

**DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO:
DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE A LAS
ACTIVIDADES TRANSFRONTERIZAS**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Revista de la contratación electrónica, núm. 20, octubre de 2001, pp. 3-40

ISSN: 1576-2003

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

ABSTRACT

This article discusses the consequences of the internal market rules of the Directive on electronic commerce on the systems of Private International Law of the Member States. In this connection, the diverging views about the significance of the *lex originis* in the framework of the electronic commerce Directive are examined in order to determine the requirements imposed on the national rules implementing the Directive.

Keywords: Electronic Commerce, Internal Market, Directive, Private International Law

RESUMEN

Este trabajo analiza el impacto de la Directiva sobre comercio electrónico y sus reglas sobre el mercado interior sobre el Derecho internacional privado de los Estados miembros. Para ello analiza los planteamientos contrapuestos existentes acerca del alcance conflictual del criterio de origen en dicha Directiva, entre los que toma partido.

Palabras claves: Comercio electrónico, mercado interior, Directiva, Derecho internacional privado

DIRECTIVA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO: DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE A LAS ACTIVIDADES TRANSFRONTERIZAS

SUMARIO: I.- PLANTEAMIENTO. II.- MERCADO INTERIOR Y SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. III.- ACTIVIDAD TRANSFRONTERIZA: PREVISIBILIDAD Y UNIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO. IV.- ÁMBITO COORDINADO. V.- APLICACIÓN DE LA LEY DE ORIGEN: ¿UNA RESPUESTA CONFLICTUAL? VI.- MATERIAS EXCLUIDAS DE LA DIRECTIVA O DEL IMPACTO DE LA LEY DE ORIGEN. VII.- RECAPITULACIÓN

I. Planteamiento

1. Internet expande las posibilidades de que las empresas -incluso de pequeño tamaño- puedan comercializar directamente sus productos o servicios sin que la distancia geográfica constituya un obstáculo, de manera que contribuye a marginar el significado de las fronteras estatales como delimitadoras de mercados. Igualmente, la tecnología de la información facilita que los consumidores, sin desplazarse de su residencia, puedan elegir entre ofertas de empresas situadas en muy diversos países. En consecuencia, la evolución tecnológica reduce el impacto negativo del espacio y el tiempo en la negociación, formación y ejecución de la contratación transfronteriza y en general en el desarrollo de las más variadas actividades.

Prueba de que estas circunstancias resultan de particular importancia en un espacio integrado, en el que existe una plena liberalización, entre otros aspectos, del intercambio de mercancías, servicios y capitales, es la Directiva 2000/31/CE o Directiva sobre el comercio electrónico (en adelante, la Directiva)¹, llamada a marcar la evolución en esta materia tanto de la legislación española como del resto de países de la UE. Entre los aspectos de la Directiva más oscuros y controvertidos, al tiempo que de mayor impacto práctico, se encuentran sus disposiciones sobre la determinación del régimen jurídico aplicable al comercio electrónico intracomunitario. La importancia de esta cuestión se vincula de manera obvia con el dato de que la sociedad de la información facilita que una actividad comercial pueda dirigirse -o producir consecuencias- en numerosos países, lo que va unido a una especial

¹ Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO 2000 L 178/1).

incertidumbre acerca de la eventual aplicación a esa actividad de normas de cada uno de esos países.

2. Reflejo de la poca claridad y de la incertidumbre características de las disposiciones de la Directiva relativas a la determinación de la normativa aplicable a la actividad internacional a través de Internet son las discusiones sobre el particular entre las delegaciones de los Estados miembros al tiempo de su elaboración², las divergencias en la trasposición a los ordenamientos nacionales de estas cuestiones, así como el desconcierto y disparidad de opiniones de la doctrina³. Estas diferencias son lógica consecuencia de una normativa que, en una primera aproximación, parece afirmar (aunque sólo para un amplio sector de materias) la necesidad de aplicar la ley de origen (establecimiento) del prestador de servicios a la actividad comercial intracomunitaria cuando tiene lugar por Internet -art. 3-, al tiempo que proclama que su contenido no altera las soluciones existentes en materia de Derecho internacional privado (D.I.Pr.) -art. 1.4-, si bien éstas pueden conducir a aplicar una ley distinta de la del país de origen. Respecto de la actividad legislativa para la trasposición de la Directiva, llama la atención el contraste, al que se aludirá en varias ocasiones más adelante, sobre este particular entre los sistemas proyectados en Alemania (*Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, de 14 de febrero de 2001)⁴, España (Anteproyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico -LSSI-, de 30 de abril de 2001)⁵ y Francia (*Projet de loi n° 3143 sur la société de l'information*, de 14 de junio de 2001)⁶.

3. El análisis de las características y consecuencias del confuso sistema comunitario en esta materia, incluso en un momento en el que los trabajos de trasposición de la Directiva a los derechos nacionales se encuentran muy avanzados, es de gran interés, pues el objetivo básico pretendido, que es eliminar obstáculos jurídicos al desarrollo del comercio

² Cf. F.J. García Más, “Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)”, *RCDI*, vol. LXXVI, núm. 661, 2000, pp. 2869-2920, pp. 2895-2896, quien da cuenta de su experiencia como miembro de la delegación española.

³ Ciertamente se trata de un aspecto de la Directiva que ha sido objeto de especial atención, dando lugar a opiniones enfrentadas; no obstante, en lo que parece existir consenso es en que en su contenido sobre este particular existe una importante falta de coherencia interna, *cf.*, v. *gr.*, P. North, “Private International Law: Change or Decay?”, *ICLQ*, vol. 50, 2001, pp. 477-508, p. 505.

⁴ Consultado en <www.bmj.bund.de>.

⁵ Consultado en <www.mcyt.es>.

⁶ Consultado en <<http://www.assemblee-nat.fr/projets/pl3143.asp>>.

electrónico intracomunitario⁷, reclama especialmente un entendimiento uniforme en los diversos países del sistema de determinación del régimen normativo aplicable a estas actividades. El propio párrafo 8 del preámbulo de la Directiva expresa que esos obstáculos jurídicos al tráfico intracomunitario tienen su origen en la disparidad de legislaciones y en la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables y del alcance del control que los Estados miembros pueden ejercer sobre actividades procedentes de otro Estado miembro.

Además, la Directiva no sólo ha de ser, lógicamente, decisiva en la configuración de la normativa interna de trasposición, sino que también existe la obligación, desde su entrada en vigor (el 17 de julio de 2000, conforme a su art. 23), de interpretar la legislación nacional, incluso preexistente, de conformidad con la Directiva comunitaria⁸, lo que puede alcanzar particular importancia en el caso de que una vez agotado el plazo para su trasposición al Derecho interno ésta no haya tenido lugar, en la medida en que, conforme a la jurisprudencia del TJCE, no cabe invocar la eficacia directa horizontal de la Directiva⁹.

4. En la incorporación de la Directiva al ordenamiento español la vía por la que se ha optado ha sido trasponer básicamente el conjunto de la Directiva en un único texto normativo de nueva creación¹⁰. Esta opción, si bien se corresponde con el patrón seguido tradicionalmente en la inclusión de las normas jurídico-privadas contenidas en Directivas en la legislación española¹¹, no está exenta, junto a ciertas ventajas, de inconvenientes. Entre éstos destaca el que no contribuye a corregir la

⁷ Asimismo, *vid. v. gr.*, C. Graf von Bernstorff, “Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce”, *RIW*, vol. 46, 2000, pp. 14-20, p. 17.

⁸ Acerca de la exigencia de que los órganos nacionales interpreten, en toda la medida de lo posible, las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a una directiva a la luz del tenor literal y de la finalidad de la directiva, *vid.* fallo de la STJCE de 27 de junio de 2000, as. C-240/98 a C-244/98; asimismo, al hilo de la jurisprudencia anterior del TJCE y su impacto sobre la del TS, *vid.* M.P. Bello Martín-Crespo, *Las directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 63-188.

⁹ *Vid.*, aunque con un planteamiento y resultados alejados de los de este trabajo, A. Thünken, “Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs”, *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 15-22, p. 21.

¹⁰ Entre las críticas de conjunto realizadas al enfoque del Anteproyecto desde sus primeras versiones, se encuentra su excesivo apego al texto de la Directiva, sin aportar un régimen de la contratación electrónica que incluya aspectos generales que la Directiva no trata, al estar centrada en las exigencias del mercado interior, *vid.* R. Illescas Ortiz, “Entre Europa y la nada (A propósito del Anteproyecto de Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de 29 de septiembre de 2000)”, *RCE*, núm. 11, 2000, pp. 3-33, pp. 6-7 y 17.

¹¹ En relación con el contraste entre Estados comunitarios en los que se aprecia una preferencia por incluir las normas de Derecho privado de origen comunitario en la codificación ya existente y países en los que esas normas tienden a incluirse en la medida de lo posible en la codificación ya existente, *vid.* G. Betlem, E. Hondius, “European Private Law after the Treaty of Amsterdam”, *ERPL*, 2001, pp. 3-20, pp. 7-8.

dispersión normativa existente en España en lo relativo a la regulación de las actividades en Internet y del comercio electrónico, no facilita que se lleve a cabo una adaptación a fondo de normas de nuestro ordenamiento muy importantes en esta materia y cuya necesidad de revisión debe ser afirmada (como ciertas normas de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista o el R.D. 1.906/1999 sobre contratación electrónica con condiciones generales), al tiempo que puede crear -frente a lo que cabe desprender de un primer análisis- desajustes sistemáticos en nuestro ordenamiento.

La opción seguida en el Anteproyecto de LSSI para trasponer la Directiva parece menoscabar la vinculación sistemática entre el desarrollo de determinadas cuestiones reguladas en la Directiva y los textos legales que abordan tradicionalmente esas cuestiones con carácter general en nuestro sistema. Así ocurre, por ejemplo, en lo relativo al tratamiento de la formación de los contratos por vía electrónica (art. 9 Directiva) al margen de las normas generales sobre obligaciones contractuales y en lo que atañe a la solución extrajudicial (art. 17) y judicial (art. 18) de los litigios respecto de las normas procesales generales.

