostrar su estilo de vida, compartir sus vivencias y dar a sus seguidores todo tipo de consejos y de recomendaciones, adquiriendo gran trascendencia aquellas relacionadas con el ámbito de la belleza y la salud (en las que se va a centrar el presente artículo).

Estas recomendaciones son consideradas creíbles por los usuarios de las redes sociales⁶ y tienen un gran peso en el comportamiento de sus seguidores⁷, muchos de ellos, además, como se

recientemente el Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

3 Datos extraídos del Estudio Anual de Redes Sociales del año 2023, elaborado por la Comisión Redes Sociales IAB España. Estudio disponible en el siguiente enlace: <https://iabspain.es/estudio/estudio-de-redes-sociales-2022/>

4 Según datos extraídos de un análisis de 2btube del año 2023. Si se comparan estos datos con los presentados por 2btube en el año 2022, la franja de creadores de más de 1.000 seguidores ha crecido un 32%; mientras que el número de creadores que ahora tienen más de un millón de seguidores es un 25% mayor. Datos extraídos de: <https://2btube.com/proyectos/creacion-de-contenido/>

5 Datos extraídos del Estudio Anual de Redes Sociales del año 2023, elaborado por la Comisión Redes Sociales IAB España.

6 Un 8% de los usuarios considera “muy creíble” el nivel de credibilidad de los *influencers* que sigue, un 39% los valora como “bastante creíbles” y un 43% “algo creíbles”. Únicamente el 9% considera que son “poco creíbles” y el 1% “nada creíbles”. Si se comparan estas cifras con las del año 2021, se observa que la credibilidad de los *influencers* ha aumentado de forma considerable. Datos extraídos del Estudio Anual de Redes Sociales del año 2022, elaborado por la Comisión Redes Sociales IAB España.

7 Una muestra del nivel de influencia que tienen los *influencers* en el comportamiento de sus seguidores, se desprende del llamamiento que hizo Fernando Simón en agosto de 2020, cuando la evolución de la pande-

ha indicado, muy jóvenes, y más fácilmente influenciables⁸. No obstante, esta percepción de credibilidad de los *influencers* contrasta con la realidad, y es que una parte muy importante de ellos no posee los conocimientos necesarios ni la formación adecuada para realizar tales recomendaciones⁹. De esta manera, la información difundida por algunos *influencers* en materia de salud, nutrición, o cuidados de belleza no puede ser considerada fiable y no atiende a criterio médico o científico alguno.

En consecuencia, en redes sociales son abundantes las recomendaciones de *influencers* que son erróneas o inexactas, y que pueden suponer un riesgo para la salud del usuario que decide seguirlas, causándole determinados daños. A ello hay que añadir que el contenido subido a redes sociales traspasa fronteras y es accesible prácticamente desde cualquier parte del mundo, de tal manera que estos consejos emitidos por un *influencer* en un determinado país, pueden provocar daños a seguidores residentes en otro Estado. Con la dificultad añadida de que, al tratarse de consejos arrojados en Internet –medio que se caracteriza por su deslocalización– resultan de muy compleja aplicación los criterios y conexiones tradicionales marcados por la territorialidad.

Ello genera un nuevo escenario, en el que se han de reinterpretar las normas de Derecho Internacional Privado en relación con la responsabilidad de los *influencers* por los daños derivados de los consejos y recomendaciones inexactas publicadas en redes sociales relacionadas con la belleza y la salud.

Así, en el presente artículo se va a analizar la eventual responsabilidad de los *influencers* derivada de consejos relacionados con la salud erróneos o inexactos, centrando el campo de estudio en el ámbito del Derecho Internacional de la UE.

II. CONSEJO DE SALUD INEXACTO DE UN *INFLUENCER*: ¿PRODUCTO DEFECTUOSO? ¿RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL?

Como se ha señalado con anterioridad, son numerosos los *influencers* que, a través de sus cuentas, especialmente de Instagram, ofrecen a sus seguidores todo tipo de consejos o re-

mia de la Covid-19 volvía a ser preocupante. Ante esta situación, y como vía para llegar de una manera más efectiva a la población más joven, pidió a los *influencers* que ayudaran a concienciar acerca de las medidas de prevención y control de la epidemia, y colaboraran de esta manera a la contención de los contagios. Fuente: <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2020/08/20/coronavirus-simon-afirma-influencers-espana-pueden-ayudar-a-controlar-epidemia-con-su-visibility-1391805.html>

8 Véase JIMÉNEZ-MARÍN, J./BELLIDO-PÉREZ, E./TRUJILLO SÁNCHEZ, M. “Publicidad en Instagram y riesgos para la salud pública: el *influencer* no sanitario como prescriptor de medicamentos, a propósito de un caso”, *Revista Española de Comunicación en Salud*, 2021, v. 12, Nº 1, pp. 44.

9 Así se extrae de un estudio de la Universidad de Glasgow (Escocia), presentado en el Congreso Europeo de Obesidad, en el que se analizaron los perfiles de los 14 *influencers* más populares que promueven una vida aparentemente saludable en Reino Unido. En él, los investigadores participantes comprobaron que solo uno de cada nueve cumplía con criterios necesarios: basarse en una evidencia científica, tener conocimientos nutricionales, ser de confianza, imparcial y transparente. Fuente: El País (2019): https://elpais.com/elpais/2019/05/13/buenavida/1557758806_589528.html

comendaciones en materia de cuidados personales o de salud. En muchas ocasiones, esos consejos, además de no fundamentarse en base científica alguna, son inexactos, por lo que son susceptibles de causar daños a todas aquellas personas que decidan llevarlos a la práctica.

Sirva como ejemplo el supuesto, muy similar al que dio lugar a la sentencia que posteriormente analizaremos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 10 de junio de 2021, en el que una *influencer*, como remedio para aliviar el dolor reumático, recomiende a sus seguidores que se apliquen rábano rallado y lo dejen actuar en la zona afectada entre dos y cinco horas antes de retirarlo. Este consejo probablemente sea percibido por sus seguidores como un remedio fiable (ya que procede de alguien que les transmite confianza), y muchos de ellos lo sigan. Sin embargo, esta recomendación contiene un error, y es que el tiempo durante el que debe aplicarse la sustancia es inexacto: no son entre dos y cinco **horas**, sino entre dos y cinco **minutos**. De esta manera, aquellos seguidores que hayan seguido al pie de la letra lo indicado por la *influencer*, y hayan dejado actuar el rábano entre dos y cinco horas, han podido sufrir determinados daños consecuencia de ello.

Precisamente este mismo supuesto de hecho, pero con la variación de que el consejo inexacto en el que tienen origen los daños no se publicó en una red social, sino que lo hizo en un periódico impreso, dio lugar a que se pronunciara el TJUE, en su sentencia de 10 de junio de 2021¹⁰. El núcleo del pronunciamiento consiste en determinar si un consejo de salud inexacto inserto en un ejemplar físico de un diario, permite calificarlo como “producto defectuoso” en el sentido de la Directiva 85/374¹¹.

Debido a los paralelismos del caso con la problemática planteada, a continuación, se va a analizar la citada sentencia para, posteriormente, valorar si la conclusión alcanzada por el TJUE sería extensible al supuesto en el que el consejo inexacto se hubiera publicado por parte de un *influencer* en una red social, por ejemplo, en una cuenta de Instagram, en lugar de hacerlo en una publicación en papel.

1. El caso de un consejo de salud inexacto publicado en un periódico: Análisis de la sentencia del TJUE 10 de junio de 2021

La sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021 aborda la cuestión de si se puede considerar producto defectuoso un ejemplar físico de un periódico que contiene un consejo de salud cien-

10 Véanse los apartados 13-23 de la citada sentencia, donde se explica en detalle los hechos del litigio principal.

11 Conviene destacar que el pasado 28 de septiembre de 2022 se publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, (COM/2022/495) que, si finalmente prospera, modificará considerablemente el sistema previsto en la Directiva 85/374 vigente en la actualidad. La principal finalidad de esta modificación, es adaptar las normas de responsabilidad civil por productos defectuosos a los daños que pueden presentarse en la sociedad actual, marcada por la implementación de Internet y las nuevas tecnologías. No obstante, en principio, la interpretación realizada por el TJUE en su sentencia de 10 de junio de 2021, sería igualmente aplicable respecto del texto actual de la Propuesta de Directiva, no variando de esta manera la forma en que se habría resuelto el presente supuesto de haberse planteado más adelante, con la nueva normativa ya en vigor.

tíficamente inexacto, cuyo seguimiento es nocivo para la salud, de conformidad con el art. 2 en relación con los arts. 1 y 6 de la Directiva 85/374.

