

**MARCO REGULADOR DE LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL
DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE
LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Cuestiones actuales de Derecho y tecnologías de la información y la comunicación,
Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 298-319

ISBN: 84-9767-642-4

* 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

The territorial scope of application of the rules of Directive 2000/31/CE on electronic commerce concerning cross-border activities of Internet service providers raises complex issues. This article discusses the criteria established in the Spanish legislation implementing that Directive. The significance of mutual recognition within the EU and the law of origin principle to determine the rules applicable to Internet service providers receive special attention, with a view to identify the requirements applicable to ISPs established in Spain, other EU countries and third countries.

Keywords: Internet Service Providers, Cross-Border Activities, Applicable Law, Directive on Electronic Commerce

RESUMEN

La delimitación del ámbito de aplicación espacial de la Ley 34/2002 sobre comercio electrónico (LSSI) y su impacto sobre las actividades transfronterizas resulta compleja, lo que se relaciona con las deficiencias que presenta la Directiva comunitaria 2000/31/CE y con que la normativa cuyo ámbito de aplicación se pretende determinar es heterogénea, pues incluye tanto normas típicamente administrativas como otras de Derecho privado. El presente estudio aborda todas esas cuestiones, prestando especial atención al alcance del principio de reconocimiento mutuo y de aplicación de la ley de origen con respecto a la regulación de las actividades de los prestadores de servicios de Internet, diferenciando entre los establecidos en España, en otros países de la UE y en el resto del mundo.

Palabras claves: Prestadores de servicios de Internet, actividades transfronterizas, Derecho aplicable, Directiva sobre el comercio electrónico

MARCO REGULADOR DE LA ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- DIRECTIVA 2000/31/CE Y LSSI: NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN CLARIFICADORA. III.- RÉGIMEN APLICABLE A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS: 1. Ámbito intracomunitario y determinación del lugar de establecimiento. 2. Implicaciones de la ley de origen. 3. Aplicación de la LSSI a prestadores establecidos en el extranjero. 4. Sectores al margen del reconocimiento mutuo de servicios de la sociedad de la información. IV. SOLUCIÓN DE CONTROVERSAS: TUTELA JUDICIAL

I. INTRODUCCIÓN

1. El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información plantea la necesidad de revisar ciertos criterios de conexión, en particular de los que hacen cumulativamente aplicables leyes de países diferentes a actividades dirigidas a una pluralidad de mercados. Ese entorno tecnológico dificulta el logro de un equilibrio entre el interés de los oferentes por controlar su "riesgo conflictual" localizando esas actividades de manera unitaria, a los efectos de concretar su régimen jurídico, en el lugar de establecimiento oferente-, el interés de los clientes que prefieren asegurarse la protección que les otorgan las normas de su propio país, e incluso intereses de los Estados donde esa actividad produce efectos tendentes asimismo a la aplicación de la ley de destino¹.

El contexto de la sociedad de la información reduce los costes de negociación y contratación con proveedores o clientes de países muy diversos, al tiempo que hace posible que las más variadas actividades produzcan efectos en múltiples países y que puedan estar dirigidas a todo el mundo. Por ello cobra particular relevancia el que conforme a los criterios tradicionalmente utilizados para determinar su régimen jurídico, resultará habitual que tales actividades se hallen sometidas a reglamentaciones contradictorias, que pretenden ser simultáneamente aplicadas. Ello determina la

¹ Cf. GRUNDMANN, S., "Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie - was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts und warum?", *RabelsZ*, vol. 67, 2003, pp. 246-297, pp. 271-272; y SPINDLER, G., "Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie", *ZHR*, vol. 165, 2001, pp. 324-361, p. 327.

existencia de una particular inseguridad jurídica acerca de la posible aplicación a la actividad de normas de cada uno de los países a los que se dirija, así como sobre qué órganos son competentes².

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 (en adelante, PSSI) va unida a significativos costes de información jurídica³. Según una primera aproximación, estos costes pueden disuadir el empleo del comercio electrónico, en especial, para la expansión empresarial a nuevos mercados⁴. No obstante, se ha puesto de relieve que el impacto práctico de tales costes suele ser sobreestimado, pues la expansión de la actividad comercial a otros países implica típicamente ciertos riesgos y exigencias adicionales⁵ y, en particular en el ámbito de la UE, por la diversidad lingüística y cultural que le es propia, la comercialización por medios electrónicos se lleva a cabo con frecuencia a través de contenidos diferenciados según las peculiaridades de cada mercado nacional.

2. El impacto de las circunstancias reseñadas sobre el régimen jurídico de las actividades transfronterizas resulta de particular importancia en un espacio integrado, como el comunitario, en el que existe una plena liberalización, entre otros aspectos, del intercambio de mercancías, servicios y capitales. Ello explica la trascendencia de las normas relativas al funcionamiento del mercado interior en la Directiva 2000/31/CE o Directiva sobre el comercio electrónico (DCE)⁶. Entre los aspectos de la Directiva más controvertidos se encuentran sus disposiciones sobre la determinación del régimen aplicable al comercio electrónico intracomunitario, pese a que, según

² *Vid., v. gr.*, KOHL, U., "Eggs, Jurisdiction, and the Internet", *ICLQ*, vol. 51, 2002, pp. 555-582, pp. 567-569; y REID, A., "Operationalizing the Law of Jurisdiction: Where in the World Can I Be Sued for Operating a World Wide Web Page?", *Communication Law and Policy*, vol. 8, 2003, pp. 227-266.

³ *Cf.* AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie", *CR*, vol. 16, 2000, pp. 835-841, p. 836.

⁴ *Cf.* PALACIO VALLELERSUNDI, A., "Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur: nouvelle équation pour le droit communautaire", *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2001(1), pp. 5-26, pp. 14-15.

⁵ *Cf.* Parlamento Europeo (Directorate-General for Research), "Private International Law. Electronic Commerce- Country of Destination Principle", *Working Paper, Legal Affairs Series*, Luxemburgo, 2001, p. 20.