5. Un factor añadido de incertidumbre acerca de la próxima evolución de la normativa comunitaria sobre el régimen jurídico de las actividades transfronterizas en Internet viene representado por la pretensión anunciada por la Comisión Europea de elaborar un Reglamento comunitario sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, con base en los artículos 61.c) y 65 TCE, introducidos por el Tratado de Amsterdam, igual que el artículo 67 que regula el procedimiento de adopción, caracterizado por un importante déficit democrático -la participación del Parlamento Europeo se limita a una mera consulta- y una marcada falta de transparencia.

Como antecedente indirecto del Reglamento proyectado -conocido en el argot comunitario como “Roma II” por ser un instrumento en materia de ley aplicable con un ámbito de aplicación complementario al del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales-, cabe mencionar una propuesta de convenio de septiembre de 1998¹², por lo tanto, de un momento en el que todavía no se apreciaba el verdadero impacto de las redes digitales como medio fundamental para la expansión de los supuestos generadores de responsabilidad no contractual de carácter transfronterizo.

¹² Se trata en concreto de la “Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles” adoptada en septiembre de 1998 por una agrupación privada conocida como Grupo europeo de Derecho internacional privado. El texto de la propuesta puede consultarse en *Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 87, 1998, pp. 802-807.

II. Mercado interior y servicios de la sociedad de la información

6. Clave para valorar el impacto de la Directiva es el concepto de servicios de la sociedad de la información, que aparece definido en su artículo 2.a) por remisión al artículo 1.2 Directiva 98/34/CE¹³. Según esta norma, entra dentro de ese concepto “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia (es decir, sin que las partes estén presentes simultáneamente), por vía electrónica (o sea, enviado y recibido mediante equipos electrónicos de tratamiento de datos a través de hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético) y a petición individual de un destinatario de servicios”. Se trata de una definición que reitera el párrafo 17 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE.

Además el anexo V de la Directiva 98/34/CE proporciona una lista indicativa de servicios no incluidos entre los de la sociedad de la información. Así, considera que no son servicios ofrecidos a distancia los que se prestan en presencia física del prestador y del destinatario aunque se empleen dispositivos electrónicos (por ejemplo, la consulta de un médico con la presencia física del paciente). Por ser servicios no ofrecidos por vía electrónica, quedan fuera del concepto aquellos cuyo contenido es material, aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos, así como los servicios fuera de línea (con mención expresa de la “distribución de CD-ROM o de programas informáticos en disquetes”) y los servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento de datos. En tanto que servicios no prestados a petición individual de un destinatario de servicios quedan fuera de la categoría, conforme a la lista indicativa del referido anexo V, los servicios prestados mediante transmisión de datos sin petición individual y destinados a la recepción simultánea por un número ilimitado de destinatarios (como los servicios de radiodifusión televisiva o sonora).

Este anexo V de la Directiva 98/34/CE inspira las consideraciones incluidas en el párrafo 17 del preámbulo de la Directiva 2000/31/CE para precisar el significado del término servicios de la sociedad de la información, si bien en el texto del preámbulo cabe encontrar precisiones de importancia. Por una parte, pone de relieve que la categoría no incluye sólo servicios que dan lugar a la contratación en línea sino también servicios no remunerados por sus destinatarios en la medida en que representen una actividad económica, como los que consisten en ofrecer

¹³ Directiva 98/34/CE, de 22 de junio de 1998 (DO 1998 L 204/37) por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, modificada por la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio 1998 (DO 1998 L 217/18) e incorporada al derecho interno por medio del RD 1337/1999, de 31 de julio (BOE núm. 185, de 4-VIII-1999).

información en línea o instrumentos de búsqueda; asimismo, se incluyen expresamente los servicios de transmisión de información a través de una red de comunicación y los que consisten en el alojamiento de información de los destinatarios del servicio. Por otra parte, el preámbulo de la Directiva 2000/31/CE aclara que entre la amplia variedad de actividades económicas desarrolladas en línea que integran los servicios de la sociedad de la información destaca la venta de mercancías en línea, sin perjuicio de que la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas.

Esta aclaración es de importancia para eliminar dudas sobre la aplicabilidad del régimen de los servicios de la sociedad de la información la celebración de los contratos propios del llamado comercio electrónico indirecto (en el que la prestación no tiene lugar en línea sino fuera de la Red, típicamente por tratarse de la entrega de un bien en soporte material). Ciertamente, resulta pleno de sentido que las normas sobre contratos por vía electrónica de la Directiva 2000/31/CE resulten de aplicación tanto al comercio electrónico directo como indirecto, sin que deba ser un obstáculo el que el anexo V de la Directiva 98/34/CE mencione en la lista indicativa de los servicios no cubiertos en la categoría de servicios de la sociedad de la información los servicios que se ofrecen fuera de línea; en realidad la comercialización por vía electrónica de esos servicios debe considerarse un servicio de la sociedad de la información, sin perjuicio de que su régimen no se aplique a la entrega de las mercancías ni a la prestación de los servicios por medios no electrónicos - cuestiones excluidas del ámbito coordinado de la Directiva 2000/31/CE según su art. 2.h)-.

7. El amplio contenido de la categoría servicios de la sociedad de la información, cuya libre prestación en la Comunidad pretende garantizar la Directiva, determina el carácter horizontal de ésta que, aunque con ciertas excepciones, se extiende al conjunto de las actividades en línea. De conformidad con el ámbito subjetivo propio de la libertad comunitaria de prestación de servicios, cuyos beneficiarios han de estar establecidos en un Estado miembro (art. 49 TCE), la Directiva 2000/31/CE no contempla a los prestadores de servicios de terceros países. Resulta por lo tanto fundamental la noción de prestador de servicios establecido y concretar si el prestador tiene su establecimiento en un concreto Estado miembro, circunstancia que, de acuerdo con el artículo 3 Directiva 2000/31/CE, determina las autoridades responsables del control y condiciona la normativa aplicable, por lo que las diferentes legislaciones de trasposición tienden a diferenciar entre prestadores establecidos en el propio Estado, prestadores establecidos en otros Estados miembro y prestadores establecidos en terceros Estados.

8. A la hora de precisar la determinación del establecimiento en el marco de la Directiva y de cara a su trasposición en las legislaciones de los Estados miembros, debe estarse a lo dispuesto en la definición contenida en el artículo 2.c) de la Directiva así como tomar en cuenta el párrafo 19 de su preámbulo. El prestador de servicios establecido se define en el artículo 2.c) como aquel “que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado”; añadiendo que “la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento”, inciso éste que trata de dificultar que los prestadores puedan eludir la supervisión rehusando que criterios meramente formales o basados en la utilización de medios tecnológicos (como la ubicación del servidor en el que se aloja la información) basten para determinar el establecimiento¹⁴.

El concepto de establecimiento que recoge el mencionado artículo 2.c) no es circunstancial sino que responde -como expresamente señala el párrafo 19 del preámbulo- a la jurisprudencia del TJCE, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo indefinido; asimismo, en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador será determinante precisar desde qué lugar (establecimiento) se presta un servicio concreto y en caso de especial dificultad, será el lugar en el que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese particular servicio.

9. De lo anterior, cabe derivar que el margen de apreciación de los legisladores nacionales para precisar el lugar de establecimiento debe ser necesariamente limitado, en línea con el rechazo en la negociación de la Directiva de la propuesta de alguna delegación de que la existencia de una instalación estable, como elemento determinante del establecimiento, se hiciera depender de la legislación de cada Estado miembro¹⁵. La falta de margen de apreciación al concretar la noción de establecimiento se refleja en las iniciativas legislativas de algunos Estados miembros de trasposición de la Directiva 2000/31/CE, que se limitan a reproducir el concepto de prestador de servicios establecido de su artículo 2.c) ¹⁶, como solución

¹⁴ Cf. E. Roeder, “Services in the Information Society (A Commentary on the EC-Directive on Electronic Commerce)”, *EBLR*, 1999, pp. 472-481, pp. 474-475.

¹⁵ Cf. F.J. García Más, “Análisis...”, *loc. cit.*, p. 2889, respecto de la pretensión de la delegación española.

¹⁶ Como sucede en el artículo 1.6 del mencionado proyecto alemán (*Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, de 14 de febrero de 2001), y con el artículo 17 del aludido *Projet de loi sur la société de l'information*, de 14 de junio de 2001 (que se limita a añadir la precisión de que cuando se dan los elementos que

respetuosa con la normativa comunitaria y que garantiza la eficacia del concepto autónomo de lugar de establecimiento elaborado por el TJCE en el marco de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios (arts. 43 y 49 TCE).

Desde esta perspectiva, la solución recogida en el artículo 2 del Anteproyecto LSSI¹⁷ plantea importantes dificultades, al hacer depender la noción de establecimiento de lo dispuesto en la normativa fiscal aplicable o de que se encuentre en España el establecimiento permanente definido a efectos fiscales (al tiempo que incluye presunciones de establecimiento con base sólo en la inscripción de una sucursal en un Registro Mercantil español). Esas dificultades derivan de que tal solución se aleja de lo dispuesto en la Directiva -cuya respuesta, además, está consolidada en el Derecho comunitario-, por lo que contrasta con las soluciones proyectadas en otros países, favorece la posible aparición de conflictos al facilitar que un prestador pueda al mismo tiempo considerarse establecido en varios Estados miembros según sus respectivas legislaciones, y dificulta la coordinación con otras normas de nuestro ordenamiento -también aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información- que trasponen Directivas comunitarias y emplean el concepto de establecimiento propio del Derecho comunitario, como es el caso del artículo 2 LOPD inspirado en el artículo 4 Directiva 95/46/CE.

