

denominado sistema de la *voie directe* (art. 34.2 *in fine*) se obvia incluso la necesidad de aplicar una norma de conflicto para determinar el Derecho aplicable al fondo del asunto. Ello permitirá la aplicación de aquellas normas jurídicas que más se ajusten a las características de la relación contractual y tener en cuenta los intereses subyacentes al caso concreto. Esta flexibilidad y la ventaja de poder resolver la disputa conforme a un Derecho neutral, que no es la ley nacional de ninguna de las partes, vienen, sin embargo, aparejadas de un incremento de la discrecionalidad de los árbitros y, sobre todo, del grado de incertidumbre respecto al devenir de la controversia. Se trata, por tanto, de un régimen que supone más justicia pero menos seguridad jurídica, que habrá de ser compensada mediante una jurisprudencia que tenga en cuenta —en la medida de lo posible, dado el carácter privado de la institución arbitral— las líneas de decisión imperantes en laudos anteriores, a la vez que contraste el contenido y confirme la aceptación de las normas jurídicas objeto de aplicación en el tráfico internacional. Tarea ardua, ésta, aunque la reciente aparición de bases de datos sobre derecho transnacional, el aumento del número de laudos publicados y, especialmente, la compilación de los principios de los contratos internacionales (UNIDROIT y PECL), han contribuido a concretizar y sistematizar la *lex mercatoria* y, por ende, a facilitar la función decisoria del árbitro.

En ningún caso deberán los árbitros dejarse deslumbrar por la flexibilidad de estas normas de origen transnacional, ignorando la voluntad de las partes de someter la resolución del asunto a una ley nacional. Tal comportamiento frustraría las expectativas de las partes y, como se ha visto, pondría en riesgo la ejecutabilidad del laudo.

INCIDENCIA DE LA «CLÁUSULA DE MERCADO INTERIOR» EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN TRANSFRONTERIZOS

Por AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ*

INTRODUCCIÓN

Cuando un juez español conoce de un litigio derivado de la prestación de un servicio de la sociedad de la información (en adelante SSI) que presenta un carácter transfronterizo, debe aplicar las normas de conflicto del foro para determinar el Derecho aplicable al mismo.

Como es sabido, si el litigio está referido a un contrato entre profesionales celebrado en Internet —*business to business*—, el juez aplicará, a los aspectos de fondo, la ley elegida por las partes (art. 3 CR¹) y, en su defecto, la ley más estrechamente vinculada que, de acuerdo con el art. 4.2 CR, se presume que es la del país donde está establecido el prestador de servicios. A los aspectos de forma, resultará aplicable cualquiera de las conexiones designadas en el art. 9 CR.

Si el litigio versa sobre un contrato entre un profesional y un consumidor celebrado por medios electrónicos —*business to consumer*— y se cumplen las condiciones del art. 5 CR², los aspectos de fondo se regularán a partir del Derecho elegido por las partes siempre que conceda una protección al menos similar a la del Estado de residencia del consumidor. En su defecto, se aplicará la ley de la residencia habitual del consumidor. Los aspectos de forma quedan, igualmente, sometidos a esta última ley (art. 9.5 CR).

Por último, si el litigio es de naturaleza extracontractual —difamación en web site, infracción de derechos de propiedad industrial o intelectual, responsabilidad por productos o servicios defectuosos, virus informáticos, etc.—, el juez aplicará la ley del lugar donde se ha producido el hecho dañoso (art. 10.9 I del Código Civil y, cuando se adopte, art. 3 y siguientes de la Propuesta de Reglamento Roma II³) y, si se trata de la responsabilidad derivada de publicidad engañosa o desleal realizada en Internet, la ley

* Prof. Asociado Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

¹ Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980 (DOCE núm. 27, de 26 enero 1998)

² La disposición exige que se trate de un contrato de servicios o de suministro de bienes muebles corporales, que haya sido celebrado para una finalidad ajena a su actividad profesional y que «la celebración [...] hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato». La verificación de estas condiciones en los contratos celebrados en Internet resulta difícil de llevar a cabo. Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, p. 92.

³ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), (Doc COM(2003) 427 final).

del mercado afectado o la ley del mercado donde los intereses colectivos de los consumidores se han visto afectados (art. 4 LCD⁴ y art. 5.1 Reglamento Roma II).

En cualquiera de estos litigios, el juez deberá aplicar, también, las normas internacionalmente imperativas del foro y podrá dar efectos a las de terceros Estados (art. 7 CR, art. 12 Reglamento Roma II).

Este esquema regulador, sin embargo, resulta alterado cuando se trata de un litigio referido a una prestación de SSI *intracomunitaria*, en la que las partes están domiciliadas en distintos Estados miembros de la Comunidad Europea. En estas situaciones, el juez español está obligado a tomar en consideración la llamada «cláusula de mercado interior» establecida por la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico⁵.

El significado y alcance del doble mandato que incorpora esta «cláusula» —control en origen y reconocimiento mutuo— constituyó, en el momento de elaborar la Directiva 2000/31 y todavía lo constituye hoy, uno de los temas que mayor controversia y que mayor inseguridad jurídica levanta en la regulación de los SSI en el mercado interior.

En las páginas que siguen, se pretende explicar el significado y el alcance de esta «cláusula». Para ello, en primer lugar, se van a tratar sus orígenes y su plasmación en la Directiva 2000/31 y en la legislación que la incorpora al ordenamiento interno español, la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI)⁶ (II). En segundo lugar, se van a explicar las teorías existentes sobre el alcance que tiene la «cláusula» en la regulación de estos servicios por los tribunales del Estado de origen del SSI o por los tribunales del Estado de destino (III). En tercer lugar, se expone cómo deben los tribunales españoles aplicar el principio de reconocimiento mutuo, objetivo principal de la «cláusula», de acuerdo con la que teoría que, en mi opinión, debe prevalecer: la *sustantivista* (IV). Por último se aportarán una serie de datos que permiten relativizar los efectos que, en la práctica, la «cláusula» puede tener en la regulación de estos servicios y se realizarán unas consideraciones finales (V).

ORIGEN DE LA «CLÁUSULA DE MERCADO INTERIOR» Y SU REGULACIÓN EN LA DIRECTIVA 2000/31 Y EN LA LEY 34/2002 DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

ANTECEDENTES Y RELEVANCIA DE LA «CLÁUSULA DE MERCADO INTERIOR» EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: EL CARÁCTER HORIZONTAL DE LA DIRECTIVA 2000/31 Y SU AMPLÍSIMO «ÁMBITO COORDINADO»

La «cláusula de mercado interior» tiene su origen en los años ochenta, cuando el Consejo cambió su política en materia de mercado interior⁷. La «nouvelle approche»

⁴ Ley 3/1991, de 10 enero, de competencia desleal (BOE núm 10, de 11 enero 1991).

⁵ Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). (DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000).

⁶ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002

⁷ Resolución del Consejo, de 7 de mayo de 1985, relativa a una nueva aproximación en materia de armonización y de normalización (JOCE C 136, de 4 junio 1985).

establecida para desarrollar la libre prestación de servicios del art. 49 TCE, conlleva la armonización de mínimos de las normas técnicas nacionales con la finalidad de hacerlas equivalentes, y la organización de un mecanismo de sumisión del producto o del prestador de servicios al derecho del país de origen y a la competencia de las autoridades de ese país. Garantizado este objetivo, los Estados miembros de destino de los productos o servicios pierden toda capacidad para adoptar medidas de autorización o de control, salvo en casos excepcionales⁸.

Para llevar a cabo esta nueva política, la «cláusula de mercado interior» comprende dos medidas complementarias: por un lado, corresponde al Estado de origen del servicio controlar su legalidad; por otro, el resto de Estados miembros están obligados a reconocer y no impedir la prestación de esos servicios en su territorio. De esta manera, queda garantizado el establecimiento de un verdadero mercado interior: los operadores económicos pueden prestar sus servicios en otros Estados miembros bajo las mismas condiciones existentes en su mercado nacional.