Dicha cuestión prejudicial es planteada por el *Oberster Gerichtshof* (en adelante, Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria) en relación con un conflicto entre *KRONE – Verlag*, por un lado, empresa domiciliada en Austria propietaria y editora del periódico *Kronen-Zeitung*, y *VI*, por otro lado, nacional austriaca que sufrió lesiones corporales a consecuencia de haber seguido un consejo de salud inexacto publicado en dicho periódico, del que era suscriptora.

A) SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIÓN PREJUDICIAL

En el asunto que da lugar al litigio principal, la demandada (*KRONE – Verlag*) publicó en el periódico *Kronen-Zeitung* un artículo bajo la rúbrica de “Mirada de cerca y vida sana” sobre los beneficios de la aplicación de rábano picante rallado, como remedio para el dolor reumático. Este artículo estaba firmado por una persona, miembro de una orden religiosa, el *Kräuterpfarrer Benedikt*, que, en su condición de experto en el ámbito de las hierbas medicinales, da consejos gratuitos en una columna publicada diariamente por el periódico. La redacción literal del artículo era la siguiente¹²:

“Alivio del dolor reumático

El rábano recién rallado puede ayudar a aliviar los dolores que aparecen en el curso de un proceso reumático. Las partes afectadas se untan primero con un aceite vegetal viscoso o con manteca de cerdo, antes de aplicar el rábano rallado y presionarlo. Esta capa puede dejarse actuar perfectamente entre dos y cinco horas, antes de retirarla. Este remedio ejerce un beneficioso efecto revulsivo.”

Sin embargo, como ya se ha avanzado con anterioridad, se trata de un consejo inexacto, en tanto que la duración durante la que debe aplicarse el rábano rallado no es de entre dos y cinco **horas**, sino de entre dos y cinco **minutos**.

La demandante (*VI*), tras haber leído el artículo en el periódico, y siguiendo las indicaciones ahí establecidas, procede a aplicarse la sustancia en el pie. Transcurridas alrededor de tres horas tiene que retirarla dado que comienza a sufrir fuertes dolores, como consecuencia de una reacción cutánea tóxica. Por este motivo, interpone una demanda contra *KRONE – Verlag*, reclamando que le abone 4.400€ en concepto de reparación por los daños corporales sufridos, y que se declare la responsabilidad de dicha editorial por todas las consecuencias dañosas presentes y futuras resultantes del incidente.

La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación¹³, motivo por el que la demandante interpone un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de

12 Extraído del apartado 15 de la sentencia.

13 En primera instancia la demanda fue desestimada ya que el Tribunal consideró que la demandada había encargado la redacción del artículo a un experto en la materia, por lo que no tenía motivo para supervisar los textos que él le presentaba. En esta misma línea, al autor del artículo en cuestión no se le podía considerar una persona habitualmente negligente ni deliberadamente peligrosa. Por otro lado, si el error se hubiera

Austria. Ante la duda de si un editor de prensa o el propietario de un periódico puede ser considerado responsable, con arreglo a la Directiva 85/374, de las consecuencias dañosas derivadas de una información inexacta contenida en un artículo cuya publicación ha autorizado, decide interponer una cuestión prejudicial al TJUE¹⁴. En concreto, plantea la cuestión de si el art. 2, en relación con los arts. 1 y 6 de la citada Directiva, hay que interpretarlos en el sentido de que puede ser “producto defectuoso” un ejemplar físico de un diario que contiene un consejo de salud científicamente inexacto, cuyo seguimiento es nocivo para la salud.

El TJUE basa su pronunciamiento en tres argumentos principales, que se van a desarrollar a continuación: el concepto de “producto” a los efectos de la Directiva 85/374, los elementos para apreciar el carácter de “defectuoso” de un producto, y el contexto y los objetivos perseguidos por el legislador de la UE al elaborar la citada normativa.

B) EL CONCEPTO DE “PRODUCTO” PREVISTO EN LA DIRECTIVA 85/374

En primer lugar, el TJUE analiza qué se entiende por “producto” a los efectos de la Directiva 85/374. El art. 2 de dicha norma, proporciona una definición de “producto” en la que incluye cualquier bien mueble (excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza), y la electricidad.

Este concepto de “producto” se integra dentro del contexto general de la responsabilidad objetiva del productor¹⁵ por los daños causados por el carácter defectuoso de sus productos,

producido en el proceso de producción, el tribunal consideró que la demandada solo sería responsable si hubiera garantizado efectivamente la veracidad del contenido de su publicación. En el caso concreto, al tratarse de una publicación en un periódico de entretenimiento, y no de una publicación científica, no puede presumirse una garantía de exactitud del contenido del artículo y, en consecuencia, no se deriva responsabilidad alguna para la demandada. Posteriormente, el recurso de apelación fue desestimado por razones meramente de procedimiento, sin entrar en el fondo del asunto. Véase apartados 13-15 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan, presentadas el 15 de abril de 2021.

14 A favor de la responsabilidad del editor o propietario del periódico señala que hay determinadas obras impresas que precisamente son adquiridas por su contenido, de tal manera que las expectativas de los consumidores no se refieren únicamente a la obra impresa como objeto, sino también al contenido de esta. En ese caso, el editor, el autor y el impresor serían responsables de los daños ocasionados por esa “prestación intelectual defectuosa”, protegiendo de esa manera a las víctimas. No obstante, también señala otros argumentos en contra, entre los que destaca que las prestaciones intelectuales no son “productos” en el sentido de la Directiva 85/374 y que dicha normativa tenía la finalidad de proteger de la peligrosidad del bien en sí, y no de un consejo proporcionado a través de un soporte físico. En este sentido, considera que sería arbitrario vincular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos a la circunstancia de que la información se haya recogido en un soporte físico. Véanse apartados 19-22 de la sentencia y los apartados 17 y 18 de las Conclusiones del abogado General.

15 El art. 3 de la Directiva define como “productor” a toda “*persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto*”. Por otra parte, la responsabilidad objetiva implica que no se exige la culpa o negligencia del productor, sino que basta con que la víctima pruebe que ha sufrido un daño, que el producto era defectuoso, y que hay un nexo causal entre el defecto y el daño. Sobre el régimen de la responsabilidad objetiva previsto en la citada Directiva véase, entre otros, GONZÁLEZ-VAQUÉ, L. “La responsabilidad civil por productos defectuosos: pers-

recogido en el art. 1 de la Directiva y en su considerando segundo. Tal y como señala el considerando tercero, dicho régimen de responsabilidad únicamente resulta aplicable a los bienes muebles producidos industrialmente o a los que se utilicen en la construcción de inmuebles o se incorporen a bienes inmuebles. La exigencia de este criterio de la responsabilidad objetiva es necesaria para una adecuada protección de los consumidores, que requiere que todo aquel que participa en un proceso de producción responda si el producto acabado o una de sus partes o las materias primas que hubiera suministrado fueran defectuosos¹⁶.

En consecuencia, de las consideraciones anteriores se desprende que un consejo de salud inexacto no puede ser calificado como producto a estos efectos, sino que se trata de un servicio, y los servicios no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la referida Directiva¹⁷. No obstante, el periódico físico en el que se integra el consejo, sí que se ajusta a la definición de “producto” que se acaba de analizar.

Partiendo de esta premisa, el TJUE examina a continuación la cuestión de si un consejo de salud, que por su naturaleza constituye un servicio, al incorporarse a un bien mueble corporal como es un periódico impreso, puede conferir un carácter “defectuoso” al propio periódico por haber resultado ser inexacto.

C) ¿UN CONSEJO DE SALUD INEXACTO INSERTO EN UN PERIÓDICO FÍSICO, LE ATRIBUYE A ÉSTE EL CARÁCTER DE “DEFECTUOSO”?

De conformidad con el art. 6 de la Directiva, un producto es “defectuoso” cuando “*no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso: a) la presentación del producto; b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto; c) el momento en que el producto se puso en circulación*”. Además, el carácter defectuoso del producto debe determinarse, tal y como el considerando sexto de

pectivas para la aplicación y el desarrollo de la Directiva 85/374/CEE”, *Estudios sobre consumo* (2001), pp. 81-105, especialmente pp. 84-86; o PAZOS CASTRO, R. “Un caso de responsabilidad por productos defectuosos: Los marcapasos y desfibriladores automáticos”, *Boletín do CEDE da USC*, vol. 1, 2016, pp. 23-3, especialmente p. 24.