10. Criterio básico en la intervención comunitaria es la liberalización de la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información, pues la prohibición de que se someta a autorización previa o cualquier otro requisito con efectos equivalentes (art. 4.1 Directiva 2000/31/CE) se proyecta tanto sobre el acceso a la actividad como sobre su ejercicio, lo que determina que -salvando las distancias- resulte aquí de interés el criterio inspirador de la jurisprudencia del TJCE sobre prohibición de las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación en el marco de la libre circulación de mercancías¹⁸, en línea con la sentencia en el asunto *Cassis de Dijon*¹⁹, y el posterior desarrollo por la Comisión del principio de reconocimiento mutuo o de control por el país de origen como determinante de un nuevo enfoque de la armonización necesario

determinan la consideración como prestador de servicios establecido, esta consideración es independiente, tratándose de personas jurídicas, de cuál sea el lugar donde se encuentra la sede social).

¹⁷ Texto de 30-IV-2001.

¹⁸ Cf. H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie”, *CR*, vol. 16, 2000, pp. 835-841, p. 835.

¹⁹ STJCE de 20 de febrero 1979, as. C-120/78, *Rec.* (1979), p. 662.

para garantizar el mercado interior²⁰ respaldado por la jurisprudencia del TJCE²¹.

En este contexto, el artículo 3 de la Directiva, con el objetivo de garantizar que los servicios en línea puedan prestarse libremente en toda la Comunidad, de modo que se asegure la libre prestación de servicios conforme al artículo 49 TCE, fija la llamada cláusula de mercado interior como su principio básico, que, según opinión de la Comisión “permite a los prestadores en línea ofrecer sus servicios en toda la Unión con arreglo a las normas del Estado miembro en el que estén establecidos”, sin que los Estados puedan adoptar (salvo en situaciones excepcionales con arreglo al art. 3) medidas que obstaculicen o hagan menos atractiva la prestación de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros Estados miembros²².

III. Servicios transfronterizos: previsibilidad y unidad del régimen jurídico

11. La Directiva 2000/31/CE elimina una serie de obstáculos jurídicos al comercio electrónico intracomunitario mediante la armonización de normas de los Estados miembros relativas a la información general exigida a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, el régimen de las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen uno de esos servicios, el tratamiento y requisitos de los contratos celebrados por vía electrónica, el régimen de responsabilidad (en particular, ciertas limitaciones de responsabilidad) de estos prestadores de servicios; asimismo, incluye ciertos compromisos

²⁰ Acerca del significado de estos elementos en tanto que condicionantes de la Directiva sobre el comercio electrónico, *vid.* A. Tempest, A. Caparros, “Country of Origin and E-commerce - Defending European Consumer and Business Interests”, http://europa.eu.int/comm/internal_market/comcom/newsletter/edition15/page11_en.htm, pp. 1-8, pp. 3-5.

²¹ De la que se desprende que las limitaciones a la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, que resultan de la sentencia TJCE de 24 de noviembre de 1993, *Keck et Mithouard, Rec.* (1993), p. I-6097, no se proyectan sobre la libre prestación de servicios -que incluye normalmente las actividades de comercio electrónico- y no restringe en ese marco el impacto del principio de reconocimiento mutuo; en este sentido, *vid.* sentencia TJCE de 10 de mayo de 1995, as. C-384/93, *Alpine Investments, Rec.* (1995), p. I-1141; y sentencia TJCE de 9 de julio de 1997, as. C-34/95, *De Agostini, Rec.* (1997), p. I-3843.

²² Los textos entrecomillados pertenecen a Comisión Europea, “Comunicación sobre comercio electrónico y servicios financieros”, de 26 de enero de 2001, p. 2, consultada en <http://www.europa.eu.int>; no obstante esta Comunicación contiene varios errores crasos, muy llamativos en un documento de una institución comunitaria, como confundir -en sus páginas 5 y 10- el final del plazo de trasposición de la Directiva 2000/31/CE -17 de enero de 2002, según su art. 22- con el momento de su entrada en vigor (cuando en realidad éste viene determinado, conforme a su art. 23, por su publicación en el *DO*).

relativos al fomento de los códigos de conducta y a la adaptación de las soluciones extrajudiciales y judiciales a los litigios relativos a los servicios de la sociedad de la información.

En todo caso, el alcance armonizador de la Directiva, centrada en aspectos específicos vinculados al comercio electrónico, es limitado, sobre todo al considerar que los sectores básicos para el desarrollo de la actividad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como sucede en las materias de competencia desleal, contratación y responsabilidad, sólo han sido hasta la fecha objeto de una armonización puntual en el ámbito comunitario.

12. Como complemento esencial de ese marco armonizado, la Directiva introduce una serie de disposiciones que considera básicas para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, entre las que destacan los dos primeros apartados de su artículo 3:

“1. Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado.

2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.

Conforme al apartado 3 de ese artículo, no se aplicarán los apartados 1 y 2 a los ámbitos a que se hace referencia en el anexo -sobre el que más adelante se insistirá al tratar de las materias excluidas del impacto de la ley de origen-. Asimismo, es importante destacar que los apartados 1 y 2 van expresamente referidos al ámbito coordinado por la Directiva, que se convierte en una categoría de gran importancia al valorar las implicaciones de estas normas. En todo caso, como punto de partida conviene señalar ahora que el artículo 3 de la Directiva se sitúa en el núcleo del debate sobre las implicaciones del comercio electrónico y de las actividades en línea en tanto que sector que reclama un tratamiento específico en materia de determinación del régimen jurídico aplicable.

13. La facilidad con la que los servicios de la sociedad de la información pueden ser prestados desde un mismo lugar a destinatarios ubicados en los más diversos territorios determina que la disparidad de soluciones normativas entre los ordenamientos de los Estados miembros de la UE afecte de manera especialmente significativa a este tipo de actividades, que tienen lugar a través de un medio que en principio

posibilita la uniformización del contenido de ofertas y propuestas dirigidas al mismo tiempo a territorios muy diversos, lo que permite expandir internacionalmente la actividad empresarial con una inversión muy limitada y sin necesidad de presencia física en todos aquellos países sobre los que proyectan sus actividades.

Frente a esta situación, el ordenamiento jurídico español (y los de nuestro entorno) parte de que la normativa aplicable respecto de la actividad en el mercado es típicamente la de aquel mercado que resulta sustancialmente afectado y para el que se reclama protección²³. Ciertamente, el criterio de partida es que la legislación española sobre competencia desleal es aplicable para valorar la deslealtad de un acto y sus consecuencias respecto del mercado español -con arreglo al art. 4 Ley de competencia desleal-.

En consecuencia, la ley aplicable, por ejemplo, a los actos de competencia desleal derivados de la difusión de publicidad es en principio la ley de cada Estado en el que la publicidad se difunde, donde se enfrentan el infractor y sus competidores, y los potenciales consumidores resultan defraudados²⁴. Como es necesario que los efectos en el mercado sean sustanciales para que resulte de aplicación la legislación sobre competencia desleal, no basta con la mera accesibilidad de la información contenida en la página web²⁵, sino que ésta ha de estar orientada a potenciales clientes del mercado cuya normativa sobre competencia desleal pretende aplicarse -lo que no siempre es fácil de determinar- en línea con la función ordenadora del mercado propia del Derecho de la competencia.

Entre los elementos a tener en cuenta para valorar si una página web está orientada a un concreto mercado cabe retener la presencia de números de teléfono de contacto de ese país -para pedidos y atención al cliente-, las divisas en las que aparecen los precios, las modalidades de pago, los idiomas empleados, el carácter de la prestación a realizar por el prestador de servicios (por ejemplo, el que se trate de un objeto físico que ha de ser entregado en el lugar designado por el cliente -frente a los supuestos de ejecución en línea en los que la ubicación del destinatario puede ser desconocida-); asimismo, pueden ser relevantes elementos ajenos al contenido del sitio web para considerar que está orientado a un concreto país; por ejemplo, cuando se difunde publicidad del sitio web en

²³ Vid. M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 45-55 y 127-132.

²⁴ Cf., respecto de las actividades en Internet, H. Kronke, “Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace”, K. Boele-Woelki y C. Kessedjan (eds.), *Internet Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal decide? Quel droit s’applique?*, La Haya, Kluwer, 1998, pp. 65-87, p. 71.

²⁵ Cf. N. Dethloff, “Marketing im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht”, *NJW*, vol. 51, 1998, pp. 1596-1603, pp. 1599-1600.

medios de comunicación de ese país o páginas web o directorios propios de ese mercado²⁶.

14. El contexto reseñado se relaciona con la circunstancia de que la necesidad de considerar (cumplir) las normas de cada uno de los países sobre los que se proyectan las actividades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información va unida a significativos costes de información jurídica²⁷, que según una primera aproximación pueden disuadir el empleo del comercio electrónico y, en especial, su aprovechamiento para la expansión comercial a nuevos territorios, causando la concentración en el mercado doméstico y, si acaso, en los países más grandes, en perjuicio de las opciones disponibles para los clientes y consumidores de los mercados a los que no extiendan su actividad. Como elemento adicional de incertidumbre, la ubicación física del destinatario de un servicio en línea no siempre resulta fácil de conocer para el prestador de servicios.

Asimismo, la determinación de los órganos competentes y de la legislación aplicable respecto de cuestiones suscitadas por esa actividad transfronteriza se convierte en una tarea compleja y en ocasiones difícilmente previsible, habida cuenta de que esa actividad tiene repercusión en numerosos países y de que la concreción de los criterios de localización de base territorial típicos de las normas sobre competencia judicial y ley aplicable plantea en el contexto de Internet exigencias interpretativas y de adaptación²⁸. En este entorno, el reparto de competencias entre las autoridades de control de los distintos países cuando un mismo servicio se ofrece a través de Internet a mercados diversos exige un esfuerzo de coordinación²⁹, particularmente intenso en el ámbito comunitario para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

15. La ubicuidad y alcance potencialmente mundial de las actividades desarrolladas a través de Internet justificarían, según algunas opiniones, criterios específicos y contrapuestos de determinación del régimen jurídico de esas actividades. En concreto, la imposibilidad de conocer el alcance espacial preciso de las actividades y las dificultades vinculadas a la toma en consideración de las normas de los potenciales

²⁶ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 188; y A. Thünken, “Die EG-Richtlinie...”, *loc. cit.*, p. 16.