⁶ Acerca de los conceptos de servicios de la sociedad de la información y PSSI en la Directiva, *vid.* MÁRQUEZ LOBILLO, P., *Empresarios y profesionales en la sociedad de la información*, Madrid, 2004, pp. 119-156 y 195-208.

su propio texto, la armonización comunitaria en la materia "no establece normas adicionales de DIPr ni afecta a la jurisdicción de los tribunales".

La DCE elimina obstáculos al comercio electrónico intracomunitario mediante la armonización de normas relativas a la información general exigida a los PSSI, las comunicaciones comerciales que forman parte de esos servicios, los contratos celebrados por vía electrónica (en concreto, sobre la admisibilidad de la contratación electrónica, información previa a la celebración del contrato y modo de proceder respecto de la realización de un pedido), el régimen de responsabilidad (en particular, ciertas limitaciones de responsabilidad) de estos prestadores de servicios; asimismo, incluye ciertos compromisos relativos al fomento de los códigos de conducta y a la adaptación de las soluciones extrajudiciales y judiciales. En todo caso, el alcance armonizador de la DCE es limitado⁷. Además, sectores básicos para el desarrollo de la actividad de los PSSI sólo han sido hasta la fecha objeto de una armonización puntual en el ámbito comunitario, como sucede en materia contratación y responsabilidad civil.

II. DIRECTIVA 2000/31/CE Y LSSI: NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN CLARIFICADORA

3. Debido a la falta de claridad de las disposiciones de la DCE relativas a la normativa aplicable a las actividades internacionales, se ha desarrollado un intenso debate con opiniones –al menos en apariencia- abiertamente enfrentadas, salvo en lo relativo a la imprecisión y la falta de coherencia interna sobre este particular de la Directiva, idea sobre la que ha existido amplio consenso⁸. Esa

⁷ Para una visión de conjunto, LÓPEZ-TARRUELLA, A., "A European Community Framework for Electronic Commerce", *CMLRev*, vol. 38, 2001, pp. 1337-1384, pp. 1340-1382; y ANTOINE, M., "L'objet et le domaine de la Directive sur le commerce électronique", AA.VV., *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Bruselas, 2001, pp. 1-29.

⁸ Cf., v. gr. JAYME, E. y KOHLER, C., "Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?", *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 501-514, p. 502; SPINDLER, G., "Kapitalmarktgeschäfte im Binnenmarkt (Der Einfluß der E-Commerce Richtlinie auf das Internationale Vertragsrecht)", *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 400-411, p. 401; y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas", *RCE*, núm. 20, 2001, pp. 3-39. La incertidumbre de la Directiva sobre este punto lleva hasta a dudar de su validez, cf. O. CACHARD, "Le domaine coordonné par la Directive sur le commerce électronique et le droit international privé", *RDAl/IBLJ*, 2004, pp. 161-179, p. 177.

situación se ha proyectado sobre las disposiciones nacionales de transposición, que no impiden que subsistan importantes dudas acerca del alcance de la solución adoptada y su interacción con las normas generales sobre determinación de la ley aplicable. En España, la transposición de la DCE ha tenido lugar por medio de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)⁹. La delimitación del ámbito de aplicación espacial de la LSSI y su impacto sobre las actividades transfronterizas resulta compleja, lo que se relaciona con las deficiencias que presenta la DCE y con que la normativa cuyo ámbito de aplicación se pretende determinar es heterogénea, pues incluye tanto normas típicamente administrativas como otras de Derecho privado.

Ahora bien, la interpretación uniforme sobre este particular parece presupuesto necesario para el logro del objetivo básico de la DCE, que es eliminar obstáculos jurídicos al desarrollo del comercio electrónico intracomunitario. Precisamente esos obstáculos tienen su origen en la disparidad de legislaciones y en la inseguridad jurídica sobre el régimen aplicable y el alcance del control que los Estados miembros pueden ejercer sobre actividades procedentes de otro Estado miembro, como manifiesta el párrafo octavo del preámbulo de la DCE.

4. El debate reseñado no sólo cuestiona el alcance en la sociedad de la información de muchas de las normas de DIPr de nuestro sistema, sino que también ha lastrado decisivamente la elaboración de otras normas a nivel comunitario, tanto en materia de DIPr –es el caso del proyectado Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales– como en otros sectores vinculados a los negocios electrónicos –es el caso de la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros¹⁰ y de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales–.

⁹ Acerca de su ámbito de aplicación, pero sin referencia a la dimensión territorial ni a las actividades transfronterizas, LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M., “Ámbito de aplicación de la nueva LSSI”, AA.VV., *Derecho de Internet (La LSSI)*, Navarra, 2003, pp. 25-64.

¹⁰ Poniendo de relieve que el principal escollo para su adopción fue la controversia sobre la aplicación del principio de mercado interior y de la legislación del país de origen a esos servicios con toda claridad, FERNÁNDEZ-TRESCUERRES GARCÍA, A., “Comercialización a distancia de servicios financieros”, *La Ley*, núm. 5623, 1 de octubre de 2002, ap. II.1. También en la negociación de la DCE la cuestión resultó muy polémica, cf. GARCÍA MÁZ, F.J., “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

Se trata además de una cuestión que se proyecta sobre el conjunto del sistema de DIPr. La idea de que el adecuado desarrollo de ciertas actividades a través de Internet reclama que en su ordenación ocupe un lugar primordial la legislación del país de origen -frente a lo que pudiera desprenderse de las normas generales de DIPr- no se limita al ámbito comunitario, pues la actividad empresarial global tiende a favorecer su expansión. Además el criterio del país de origen va acompañado de una dimensión procesal, que cuestiona ciertas normas que favorecen la competencia de los tribunales del país de destino de las actividades, especialmente en relación con los contratos de consumo.

III. RÉGIMEN APLICABLE A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS

1. Ámbito intracomunitario y determinación del lugar de establecimiento

5. De conformidad con el ámbito subjetivo propio de la libertad comunitaria de prestación de servicios, la DCE no contempla a los prestadores de servicios de terceros países. Resulta por lo tanto fundamental concretar si el prestador tiene su establecimiento en un Estado miembro, circunstancia que, de acuerdo con el artículo 3 DCE, determina -en las materias comprendidas dentro del ámbito coordinado- las autoridades responsables del control y condiciona la normativa aplicable.