16 Véanse los apartados 28-31 de la sentencia. No obstante, autores como PARRA LUCÁN, M. A. “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad especiales “existentes” en el momento de su notificación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 13/2015, p. 142 o HERNÁNDEZ RAMOS, C. “Responsabilidad por productos defectuosos en la Unión Europea. Comentarios sobre un antes y un después de la expedición de la directiva 347 de 1985”, *Revist@ e-Mercatoria*, vol. 17 n.º 1, enero-junio/2018, p. 107 recalcan que la Directiva no se concibió como un instrumento para la protección de los consumidores, sino que es un cuerpo normativo de responsabilidad civil.

17 Véanse los apartados 27 y 32 de la sentencia. Como novedad, la Propuesta de Directiva anteriormente referida, incorpora los “servicios digitales conexos”, que son los integrados o interconectados con el producto de tal manera que su ausencia le impida desempeñar sus funciones. A modo de ejemplo, el considerando 15 de la Propuesta hace referencia al suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación. Tras esto, clarifica que el presente instrumento no debe aplicarse a los servicios como tales, manteniendo de esta manera la distinción entre el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por servicios, o por productos.

dicha norma indica, no por su falta de aptitud para el uso, sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el gran público¹⁸.

En este punto, el TJUE considera que la seguridad a la que una persona puede tener legítimamente derecho debe apreciarse teniendo en cuenta, en particular, el destino, las características y las propiedades objetivas del producto de que se trata, así como las características particulares del grupo de usuarios a los que está destinado ese producto¹⁹.

Por otro lado, coincide con el Abogado General al entender que son determinados elementos intrínsecos al propio producto, en particular, los relacionados con su presentación, su uso y el momento de su puesta en circulación, los que determinan el carácter de defectuoso de un producto²⁰.

En el caso concreto, el TJUE interpreta que el consejo inexacto es un servicio que no forma parte de los elementos intrínsecos al periódico impreso que constituye su soporte, en tanto que no se refiere ni a la presentación ni al uso de este²¹. En consecuencia, un consejo de salud inexacto incorporado a un periódico impreso, no puede conferir el carácter de “defectuoso” al propio periódico, ya que no forma parte de los elementos intrínsecos a dicho producto, que son los únicos que permiten apreciar si el mismo es defectuoso²².

Pese a que tras este segundo argumento ya se puede sospechar la conclusión alcanzada por el TJUE en el presente asunto, el Tribunal analiza asimismo el contexto y objetivos de la Directiva con carácter previo a proporcionar la respuesta a la cuestión prejudicial.

D) CONTEXTO Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 85/374

Al inicio de su argumentación, el Tribunal recuerda, de forma preliminar, que la interpretación de una disposición del Derecho de la UE debe realizarse atendiendo no solo a su redacción,

18 En consecuencia, tal apreciación ha de hacerse atendiendo a las expectativas legítimas del gran público, tal y como señala el TJUE en el apartado 33 de la sentencia analizada, y en jurisprudencia anterior como la sentencia de 5 de marzo de 2015, *Boston Scientific Medizintechnik*, C-503/13 y C-504/13, EU:-C:2015:148, apartado 37).

19 Véase el apartado 34 de la sentencia.

20 Véase el apartado 35 de la sentencia y el 29 de las conclusiones del Abogado General.

21 En la misma línea se pronunció el Abogado General, Gerard Hogan, en sus conclusiones. Resulta especialmente interesante la distinción que hace entre un defecto en el contenido intelectual de un producto (como ocurre en el supuesto de un consejo inexacto inserto en un periódico físico) y un defecto de un producto físico en sí mismo (como podría ser un diario físico que ha empleado tinta tóxica, susceptible de provocar daños corporales a sus lectores). Mientras que este segundo grupo de defectos sí que estarían protegidos al amparo de la Directiva 85/374, los defectos intelectuales son calificados por el Sr. Gerard Hogan como servicios y, por consiguiente, están excluidos del ámbito de aplicación de la citada Directiva (apartados 26-29 de las conclusiones del Abogado General). Sobre esta cuestión profundiza TAPIA HERMIDA, A. J. “La noción de «producto defectuoso» generador de la responsabilidad civil a efectos de la Directiva 85/374/CEE. Sentencia del Tribunal de Justicia 10 de junio de 2021 (asunto C– 65/20)”, *La Ley Unión Europea*, Nº 95, 2021, pp. 4-5.

22 Véase el apartado 36 de la sentencia.

sino también al contexto en el que se inscribe y los objetivos que persigue el acto en el que se integra²³.

Por este motivo, en su argumentación valora no solo el tenor literal y el contexto de los preceptos ya analizados de la Directiva 85/374, sino también los objetivos perseguidos por ésta. Así, destaca la ausencia de disposiciones en la citada Directiva sobre una hipotética responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos por un servicio del que el producto solo constituye el soporte físico. Esta laguna, desde el punto de vista del Tribunal, no es algo casual, sino que revela la voluntad del legislador de la UE de regular de manera diferenciada el régimen de responsabilidad del prestador de servicios y el de los fabricantes de productos acabados, como resultado de un complejo proceso de ponderación realizado entre diferentes intereses²⁴.

En consecuencia, el TJUE sostiene que un consejo de salud inexacto, publicado en un periódico impreso, queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374 y no puede conferir el carácter de defectuoso a dicho periódico ni puede generar, sobre la base de esta Directiva, la responsabilidad objetiva del productor²⁵. De lo contrario, ello tendría como consecuencia no solo ignorar la distinción realizada por el legislador de la Unión entre “productos” y “servicios” y la exclusión de estos del ámbito de aplicación de dicha Directiva, sino, asimismo, provocar que los editores de periódicos fueran responsables objetivos de los daños causados por estos consejos inexactos. Tal resultado menoscabaría el objetivo apuntado en el considerando séptimo de la Directiva, consistente en garantizar un justo reparto de los riesgos entre el perjudicado y el productor, que implica que este último debería poder liberarse de la responsabilidad si presentara pruebas de que existen circunstancias que le eximan de la misma²⁶.

E) CONCLUSIÓN DEL TJUE

Como consecuencia de todo lo anterior, el TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada en el sentido de que el artículo 2 de la Directiva 85/374, analizado a la luz de los artículos 1 y 6 de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que un ejemplar de un periódico impreso que incluye un consejo de salud inexacto, cuyo seguimiento ha causado un daño a la salud de un lector de dicho periódico, no constituye un “producto defectuoso”, a los efectos de la normativa referida²⁷.

No obstante, precisa que, si bien este régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por productos defectuosos, previsto en la Directiva 85/374, no es aplicable en este supues-

23 Así lo indica en el apartado 25 de la sentencia.

24 La existencia de estos dos regímenes de responsabilidad diferenciados se desprende ya de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la responsabilidad del prestador de servicios, presentada por la Comisión el 9 de noviembre de 1990. Véase el apartado 37 de la sentencia y otra jurisprudencia del TJUE como la sentencia de 21 de diciembre de 2011 *Dutruieux*, C-495/10, EU:C:2011:869, apartados 22, 32 y 33.

25 Véase el apartado 39 de la sentencia.

26 Véase el apartado 40 de la sentencia.

27 Véase el apartado 42 de la sentencia.

to, sí que se podría recurrir a otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual más apropiados, que se basen en fundamentos diferentes, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o la culpa²⁸.

2. Extrapolación de la jurisprudencia del TJUE al supuesto de un consejo de salud inexacto publicado por un *influencer* en redes sociales

Tras el análisis de la sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021, procede retomar el caso anunciado anteriormente de un *influencer* que, a través de su cuenta, por ejemplo, de Instagram, emite un consejo de salud inexacto, que causa daños a uno de sus seguidores que ha decidido ponerlo en práctica.

Como se acaba de observar, la problemática de los consejos inexactos no es algo particular de las redes sociales, ya que desde que existen las revistas o periódicos impresos, son muy habituales las secciones en las que se proporcionan consejos de salud que, si contienen errores y causan daños, pueden generar las responsabilidades oportunas. Lo característico, en cambio, es el medio en el que se vierten estos consejos inexactos, que ha pasado de ser un soporte físico, de alcance más limitado, a ser las redes sociales, con alcance universal.

Habida cuenta de los hechos que dieron lugar al asunto C-65/20, los paralelismos con el supuesto hipotético aquí planteado son manifiestos. La única diferencia es precisamente el modo de difusión del consejo inexacto: a través de un diario físico o de una red social como Instagram. Ello permite seguir la línea argumental del TJUE también en estos casos en los que el consejo de salud inexacto se difunda a través de una red social²⁹.