²⁷ Cf. H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip...”, *loc. cit.*, p. 836.

²⁸ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 93-98.

²⁹ Vid., acerca de los criterios de solución respecto de la comercialización a través de Internet de productos financieros, L. Rolin Jacquemyns, T. Verbiest, “L’offre de services et produits financiers sur Internet”, *RDAl/IBLJ*, 2000, pp. 3-41, pp. 8-12.

países de destino, favorece la aplicación de la ley de origen de la actividad respecto de la publicidad frente a la solución tradicional y que ha de continuar con respecto a otros medios de comunicación como la prensa escrita³⁰.

Es cierto que entre determinadas aplicaciones y servicios de Internet y los medios tradicionales de comunicación existen diferencias que, por ejemplo, se proyectan decisivamente sobre el régimen de (exención de) responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por los contenidos de terceros (art. 14 de la Directiva); no resulta, sin embargo, tan claro que una división en el régimen conflictual en materia de publicidad, competencia desleal (incluso en el ámbito contractual, según el ámbito coordinado de la Directiva) entre actividades transfronterizas en Internet y en los demás medios de comunicación sea la única o la mejor solución, en particular, en la medida en que esa división sólo se pretende llevar a cabo en relación con las actividades intracomunitarias de prestadores establecidos en un Estado miembro.

16. La remisión con carácter general a la ley de origen respecto de la actividad internacional (intracomunitaria) de los prestadores de servicios de la sociedad de la información no está exenta de dificultades. Este criterio genera un riesgo de descenso del nivel de tutela y exigencia de los ordenamientos al convertir a los países con menos restricciones en los más atractivos para que se establezcan los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Situación que tiene lugar en un entorno que limita el interés de los Estados por garantizar que todos los prestadores de servicios establecidos en ese país respetan las disposiciones nacionales aplicables, en concreto, cuando se trata de sitios web en un idioma extranjero con respecto al país de origen³¹, consecuencia posible de la fragmentación lingüística de la UE, lo que explica la posibilidad de asegurar que el Estado de destino puede adoptar medidas de salvaguarda en ciertos casos. En concreto, todo Estado miembro conserva el derecho de adoptar medidas contra un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, cuya actividad se dirige principalmente hacia el territorio del primer Estado, cuando el establecimiento se haya realizado con la intención de evadir la legislación aplicable al prestador de servicios de haber estado establecido en el primer Estado miembro³². Asimismo, el artículo 3.4 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados adopten medidas de excepción que restrinjan la libertad de prestación de servicios de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado, cuando

³⁰ Cf. A. Thünken, “Die EG-Richtlinie...”, *loc. cit.*, p. 20.

³¹ Cf. H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip...”, *loc. cit.*, p. 837.

³² Cf. párrafo 57 del preámbulo de la Directiva, en línea con la jurisprudencia del TJCE.

sean necesarias por motivos de orden público, protección de la salud pública, protección de los consumidores y resulten proporcionadas frente a servicios que representen un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos.

El riesgo de descenso en el nivel de tutela de los ordenamientos vinculado al atractivo de los prestadores para fijar su establecimiento en los países con ordenamientos más permisivos, se ve acentuado por la facilidad de deslocalización de las actividades en Internet, el limitado nivel de armonización comunitaria de la normativa sobre competencia desleal y el interés de los Estados con niveles más estrictos de exigencia por evitar la discriminación inversa inherente a la aplicación de las legislaciones más restrictivas a la actividad de las empresas establecidas en los países en los que están en vigor³³.

Por otra parte, el criterio de la ley de origen tiene múltiples implicaciones, que no parecen haber sido plenamente valoradas³⁴, pues en realidad también favorece una creciente fragmentación de las condiciones del mercado -en atención al país de procedencia- frente al criterio tradicional de la ley del mercado afectado (destino), que unifica los términos, por ejemplo, de la publicidad en cada uno de los mercados y se compadece con las normas sobre protección de consumidores que serán normalmente aplicables; igualmente, la efectividad de la regla del mercado afectado no parece cuestionable ya que se corresponde con los tribunales ante los que puede tener un mayor interés en litigar quien se ve afectado por la actividad del prestador de servicios y que van a ser normalmente competentes en materia de responsabilidad civil (con base en el art. 5.3 Reglamento 44/2001).

17. Incluso el análisis de las características de los modelos de negocio de los principales prestadores de servicios de la sociedad de la información en Europa puede llevar a matizar la importancia práctica de fomentar una configuración unitaria de su presencia y de la oferta de sus productos y servicios en Internet, eliminando los obstáculos jurídicos vinculados a la pluralidad de ordenamientos. A este respecto, no cabe desconocer que en la práctica de los más significativos prestadores de servicios de este tipo -en concreto, portales de Internet- cuando se dirigen a una pluralidad de mercados lo hacen normalmente por medio de sitios web distintos dirigidos a cada uno de esos mercados -con direcciones de Internet (URL) diferentes, en particular, en la medida en que en cada uno de los sitios el nombre de dominio de segundo nivel empleado contiene el sufijo geográfico del país correspondiente-, lo que sin duda se proyecta

³³ Cf. A. Thünken, “Die EG-Richtlinie...”, *loc. cit.*, p. 20.

³⁴ Vid. P. Mankowski, “Internet und Internationales Wettbewerbsrecht”, *GRUR Int*, 1999, pp. 909-921, pp. 913-915.

sobre el espacio comunitario, como consecuencia, entre otras circunstancias, de la diversidad lingüística y de la importancia como elemento de cohesión social y cultural de las naciones integrantes de la UE.

Ante la constatación práctica de que los principales prestadores de servicios de la sociedad de la información, aunque estén establecidos sólo en un Estado, diferencian normalmente sus actividades en función de los mercados nacionales en los que operan a través de la Red, precisamente porque esta actitud es necesaria para el éxito en el mercado, que exige la adaptación al entorno cultural y social de los destinatarios, cabe revisar el verdadero impacto de la diversidad jurídica como barrera a la actividad transnacional de los prestadores de servicios.

En todo caso, la tendencia a favorecer la actividad transfronteriza de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y las exigencias de la libre prestación de servicios como libertad comunitaria, se relacionan con la consolidación como criterio general del control en origen y con el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo. Estos criterios exigen un análisis detallado de su verdadero significado e impacto sobre el conjunto del sistema de determinación del régimen jurídico de la actividad internacional de estos prestadores de servicios. Por su parte, en los instrumentos de autorregulación en esta materia cabe apreciar una significativa flexibilidad al precisar su ámbito de aplicación espacial, que se vincula con la previa aceptación de las entidades a las que resultarán de aplicación esas normas. Ejemplo de esta realidad es el artículo 2 del “Código ético sobre publicidad en Internet” de la Asociación de autocontrol de la publicidad³⁵, que prevé su aplicación a la publicidad realizada a través de Internet por persona establecidas en España, a la publicidad insertada en soportes cuyos titulares tengan nacionalidad o estén establecidos en España y a las páginas “hospedadas” (cabe entender, alojadas) en servidores ubicados en territorio español, pero, eso sí, siempre que en cualquiera de estos casos se haya aceptado ese código³⁶.

IV. Ámbito coordinado

18. La imposición del control en origen y la prohibición de restricción de la libertad de prestación de servicios contempladas en el artículo 3 de la Directiva van referidas específicamente a las cuestiones que integran el ámbito coordinado. Por lo tanto, el concepto de ámbito

³⁵ Aprobado en su Asamblea General de 14 de abril de 1999.

³⁶ En todo caso, cabe dudar que la mera nacionalidad española del titular del soporte o el alojamiento de la información en servidores ubicados en España sean criterios apropiados para delimitar el ámbito de aplicación en el espacio de ese Código.

coordinado es clave en la interpretación de esas normas y en el eventual alcance de la referencia a la ley de origen pues determina las cuestiones en las que las normativas nacionales no pueden obstaculizar los principios de la Directiva, en particular, el de libre prestación de servicios. Ese concepto aparece recogido en el artículo 2.h) de la Directiva 2000/31/CE, según el cual hace referencia a los requisitos exigibles en los regímenes jurídicos de los Estados miembros a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos.

En concreto, detalla el artículo 2.h) que el ámbito coordinado se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios de la sociedad de la información en relación con el inicio de esa actividad (por ejemplo, notificaciones o autorizaciones) y con su ejercicio. Respecto de este último, se incluyen a título indicativo “los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios”. La precisión del alcance del ámbito coordinado en relación con este inciso resulta especialmente controvertida y se proyecta de manera significativa sobre la eventual repercusión en el ámbito de la determinación de la ley aplicable. Aunque el ámbito coordinado no sólo comprende las normas de armonización de la propia Directiva pues incluye las normas contenidas en otros textos legales que son de aplicación a los servicios de la sociedad de la información, también se matiza que en relación con los contratos no todas las normas o requisitos que les son aplicables quedan comprendidos en el ámbito coordinado, sino sólo aquellos que afectan a los servicios en línea y se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva³⁷.