El artículo 2.c) DCE define al prestador de servicios establecido 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 que trata de dificultar que los prestadores puedan eludir la supervisión empleando criterios formales o basados en la utilización de medios tecnológicos (como la ubicación del servidor en el que se aloja la información) para determinar el establecimiento. Este dato se corresponde con la tendencia generalizada a considerar que un sitio web por sí solo -que consiste en información que es susceptible de

información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior", *RCDI*, vol. LXXVI, nº 661, 2000, pp. 2869-2920, pp. 2895-2896.

ser alojada en un servidor en cualquier lugar del mundo- no puede constituir un establecimiento ni una sucursal¹¹.

El concepto de establecimiento que recoge ese artículo 2.c) no es circunstancial sino que responde a la jurisprudencia del TJCE – sent. de 25 de julio de 1991, *Factortame*-, 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. 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, criterio que reitera el considerando 19 del Preámbulo de la DCE.

El limitado margen de apreciación de los Estados miembros para concretar la noción de establecimiento¹² se refleja en las normas de transposición de la DCE, que normalmente se limitan a reproducir el concepto de prestador de servicios establecido de el artículo 2.c)¹³, como solución respetuosa con la normativa comunitaria y que garantiza la eficacia del concepto autónomo de lugar de establecimiento elaborado por el TJCE.

6. Ahora bien, la LSSI incorpora en el artículo 2 una definición propia de prestador de servicios establecido y ciertas presunciones de establecimiento que no aparecen en la DCE. Conforme al segundo párrafo del artículo 2.1 LSSI, lo determinante para que un prestador de servicios se considere establecido en España es que "su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la

¹¹ Cf. Conferencia de La Haya de DIPr, "Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale", Doc. prel. n° 12, agosto 2000, <<http://hcch.net>>, pp. 1-11, p. 9.

¹² En la negociación de la Directiva fue rechazada la pretensión de que la existencia de una instalación estable, como elemento determinante del establecimiento, se hiciera depender de la legislación de cada Estado miembro, cf. GARCÍA MÁZ, F.J., "Análisis...", *loc. cit.*, p. 2889.

¹³ Ese criterio ha sido adoptado, entre otras, por las siguientes normas: artículo 2.4 *Loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information* de 2003, de Bélgica (<http://www.moniteur.be/index_fr.htm>); artículo 2.1.c) *Decreto Legislativo 9 aprile 2003 de Italia* (<<http://www.senato.it/parlam/leggi/deleghe/03070dl.htm>>); parágrafo 3.3 *Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden* de 2001, de Alemania (<<http://www.iid.de/iukdg/EGG/index.html>>), el artículo 1 de la *Loi relative au commerce électronique* de 2000, de Luxemburgo (<<http://www.etat.lu/memorial/memorial/a/2000/a0960809.pdf>>).

gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se realice dicha gestión o dirección". Como complemento a esa definición, junto a la idea recogida también en la DCE y plena de sentido en el ámbito de Internet, según la cual "(l)a utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador", el artículo 2.3 LSSI añade una presunción específica de que: "el prestador de servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica".

Al separarse de la DCE, la solución de la LSSI puede plantear dificultades, pues no coincide con la adoptada en otros países, favorece la 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 la legislación española -también aplicables a los PSSI- 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/CE¹⁴. Las eventuales dificultades deben superarse a través de una interpretación del artículo 2 LSSI conforme con el Derecho comunitario, que asocia el lugar del establecimiento a la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo indefinido y determina que cuando existan varios establecimientos, el relevante sea el que presta el servicio concreto o, en caso de duda, el lugar en el que el prestador tiene su centro de actividades en relación con ese servicio.

2. Implicaciones de la ley de origen

7. 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

¹⁴ Sin perjuicio de que en ocasiones -próximas a las de la DCE- el legislador comunitario ha formulado criterios específicos para determinar cuándo una entidad se encuentra establecida en un Estado miembro, como hace respecto de los organismos de radiodifusión televisiva el artículo 3 Directiva 89/552, traspuesto en el artículo 2 Ley 25/1994.

un medio que en principio posibilita la uniformización del contenido de ofertas y propuestas dirigidas al mismo tiempo a territorios muy diversos.

Al permitir 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. El artículo 3 DCE fija la supervisión de la actividad de los PSSI corresponde al Estado miembro del país en el que el prestador se halla establecido 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 aplicable viene normalmente determinado por la ley del país de destino de la actividad -de acuerdo con el significado del principio de los efectos en materia de competencia desleal (art. 4 LCD)- como solución ampliamente extendida en el panorama europeo e internacional¹⁵.

8. El objetivo del criterio de origen en la DCE es facilitar la comercialización en línea uniforme -es decir, con base en los requisitos de la legislación de un Estado miembro- de los servicios en el conjunto de la Unión¹⁶, como se desprende del párrafo 22 del preámbulo DCE.

Existe una significativa controversia acerca de si el artículo 3 DCE impone, al fijar la referencia a la ley del país de origen, una solución conflictual, que implicaría la sustitución de las reglas de conflicto normalmente aplicables por una regla específica que establecería como aplicable la ley del país de origen. Una solución conflictual supondría que la ley aplicable al conjunto de las cuestiones incluidas en el ámbito coordinado de la Directiva en relación con la prestación de servicios de la sociedad de la

¹⁵ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, 2005, pp. 225-245.

¹⁶ Vid. DE BOTTINI, R., "La Directive commerce électronique du 8 juin 2000", *Rev. MC*, nº 449, 2001, pp. 368-373, p. 370; y Comisión Europea, "Comunicación sobre comercio electrónico y servicios financieros", de 26 de enero de 2001, p. 2.

información en el ámbito de la UE por una empresa establecida en un Estado miembro sería sólo la ley del país de establecimiento, lo que exigiría el desplazamiento de las normas sobre ley aplicable relevantes, que con frecuencia –como en el caso de la competencia desleal- utilizan un criterio de conexión que conduciría a la aplicación de la ley del país de destino (mercado afectado) y su sustitución por una regla de conflicto que determine la aplicación de la ley del país de origen¹⁷.