Como se ha señalado, el TJUE descartó por completo la posibilidad de considerar al propio consejo de salud como “producto”, recalcó su calificación como “servicio”, y resolvió que

28 Véase el apartado 41 de la sentencia, en el que se menciona, por analogía, la sentencia de 25 de abril de 2002, *González Sánchez*, C 183/00, EU:C:2002:255, apartado 31

29 La necesidad de alcanzar una igualdad de soluciones en supuestos de consejos inexactos que causan daños, con independencia del medio en que tales consejos sean recogidos, es puesta de manifiesto por el propio Abogado General. En concreto, se ocupa de esta cuestión al analizar si un consejo de salud inexacto inserto en un producto como es un periódico físico, le confiere a éste el carácter de defectuoso, algo que llevaría a la aplicación de la Directiva 85/374 pero, inevitablemente, impondría una solución contraria si el consejo de salud en vez de insertarse en un “producto” lo hace en un soporte inmaterial. Ello llevaría a situaciones incoherentes como que la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por un consejo de salud inexacto publicado en un periódico físico sí que estarían incluidos en el ámbito de la Directiva 85/374, pero los derivados del mismo consejo publicado en un periódico digital o en una cuenta de Instagram, quedarían excluidos. De estas incoherencias es consciente el Abogado General que en el apartado 30 de sus conclusiones señala expresamente lo siguiente: “*Si bien puede ser cierto que resulta cada vez más complicado distinguir entre productos y servicios, debido a los avances tecnológicos, tal valoración, que puede inducir al legislador a actuar, no permite la aplicación de la Directiva 85/374 en circunstancias distintas de las que actualmente regula, de conformidad con su claro tenor. Esto resulta especialmente cierto si se tiene en cuenta que la ampliación de su ámbito de aplicación a los casos de información contenida en un bien mueble daría lugar a otras incoherencias. Por ejemplo, ¿por qué ha de haber responsabilidad objetiva por la información contenida en una publicación, pero no por los consejos dados en la radio o en la televisión?*”.

estos consejos de salud inexactos insertos en un periódico físico, no le confieren a éste el carácter de defectuoso, no siendo posible desplegar la responsabilidad objetiva derivada de la Directiva 85/374. Por consiguiente, aplicando por analogía la jurisprudencia del TJUE, en el caso de consejos inexactos publicados en redes sociales por parte de *influencers* tampoco resultaría de aplicación dicha normativa.

En consecuencia, parece claro que no es posible acudir al régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Directiva 85/374 pero, al igual que ocurría en el asunto C-65/20, sí que cabría la posibilidad de recurrir a otros regímenes de responsabilidad que se basen en fundamentos diferentes, como sería la responsabilidad por daños extracontractuales.

3. Otras vías de responsabilidad de los *influencers*: responsabilidad por daños extracontractuales

Con carácter previo, es preciso hacer hincapié de nuevo en que el contenido subido a redes sociales es accesible prácticamente desde cualquier lugar del mundo, de tal manera que estos consejos emitidos por un *influencer* en un determinado país, pueden provocar daños a un seguidor residente en cualquier otro Estado diferente. Por este motivo, el análisis realizado mantiene una perspectiva internacional privatista aunque, con la finalidad de limitar el objeto de estudio, se va a ceñir a los supuestos acaecidos dentro de la UE, tal y como se ha avanzado con anterioridad.

En este contexto, siguiendo las directrices marcadas por la jurisprudencia del TJUE, la responsabilidad que puede derivar de consejos de salud inexactos publicados en redes sociales ha de calificarse como “extracontractual”, en tanto que se trata de una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido de una parte respecto de la otra³⁰. En efecto, la materia delictual o cuasidelictual comprende toda pretensión dirigida a exigir la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual³¹.

Partiendo de esta base, los seguidores afectados por estos consejos de salud inexactos realizados por *influencers*, podrían sustentar sus reclamaciones por los daños causados, con base en esta responsabilidad extracontractual. Así, según reiterada jurisprudencia del TJUE, la responsabilidad delictual o cuasidelictual solo surge cuando se prueba una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo origina³².

30 Interpretación mantenida por el TJUE en reiterada jurisprudencia. Entre otras, véanse las sentencias de 17 de junio de 1992, *Handte* (C-26/91, EU:C:1992:268); de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165; de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37; de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286; o más recientemente la sentencia de 11 de noviembre de 2020, *Ellmes Property Services*, C-433/19, EU:C:2020:900.

31 Véase, entre otras, la sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis/Schröder y otros*, C-189/87, EU:C:1988:459, apartados 17 y 18; la sentencia del TJUE de 12 de septiembre de 2018, *Löber*, C-304/17, EU:C:2018:701, apartado 19; y la sentencia del TJUE de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 32.

32 Véanse, entre otras, las siguientes sentencias del TJUE: sentencia de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 41; sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/*

En los casos en los que se desencadena una litigación internacional, son 3 las cuestiones a resolver, relacionadas con los 3 sectores de la disciplina: ¿Qué tribunal sería competente para conocer del asunto? ¿Qué ley resultaría de aplicación? Si finalmente se dictara una sentencia, ¿podría reconocerse y/o ejecutarse en todos los Estados implicados? En concreto, el presente trabajo se va a centrar en analizar las principales problemáticas que surgen en relación con los dos primeros sectores del Derecho Internacional Privado: competencia judicial internacional y Derecho aplicable.

Conviene también resaltar que el supuesto objeto de análisis que da lugar a litigación internacional son las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios, interpuestas por una persona individual que ha sufrido daños como consecuencia de un consejo de salud erróneo emitido por un *influencer* en sus redes sociales. Por tanto, no abarca otras posibles acciones que se pudieran derivar de la publicación de una recomendación inexacta, como serían las acciones de rectificación o de supresión de los contenidos, que podrían interponerse incluso cuando no se hubiera materializado todavía ningún daño, o las acciones colectivas.

A) COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: INTERPRETACIÓN DEL ART. 7.2. RBIBIS

Para determinar la competencia judicial internacional en estos supuestos, los tribunales de los Estados miembros acudirán al Reglamento 1215/2012 (en adelante Reglamento Bruselas I bis), siempre y cuando el *influencer* demandado esté domiciliado en un Estado miembro y se cumplan el resto de ámbitos de aplicación del texto reglamentario³³. De conformidad con los foros previstos en dicho instrumento, sin perjuicio de la posibilidad de las partes de someterse a los tribunales del Estado que ambos acuerden, van a concurrir, de un lado, el foro general del domicilio del demandado (art. 4) y, de otro lado, el foro especial en materia delictual o cuasi delictual (art. 7.2.)³⁴.

Mines de Potasse d'Alsace, C-21/76, EU:C:1976:166, apartado 16; sentencia de 5 de febrero de 2004, *DFDS Torline*, C-18/02, EU:C:2004:74, apartado 32; y sentencia de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartados 52 y 53.

33 Además del criterio de aplicación personal, que requiere que el demandado esté domiciliado en un Estado Miembro, son 3 los ámbitos de aplicación que se tienen que cumplir. En primer lugar, el ámbito espacial o territorial consiste en que el Reglamento Bruselas I bis se aplica para determinar la competencia judicial internacional de los Tribunales de los Estados miembros, incluida Dinamarca. Por su parte, el ámbito material se cumple si se trata de un conflicto en materia civil y mercantil, algo que sucede en los litigios sobre responsabilidad extracontractual. Finalmente, el Reglamento se aplica a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015. De no ser aplicable el Reglamento Bruselas I bis, en defecto asimismo de instrumento bilateral o multilateral en el que España fuera parte, sería de aplicación la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). En concreto, cabe resaltar el art. 22 quinquies b), que prevé un foro específico en materia de obligaciones extracontractuales, que hace competentes a los tribunales españoles cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español.

34 Al ser foros concurrentes, es el demandante el que, a su elección, puede acudir a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado, o a los tribunales competentes en virtud del foro especial. Véase ESPLUGUES MOTA, C./PALAO MORENO, G./IGLESIAS BUHIGUES, J.L. *Derecho Internacional Privado*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, p. 150

El foro del domicilio del demandado no plantea problemas en estos casos. Al contrario, facilita la concentración ante un único tribunal de las reclamaciones frente a una persona en relación con información publicada a través de Internet.

Ahora bien, el foro en materia delictual o cuasidelictual previsto en el art. 7.2. requiere de interpretación en el concreto supuesto que nos ocupa.