19. Llama la atención que se sitúen en un mismo plano los requisitos aplicables a la publicidad, contratos y responsabilidad, que son materias sobre las que la armonización sólo se proyecta de forma muy limitada. Tampoco se concreta qué debe entenderse por requisitos de los contratos y requisitos de responsabilidad. El régimen jurídico de la publicidad versa fundamentalmente sobre los límites admisibles de las modalidades -configuración, contenido, objeto, difusión- de publicidad y las consecuencias de su infracción, que son cuestiones que repercuten de manera directa sobre la configuración de la presencia en el mercado (lo que parece justificar de manera especial su inclusión en el ámbito coordinado, habida cuenta de que éste es determinante de la

³⁷ Vid. F.J. García Más, “Análisis...”, *loc. cit.*, pp. 2894-2895.

imposibilidad de que en el mercado de destino se establezcan restricciones no previstas en el de origen).

Ahora bien, en materia contractual y de responsabilidad la idea de que en principio el conjunto del régimen jurídico de estos sectores se halla comprendido dentro del ámbito coordinado puede resultar excesiva. Este planteamiento implicaría que las normas del régimen general de obligaciones contractuales (y de responsabilidad civil) quedan en su conjunto comprendidas en el ámbito coordinado, en la medida en que puedan ser aplicados a los contratos y actividades en línea. Se trata de una idea que contrasta con el limitado alcance armonizador de la Directiva y que, sobre todo, no se compadece con la alusión a los “requisitos” de los contratos y de responsabilidad, que difícilmente puede interpretarse en el sentido de que incluye el conjunto de los derechos y obligaciones integrantes de esas relaciones jurídicas e incluso cuestiones como la capacidad para contratar.

Fuera del ámbito coordinado quedan las cuestiones relativas a la ejecución de las prestaciones consistentes en bienes corporales o en servicios que han de prestarse fuera de la Red, por ser cuestiones que, con independencia del empleo de medios electrónicos en la formación del contrato, se plantean en los mismos términos en el comercio electrónico que en la contratación tradicional. Así, conforme al último párrafo del artículo 2.h), el ámbito coordinado no se refiere a los requisitos aplicables a las mercancías en sí, a la entrega de las mercancías o a los servicios no prestados por medios electrónicos.

V. Aplicación de la ley de origen: ¿una respuesta conflictual?

20. Al facilitar la prestación transfronteriza de servicios sin presencia física en los países de destino, Internet favorece, en una primera aproximación, que el control de los servicios de la sociedad de la información y de quienes los prestan se lleve a cabo por parte del Estado de origen del prestador, en el que éste se encuentra establecido y desde el que explota su sitio web. Como ha quedado señalado, el artículo 3 de la Directiva no se limita a fijar que la supervisión de la actividad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información corresponde al Estado miembro del país en el que el prestador se halla establecido, sino que además prevé en su apartado 2 que los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.

Se trata de una disposición de indudable trascendencia en la medida en que entre las materias incluidas dentro de ese ámbito

coordinado figuran algunas, como la publicidad, respecto de las cuales el criterio general es que el régimen jurídico aplicable, como ha quedado señalado, viene normalmente determinado por la ley del país de destino de la actividad -en línea con el significado del principio de los efectos en el mercado como criterio de aplicación de la normativa sobre competencia desleal (art. 4 LCD)- como solución ampliamente extendida en el panorama europeo³⁸. La formulación de las referencias a la ley del país de origen en el artículo 3 y su eventual coordinación con el artículo 1.4 de la misma Directiva parecen admitir diversas interpretaciones y su falta de claridad dificulta la tarea de su trasposición³⁹.

21. Existe una significativa controversia acerca de si el artículo 3 de la Directiva impone, al fijar la referencia a la ley del país de origen, una solución conflictual, que implicaría la sustitución de las reglas normalmente aplicables para determinar el ordenamiento jurídico que rige la relación por una regla específica que respecto de la prestación de servicios de la sociedad de la información establece como aplicable la ley del país de origen. Una solución conflictual implicaría, por ejemplo, que en el ámbito de la prestación de servicios de la sociedad de la información la ley aplicable a la competencia desleal -o a los contratos, la

³⁸ Con independencia de que se trata de un instrumento en cuya elaboración las peculiaridades de Internet no parecen haber ocupado un lugar significativo, es revelador de la difusión en Europa del mercado afectado como criterio básico determinante de la ley aplicable a los actos de competencia desleal, el artículo 4.b) de la ya mencionada Propuesta de convenio europeo sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales de septiembre de 1998..., *loc. cit.*, p. 804.

³⁹ Así, el Anteproyecto de LSSI de 30-IV-2001 para responder a estas exigencias introduce un esquema de gran complejidad y difícilmente comprensible. El Anteproyecto establece que su contenido será de aplicación a los prestadores establecidos en España (art. 2), lo será para los establecidos en otro Estado miembro de la UE o delEEE sólo respecto de las materias enumeradas en el Anexo de la Directiva 2000/31/CE y que reproduce el artículo 3 del Anteproyecto y salvo que la ley aplicable sea la de un país diferente, y también lo será para los establecidos fuera de la UE o delEEE “siempre que no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales...” (art. 4). A la libre prestación de servicios va referido el artículo 7 del Anteproyecto, que prevé que no puede establecerse ningún tipo de restricciones a los servicios procedentes de prestadores de servicios de la sociedad de la información “por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en el artículo 3” y 8. Por su parte, el artículo 27 del Anteproyecto en el Título dedicado a la contratación por vía electrónica contiene normas relativas a la ley aplicable, remitiéndose para esa materia y para la determinación de la “jurisdicción competente” a los convenios internacionales y a las demás normas de Derecho internacional privado del ordenamiento español, sin perjuicio de la aplicación de la futura ley “y de las demás disposiciones del ámbito normativo coordinado o, en su caso, de la legislación de otro Estado a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en virtud de lo establecido en los artículos 2 y 3.” Más apropiada que esta norma, confusa e innecesaria del artículo 27, sería la incorporación al inicio del Anteproyecto -al delimitar su ámbito de aplicación- del criterio de base proclamado en el artículo 1.4 de la Directiva 2000/31/CE, según el cual: “no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia”.

responsabilidad civil y el resto de cuestiones incluidas dentro del ámbito coordinado- en relación con las actividades de una empresa establecida en un Estado miembro sería en los demás Estados miembros la ley del país de establecimiento, lo que supondría el desplazamiento de las normas sobre ley aplicable a la competencia desleal, que normalmente utilizan como criterio de conexión el mercado afectado.

Esta controversia en sí misma no es novedosa, pues con anterioridad se ha pretendido que el principio de reconocimiento mutuo derivado de los artículos 28 y 49 TCE⁴⁰ actúa como una regla de conflicto oculta en el Derecho comunitario originario determinante de la aplicación de la ley de origen en el ámbito de la libre circulación de mercancías y de servicios⁴¹, si bien ha prevalecido una posición más matizada⁴².

Según ésta, el principio de reconocimiento mutuo desarrollado en la jurisprudencia del TJCE no impone una regla conflictual que exija, partiendo de la igualdad de las legislaciones con las que el supuesto está vinculado, la aplicación de la ley del país de origen -incluido su Derecho privado- respecto del conjunto de las relaciones que entran dentro del ámbito de esas libertades comunitarias. En realidad, en estos casos el Derecho comunitario sólo exige la no aplicación de las reglas -normalmente de Derecho público, sin perjuicio de su posible repercusión sobre relaciones privadas⁴³- de la ley aplicable contrarias al Derecho comunitario, que pueden ser desplazadas, en esa medida por la ley del Estado de origen, en virtud del principio de reconocimiento mutuo. Esta solución evita una radical división en materia de determinación de la ley aplicable entre situaciones intracomunitarias y extracomunitarias.

22. No obstante, en relación con la Directiva sobre el comercio electrónico la controversia parece presentar perfiles parcialmente diferenciados, pues el objetivo del criterio de origen es claramente facilitar una comercialización en línea uniforme -es decir, con base en los requisitos de la legislación de un concreto Estado miembro- de los

⁴⁰ Incluso en el ámbito del Derecho de sociedades, se ha pretendido que artículo 48 TCE tiene carácter conflictual, idea que rechaza S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, t. 0, 2000, pp. 115-157, pp. 125-126.

⁴¹ *Vid.* J. Basedow, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RabelsZ*, vol. 59, 1995, pp. 1-54, pp. 12-15.

⁴² *Cf.* P.A. De Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, núm. 2, 1997, pp. 413-445, pp. 437-438; asimismo, valorando el significado del principio de la ley del país de origen como presupuesto del impacto de ese principio en la Directiva sobre el comercio electrónico, K.H. Fezer, S. Koos, “Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslansprinzip und die e-commerce Richtlinie”, *IPRax*, vol. 20, 2000, pp. 349-354, pp. 350-351.

⁴³ *Cf.* L. Radicati di Brozolo, “Libre circulation dans la CE et règles de conflit”, P. Lagarde, B. von Hoffmann (eds.), *L'eupéanisation du droit international privé*, Colonia, Bundesanzeiger, 1996, pp. 87-103, pp. 92-93.

servicios en el conjunto de la Unión, lo que ha de tener una repercusión significativa sobre normas de Derecho privado y sería difícilmente realizable si el artículo 3 de la Directiva careciera de todo significado conflictual⁴⁴. El párrafo 22 del preámbulo de la Directiva vincula la garantía de la libre circulación de servicios y de la seguridad jurídica de sus prestadores y destinatarios a la circunstancia de que “en principio estos servicios deben estar sujetos al régimen jurídico del Estado miembro en que está establecido el prestador de servicios”. Esta circunstancia se relaciona con la idea de que la Directiva permite hacer negocios con clientes del resto de los Estados miembros sin tener que aplicar la legislación de esos Estados⁴⁵.