9. Según otra interpretación, la DCE no impone una remisión conflictual y sus objetivos son alcanzables asegurando que la ley aplicable designada por las normas de conflicto resulta desplazada por la legislación del país de origen en la medida en que aquélla imponga restricciones no previstas en la ley de origen y por lo tanto resulten contrarias al mandato de la DCE¹⁸. Conforme a esa interpretación, el apartado 2 del artículo 3 DCE no exige una solución conflictual sino que sólo impone la no aplicación de las normas de la ley designada por las reglas de DIPr que restrinjan la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado¹⁹.

La remisión con carácter general a la ley de origen respecto de la actividad internacional de los PSSI no está exenta de dificultades²⁰. Para los destinatarios de los servicios la determinación del lugar de

¹⁷ Vid. MANKOWSKI, P., "Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrech der e-commerce-Richtlinie", *ZVglRWiss*, vol. 100, 2001, pp. 137-181, pp. 138-144; THÜNKEN, A., "Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs", *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 15-22, pp. 21-22; y SPINDLER, G., "Internet ...", *loc. cit.*, p. 334-335.

¹⁸ Vid. FEZER, K.H. y KOOS, S., "Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die E-commerce Richtlinie", *IPRax*, vol. 20, 2000, pp. 349-354, p. 352; AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip...", *loc. cit.*, pp. 837-838; y OHLY, A., "Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht", *GRUR Int*, vol. 50, 2001, pp. 899-908, pp. 902-903, poniendo de relieve, no obstante, que la norma sí tiene un cierto alcance conflictual pues determina el ordenamiento –el de origen- con el que debe ser contrastada la ley normalmente aplicable.

¹⁹ Las normas relevantes del país de establecimiento son únicamente las normas materiales, sin consideración de la remisión que sus normas de DIPr puedan hacer a otras legislaciones (que incluso podrían ser de países no comunitarios), pues así se desprende del texto del artículo 3.1 Directiva ("disposiciones nacionales aplicables") y del normal funcionamiento del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de las libertades comunitarias *cf.* SPINDLER, G., "Internet...", *loc. cit.*, p. 337.

²⁰ Vid. MANKOWSKI, P., "Internet und Internationales Wettbewerbsrecht", *GRUR Int*, 1999, pp. 909-921, pp. 913-915.

origen puede resultar incierta²¹; riesgo que en la DCE tratan de evitar las obligaciones de información impuestas a los prestadores de servicios. Además ese criterio genera un riesgo de descenso del nivel de tutela²² al convertir a los países con menos restricciones en los más atractivos para que se establezcan los PSSI, especialmente porque en la DCE el ámbito sobre el que se proyecta el criterio de origen cubre materias que no han sido objeto de armonización²³.

Asimismo, la ausencia de una regla conflictual no excluye que para hacer efectivo el principio de origen las legislaciones nacionales de transposición establezcan criterios específicos e imperativos acerca del ámbito de aplicación espacial de algunas de sus normas con respecto a los prestadores establecidos en su territorio²⁴. Este enfoque se ve reforzado por 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 (también en el ámbito contractual y de la responsabilidad civil, sectores éstos en los que parece claro que el artículo 3.2 DCE no permite fundar la irrupción de una norma de conflicto específica para ciertas situaciones intracomunitarias).

10. Aunque una trasposición de la Directiva que establezca el carácter conflictual del criterio de origen también podría ser considerada correcta, una interpretación sistemática del principio de origen del artículo 3 DCE, el artículo 1.4 DCE, el párrafo 23 del preámbulo DCE, y el alcance del principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior, lleva a entenderlo en el sentido de que no impone un mandato conflictual²⁵. Esta interpretación se traduce en que los tribunales han de aplicar la ley designada conforme a las

²¹ Cf. MARINI, L., *Il commercio elettronico (Profili di diritto comunitario)*, Padua, 2000, pp. 94-95.

²² Cf. GRYNBAUM, L., "La Directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique", *La Semaine Juridique*, nº 41, 11 octubre 2001, pp. 1617-1625, p. 1620.

²³ Vid. BODEWIG, T., "Elektronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb", *GRUR Int*, 2000, pp. 475-483.

²⁴ Vid. DESANTES REAL, M., "La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios de la sociedad de la información", AA.VV., *Derecho de Internet*, Navarra, 2000, pp. 323-338, pp. 335-336, a partir de la idea de que el artículo 3.2 de la Directiva corresponde al sector del reconocimiento; LÓPEZ-TARRUELLA, A., "A European...", *loc. cit.*, pp. 1350-1351; y FALLON, M. y MEEUSEN, J., "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé", *Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 91, 2002, pp. 434-490, pp. 486-487.

²⁵ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Directiva...", *loc. cit.*, pp. 23-31.

normas generales de DIPr, 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 prestador²⁶.

11. La imposición del control en origen y la prohibición de restricción de la libertad de prestación de servicios contempladas en el artículo 3 DCE van referidas específicamente a las cuestiones que integran el ámbito coordinado. El significado de este concepto aparece en el artículo 2.h) DCE, según el cual hace referencia a requisitos exigibles a los PSSI, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a ellos. El ámbito coordinado se refiere a los requisitos que deben cumplir los PSSI en relación con el inicio de su actividad (como 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".

12. Resulta llamativo 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 limitada. No se concreta qué debe entenderse por requisitos de los contratos y requisitos de responsabilidad. En materia contractual y de responsabilidad la idea de que el conjunto del régimen jurídico de estos sectores se halla comprendido dentro del ámbito coordinado de la DCE puede resultar excesiva, en especial si con ello se pretende que las reglas sobre ley aplicable a esas materias resulten desplazadas por el criterio de la ley de origen. Tal planteamiento implicaría que las normas del régimen general de obligaciones contractuales (y de responsabilidad civil) queden en su conjunto comprendidas en el ámbito coordinado, en la medida en que puedan ser aplicadas a los contratos (y actividades) en línea. Esa idea contrasta con el limitado alcance armonizador de la DCE y, 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

²⁶ Cf. FEZER, K.H. y KOOS, S., "Das gemeinschaftsrechtliche...", *loc. cit.*, p. 352.

obligaciones integrantes de esas relaciones jurídicas e incluso cuestiones como la capacidad para contratar, así como el régimen aplicable a la responsabilidad de los diferentes ilícitos²⁷.