Con carácter previo, conviene recordar que este foro, al igual que el resto de foros especiales, debe interpretarse en sentido restrictivo, sin que quepa una interpretación que vaya más allá de los supuestos explícitamente previstos en el Reglamento³⁵. Así, la norma de competencia prevista en el art. 7.2. se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y los tribunales del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dichos tribunales por razones de buena administración de justicia y de una sustanciación adecuada del proceso³⁶.

El foro especial en materia de obligaciones extracontractuales, por tanto, indica que serán competentes los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

Como se ha indicado con anterioridad, la responsabilidad delictual o cuasidelictual solo surge cuando existe una relación de causalidad entre el daño y el hecho que lo origina. Ello justifica que el TJUE, en reiterada jurisprudencia³⁷, haya interpretado que, en aquellos casos en los que ambos elementos se encuentran en distintos lugares (lo que ocurre en los denomi-

35 Así lo ha reiterado el TJUE, entre otras, en la sentencia de 16 de enero de 2014, *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7, apartado 22; sentencia de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490, apartado 31; sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Kalfelis/Schröder y otros*, C-189/87, EU:C:1988:459, apartado 19; sentencia de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartado 28; sentencia de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 29; sentencia de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449, apartado 25; sentencia de 28 de enero de 2015, *Kolassa*, C-375/13, EU:C:2015:37, apartado 43; sentencia de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, C-352/13, EU:C:2015:335, apartado 37; y sentencia de 4 de octubre de 2018, *Feniks*, C-337/17, EU:C:2018:805, apartado 37.

36 Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*, C-364/93, EU:C:1995:289, apartado 10; de 10 de marzo de 2022, *BMA Nederland*, C-498/20, EU:C:2022:173, apartado 29; de 21 de diciembre de 2021, *Gfflix Tv*, C- 251/20, EU:C:2021:1036, apartado 24; de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen y Ilsjan*, C-194/16, EU:C:2017:766, apartado 26; de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, apartado 30; de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449, apartado 26; de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartado 50; de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apartado 40; de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apartado 19; de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490, apartado 49, y de 24 de noviembre de 2020, *Wikingerhof*, C-59/19, EU:C:2020:950, apartado 28.

37 Véase, entre otras, la sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, apartado 24; sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*, C-364/93, EU:C:1995:289, apartado 11; sentencia de 16 de enero de 2014, *Kainz*, C-45/13, EU:C:2014:7, apartado 23; sentencia de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, EU:C:2009:475, apartado 23; sentencia de 5 de febrero de 2004, *DFDS Torline*, C-18/02, EU:C:2004:74, apartado 40; y sentencia de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635, apartado 26.

nados ilícitos a distancia), el art. 7.2. se tiene que referir a ambos. De esta manera, “el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”, a los efectos del art. 7.2., se refiere tanto al lugar donde se origina el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual (hecho causal), como al lugar en que este hecho haya ocasionado un daño. Esta interpretación ha dado lugar a la denominada “teoría de la ubicuidad”³⁸, que posibilita el “*favor laesi*”, de tal forma que serán competentes tanto los tribunales del lugar del hecho causal (para conocer de la totalidad de los daños causados), como los tribunales del lugar en el que se produjo el resultado dañoso (para conocer únicamente de los daños causados en ese territorio). Y será la víctima la que pueda optar entre interponer la demanda ante éstos o ante aquellos.

En el supuesto planteado, el hecho del que puede derivar una responsabilidad extracontractual es la publicación por parte del *influencer*, de un consejo de salud erróneo, y los daños causados son los daños personales que ha sufrido el seguidor que ha puesto en práctica ese consejo inexacto. El mayor escollo surge al delimitar cuál es el lugar donde se origina el hecho causal, y cuál es el lugar donde se produce el resultado dañoso. Esta cuestión es fundamental para aplicar correctamente el foro del art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis, y también para apreciar si se trata de un ilícito a distancia o, por el contrario, el lugar del hecho causal coincide con el lugar donde se produce el resultado dañoso.

a) Lugar del hecho causal

En el supuesto planteado, el hecho causal consiste en la publicación en una cuenta de Instagram de un consejo de salud inexacto que, una vez puesto en práctica por una persona (seguidor), le provoca determinados daños. El hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual, por tanto, se difunde a través de Internet, lo que dificulta la concreción del lugar en el que se ha producido y exige una interpretación adaptada al contexto creado por las nuevas tecnologías³⁹.

Esta adaptación ya la ha realizado, en parte, el TJUE en reiterada jurisprudencia, si bien centrada especialmente en los supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad, dere-

38 El origen de esta teoría se encuentra en la ya citada sentencia del TJUE de 30 de noviembre de 1976, asunto 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contra Mines de potasse d'Alsace SA*.

39 Al respecto véase SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Comentario al artículo 7.2”, *AAVV Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Reglamento Bruselas I*, p.189; BLANCO-MORALES LIMONES, P. “Artículo 5 apartado 3”, CALVO CARAVACA, A.L. (Ed.) *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 120; PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, PLAZA PENADÉS, J. (Coord.) *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2006, p. 276; DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, CASTELLÓ PASTOR, J.J. (Dir.) *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 443-467; DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *Diario La Ley*, N° 8432, Sección Tribuna, 1 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY.

chos de autor o vulneración de marca producidos a través de la red⁴⁰. En concreto, se trataba de litigios en torno a la lesión de estos derechos mediante contenidos publicados en sitios de Internet. En estos supuestos, el TJUE interpretó que el lugar donde se produce el hecho causal es el Estado contratante del lugar de establecimiento del emisor de la publicación de la información infractora⁴¹.

De manera paralela, dado que en nuestro caso concreto el hecho causal también consiste en la publicación en Internet de una información que acaba provocando daños a una persona, una posible interpretación sería entender que el lugar donde se produce el hecho generador del daño es el Estado miembro donde tiene su establecimiento⁴² el *influencer* que emite el consejo de salud inexacto.

Esta interpretación parece más apropiada que entender que el lugar donde se produce el hecho causal es el Estado miembro desde el cual el *influencer* publica el consejo de salud inexacto, dado que puede tratarse de un lugar totalmente fortuito, que no sea reflejo de una conexión suficiente entre el conflicto y los tribunales de dicho Estado. Ello sería contrario a los principios de previsibilidad y proximidad en los que se basa el foro previsto en el art. 7.2. del Reglamento⁴³. Basta con imaginar una *influencer* con domicilio en España que, aprovechando las dos

40 En su sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*, el TJUE señala expresamente que el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (actual art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis) debe ser adaptado al contexto de Internet

41 Véase el apartado 42 y el 52 de la ya mencionada sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*. Asimismo, en las sentencias del TJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10 (apartados 34-38) y de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13 (apartados 24 y 25) se establece que en situaciones de vulneración de una marca o de los derechos de autor mediante contenidos publicados en Internet, procede considerar como hecho causal el desencadenamiento del proceso técnico consistente en exhibir el contenido infractor en un sitio de Internet. Por lo tanto, el hecho que genera una eventual vulneración de los derechos de autor reside en la conducta del propietario de dicho sitio. De esta manera, el TJUE considera que el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del contenido es el lugar de establecimiento del emisor de dicho contenido.

42 Como se analizará posteriormente, el concepto de “establecimiento” del *influencer* también requiere de interpretación. Una posibilidad sería entender que el término “establecimiento” coincide con el de “domicilio”, mientras que otra alternativa sería valorar que el “establecimiento” del *influencer* es el lugar de “ubicación de la cuenta” desde la que ha publicado el consejo.

43 Según reiterada jurisprudencia del TJUE, la regla de competencia especial establecida en el art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis, como excepción al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, se basa en la existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso (véase la sentencia de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08 y sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*). De hecho, en la STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10 (apartados 36-37) se reconoce que, aunque el desencadenamiento del proceso técnico de exhibición del anuncio que vulnera la marca se efectúa en un servidor perteneciente al explotador del motor de búsqueda utilizado por el anunciante, el lugar de establecimiento de dicho servidor, dada su incierta ubicación, no podría considerarse el lugar del hecho causal a efectos de la aplicación del artículo 5, número 3, del Reglamento N° 44/2001. En cambio, sí que procede declarar que el lugar de establecimiento del anunciante es el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio, por tratarse de un lugar cierto e identificable, tanto para el demandante como para el demandado, facilitando en consecuencia la administración de la

horas de escala que tiene que hacer en el aeropuerto de Atenas (Grecia), publica el consejo de salud desde allí y causa daños a una seguidora con residencia habitual en Francia. En este supuesto, para la demandada no es posible prever razonablemente que el tribunal griego está en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre el conflicto, basándose únicamente en la circunstancia meramente casual de que publicó el consejo desde la ciudad griega.