Para algunos, ese artículo 3 va más allá de las implicaciones de las libertades comunitarias del TCE y establece una regla específica de naturaleza conflictual⁴⁶ para los servicios de la sociedad de la información, determinante de la aplicación con carácter general de la ley del país de origen a las actividades de los prestadores de servicios de la sociedad de la información comprendidas dentro del ámbito coordinado, que no impide la discriminación inversa pues la Directiva no contempla un principio de aplicación del régimen más favorable. Según esta opinión, el artículo 3 de la Directiva exige, en la medida en que su contenido no haya sido incorporado de manera específica al Derecho nacional, interpretar las normas sobre ley aplicable relativas al ámbito coordinado en el sentido más favorable a la aplicación de la ley de origen -lo que, por ejemplo, en España debería proyectarse, entre otros, sobre el art. 4 LCD, si bien el tenor de éste basado en el criterio del mercado afectado no parece compatible con esa interpretación- y, en caso necesario, proceder a la reforma de las normas sobre ley aplicable en esas materias en el sentido señalado⁴⁷.

23. Ahora bien, ciertos elementos introducen matices muy significativos acerca del alcance de esa eventual uniformización en el

⁴⁴ *Vid.*, en relación con el texto de la propuesta de Directiva, P. Mankowski, “Internet...”, *loc. cit.*, p. 912, quien, sin embargo, se muestra muy crítico con esa solución.

⁴⁵ Así lo afirma el Comité Económico y Social en su “Dictamen sobre la incidencia del comercio electrónico en el mercado interior”, de 24 de enero de 2001, (DO 2001 C 123/1), p. 5, si bien a continuación señala que la Directiva prevé excepciones en diversos ámbitos de importancia, que se traducen en la continuidad de la fragmentación del comercio al por menor en quince mercados nacionales diferentes dentro de la UE, por lo que el Comité, aun comprendiendo la necesidad de superar la fragmentación, estima “que en este campo es preciso proceder con mucha precaución en tanto siga echándose en falta una armonización al más alto nivel”.

⁴⁶ Esa parece haber sido la opinión expresada en un dictamen del servicio jurídico del Consejo de 22 de septiembre de 1999, que no ha sido como tal confirmada por la Comisión ni por los Estados miembros, ni traslada al texto final de la Directiva, *vid.* F.J. García Más, “Análisis...”, *loc. cit.*, pp. 2896-2897.

⁴⁷ *Vid.* A. Thünken, “Die EG-Richtlinie...”, *loc. cit.*, pp. 21-22.

espacio de la UE de las ofertas y propuestas comerciales de los servicios de la sociedad de la información. En este sentido, de indudable interés resulta el párrafo 23 del preámbulo de la Directiva, que, en primer lugar, reproduce en lo sustancial el contenido del artículo 1.4, al expresar con claridad que “(n)o es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a los conflictos entre legislaciones y no afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia”; para añadir a continuación que las disposiciones de la legislación aplicable determinada por las normas del Derecho internacional privado no podrán restringir la libre prestación de servicios enunciada en la Directiva.

Estos términos ponen de relieve que una interpretación conflictual del criterio de origen del artículo 3 de la Directiva no viene impuesta por los objetivos del legislador. Sin perjuicio de que una trasposición de la Directiva que estableciera el carácter conflictual de esa norma también pudiera llegar a ser considerada correcta⁴⁸, aunque probablemente plantearía problemas de coordinación con otros textos legales como el Convenio de Roma de 1980, lo cierto es que una interpretación sistemática de ese principio de origen con lo dispuesto en el artículo 1.4 de la Directiva, con el párrafo 23 del preámbulo de la Directiva y con el alcance del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito del Derecho comunitario, lleva a entenderlo en el sentido de que impone no un mandato conflictual (que determina la ley normalmente aplicable) sino material. Esta interpretación se traduce en que los tribunales del Estado miembro que tengan competencia judicial internacional han de aplicar la ley designada conforme a las normas generales de Derecho internacional privado, si bien las disposiciones de ese ordenamiento serán desplazadas (por las del Estado miembro de establecimiento del prestador) en la medida en que su aplicación resulte contraria a las exigencias del Derecho comunitario, por imponer restricciones en el ámbito coordinado no previstas en el Estado miembro en el que está establecido el prestador⁴⁹.

24. Ciertamente, el principio del país de origen se desarrolla en el entorno comunitario fundamentalmente en el ámbito de la intervención administrativa con el objetivo de suprimir los obstáculos a las libertades comunitarias y no como criterio para determinar en su conjunto el régimen jurídico de relaciones privadas⁵⁰. Además, la remisión a la ley de

⁴⁸ En este sentido, resulta de interés que, pese a las propuestas de algunos países, se rechazara la inclusión al final del apartado 1 del artículo 3 de una mención a que la referencia a la ley del país de origen debía entenderse “... sin perjuicio del Derecho internacional privado”, cf. F.J. García Más, “Análisis...”, *loc. cit.*, p. 2897.

⁴⁹ Cf. K.H. Fezer, S. Koos, “Das gemeinschaftsrechtliche...”, *loc. cit.*, p. 352.

⁵⁰ Cf. P. Mankowski, “Internet...”, *loc. cit.*, p. 913.

origen no opera respecto de los prestadores establecidos en terceros Estados, de manera que las soluciones previas en materia de Derecho internacional privado no se ven afectadas en absoluto respecto de tales situaciones y no resulta aconsejable -ni parece tener fundamento- una interpretación del artículo 3 de la Directiva que conduzca en la práctica a una división radical en la determinación de la ley aplicable a las actividades internacionales de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, según se hallen o no establecidos en un Estado miembro. Esa respuesta contrastaría también con la idea consolidada de que la eventual regulación a nivel comunitario de la ley aplicable a las obligaciones no contractuales, incluidas las derivadas de la infracción de normas de competencia desleal, ha de tener alcance universal -es decir, comprender tanto la determinación de la ley aplicable a las situaciones intracomunitarias como al resto de las situaciones internacionales- en línea con el precedente del Convenio de Roma de 1980 en el ámbito contractual.

25. Para incorporar el apartado 2 del artículo 3 Directiva 2000/31/CE no es necesario incluir una norma que prevea con carácter general la aplicación de la ley del país del establecimiento cuando se trate de un prestador establecido en un Estado miembro. Esta norma no exige una solución conflictual que determina la ley aplicable a las actividades del prestador, sino que lo que impone es la no aplicación de las normas de la ley designada por las reglas de Derecho internacional privado que restrinjan la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado⁵¹.

Parece adecuado dejar sentado también en la normativa de trasposición -de acuerdo con el art. 1.4 Directiva 2000/31/CE- que como criterio general las normas sobre ley aplicable y competencia judicial internacional no se ven alteradas por el nuevo régimen⁵². Además, lo fundamental y verdaderamente necesario es afirmar que no se restringirá la libre prestación de servicios de la sociedad de la información en España por parte de prestadores de servicios establecidos en otros Estados

⁵¹ M. Desantes Real, “La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios financieros de la sociedad de la información”, R. Mateu de Ros, J.M. Cendoya (coords.), *Derecho de Internet*, Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 323-338, pp. 335-336, fundamenta este resultado en que el artículo 3.2 de la Directiva corresponde al sector del reconocimiento y no del Derecho aplicable, de modo que lo determinante es reconocer los efectos del servicio prestado de acuerdo con la legislación del Estado de origen, para lo que resulta necesario que el principio de reconocimiento mutuo actúe como una norma imperativa del foro; opción ésta que, sin embargo, no parece compadecerse con la idea de que se trate propiamente de una cuestión de reconocimiento de efectos.

⁵² Lo que, como ha quedado señalado, no hace el Anteproyecto de LSSI de 30-IV-2001, a diferencia del mencionado proyecto alemán (*Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr*, de 14-II-2001, que reproduce en su contenido el artículo 1.4 de la Directiva).

miembros dentro del ámbito coordinado por la Directiva 2000/31/CE; a tal fin, es necesario prever que no se aplicará a la actividad de los prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro la ley designada por las normas de Derecho internacional privado en la medida en que suponga una restricción a la libre prestación de servicios superior a la resultante de la legislación del lugar de establecimiento. Este mandato es lo esencial para garantizar el cumplimiento del artículo 3.2 de la Directiva y tiene consecuencias prácticas en la tramitación de los procesos, pues será la parte que pretenda beneficiarse de las menores restricciones de la ley de origen -cuando según las normas de Derecho internacional privado del foro la ley aplicable a la situación sea la de otro país- la que normalmente debe hacer valer esta circunstancia (sin perjuicio de la eventual intervención del tribunal), lo que le impone la carga de investigar sobre el contenido de una legislación extranjera, mientras que al prestador de servicios le basta con actuar según su propia ley⁵³.

26. Esta aproximación se corresponde plenamente con la circunstancia de que el ámbito coordinado de la Directiva incluye, junto a normas jurídico-públicas de intervención (sobre las que típicamente se proyecta el principio de reconocimiento mutuo derivado de las libertades del TCE), normas de Derecho privado, por ejemplo, en el ámbito contractual y en el de la publicidad y competencia desleal; sectores en los que parece claro que el artículo 3.2 de la Directiva no permite fundar la irrupción de una norma de conflicto específica para ciertas situaciones intracomunitarias. Este planteamiento, que implica la necesidad de corregir en ocasiones el resultado al que conduce la aplicación de la legislación a la que se remiten las reglas de conflicto, debe ser determinante también de la interpretación de las legislaciones de los Estados miembros, para garantizar que tiene lugar de conformidad con el texto y los objetivos de la Directiva.

En todo caso, han de quedar excluidas de las reglas anteriores todas las materias a las que hace referencia el artículo 1.5 de la Directiva -que se hallan al margen de su ámbito de aplicación - y su anexo -que no se ven afectadas por los arts. 3. 1 y 3.2 de la Directiva-. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso tomar en consideración -de acuerdo con el art. 3.4 de la Directiva- que las autoridades competentes podrán adoptar medidas que restrinjan la libre prestación de servicios de la sociedad de la información.