El primer campo en el que se utilizó la «cláusula» fue el de los servicios financieros con la segunda Directiva bancaria, 89/646, de 15 de diciembre 1989⁹, actualmente modificada por la Directiva 2000/12, de 20 de marzo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio¹⁰. Más tarde se adoptó la Directiva 89/552 «Televisión sin fronteras»¹¹, que constituye, en palabras del propio legislador comunitario —considerando 4—, el antecedente directo de la Directiva 2000/31. También se ha adoptado en otras materias como, por ejemplo, la protección de datos —Directiva 95/46¹²—, firma electrónica —Directiva 99/93¹³—, acciones de cesación para la protección de los consumidores —Directiva 98/27¹⁴— y, en la actualidad se está trabajando en una Propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior¹⁵ que incluye, igualmente, la «cláusula».

Con la excepción de la propuesta en tramitación, el impacto que la «cláusula mercado interior» tiene en estos instrumentos es mucho más reducido que el que tiene en la Directiva de comercio electrónico, puesto que sus ámbitos de aplicación respectivos son ciertamente limitados. Lo que caracteriza a la Directiva 2000/31 y otorga gran relevancia a la «cláusula» es que, al contrario que las primeras directivas, éste instrumento tiene una *naturaleza horizontal*¹⁶.

⁸ Vid. M. FALLON y J. MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, vol 91, 2002, pp. 435-490, esp. 473.

⁹ DOCE L 386, de 30 diciembre 1989.

¹⁰ DOCE L 126, de 26 mayo 2000.

¹¹ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DOCE L 298, 17 noviembre 1989).

¹² DOCE L 281, de 23 noviembre 1995.

¹³ DOCE L 13, 9 enero 2000.

¹⁴ DOCE L 66, 11 junio 1998.

¹⁵ Doc. COM (2004) 2 final de 13 enero 2004

¹⁶ Vid. M. DESANTES REAL: «La Directiva sobre el Comercio Electrónico, Mercado interior y servicios de la Sociedad de la Información» en *Derecho de Internet, Contratación Electrónica y Firma Digital*, R. Mateu de Ros, J.M. Cendoya Méndez de Vigo (coords), Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 323-338.

Por un lado, la Directiva resulta aplicable a *cualquier tipo de actividad* siempre que se preste a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y almacenamiento de datos, a petición individual del receptor del servicio y, normalmente, a título oneroso. Esa es la definición de «servicio de la sociedad de la información» que establece el art. 1.2 de la Directiva 98/34¹⁷, disposición a la que se remite el art. 2 (a) de la Directiva 2000/31 para evitar interpretaciones divergentes, y el Anexo de la LSSI¹⁸. Estas actividades incluyen la contratación de bienes o servicios por vía electrónica; la organización o gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales; la gestión de compras en red por grupos de personas; el envío de comunicaciones comerciales; el suministro de información por vía telemática; servicios de búsqueda, acceso y recopilación de datos; servicios de almacenamiento y transmisión de datos; el vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la divulgación de contenidos previa petición individual.

Por otro lado, al contrario que en el resto de instrumentos donde se incluye la «cláusula de mercado interior», *el abanico de materias incluidas en el «ámbito coordinado» es extremadamente amplio*. Hasta el momento de adoptar la Directiva esta noción era casi desconocida: «ámbito coordinado» no es lo mismo que la noción de «ámbito armonizado» utilizado en otras directivas. De acuerdo con el art. 2 (h), incorporado al ordenamiento español en el Anexo de la LSSI, debe entenderse incluido en dicho «ámbito» *todos los requisitos legales exigibles a los prestadores de servicios* (en adelante PSI) y *a los SSI*, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos. Dichos requisitos se refieren tanto al inicio de la actividad —cualificaciones, autorizaciones o notificaciones— cuanto su ejercicio —requisitos relativos al comportamiento del PSI, los relacionados con la calidad o el contenido del servicio, los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del PSI—¹⁹.

La atribución de este amplísimo campo de aplicación cumple una finalidad de política legislativa: facilitar la libre circulación de SSI²⁰. Por esa razón, las materias excluidas del «ámbito coordinado» deben interpretarse restrictivamente. En este sentido, al contrario de lo que opina algún autor²¹, también deben entenderse incluidas las normas de Derecho internacional privado²².