En consecuencia, parece más razonable interpretar que el lugar donde se produce el hecho causal es el Estado miembro donde tiene su establecimiento el *influencer* que emite el consejo de salud inexacto, con independencia del Estado desde el que se realiza tal publicación. No obstante, la interpretación del concepto de “establecimiento” del *influencer* tampoco está exenta de dificultades ya que es un término que requiere de interpretación para estos concretos supuestos.

Una posibilidad sería entender que el concepto de “establecimiento” en relación con una persona física, es equivalente al de “domicilio”⁴⁴. De esta manera, el lugar donde se produce el hecho causal llevaría en estos supuestos al lugar del domicilio del *influencer*.

Otra opción sería atender a nuevos factores de vinculación, e interpretar que el “establecimiento” del *influencer* es el lugar de “ubicación de la cuenta” desde la que ha publicado el consejo que ha dado lugar a la controversia. En ocasiones, las redes sociales muestran la “ubicación de la cuenta”. Este criterio, que no tiene por qué coincidir con el del domicilio del *influencer*⁴⁵, permitiría localizar con precisión cuál es el lugar del hecho causal, a la par que proporcionaría previsibilidad, ya que todo aquél que sigue a otra persona en una red social, podría conocer de manera sencilla cuál es la ubicación de la cuenta. Sin embargo, este criterio plantea al menos 3 problemas.

En primer lugar, la ubicación de la cuenta es una información que no se muestra en todas las redes sociales. A modo de ejemplo, en TikTok o Facebook no hay un apartado específico en el que se mencione la ubicación de la cuenta. De esta forma, salvo que el propietario de la cuenta indique su ubicación de manera voluntaria en la descripción o en alguna otra sección de su perfil (algo que tampoco es muy habitual), es una información que no va a constar⁴⁶. En Instagram, en cambio, sí que hay un apartado relativo a la ubicación de la cuenta. Según datos extraídos de la propia red social, la ubicación de la cuenta la determina de manera automática Instagram, con arreglo a la información sobre la conexión, como las direcciones IP de los dispositivos; y a la actividad al emplear la cuenta, como etiquetas de ubicación de fotos, vídeos o publicaciones con las que se interactúa. No obstante, el propietario de la cuenta

prueba y la sustanciación del procedimiento. Todo ello sobre la base del objetivo de previsibilidad al que deben orientarse las reglas de competencia.

44 Si se tratara de una persona jurídica, el concepto de “establecimiento” podría equipararse con el centro de actividad principal del autor del daño.

45 A modo de ejemplo, a fecha de noviembre de 2023, Cristiano Ronaldo tiene su domicilio en Riad (Arabia Saudí), mientras que en su cuenta de Instagram consta como ubicación de la cuenta Portugal. Igualmente, en esta misma fecha Shakira reside en Miami (Estados Unidos), mientras que la ubicación de su cuenta de Instagram es México.

46 Algo común en las políticas de privacidad de ambas redes sociales es que son los propios usuarios los que deciden qué datos y qué contenido desean hacer público y cuál no. De esta manera, ni Facebook ni TikTok hacen pública información no proporcionada por los usuarios.

puede optar por no compartir con el público este dato, por lo que aun en Instagram, es fácil encontrar numerosas cuentas en las que no conste cuál es su ubicación. Ello imposibilitaría la determinación del lugar del establecimiento del *influencer* y, por consiguiente, del lugar donde se ha producido el hecho causal. En estos supuestos, si el lugar del hecho causal no está determinado ni resulta determinable, solo cabría demandar al *influencer* ante el tribunal del lugar del resultado dañoso⁴⁷.

El segundo problema consiste en que la información puede no coincidir entre las distintas redes sociales del *influencer*. Es decir, un *influencer* puede indicar expresamente en TikTok que su ubicación es, por ejemplo, Zaragoza (España); mientras que en Instagram (que determina de manera automática la ubicación de la cuenta sin que el propietario pueda elegirla) conste que la ubicación es, a modo de ejemplo, Francia. Más allá de la evidente confusión que esta situación acarrearía, el uso de este criterio llevaría a entender que, si el consejo erróneo ha sido publicado en TikTok, el lugar del hecho causal sería Zaragoza (España), mientras que, si se ha publicado en Instagram dicho lugar sería Francia. Además, si se hubiera publicado en las dos redes sociales, serían dos los lugares de ubicación de la cuenta, surgiendo así el interrogante de si los dos se podrían considerar “establecimiento” del *influencer*.

En tercer lugar, si es el propio *influencer* el que determina de manera unilateral cuál es la ubicación de su cuenta, ello podría propiciar que se escoja atendiendo a distintos intereses relacionados, por ejemplo, con la legislación aplicable, y no se trate de un lugar verdaderamente vinculado con el caso concreto.

Todos estos escollos que presenta en la actualidad el criterio “ubicación de la cuenta” llevan a concluir que, en principio, parece más adecuado entender que el establecimiento del *influencer* coincide con el lugar de su domicilio y no con la ubicación de la cuenta. De esta manera se respetarían los principios de proximidad razonable y de previsibilidad que fundamentan el foro especial en materia delictual o cuasidelictual. Si bien, de no poder determinarse el lugar de su domicilio, o de existir serias dudas, no sería posible acudir, en virtud del foro especial del art. 7.2., a los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho causal.

b) Lugar donde se produce el resultado dañoso

En cuanto a la determinación del lugar donde se produce el resultado dañoso, el TJUE ya ha precisado, con carácter general, que dicho lugar es aquel donde el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual haya ocasionado un daño, bien sea éste un daño físico o de otra índole⁴⁸. Es decir, es el lugar en el que se producen los efectos dañosos, donde el perjuicio se manifiesta de forma concreta⁴⁹. Partiendo de aquí, son dos las principales

47 Véase SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Comentario al artículo 7.2”, *op. cit.*, p. 210. Lo mismo ocurriría si es un lugar fortuito y poco previsible, al tratarse de tribunales poco vinculados con el supuesto litigioso PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *op. cit.*, pp. 289-290.

48 Así lo ha hecho, entre otras, en sus sentencias de 16 de julio de 2009, *Zuid-Chemie*, C-189/08, apartado 26, o de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, apartado 21.

49 Véase GOÑI URRIZA, N. “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3. del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transna-*

interpretaciones que podrían seguirse para resolver cuál es el lugar donde se produce el resultado dañoso en nuestro supuesto particular.

La primera posibilidad sería entender que dicho lugar es el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo inexacto, ya que es ahí donde se materializa el daño. A pesar de que puede tratarse de un lugar meramente circunstancial, y no ser expresión de una proximidad suficiente, la atribución de competencia con base en el lugar de manifestación del daño, solo está su-peditada al requisito de que el contenido lesivo sea o haya sido accesible en dicho territorio⁵⁰. Lo establece de forma contundente el TJUE en su sentencia de 21 de diciembre de 2021, *Gtfflix Tv contra DR*, C-251/20, apartado 41. En este mismo sentido, se pronunció también el TJUE en sentencias de 3 de octubre de 2013, *Peter Pinckney contra KDG Mediatech AG*, C-170/12, apartado 42, y de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, apartado 32.

La segunda posibilidad sería dar cabida también en este ámbito al criterio del centro de intereses de la víctima, empleado por el TJUE en su jurisprudencia sobre daños relacionados con derechos de la personalidad⁵¹. Si bien esta interpretación sí que es reflejo de una mayor conexión entre el foro y el conflicto, conviene tener presente que el TJUE únicamente la ha desarrollado respecto a los supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet. En estos casos, la utilización de este criterio se justifica en la buena administración de justicia, en tanto que un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de un individuo puede tener repercusiones a nivel mundial, y la víctima ha de poder acudir en función del lugar en el que haya producido el daño causado, a un solo foro para reclamar la totalidad del daño. En concreto, el TJUE mantiene que el órgano jurisdiccional que mejor podrá apreciar la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de esa persona será el del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses⁵².

Sin embargo, el supuesto que nos ocupa difiere bastante de los casos en los que el TJUE ha mantenido esta interpretación, en tanto que no se trata de una vulneración de los derechos de la personalidad⁵³, y en este caso los daños que sufre la víctima no son de carácter universal,

cional (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, p. 292; SABIDO RODRÍGUEZ, M. “Comentario al artículo 7.2”, *op. cit.*, p. 211.

50 Profundiza sobre esta cuestión DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”, *Derecho Privado y Constitución*, 40, enero-junio 2022, pp. 171-205, especialmente pp. 190-193.