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, que se plantean en los mismos términos en el comercio electrónico que en la contratación tradicional.

3. Aplicación de la LSSI a prestadores establecidos en el extranjero

13. La falta de concreción de la Directiva en relación con el alcance de la ley de origen se refleja en la imprecisión que sobre el particular caracteriza también a las normas nacionales de transposición²⁸. La legislación británica prevé como criterio general su aplicación a las actividades de los prestadores establecidos en el Reino Unido en lo relativo a los requisitos incluidos en el ámbito coordinado y además establece que esos requisitos no serán exigibles a los prestadores establecidos en otro Estado miembro si su aplicación restringe la libre prestación de servicios²⁹. Las legislaciones de otros Estados miembros incorporan como regla básica una norma según la cual la ley del país de establecimiento del prestador de servicios es aplicable a los proveedores y los servicios que prestan³⁰.

²⁷ Cf, aludiendo a la responsabilidad por productos defectuosos, HÜBNER, U., “Herausforderungen an einen europäischen Rechtsrahmen für E-Commerce”, *EuZW*, vol. 12, 2001, p. 225.

²⁸ Llegando a esa conclusión acerca de la incertidumbre existente en Alemania incluso tras la transposición de la Directiva, cf. SPINDLER, G., “Das Gesetz. zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip”, *NJW*, vol. 55, 2002, pp. 921-927, pp. 925-926. Asimismo, *vid.* Comisión CE, “First Report on the Application of Directive 2000/31/CE”, de 21 de noviembre de 2003, COM (2003) 702 *final*, p. 8.

²⁹ *Vid.* 4 de la *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations* de 2002 del Reino Unido (<<http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2002/20022013.htm>>), que, en línea con lo dispuesto en el considerando 11 del Preámbulo de la Directiva 2000/31/CE, añade que las reglas sobre el mercado interior no impiden la aplicación de los requisitos que mantienen el nivel de protección de la salud pública y de los intereses de los consumidores fijados en instrumentos comunitarios.

³⁰ Aunque en términos no coincidentes, *vid.* para. 20.1 *E-Commerce-Gesetz* de diciembre de 2001, de Austria (publicada en la *Bundesgesetzblatt* de 21 de diciembre de 2001 <<http://bgbl.wzo.at>>); y artículo 2.4 de la *Loi relative au commerce électronique* de 2000, de Luxemburgo, que prevé que no afecta a la facultad de las partes de elegir la ley del contrato.

14. Una normativa de armonización específica para los prestadores establecidos en un Estado miembro -consecuencia de la vinculación de la DCE al correcto funcionamiento del mercado interior- puede dificultar la elaboración de un régimen coherente en las legislaciones nacionales, pues puede llevar a establecer normas diferentes en función de que los prestadores se hallen establecidos en el foro, en otro Estado miembro o en un tercer Estado, lo que con carácter general carece de fundamento. En concreto, habida cuenta de las diversas materias reguladas en la DCE, el conjunto de las normas de transposición no debe resultar de aplicación únicamente a los prestadores establecidos en el Estado miembro correspondiente.

La LSSI ha optado, como punto de partida, por esa división tripartita, reflejada de manera muy especial en las normas sobre su ámbito de aplicación, según el cual la LSSI en su conjunto es aplicable únicamente a los PSSI establecidos en España (art. 2.1). Además, conforme al apartado 4 del artículo 2, los prestadores establecidos en España "estarán sujetos a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización". El artículo 2.4 puede ser considerado una manifestación del criterio general, expresado en la Exposición de Motivos de la LSSI, según el cual la LSSI parte de que su normativa solo abarca determinados aspectos peculiares de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, y salvo para esas cuestiones, no menoscaba la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas generales y especiales que las regulan.

Esta disposición carece de significado conflictual y no modifica el sometimiento de las actividades de estos prestadores de servicios establecidos en España a las reglas de conflicto de nuestro sistema. El artículo 2 LSSI no pretende que todas las actividades internacionales desarrolladas por los PSSI establecidos en España se hallen sometidas al Derecho español. Esa norma hace referencia a las normas "que les sean de aplicación", lo que respecto de las actividades internacionales facilita una interpretación, plena de sentido, según la cual, dejando a un lado el criterio de origen en relación con las materias reguladas en la LSSI a que alude su artículo 2.1, el resto de las normas del ordenamiento español serán de aplicación en la medida en que sea la española la ley aplicable a las actividades de que se trate.

15. Respecto a los prestadores establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, sólo se prevé la aplicación de la LSSI –excepción hecha de sus normas sobre la libre prestación de servicios y sus posibles restricciones (arts. 7 y 8 LSSI)- en las materias incluidas en el Anexo de la DCE como excepciones a su artículo 3, que quedarían al margen de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior (art. 3 LSSI).

No obstante, la aplicación del Derecho español en esas materias dependerá de lo dispuesto en las reglas generales sobre determinación de la ley aplicable, de modo que no siempre que el destinatario se encuentra en España resulta de aplicación la ley española en materia de derechos de propiedad intelectual, competencia desleal, obligaciones contractuales... normas a las que hace referencia el artículo 3. Este criterio se corresponde con el resultado de una interpretación sistemática del artículo 3 LSSI, plenamente coherente con la normativa española de DIPr y con el régimen de la DCE. Del análisis conjunto de los artículos 3.3 y 3.4 LSSI cabe derivar que la aplicación de la legislación española a las actividades de los prestadores establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en las materias excluidas del criterio de origen depende de que la ley aplicable a la materia de que se trate según el sistema español de DIPr sea la española.

16. Tratándose de prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, en principio, no les resulta de aplicación la LSSI –excepto lo dispuesto en sus arts. 7.2 y 8- salvo que se trate de prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español (art. 4).