¹⁷ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DOCE L 204, 21 julio 1998). Modificada por Directiva 98/84 (DOCE L 320, 28 noviembre 1998).

¹⁸ Sobre las dificultades interpretativas de la disposición, *vid.* M. REQUEJO ISIDRO, «La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la prestación transnacional de servicios en el seno del EEE», en *REDI*, vol. LV, 2003-2, pp. 795-818, esp. 805.

¹⁹ El art. 2 (h) también aclara que, puesto que no están referidos a SSI, no se incluyen, en el «ámbito coordinado», los requisitos aplicables a las mercancías en sí, los aplicables a su entrega, o los aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos.

²⁰ *Vid.* O. CACHARD, «Le domaine coordonné par la Directive sur le commerce électronique et le Droit international privé», en *RDAl/IBLJ*, núm. 2, 2004, pp. 161-179, esp. 168.

²¹ *Vid.* E. CRABIT, «La directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée», en *RDUE*, 2000, pp. 749-833, esp. 803-804.

²² En este mismo sentido *vid.* O. CACHARD, «Le domaine...», 2004, p. 166.

Tan sólo resultan excluidas las materias enumeradas en el art. 1.5 de la Directiva: fiscalidad; cuestiones relacionadas con la protección de datos personales —reguladas en las Directivas 95/46 y 2002/58²³—, cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles; actividades de notarios o profesionales equivalentes en el ejercicio de una función pública prestadas por medios electrónicos; la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales; y las actividades de juegos de azar²⁴.

LA «CLÁUSULA DE MERCADO INTERIOR» EN EL ART. 3 DE LA DIRECTIVA 2000/31 Y SU INCORPORACIÓN A LA LSSI

La «cláusula de mercado interior» constituye una prolongación de la jurisprudencia del TJCE en relación con el art. 49 TCE²⁵, en el cual se prohíben «las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación». La disposición posee efectos directos, no obstante el art. 3 de la Directiva 2000/31, y las normas de transposición, regulan la aplicación específica de la «cláusula» a los SSI estableciendo un doble mandato.

a) *Control en origen*: De acuerdo con el art. 3.1, corresponde controlar el cumplimiento por los SSI de los requisitos legales que forman parte del ámbito coordinado al Estado miembro donde está establecido en PSI. Para cumplir con esta obligación el art. 2.1 LSSI establece que «esta ley será de aplicación a los PSI establecidos en España y a los servicios prestados por ellos»²⁶ aunque, como se verá, no es esta la única Ley que las autoridades españolas deben aplicar para llevar a cabo el control en origen.

Asimismo, alejándose del dictado de la Directiva, el apartado 2 de esta disposición también establece la aplicación de la LSSI «a los SSI que los PSI domiciliados en otro Estado miembro ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España»²⁷. Aunque la aplicación de la LSSI se limita a los servicios llevados a cabo desde España, la disposición puede originar conflictos puesto que la ley del Estado miembro donde está establecido el PSI al que pertenece esa sucursal puede resultar aplicable a

²³ DOCE L 201, de 31 julio 2002.

²⁴ La exclusión de las actividades de juegos de azar ha sido confirmada en la STJCE de 6 noviembre 2003, C-243/01, *Gambelli*, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/juris>

²⁵ SSTJCE de 25 julio 1991, C-76/90, *Sager*, Rec. 1991, p. I-4221 y ss., y de 10 mayo 1995, C-384/93, *Alpine Investments*, Rec. 1995, pp. I-4221 y ss. *Vid.* E. CRABIT, «La directive...», 2000, p. 761.

²⁶ La pregunta surge por sí sola: ¿qué PSI reúnen dicha condición? Siguiendo el dictado de la Directiva, la Ley española no tiene en cuenta si los medios tecnológicos a partir de los cuales el PSI ejerce su actividad se encuentran en España. El establecimiento en España se establece a partir de la residencia o domicilio social del prestador en nuestro país, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección. De acuerdo con el art. 2.3, se presumirá que el PSI está establecido en España cuando él 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 la personalidad jurídica.