51 El TJUE introduce este criterio del centro de intereses de la víctima en su sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*. En dicho pronunciamiento el Tribunal indica que el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I (actual art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis) debe ser adaptado al contexto de Internet, de tal manera que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet debe poder emplear el foro contenido en este precepto para reclamar por la totalidad de ese daño ante el tribunal del Estado miembro donde la propia víctima tiene su centro de intereses.

52 Véanse los apartados 45-50 de la sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate/Olivier Martinez*

53 Este criterio, por el momento solo se ha empleado en supuestos de vulneración de derechos de la personalidad y, aun en estos casos, de manera restringida. Así, en la sentencia de 17 de junio de 2021, asunto C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag KG contra SM* (apartado 36) se precisa que el criterio del centro de

sino que se pueden localizar en un único Estado⁵⁴. De esta manera, parece que no sería adecuado extender a este supuesto la jurisprudencia del TJUE en materia de vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet. Además, conviene tener en cuenta asimismo que el TJUE ya ha aclarado en anterior jurisprudencia que el foro especial en materia extracontractual no persigue el objetivo de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada, sino que se basa en motivos de proximidad del litigio y buena administración de la justicia⁵⁵, algo aplicable al supuesto objeto de estudio.

Por todo lo anterior, pese a las limitaciones señaladas, quizás la interpretación más conveniente sería la primera, consistente en entender que el lugar donde se produce el resultado dañoso es el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo de salud inexacto, al ser ahí donde sobreviene el daño⁵⁶. En todo caso, conviene tener presente de nuevo que, si se tratara de un lugar casual o fortuito, que no fuera previsible por el demandado, no sería posible acudir, en virtud del foro especial del art. 7.2., a los tribunales del lugar donde se ha producido el resultado dañoso⁵⁷.

c) Interpretación del concepto “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” en el caso concreto

De todo lo anterior se puede extraer que, si el “establecimiento” del *influencer*, entendido en principio como su domicilio; y el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo de

intereses de la víctima no puede ser invocado por un demandante que no es mencionado ni directa ni indirectamente en el contenido supuestamente lesivo para sus derechos de la personalidad difundido a través de Internet. Por lo tanto, el criterio de centro de intereses de la víctima solo se puede emplear cuando el contenido en cuestión permite identificar como individuo a la persona cuyos derechos de la personalidad supuestamente han sido infringidos. Realiza un interesante análisis de esta sentencia y del criterio del centro de intereses de la víctima DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”, *op. cit.*, pp. 171-205, especialmente pp. 180-183.

54 En la STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10 (apartados 24-25) señala que el recurso al centro de intereses de la víctima, se trata de una “*apreciación, hecha en el contexto particular de la lesión de los derechos de la personalidad, que no puede extrapolarse a la determinación de la competencia judicial en materia de vulneración de derechos de propiedad industrial, como la que se alega en el procedimiento principal*”. Ello lo justifica en que, “*a diferencia de la situación de una persona que considera lesionados sus derechos de la personalidad, protegidos en todos los Estados miembros, la protección otorgada por el registro de una marca nacional se limita, por principio, al territorio del Estado miembro de registro, de modo que, por regla general, su titular no puede invocar dicha protección fuera de ese territorio*”.

55 Entre otras, véanse las sentencias de 20 de mayo de 2010, *ČPP Vienna Insurance Group*, C-111/09, y de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, C133/11.

56 En efecto, aunque se rechace la posibilidad de recurrir al criterio del centro de intereses de la víctima, los tribunales del lugar donde se materializa el resultado dañoso mantienen su competencia para conocer de los daños producidos en dicho Estado. Tal y como destaca DE MIGUEL ASENSIO, P. A. “Derechos de la personalidad y reputación en medios digitales transfronterizos”, *op. cit.*, pp. 171-205, especialmente p. 182-183, la exclusión del fuero del centro de intereses de la víctima no afecta a la posibilidad de que el Estado en cuestión pudiera ser considerado lugar de manifestación del daño con competencia limitada en virtud del art. 7.2 RBIBis.

57 Hace hincapié en que este foro únicamente actuaría si en el lugar del resultado dañoso es donde se producen los perjuicios directos y principales del hecho dañoso, y es previsible por el responsable PALAO MORENO, G. “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, *op. cit.*, p. 293.

salud inexacto y se ha materializado el daño, se encuentran en distintos Estados, se puede estar ante un “ilícito a distancia”. Ello será frecuente en supuestos internacionales como el que es objeto de atención en el presente trabajo, donde es probable que el hecho causal tenga lugar en un determinado Estado, y un seguidor lo ponga en práctica en otro Estado diferente y sufra los daños en ese otro Estado. En consecuencia, sería de aplicación la teoría de la ubicuidad ya desarrollada con anterioridad, algo que no sucedería si ambos lugares no estuvieran disociados⁵⁸.

No obstante, es necesario que el resultado obtenido en aplicación de tal teoría responda a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia⁵⁹. En este contexto, son 3 las circunstancias que van a afectar a la operatividad en la práctica de la teoría de la ubicuidad:

– Si el lugar donde se produce el hecho causal es un lugar casual o fortuito, el demandante únicamente podría acudir en aplicación del foro especial, a los tribunales del lugar donde se ha producido el resultado dañoso. Si se interpreta que el lugar donde se produce el hecho causal es el del “establecimiento” del *influencer*, entendido como su domicilio, no se va a plantear esta problemática. Sin embargo, como se ha tenido ocasión de exponer en el presente trabajo, es algo que sí que podría suceder si se interpretara que el “establecimiento” del *influencer* es el lugar de “ubicación de la cuenta” desde la que ha publicado el consejo que ha dado lugar a la controversia, o que el lugar del hecho causal es aquel desde el cual el *influencer* publica el consejo de salud inexacto.

– Si el lugar donde se produce el resultado dañoso es un lugar casual, no previsible por el demandado, la única posibilidad del demandante sería litigar ante los tribunales del lugar del hecho causal. Además, si se entiende que el lugar donde se produce el hecho causal es el lugar del domicilio del *influencer*, coincidiendo con el foro general del domicilio del demandado, el efecto útil del foro especial quedaría suprimido⁶⁰.

58 Véase BLANCO-MORALES LIMONES, P. “Artículo 5 apartado 3”, *op. cit.*, p. 127. En este supuesto, por tanto, en aplicación del art. 7.2. del Reglamento serían competentes los tribunales del lugar donde se haya producido el hecho dañoso, que coincidiría tanto con el lugar del hecho causal como con el lugar del resultado dañoso.

59 Así lo establece el considerando 15 del Reglamento Bruselas I bis, y ha sido reiterado en numerosas sentencias del TJUE, entre otras, sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Marinari*, C-364/93, EU:C:1995:289, apartado 19; sentencia de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apartado 50; sentencia de 9 de diciembre de 2021, *HRVATSKE ŠUME*, C-242/20, EU:C:2021:985, apartados 30 y 34; sentencia de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449, apartado 33; sentencia de 25 de octubre de 2012, *Folien Fischer y Fofitec*, C-133/11, EU:C:2012:664, apartado 45; sentencia de 12 de septiembre de 2018, *Löber*, C-304/17, EU:C:2018:701, apartado 34; y sentencia de 15 de marzo de 2012, *G*, C-292/10, EU:C:2012:142, apartado 39. Ha profundizado asimismo en los principios de proximidad razonable y previsibilidad en estos supuestos GOÑI URRIZA, N. “La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el artículo 5.3. del Reglamento 44/2001: Nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *op. cit.*, p. 293.

60 Tal posibilidad ya fue puesta de manifiesto por el propio TJUE en su sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166, apartado 20, donde se reconoce que el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión entre los distintos criterios de competencia previstos por el foro general y el foro especial en materia delictual y cuasidelictual, de modo que esta última disposición perdería, por dicha razón, su efecto útil.

– Si ninguno de los dos lugares cumple con las exigencias de previsibilidad requeridas, no podría activarse el foro previsto en art. 7.2. y, de nuevo, el demandante sólo podría acudir al foro general del domicilio del demandado.

d) *La necesaria adaptación de los criterios empleados a la era digital*

Como se acaba de poner de manifiesto, el tenor literal del art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis plantea grandes dificultades a la hora de aplicar este foro a los supuestos de daños producidos por seguir un consejo de salud inexacto publicado en redes sociales. Así, resulta complicado adaptar los criterios territoriales empleados por el mencionado precepto, a la responsabilidad extracontractual generada en el marco del ciberespacio, caracterizada por la deslocalización⁶¹. De esta manera, es necesario recurrir a la jurisprudencia del TJUE sobre el foro en materia extracontractual, si bien, como se ha señalado, su aplicación a estos casos también plantea numerosos interrogantes.