27. No parece ni mucho menos determinante del carácter conflictual del artículo 3.2 de la Directiva, la circunstancia de que el apartado 4 de ese artículo prevea que el país de destino -o del mercado afectado- pueda

⁵³ Vid. H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip...”, *loc. cit.*, p. 838.

adoptar medidas de excepción cuando no las adopta el Estado miembro en el que esté establecido el prestador de servicios al que debe solicitárselas previamente. Estas normas no implican que la ley de origen es con carácter general la que rige la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información⁵⁴, pues tienen pleno sentido a pesar de que la ley aplicable sea la del país de destino en relación con las disposiciones del país de origen que son más permisivas y forman parte del ámbito coordinado (pues, aunque el art. 3.2 de la Directiva no establece una regla de conflicto si implica en principio que en tales circunstancias las normas más restrictivas pertenecientes a la ley normalmente aplicable no resulten de aplicación por imponer restricciones no previstas en el país de origen). Además la normativa sectorial sobre publicidad -por ejemplo, sobre medicamentos⁵⁵ o armas⁵⁶- configura un marco de intervención administrativa, armonizado de manera significativa a nivel comunitario (lo que se corresponde con la inclusión de los requisitos de publicidad dentro del ámbito coordinado), cuya existencia obedece, sin embargo, normalmente a motivos -como la protección de la salud pública, la seguridad pública o la protección de los consumidores-, que el artículo 3.4 de la Directiva 2000/31 contempla como posibles fundamentos de las excepciones que permiten al país de destino marginar la prohibición de restringir la libre prestación de servicios de los prestadores establecidos en otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado (siempre que esas medidas satisfagan el resto de las exigencias previstas en el art. 3.4).

Reflejo del impacto de la existencia de normas sectoriales divergentes sobre publicidad en los Estados miembros como potencial origen de restricciones a la libre circulación intracomunitaria de los productos o servicios que son medio de soporte de la publicidad, es la Propuesta de Directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco⁵⁷, que contempla específicamente la armonización de las prohibiciones de la publicidad del tabaco en los servicios de la sociedad de la información, con el fin de evitar las restricciones al empleo de los servicios de la sociedad de la información vinculadas a su carácter de medio de soporte de publicidad con un creciente alcance transfronterizo.

⁵⁴ Frente a la opinión de A. Thünken, “Die EG-Richtlinie...”, *loc. cit.*, p. 19.

⁵⁵ *Vid.* RD 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano (BOE núm. 180, de 29-VII-1994).

⁵⁶ *Vid.* artículos 4, 5 y 45 RD 137/1993, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas (BOE núm. 137, de 29-I-1993).

⁵⁷ Texto de 20 de junio de 2001, COM (2001) 283 final.

VI. Materias excluidas de la Directiva o del impacto de la ley de origen

28. Junto a la posibilidad de establecer restricciones específicas a un determinado servicio de la sociedad de la información procedente de otro Estado miembro con arreglo a los apartados 4 a 6 del artículo 3 de la Directiva -que sólo contemplan medidas necesarias, y proporcionadas, por motivos de orden público (investigación del delito, protección de menores, lucha contra la instigación del odio racial o religioso y violación de la dignidad humana de personas), y exigen normalmente que no haya actuado el Estado de origen pese a haber sido requerido a tal efecto y la notificación a la Comisión de la intención de adoptar esas medidas- el anexo de la Directiva establece una serie de excepciones generales, pues en los ámbitos a que hace referencia no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 3, es decir, se hallan al margen del especial significado atribuido a la ley de origen (y al control por las autoridades de ese país) como instrumento para garantizar la libre prestación de servicios (art. 3.3).

Antes de hacer referencia al contenido del anexo, cabe reseñar que el artículo 1.5 de la Directiva deja fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones de fiscalidad, protección de datos, prácticas regidas por la legislación de carteles, actividades de los notarios y autoridades equivalentes directamente conectadas con el ejercicio de la autoridad pública, así como las actividades de juegos de azar con apuestas de valor monetario (sector este último de gran potencial económico y objeto de una intensa intervención administrativa -que se proyecta de manera específica sobre la publicidad- pero cuya adaptación al desarrollo de Internet no ha sido todavía en España objeto de especial atención en el ámbito normativo). Sin embargo, la exclusión del ámbito de la Directiva de alguna de estas materias no afecta a que, como consecuencia de las normas correspondientes de derecho aplicable, su régimen se halle sometido precisamente a la ley del país de origen.

29. En el desarrollo de la actividad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información tiene especial trascendencia el cumplimiento de las normas de protección de datos, que sí han sido en su contenido material objeto de una intensa armonización comunitaria. Al determinar el ámbito de aplicación espacial de la LOPD, su artículo 2 -inspirado en el art. 4 de la Directiva 95/46/CE - favorece también en el ámbito intracomunitario la aplicación de la normativa sobre protección de datos del país del establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información. Por lo tanto, pese a tratarse de una materia excluida de la Directiva 2000/31/CE, se trata de un importante sector en el que en el

ámbito intracomunitario sí prevalece la aplicación de la ley del país de origen.

No obstante, el artículo 2.1.a) LOPD sólo contempla la aplicación de la ley española “cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento”, mientras que a la luz del texto de la Directiva 95/46/CE lo determinante para que se aplique la legislación española al tratamiento efectuado en el marco de las actividades del establecimiento del responsable debe ser que España sea el lugar en el que se encuentre ese establecimiento (con independencia de que el tratamiento sea o no efectuado en territorio español). En los supuestos en los que el responsable del tratamiento tiene establecimientos en varios Estados miembros de la U.E. entre los que se reparte el tratamiento, la actividad de cada establecimiento se rige en materia de protección de datos por la ley del país correspondiente.

30. Por el contrario, en relación con las materias incluidas en el anexo de la Directiva 2000/31/CE, a las que no resulta de aplicación lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de su artículo 3, las normas sobre derecho aplicable conducen a localizar normalmente la relación en el país de destino de los servicios de la sociedad de la información. Así sucede en el momento presente en relación con los derechos de autor, derechos afines y derechos de propiedad industrial, a los que va referida la primera excepción al artículo 3 que incorpora el anexo de la Directiva 2000/31/CE⁵⁸. La territorialidad e independencia por países (o territorios de protección) características de estos derechos de exclusiva se vincula con que el criterio generalizado en la determinación del Derecho aplicable a sus eventuales infracciones sea el territorio para el cual se reclama la protección del derecho⁵⁹.

Entre la tutela de los derechos de propiedad industrial y las normas de competencia desleal existe una estrecha relación -basta pensar en las controversias relativas a enlaces, marcos (*frames*) o metaetiquetas (*metatags*)⁶⁰- que se corresponde con el empleo de criterios de conexión coincidentes, y lo mismo cabe decir entre las normas sobre responsabilidad civil y la protección de la propiedad intelectual (basta considerar que habida cuenta del carácter horizontal de la Directiva, las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información previstas en sus arts. 12 a 15 han de tener una

⁵⁸ Asimismo, el artículo 2 de la Directiva excluye del régimen de las comunicaciones comerciales a los nombres de dominio, pues expresamente excluya de la consideración como tales a los nombres de dominio y direcciones de correo electrónico.

⁵⁹ Vid. P.A. De Miguel Asensio, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 186-190 y 304-309.

⁶⁰ Cf. H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip...”, *loc. cit.*, p. 839.

notable repercusión respecto de las infracciones de derechos de autor cometidas a través de Internet). La vinculación entre todas estas materias parece desaconsejar también, por provocar un excesivo fraccionamiento que la Directiva trata de evitar, una interpretación conflictual del artículo 3, que implicaría que la ley aplicable con carácter general a la publicidad e importantes aspectos de la competencia desleal (incluso, según algunas interpretaciones, a la responsabilidad civil en su conjunto, que aparece mencionada dentro del ámbito coordinado) fuera la ley de origen, mientras que otros aspectos excluidos, como los derechos de propiedad industrial, las normas de competencia desleal vinculadas a la protección de los intereses de los consumidores o la infracción de derechos de autor quedarían normalmente sometidas a la ley de destino.

31. Dificultades interpretativas suscita las excepciones al artículo 3 en el ámbito contractual, que según el anexo incluyen la “la libertad de las partes de elegir la legislación aplicable a su contrato”, los contratos celebrados por consumidores y “la validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria”.

La interacción entre el artículo 3 de la Directiva y el Convenio de Roma de 1980, que contiene el régimen general en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales, requiere ulteriores consideraciones. Las excepciones del Anexo no deben ser interpretadas como las únicas situaciones en las que en materia contractual no será de aplicación el criterio de la ley de origen⁶¹, sino que parece más apropiado -en línea con la idea de que el artículo 3 no impone una solución conflictual general- entenderlas como una enumeración de supuestos en los que la remisión a la ley de origen derivada del artículo 3.2 de la Directiva carece de toda virtualidad.

Ciertamente, el criterio de la ley de origen va referido a la imposibilidad de aplicar restricciones no previstas en las normas del Estado miembro de origen dentro del ámbito coordinado; y conforme al

⁶¹ Esa orientación, sin embargo, es la que parece seguir en Francia el texto del mencionado *Projet de loi n° 3143 sur la société de l'information*, de 14 de junio de 2001, cuyo artículo 18, en esta fase aún provisional de su elaboración, prevé que la prestación de servicios de la sociedad de la información se rige por la ley del Estado miembro en el que está establecido el prestador, salvo acuerdo en contrario entre el prestador y el destinatario. Añade que la aplicación de lo anterior no podrá producir el efecto de privar al consumidor con residencia habitual en Francia de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley francesa relativas a las obligaciones contractuales ni el efecto de excluir las normas imperativas de la ley francesa sobre forma de los contratos por los que se crean o transfieren derechos sobre bienes inmuebles situados en Francia.

artículo 2.h) de la Directiva, el ámbito coordinado se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con “el ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos...”.