²⁷ De acuerdo con el art. 2.2, se considera que «un prestador opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad».

los servicios prestados desde nuestro país por la sucursal. Sin ir más lejos, de acuerdo con el art. 2.1. la LSSI se aplica a servicios prestados por PSIs establecidos en España, sin excluir los servicios prestados por establecimientos permanentes del PSI en el extranjero.

b) *Reconocimiento mutuo* (art. 3.2). Los Estados miembros distintos del Estado de origen están obligados a reconocer la legalidad de esos servicios. Es decir no pueden impedir su prestación por razones incluidas en el «ámbito coordinado» de la Directiva. Para cumplir con esta obligación el art. 7.1 LSSI establece el *principio de libre prestación de servicios*: «La prestación de SSI que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la UE o del EEE se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los arts. 3 y 8».

Por contra, cuando el servicio es prestado por un PSI establecido en un tercer Estado, resulta aplicable el art. 4 LSSI: «Los prestadores que dirijan sus servicios, específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables». La disposición resulta lógica puesto que, en estos casos, salvo que exista un convenio o tratado internacional, el Estado español no está obligado a garantizar la libre prestación del SSI.

La obligación de hacer respetar el mandato de la «cláusula de mercado interior» corresponde a todas las autoridades públicas, incluidos los tribunales de justicia²⁸. El legislador debe adoptar, como ha hecho en la LSSI, las medidas legislativas necesarias para que el mandato de la Directiva se cumpla. Pero también están obligados a derogar o modificar aquellas medidas que puedan generar obstáculos a la libertad de circulación de SSI. Las autoridades administrativas deberán fiscalizar la conformidad con la legalidad vigente de los PSI establecidos en nuestro país y de los servicios que presten, y deberán abstenerse de tomar medidas contra SSI prestados por prestadores establecidos en otros Estados miembros que vayan en contra de la libre prestación de servicios. Y, por último, los tribunales de justicia deberán tomar la «cláusula» en consideración a la hora de resolver los litigios que ante ellos se sustancien. La cuestión es cómo: ¿están obligados a aplicar la ley española cuando el servicio se preste desde España y abstenerse de aplicar aquellas normas que obstaculizan la prestación de servicios desde otros Estados miembros?

DEROGACIONES A LA «CLÁUSULA DE MERCADO INTERIOR»: MATERIAS EXCLUIDAS Y «RAZONES DE INTERÉS GENERAL»

Antes de contestar a esa pregunta, deben tenerse en cuenta que existen ciertos supuestos en los que la «cláusula de mercado interior» no resulta aplicable, por lo que

²⁸ Vid. SSTJCE de 13 noviembre 1990, C-106/89, *Marleasing c. La Comercial*, Rec. 1990, pp. 4135 y ss; de 14 julio de 1994, C-91/92, *Faccini Dori c. Recreb*, Rec. 1994, pp. I-3325 y ss; y de 27 junio de 2000, C-240 a 244/98, *Oceano Grupo c. Rocío Murciano*, Rec. 2000, pp. I-4941.

los Estados miembro distintos del de origen no están obligados a garantizar la libre prestación de SSI: a) cuando la medida legislativa esté referida a una de las materias excluidas del «ámbito coordinado»; b) cuando la medida, aunque no está excluida, se refiere a una de las cuestiones a las que la «cláusula de mercado interior» no les resulta aplicable; c) cuando, la medida, aunque le resulta aplicable la «cláusula», puede justificarse en «razones de interés general».

a) Como se ha dicho, la «cláusula de mercado interior» no resulta aplicable a las *materias excluidas del ámbito coordinado* de la Directiva. No obstante, el legislador español si ha incluido las materias enumeradas en el art. 1.5 de la Directiva del «ámbito normativo coordinado» de la LSSI²⁹. Esta extensión del ámbito de actuación del principio de control en origen es compatible con el Derecho comunitario³⁰ y conlleva que la Ley resulta aplicable a PSI establecidos en nuestro país dedicados a los juegos de azar o a las actividades de notarios o abogados realizadas por medios electrónicos. Asimismo, esto implica la extensión del control en origen a materias fiscales, de protección de datos personales o de carteles. No obstante, esto no impide a España restringir la prestación de SSI provenientes de otros Estados miembros mediante medidas referidas a estas materias, ni al resto de Estados miembros limitar la prestación de servicios provenientes de España por ese mismo tipo de medidas aunque su legalidad haya sido controlada en origen.