Ahora bien, la precisión de cuándo un sitio de Internet dirige sus actividades a un determinado Estado puede en la práctica resultar una tarea controvertida, sin perjuicio de que se halla ampliamente aceptada la idea de que la mera accesibilidad de un sitio web no es suficiente a tales efectos y de que, en concreto, en relación con los litigios en materia de contratos de consumo será como mínimo necesario que el sitio promueva la celebración de contratos a distancia y que al menos se haya celebrado uno de ellos

17. Este planteamiento legislativo va unido a dificultades específicas en lo relativo a la determinación del régimen jurídico de las actividades transfronterizas de los PSSI, pues ciertas normas de la DCE y, aún más, de la LSSI regulan materias en las que carece de

fundamento que la legislación estatal excluya con carácter general de su ámbito de aplicación las actividades de los prestadores de servicios establecidos en el extranjero. Por ejemplo, entre las normas de la Directiva algunas van referidas a la formación de los contratos por vía electrónica y nada parece justificar que el criterio de aplicación de las disposiciones de transposición de estas normas no venga determinado por las normas generales sobre ley aplicable a la formación del contrato -sin perjuicio de los posibles correctivos derivados del art. 3 DCE-.

Precisamente la adopción de ese enfoque en la LSSI ha ido unida a la necesidad de reiterar en su artículo 26 la aplicabilidad de las normas generales de DIPr a los contratos electrónicos. Respecto de otros contenidos de la DCE -y de la LSSI-, con gran trascendencia práctica, se trata de una cuestión que queda abierta. Así, en lo que respecta a las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios (arts. 12 a 15 DCE y 13 a 17 LSSI), la idea de que esas soluciones se imponen con carácter general sólo respecto de los prestadores establecidos en un Estado miembro (en el caso de la LSSI, en España), plantea la importante cuestión de cuál ha de ser el impacto de las normas sobre el particular que pueda contener la ley aplicable al ilícito del que deriva la responsabilidad civil (que la DCE no regula), que incluso puede derivar de infracciones de normas de sectores del ordenamiento excluidos de la cláusula del mercado interior (art. 3 DCE), como sucede con los derechos de propiedad intelectual e industrial. En principio, es la ley aplicable a la responsabilidad -conforme a las reglas de conflicto en la materia- la que debe determinar los responsables y las eventuales limitaciones de responsabilidad, incluidas las específicas para prestadores de servicios de intermediación.

18. El artículo 29 LSSI introduce nuevas reglas sobre el lugar de celebración de los contratos por vía electrónica, al tiempo que su disposición adicional 4.^a prevé la modificación de los artículos 1.262 C.c. y 54 C.com. en lo relativo al momento de celebración de los contratos a distancia y la permanencia de la regla tradicional sobre el lugar de celebración del contrato -según la cual, el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta-, para todos aquellos contratos a los que al no ser celebrados por vía electrónica no les sea aplicable la regla especial del artículo 29 LSSI.

Las nuevas normas relativas a los contratos electrónicos fijan el lugar de celebración en el de establecimiento del prestador de servicios, salvo cuando intervenga como parte un consumidor, supuesto en el que el lugar de celebración será aquel en el que tenga

su residencia habitual el consumidor. Estas reglas no previstas en la DCE responden al objetivo de tutelar a los consumidores en la contratación electrónica internacional. No obstante, su utilidad para lograr ese objetivo resulta muy limitada (lo que permite cuestionar la necesidad del art. 29 LSSI), pues si bien en ciertas normas del DIPr español el lugar de celebración del contrato es utilizado como criterio de conexión (arts. 22.3 LOPJ y 10.5 Cc), las disposiciones relevantes para determinar los órganos competentes o la legislación aplicable a los contratos de consumo -arts. 15 a 17 Reglamento 44/2001, 22.3 LOPJ y 5 Convenio de Roma de 1980 (en adelante, CR)- no utilizan tal criterio (sin perjuicio de que cabe hallar algún supuesto en el que pudiera ser relevante, como es el caso del desafortunado art. 13 Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo³¹).

4. Sectores al margen del reconocimiento mutuo de servicios de la sociedad de la información.

19. La cláusula de mercado interior sólo opera dentro del ámbito normativo coordinado y además al margen de ella quedan (arts. 3.1 DCE y 3 LSSI) las materias enumeradas en el Anexo DCE (que reproduce el art. 3 LSSI), entre las que se incluyen algunas de las más importantes para el desarrollo de las actividades negocials de los PSSI³², como es el caso de los derechos de propiedad intelectual, los contratos de consumo o las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico.

En relación con las materias incluidas en el anexo DCE y artículo 3 LSSI, 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, pues la ley aplicable a sus eventuales infracciones es la del territorio para el cual se reclama la protección del derecho. 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*)³³- 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

³¹ Sobre las carencias de esa norma, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Régimen...*, *op. cit.*, núms. 263-264.

³² *Vid.* SMITH, G.H.J., *Internet Law and Regulation*, 3.^a ed., Londres, 2002, pp. 272-274.

³³ *Cf.* AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip...", *loc. cit.*, p. 839.

propiedad intelectual (debido al carácter horizontal de la DCE las limitaciones de responsabilidad de los PSSI se aplican, por ejemplo, a las infracciones de derechos de autor). La vinculación entre todas estas materias desaconseja también, por provocar un excesivo fraccionamiento que la DCE trata de evitar, una interpretación conflictual del artículo 3.

20. Dificultades interpretativas suscitan las excepciones al artículo 3 DCE en el ámbito contractual, que según el anexo incluyen "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" de la legislación del Estado miembro en el que esté la propiedad inmobiliaria.

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 origen 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 DCE 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 artículo 2.h) DCE, 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... aplicables a... contratos".

Las normas generales sobre ley aplicable a los contratos, contenidas en el CR, continúan operando en relación con los contratos a través de los cuales desarrollan su actividad internacional -tanto en el ámbito intracomunitario como extracomunitario- los PSSI³⁴. 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 de la celebración de

³⁴ Así al valorar el alcance de la cláusula del mercado interior de la DCE y de las excepciones generales recogidas en su anexo, el documento de la Comisión Europea, "Comunicación sobre comercio electrónico y servicios financieros", de 26 de enero de 2001, afirma (p. 8) que si no hay elección, la legislación aplicable al contrato será la del Estado con el cual tenga relaciones más estrechas, con base en el artículo 4 CR.

contratos por vía electrónica, los requisitos de información precontractual exigidos a los prestadores de servicios y ciertas particularidades de la realización de pedidos por vía electrónica. Además muchas de las reglas de la DCE en materia contractual pueden ser excluidas por las partes si no son consumidores.