32. De estas normas no cabe derivar que implican en materia contractual la sustitución de las normas generales sobre ley aplicable a los contratos por una distinta que impone la aplicación de la ley de origen, salvo que sean de aplicación las excepciones incluidas en el anexo. Al respecto, debe tenerse en cuenta no sólo el propio artículo 1.4 de la Directiva (según el cual, ésta no establece normas adicionales de Derecho internacional privado) sino también que el alcance armonizador de la Directiva en el ámbito contractual es muy limitado y prácticamente se reduce a lo dispuesto en sus artículos 9 a 11, acerca de la admisibilidad (con posibles excepciones) de la celebración de contratos por vía electrónica, de los requisitos de información precontractual exigidos a los prestadores de servicios y de ciertas particularidades de la realización de pedidos por vía electrónica, lo que ha de condicionar la interpretación del término ámbito coordinado. Además muchas de estas reglas de la Directiva en materia contractual pueden ser excluidas cuando así lo acuerden las partes si éstas no son consumidores. Es claro que la Directiva no armoniza de manera significativa el régimen general de formación de los contratos, ni su contenido obligacional, al tiempo que deja expresamente fuera del ámbito coordinado -art. 2.h)- los requisitos aplicables a las mercancías en sí y a su entrega, así como a los servicios no prestados por medios electrónicos.

En consecuencia, las normas generales sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, contenidas en el Convenio de Roma de 1980, continúan operando en relación con los contratos a través de los cuales desarrollan su actividad internacional -tanto en el ámbito intracomunitario como extracomunitario- los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de manera que el ordenamiento aplicable a la formación, interpretación, contenido obligacional... del contrato será designado de acuerdo con las reglas del Convenio de Roma, en particular, lo dispuesto en su artículo 4, cuando las partes no hayan elegido la ley aplicable y no se trate de un contrato de consumo (art. 5) ni de trabajo (art. 6)⁶².

⁶² En este sentido, la afirmación de que la Directiva no desplaza a las normas del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones ni interfiere en los contratos celebrados por los consumidores con el Convenio de Roma sobre ley aplicable (cf. T. Verbiest, “La Directive européenne sur le commerce électronique”, *Juriscom.net*, 15-VI-2000, <<http://www.juriscom.net/espace2/ce0615.html>>, pp. 1-6, p. 5.), es cierta pero

La repercusión del criterio de la ley de origen en la determinación del régimen jurídico del contrato parece que puede limitarse en la práctica a impedir que la ley aplicable en defecto de elección por las partes incorpore respecto de los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios, y especialmente de las cuestiones reguladas en los artículos 9 a 11 de la Directiva, restricciones no previstas en la ley del Estado miembro donde el prestador de servicios esté establecido (ello a pesar de que el criterio de la ley de origen y el principio del reconocimiento mutuo se proyectan sobre el conjunto del ámbito coordinado, con independencia de que esté o no armonizado).

En la práctica será habitual que el recurso al artículo 4 del Convenio de Roma lleve a determinar como ley del contrato, en ausencia de elección por las partes, la del país donde el prestador de servicios esté establecido, habida cuenta de la presunción, que establece su apartado 2, de mayor proximidad del contrato con el país en el que la parte que deba realizar la prestación característica (que, en estos casos, será normalmente el prestador de servicios) tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual, su administración central o el establecimiento que ha de realizar la prestación. El artículo 4.2 del Convenio de Roma de 1980, junto al ejercicio de la autonomía conflictual con base en su artículo 3, serán las normas determinantes de que a los contratos de comercio electrónico entre empresas resulte normalmente de aplicación la ley del país de la sede del prestador, circunstancia que en la interpretación aquí propuesta no resulta por sí solo del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE.

33. Si las normas generales sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales continúan operando, con esas matizaciones derivadas del régimen de la Directiva y, en particular, de su artículo 3.2, respecto de los contratos internacionales por medio de los cuales desarrollan su actividad los prestadores de servicios de la sociedad de la información, parece que el significado de la inclusión en el anexo de la Directiva de excepciones al artículo 3 en materia contractual se traduce en que respecto de las cuestiones comprendidas en esas excepciones debe rechazarse incluso la posibilidad de negar la aplicación de la ley designada por las reglas de conflicto en materia contractual aun cuando contengan restricciones no

incompleta y puede inducir a confusión en la medida en que facilita la interpretación errónea e infundada de que en relación con los contratos que no son de consumo la Directiva desplaza en general al Convenio de Roma. Ello sin perjuicio de que, según algunas opiniones, a pesar de que la Directiva no menoscaba el Convenio de Roma (ni el de Bruselas sobre competencia judicial y reconocimiento) sí contribuye a poner de relieve que la adaptación de algunas de sus soluciones a las actividades en línea no están exentas de dificultades, en particular, en la medida en que tienden a localizar las relaciones en el país de destino (como sucede en el ámbito de los contratos de consumo), cf. A. Tempest, A. Caparros, “Country...”, *loc. cit.*, pp. 6-7.

previstas en la ley de origen respecto de las cuestiones de que tratan los artículos 9 a 11 de la Directiva.

Además, las excepciones en materia contractual incluidas en el anexo van referidas a situaciones en las que -a diferencia de los supuestos incluidos en el art. 4 del Convenio de Roma de 1980- normalmente no será aplicable al contrato la ley del país del establecimiento del prestador, al contemplar los supuestos de contratos de consumo (respecto de los que el art. 5 Convenio de Roma favorece la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor), de elección de la ley aplicable al contrato (situaciones en las que el art. 3 Convenio de Roma permite designar cualquier ley como aplicable al contrato, sin perjuicio de la eventual influencia de normas imperativas en los términos de su art. 7) y de requisitos imperativos de forma de la ley de situación del inmueble en contratos relativos a derechos sobre propiedad inmobiliaria (en línea con el art. 9.6 Convenio de Roma).

34. Tampoco son de aplicación los apartados 1 y 2 de la Directiva 2000/31/CE en relación con la licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico, cuestión sobre la que, en consecuencia, no se manifestará el impacto de la ley de origen. Se trata de una materia contemplada en esa Directiva, pero no de forma que garantiza la uniformidad de su tratamiento en el ámbito comunitario, pues su artículo 7 se limita a obligar a los Estados miembros que permitan la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico a garantizar que sea identificable de manera clara e inequívoca como tal y que los prestadores de servicios consulten regularmente y respeten las listas de exclusión voluntaria en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir tales comunicaciones.

Es decir, deja abierta la cuestión clave, sin que en virtud de esa norma, el Derecho comunitario imponga a los Estados miembros un sistema de exclusión voluntaria -autorización de esos envíos salvo cuando el destinatario haya manifestado su deseo de no recibir esas comunicaciones- (solución que contempla respecto del correo electrónico el art. 10 de la Directiva 97/7/CE) ni de inclusión voluntaria -prohibición de envíos salvo que los destinatarios hayan dado su previo consentimiento- (solución ésta que contempla el art. 12 de la Directiva 1997/66/CE respecto del empleo de los sistemas de llamada automática y de fax, pero no para el correo electrónico, que no menciona). En la medida en que el Derecho comunitario no impone una respuesta obligatoriamente, pero ciertos Estados han optado ya en sus legislaciones por un régimen de inclusión voluntaria en relación con los envíos no solicitados por medio del correo electrónico, mientras que otros mantienen regímenes de exclusión voluntaria, la no aplicación a esta materia de los apartados 1 y 2

de la Directiva 2000/31 implica que la circunstancia de que el país de origen establezca un régimen más permisivo no impedirá la aplicación de la ley del país de destino (residencia del destinatario) que será normalmente de aplicación⁶³. En todo caso, se trata de una cuestión que sí puede quedar próximamente unificada por el Derecho comunitario, en el caso de prosperar la actual redacción del artículo 13 de la Propuesta de Directiva destinada a sustituir a la Directiva 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones⁶⁴, que prevé que el envío de mensajes de correo electrónico con fines de venta directa quede prohibido, salvo respecto de los abonados que hayan dado su consentimiento previo.

VII. Recapitulación

35. La incertidumbre acerca de la relación entre el artículo 3 de la Directiva sobre el comercio electrónico y las reglas generales de Derecho internacional privado en vigor en los Estados miembros -a las que alude su art. 1.4- no es, desde luego, una virtud de la Directiva. En todo caso, la interpretación más apropiada cabe entender que es aquella según la cual la Directiva no implica por sí misma una modificación de amplio alcance del Derecho internacional privado, sino que fundamentalmente impone la necesidad de que en determinadas circunstancias y dentro del ámbito coordinado normas de la ley aplicable sean desplazadas por la del país de origen. No obstante, del texto de la Directiva y de sus antecedentes no parece tampoco que quepa concluir que una legislación nacional de transposición que atribuya carácter conflictual a la remisión a la ley de origen en el ámbito coordinado de la Directiva implique una clara infracción o incorrecta trasposición de la misma, si bien una respuesta de ese tipo parece ir unida a una especial complejidad en la determinación del régimen jurídico de estas actividades transfronterizas, pues su interacción con las normas generales de Derecho internacional privado, entre las que ocupan un lugar destacado algunas elaboradas a nivel comunitario, plantea dificultades significativas.

Resulta discutible la oportunidad de que esta cuestión no haya sido tratada con la debida claridad en la Directiva -de lo que es reflejo la disparidad de opiniones de la doctrina y el contraste sobre el particular entre los proyectos legislativos de distintos Estados miembros- pues la opción por uno u otro modelo implica planteamientos contrapuestos que tienen importantes consecuencias prácticas -aunque matizadas por las

⁶³ Vid. H.J. Ahrens, “Das Herkunftslandprinzip...”, *loc. cit.*, p. 839.

⁶⁴ Propuesta de 12 de julio de 2000, COM (2000) 385 final.

excepciones al impacto de la ley de origen respecto de las materias del anexo y por la circunstancia de que en el ámbito contractual el artículo 4 Convenio de Roma de 1980 también conduce normalmente a la localización en el país de origen-, lo que puede menoscabar decisivamente el alcance uniformizador de la Directiva.