Todas estas dificultades podrían mitigarse, siguiendo la doctrina sentada por la Dra. Pilar DIAGO DIAGO, si se emplearan nuevos factores de vinculación, como podría ser la residencia digital⁶².

Este concepto, instaurado por primera vez en Estonia, y que cumple ya 10 años, podría definirse como una identificación digital concedida por dicho país, que permite a su beneficiario ser considerado residente digital del mencionado Estado, con independencia de dónde tenga su residencia física o su ubicación digital. Ello acarrea la posibilidad de disfrutar de las ventajas de un residente de Estonia, entre las que destacan la facultad de crear una empresa 100% online, gestionar cuentas bancarias, firmar certificados, pagar impuestos (VAT europeo incluido), y un largo etcétera⁶³.

La aplicación de este nuevo criterio a la responsabilidad por daños ocasionados por seguir un consejo de salud inexacto publicado en redes sociales, permitiría que el seguidor pudiera demandar al *influencer* ante los tribunales del lugar donde tiene su residencia digital. Asimismo, cabría la posibilidad de valorar si es posible que el seguidor interpusiera la demanda ante los tribunales del lugar de su propia residencia digital o, de lo contrario, atentaría contra el principio de previsibilidad respecto del *influencer*, que no tiene por qué conocer dónde tienen su residencia digital cada uno de sus seguidores.

61 En este sentido véase DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit* 1, pp. 443-467; DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit*, especialmente pp. 1-2.

62 DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit*. La misma autora, en su trabajo DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit*, pp. 461-464, reitera la importancia de emplear nuevos factores de vinculación para dar respuesta a los conflictos planteados en el entorno digital y, en relación con los contratos inteligentes propone como factores de vinculación los oráculos.

63 No obstante, conviene tener presente que ostentar la residencia digital estonia no equivale a ser ciudadano de dicho país, ya que no sirve ni como visado, pasaporte, o permiso de residencia física al uso. Toda la información sobre la residencia digital estonia disponible en el siguiente enlace: <https://www.e-resident.gov.ee/es/>

Otro factor de vinculación que podría emplearse en estos supuestos sería el lugar de ubicación de la cuenta. No obstante, para salvar las limitaciones que posee en la actualidad, ya analizadas anteriormente, sería preciso realizar algunas modificaciones como la necesaria publicidad en todas las redes sociales del lugar de ubicación de la cuenta, que la determinación de dicho lugar sea de forma automática atendiendo a criterios como la dirección IP de los dispositivos empleados y la ubicación de la actividad en la cuenta, y la concreción no solo de la ubicación estatal sino también territorial.

En todo caso, estos nuevos factores de vinculación parece que se ajustan mejor a la era de la globalización digital en que nos encontramos inmersos, y su inclusión como criterios de atribución de la competencia judicial internacional podría simplificar la situación actual y proporcionar una mayor seguridad jurídica.

B) LEY APLICABLE

Para determinar la ley aplicable a estos supuestos, los tribunales de los Estados miembros de la UE, a excepción de Dinamarca, aplicarán el Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante Reglamento Roma II)⁶⁴.

Dicho Reglamento establece como regla general la libertad de elección (art. 14), de tal manera que sean las propias partes en conflicto las que elijan el derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual. Así, el *influencer* y la víctima del consejo de salud inexacto podrían acordar qué ley quieren que resulte aplicable para resolver el conflicto.

En defecto de pacto, el art. 4.2. del Reglamento indica que se aplicará la ley de la residencia habitual común de la persona responsable y de la persona perjudicada. Por consiguiente, si ambas partes tienen su residencia habitual en el mismo Estado, será la ley de ese Estado la que resuelva la controversia.

Por el contrario, si tal circunstancia no se diera y el *influencer* y el seguidor que ha sufrido los daños tienen su residencia habitual en Estados diferentes, el art. 4.1. determina que se aplicará la ley del país donde se produce el daño, con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño. Esta matización es muy significativa, ya que implica la no aplicación en el sector de ley aplicable, de la teoría de la ubicuidad a la que se ha hecho referencia en el ámbito de la competencia judicial internacional.

Por consiguiente, la ley aplicable (en defecto de pacto y de residencia habitual común) será la ley del Estado donde se ha producido el daño, donde se ha materializado el daño. Ello plantea, de nuevo, la problemática relacionada con la determinación del lugar donde se produce el daño en estos casos concretos, dado que estas conexiones territoriales no se ajustan convenientemente a los conflictos surgidos en los entornos digitales. Como se ha tenido ocasión de

64 El Reglamento tiene carácter universal y, por lo tanto, desplaza a la normativa interna de cada Estado en todo el ámbito cubierto por el Reglamento. En nuestro caso, desplaza al art. 10.9 CC, que sigue siendo plenamente operativo en los supuestos de derecho interregional, así como en todos aquellos casos no cubiertos por el Reglamento Roma II.

analizar, parece que la interpretación más apropiada, a la luz de la jurisprudencia del TJUE, es entender que el daño se produce en el lugar donde la víctima pone en práctica el consejo de salud inexacto, al ser ahí donde se verifica el daño. Sin embargo, como se ha visto, puede tratarse de un lugar totalmente circunstancial o fortuito, que no muestre una estrecha vinculación con el caso concreto. En estos casos circunstanciales, sería posible recurrir al art. 4.3, donde se prevé una cláusula de excepción, que permite aplicar una ley distinta a la que correspondería, si existe otra que tenga vínculos manifiestamente más estrechos con el caso concreto. Tal ley podría ser la de la residencia habitual de la víctima que ha sufrido los daños.

En todo caso, una posible solución a este atolladero pasaría por introducir, también en el ámbito de la ley aplicable, conexiones como la de la residencia digital⁶⁵.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha tenido ocasión de analizar, las recomendaciones y consejos que vierten los *influencers* en sus redes sociales no siempre son inocuos, sino que pueden acarrear daños a los seguidores que deciden llevarlos a cabo. Con una particularidad añadida, y es que el contenido subido a redes sociales es accesible prácticamente desde cualquier parte del mundo, de tal manera que estos consejos emitidos por un *influencer* en un determinado país, pueden provocar daños a un seguidor residente en cualquier otro Estado diferente, lo que requiere que el análisis de la posible litigación mantenga una perspectiva internacionalprivatista.

El presente estudio se ha centrado en las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios, interpuestas por una persona individual que ha sufrido daños como consecuencia de un consejo de salud erróneo emitido por un *influencer* en sus redes sociales, dentro del ámbito de la UE.

La emisión de un consejo de salud inexacto en redes sociales no permite acudir al régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Directiva 85/374, aunque sí que cabe la posibilidad de recurrir a otros regímenes de responsabilidad que se basen en fundamentos diferentes, como sería la responsabilidad por daños extracontractuales.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, el principal obstáculo que surge es la determinación del “lugar donde se produce el hecho dañoso”, en estos supuestos en los que los daños se producen a través de la difusión en Internet. Tal delimitación afecta plenamente a los sectores de competencia judicial internacional y de ley aplicable, dado que resulta nuclear para la correcta interpretación y aplicación del foro en materia extracontractual del art. 7.2. del Reglamento Bruselas I bis, y de la norma de conflicto prevista en el art. 4.1. del Reglamento Roma II.

En efecto, resulta complicado adaptar los criterios de base territorial empleados por los mencionados preceptos, a la responsabilidad extracontractual generada en el marco de Internet.

65 En este sentido véase DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit.*, especialmente pp. 1-2; DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit.*, pp. 461-464.

Igualmente, la aplicación de la jurisprudencia del TJUE a estos casos también plantea numerosos interrogantes. Todas estas dificultades podrían mitigarse, si se emplearan nuevos factores de vinculación, como podría ser la residencia digital, algo ya planteado por la doctrina⁶⁶. Estos nuevos factores de vinculación parece que se ajustan mejor a la era de la globalización digital en que nos encontramos inmersos, y su inclusión como criterios de atribución de la competencia judicial internacional y como conexiones para la determinación del derecho aplicable podría simplificar la situación actual y proporcionar una mayor seguridad jurídica y una solución final más previsible y satisfactoria.

66 En concreto, por la Dra. Pilar Diago Diago, en sus trabajos DIAGO DIAGO, M.P. “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho Internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *op. cit.*, especialmente pp. 1-2; DIAGO DIAGO, M.P. “Ciberactivismo, «Lex» informática, «blockchain» y oráculos: desafíos en la era digital”, *op. cit.*, 2021, pp. 461-464