La repercusión del criterio de la ley de origen de la DCE en la determinación del régimen jurídico del contrato parece que debe limitarse a impedir que la ley aplicable en defecto de elección por las partes incorpore respecto de las cuestiones reguladas en la Directiva -en particular, en sus artículos 9 a 11- restricciones no previstas en la ley del Estado miembro donde el prestador de servicios esté establecido. En todo caso, resulta habitual que en el marco del artículo 4 CR la ley del contrato, a falta de elección por las partes, sea la del país donde el prestador de servicios esté establecido, habida cuenta de la presunción de su apartado 2, que favorece la aplicación de la ley del establecimiento de la parte que realiza la prestación característica.

La inclusión en el anexo de la Directiva de excepciones a su artículo 3 en materia contractual (que coinciden con las que establece el art. 3 LSSI) implica que las cuestiones objeto de excepción quedan regidas por la ley designada por las reglas de conflicto en materia contractual aun cuando contenga restricciones no previstas en la ley de origen en las cuestiones reguladas en los artículos 9 a 11 DCE. Además, las excepciones en materia contractual van referidas a situaciones en las que -a diferencia de los supuestos incluidos en el art. 4 CR- 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 CR 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 CR permite designar cualquier ley como aplicable) y de requisitos imperativos de forma de la ley de situación del inmueble (en línea con el art. 9.6 CR).

21. Tampoco son de aplicación los apartados 1 y 2 del artículo 3 DCE en relación con la licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico -a las que en el mismo sentido menciona el artículo 3.1.f) LSSI-, cuestión sobre la que, en consecuencia, no se manifestará el impacto de la ley de origen. La no aplicación a esta materia de los apartados 1 y 2 del artículo 3 DCE 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

aplicación³⁵, en tanto que ley del mercado afectado. Es una regla que no se ve alterada porque la campaña se dirija a destinatarios de varios países, de modo que respecto de cada uno de éstos, la ley aplicable será la del mercado de destino³⁶. En todo caso, si bien a la luz de la DCE parecen posibles regulaciones diversas sobre el particular, en la actualidad se trata de una cuestión sustancialmente unificada en el ámbito comunitario por el artículo 13 de la Directiva 2002/58 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

22. Al margen del contenido del anexo, el artículo 1.5 DCE deja fuera del ámbito de aplicación de la Directiva las cuestiones de fiscalidad, protección de datos, prácticas regidas por la legislación de carteles, actividades de los notarios y autoridades equivalentes, así como los juegos de azar con apuestas de valor monetario. Estas cuestiones se corresponden en lo sustancial con las excluidas del ámbito material de la LSSI, en virtud, en particular, de su artículo 5, si bien éste sí declara aplicables a los juegos de azar las normas de la LSSI, salvo las relativas a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior, lo que resulta pleno de sentido.

La exclusión del ámbito de la DCE de alguna de las materias recogidas en el artículo 1.5 DCE no afecta a que, como consecuencia de las normas correspondientes de derecho aplicable, su régimen puede hallarse sometido precisamente a la ley del país de origen. En el desarrollo de la actividad de los PSSI 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 PSSI.

23. Como posibilidad adicional es preciso señalar que los apartados 4 a 6 del artículo 3 DCE (y el art. 8 LSSI) contemplan la posibilidad de establecer, incluso dentro del ámbito coordinado, restricciones específicas a un determinado servicio de la sociedad de la información procedente de otro Estado miembro, en la medida en que sean necesarias y proporcionadas, por motivos de orden público

³⁵ *Vid.* AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip...", *loc. cit.*, p. 839.

³⁶ *Cf.* MANKOWSKI, P., "Particular Kinds of Unfair Competition on the Internet and the Conflict of Laws", *IIC*, vol. 32, 2001, pp. 390-412, pp. 407-408.

(investigación del delito, protección de menores, lucha contra la instigación del odio racial o religioso y violación de la dignidad humana de personas), protección de la salud pública, seguridad pública y protección de los consumidores. La adopción de esas medidas requiere seguir un procedimiento específico, que exige 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. La imposición de ese tipo de restricciones por los Estados miembros ha resultado excepcional³⁷.

V. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: TUTELA JUDICIAL

24. Dentro del Derecho comunitario, la dimensión judicial internacional del comercio electrónico es objeto de regulación básicamente en el Reglamento 44/2001, que se proyecta sobre el ámbito contractual y sobre las diversas categorías de ilícitos civiles. Como criterio general, la obligación de supervisión impuesta por el artículo 3.1 DCE a cada Estado miembro respecto de los prestadores establecidos en su territorio no implica una alteración de las normas de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil (por el contrario, tratándose de las sanciones administrativas previstas en las normas de transposición de la DCE, típicamente las autoridades de cada Estado miembro serán competentes para su imposición –como mínimo– respecto de los prestadores establecidos en ese Estado miembro).

Si bien en la fase final de elaboración del Reglamento 44/2001 recibió particular atención su adaptación al entorno de Internet, lo cierto es que entre sus normas de competencia, sólo se refleja en las relativas a los contratos –y muy especialmente a los contratos de consumo– se introdujeron ciertas modificaciones, que además básicamente confirman criterios de solución apuntados ya en la interpretación de su precedente, el Convenio de Bruselas.

Dejando a un lado la precisión sobre la formalización de la sumisión expresa por medios electrónicos (art. 23.2), en el Reglamento 44/2001 sólo el artículo 15 –y en menor medida el art. 5.1, que proporciona para ciertas categorías de contratos conceptos autónomos de lugar de ejecución que se proyectan sobre la contratación electrónica pero no son específicos de ésta– parece haber experimentado cambios para adaptarse a las exigencias de la sociedad de la información. En concreto, el último inciso del artículo 15.1.c) aparece destinado a dar respuesta a las exigencias de la

³⁷ Cf. Comisión CE "First Report...", *loc. cit.*, p. 8.

contratación por Internet y de sus peculiares técnicas de comercialización de bienes y servicios³⁸. Dicha norma prevé la aplicación del específico régimen de protección de los consumidores, basado en la atribución de competencia a los tribunales del Estado del domicilio del consumidor: “cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”.

La precisión de cuándo un sitio de Internet dirige sus actividades a un determinado Estado puede en la práctica resultar una tarea controvertida, más allá de la idea ampliamente aceptada de que la mera accesibilidad de un sitio web no es suficiente a tales efectos –y de que, en concreto, en relación con los litigios en materia de contratos de consumo será como mínimo necesario que el sitio promueva la celebración de contratos a distancia y que al menos se haya celebrado uno de ellos-³⁹. No obstante, en relación con los sitios web orientados a varios países a través de los cuales se concluyen contratos de consumo, los artículos 15 a 17 Reglamento 44/2001 conducen a establecer como criterio de base respecto de tales litigios contractuales la atribución de competencia a los tribunales del país de destino, excepto cuando el sitio no dirigiera sus actividades a ese concreto país⁴⁰.

25. En línea con lo dispuesto en el artículo 1.4 DCE parece ampliamente aceptada la idea de que la cláusula del mercado interior y el desarrollo de la libre prestación de servicios de la sociedad de la

³⁸ Cf. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, 3ª ed., Madrid, 2002, pp. 477-478.

³⁹ Cf. la Declaración, adoptada al aprobar el RCB, del Consejo y la Comisión a los artículos 15 y 73, no publicada en el *DO* (puede consultarse en *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 14ª ed., Madrid, Tecnos 2004, pp. 156-157).

⁴⁰ También en los contratos de consumo la posibilidad de que el consumidor demande ante los tribunales de su propio domicilio sólo debe operar en la medida en que existan ciertos controles tendentes a evitar que esa atribución de competencia resulte sorpresiva para la contraparte, lo que en nuestro sistema plantea especiales dificultades en relación con el artículo 22.4 LOPJ, cuya redacción –especialmente inapropiada para dar respuesta a la dimensión internacional de los modelos de negocio de la sociedad de la información- permitiría atribuir competencia a los tribunales españoles en relación con cualquier contrato en el que un consumidor residente en España celebrara aquí un contrato a través de Internet con una empresa cuyo domicilio se encuentre fuera de la Unión Europea, cf. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 479-480.

información no implica una transformación de las reglas de competencia en materias comprendidas en el ámbito coordinado de la Directiva, a pesar de que la configuración de esas normas, en particular, el artículo 5.3 Reglamento 44/2001 facilita en muchas ocasiones que sean los tribunales del país (o países) de destino los competentes para conocer respecto a las actividades desarrolladas por medio de Internet, como puede suceder en relación con los supuestos de responsabilidad del prestador de servicios vinculados a las distintas categorías de ilícitos comprendidas en el artículo 5.3⁴¹.

En los litigios en materia contractual, fuera de las relaciones de consumo, es claro que el fuero del domicilio del demandado (art. 2 Reglamento 44/2001) y la sumisión de las partes (arts. 23 y 24) pueden hacer posible la atribución de competencia tanto a los tribunales del país en los que se encuentre establecido el prestador de servicios como a los del país del domicilio del destinatario de tales servicios e incluso a terceros Estados. Por su parte, el fuero especial del artículo 5.1 Reglamento 44/2001, basado en el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda tampoco conduce a una solución unitaria⁴² (idea reforzada por ser fueros que operan normalmente con carácter alternativo respecto del domicilio del demandado y para cuya concreción resulta determinante lo pactado en el contrato).

No obstante, en relación con los contratos para los que el artículo 5.1 incorpora definiciones autónomas del lugar de ejecución las nuevas reglas sí favorecen la atribución de competencia en materia contractual a los tribunales del lugar de establecimiento del PSSI. Tratándose de compraventa de mercaderías -lo que tiene particular importancia respecto de los prestadores dedicados a actividades de comercio electrónico indirecto (y siempre que no sean transacciones de consumo)- se atribuye competencia a los tribunales del lugar de entrega; mientras que los contratos de prestación de servicios, lugar de ejecución es el lugar donde hubieran sido o debieran ser prestados. Tanto en un caso como en otro, estas normas facilitarán con frecuencia la atribución de competencia a los tribunales del lugar del domicilio del vendedor (o de expedición de las mercaderías) y de establecimiento del prestador de servicios, pues sus obligaciones contractuales se configuran típicamente como de puesta a disposición o remisión⁴³.

⁴¹ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho...*, op. cit., pp. 600-604.

⁴² Vid. BARIATTI, S., "La competence internationale et le droit applicable au contentieux du commerce électronique", *Riv.dir.int.pr.proc.*, vol. XXXVIII, 2002, pp. 19-32, pp. 24-25.

⁴³ Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho...*, op. cit., pp. 458-463.

26. En el plano mundial, la práctica imposibilidad de alcanzar un consenso sobre estas cuestiones ha quedado patente en los los esfuerzos de la Conferencia de La Haya de DIPr por elaborar un convenio sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil⁴⁴. El intento por crear normas adaptadas a las exigencias del comercio electrónico no ha podido superar las desavenencias entre partidarios de criterios que atribuyan la competencia a los tribunales de destino (de la información) – vinculados con frecuencia a la defensa de los consumidores- y defensores de la competencia de los tribunales del país de origen – que suele identificarse con la posición empresarial⁴⁵.

La controversia entre país de origen y país(es) de destino manifestada en los intentos de elaborar normas de competencia judicial internacional de alcance mundial pone de relieve la necesidad de progresos adicionales que maten la radical confrontación con la que en la actualidad se percibe la opción por uno u otro criterio⁴⁶.

⁴⁴ Cf. Conferencia de La Haya de DIPr (SCHULZ, A.), "Reflection Paper to Assist in the Preparation of a Convention on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", Prel. Doc. No 19, agosto 2002, pp. 12-13.

⁴⁵ Cf. MOENS, P., "Loi applicable et juge compétent: la CCI en veut pas d'exception pour le consommateur", <<http://www.droit-technologie.org>>, 1 de agosto de 2001, pp. 1-6, p. 4.

⁴⁶ Vid. HAINES, A.D., "Why is it so Difficult to Construct an International Legal Framework for E-Commerce? The Draft Hague Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters: A Case Study", *European Business Organization Law Review*, 3, 2002, pp. 157-194, pp. 173-181.