b) De acuerdo con el art. 3.3, existen ciertas materias incluidas en el «ámbito coordinado» a las que no les resulta aplicable la «cláusula de mercado interior». Las encontramos en el Anexo de la Directiva: derechos de autor, derechos afines y derechos mencionados en la Directiva 87/54/CEE³¹ y en la Directiva 96/9/CE³², así como a los derechos de propiedad industrial: emisión de moneda electrónica por parte de instituciones a las que los Estados miembros hayan aplicado una de las excepciones previstas en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 2000/46/CE³³; apartado 2 del artículo 44 de la Directiva 85/611/CEE³⁴; artículo 30 y título IV de la Directiva 92/49/CEE³⁵, título IV de la Directiva 92/96/CEE³⁶, artículos 7 y 8 de la Directiva 88/357/CEE³⁷ y artículo 4 de la Directiva 90/619/CEE³⁸; libertad de las partes de elegir la legislación aplicable a su contrato; obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores; 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

²⁹ Vid. Anexo a la LSSI.

³⁰ Los Estados miembros son libres para extender la aplicación de una directiva más allá del ámbito establecido en la misma. STJCE de 14 de marzo 1991, C-361/89, *Di Pinto*, Rec. 1991 p. I-1189.

³¹ DOCE L 24 de 27 enero 1987.

³² DOCE L 77 de 27 marzo 1996.

³³ DOCE L 275, de 27 octubre 2000.

³⁴ DOCE L 375, de 31 diciembre 1985.

³⁵ DOCE L 228, de 11 agosto 1992.

³⁶ DOCE L 360, de 9 diciembre 1992.

³⁷ DOCE L 172, de 4 julio 1988.

³⁸ DOCE L 330, 29 noviembre 1990.

que esté situada la propiedad inmobiliaria; licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico³⁹.

El hecho de que el art. 3.1 LSSI establezca que la Ley «será de aplicación a los PSI establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE cuando el destinatario de los SSI radique en España y los servicios afecten» a una serie de materias que reproducen, en parte, las cuestiones de dicho Anexo⁴⁰, responde, precisamente, a que, en ellas, el legislador español no está obligado, por la «cláusula de mercado interior», a garantizar la libre prestación del servicio.

e) Por último, el art. 3.4 de la Directiva autoriza a las autoridades competentes a tomar medidas referidas a materias que forman parte del «ámbito coordinado» que, aunque constituye una restricción a la libre prestación de servicios, están justificadas en «razones de interés general» y reúnen una serie de condiciones. Tal y como está redactada la disposición y la norma de incorporación al Derecho español –art. 8 LSSI– parece que sus destinatarios sean autoridades administrativas o judiciales encargadas de sancionar una determinada actividad ilegal. No obstante, aunque no se diga expresamente, la disposición también resulta aplicable a tribunales civiles que estén conociendo de procesos contradictorios derivados de un SSI. Así parece interpretarse del Considerando 25 de la Directiva. Esta circunstancia requiere una lectura adaptada de la norma.

El art. 8.1 LSSI autoriza a nuestros tribunales a aplicar normas que, en principio, puede obstaculizar la libre prestación del SSI. Para ello, no basta con que la norma tenga una naturaleza imperativa⁴¹. Es necesario que esté fundamentada en una de las siguientes razones de interés general: a) orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; b) protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluido cuando actúan como inversores; c) respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; d) protección de la juventud y de la infancia.

³⁹ La exclusión de estas materias se justifica, en unos casos, en la falta de la armonización necesaria entre las legislaciones de los Estados miembros para poder implantar el principio de libre prestación de servicios. En otros, en la incompatibilidad de la «cláusula» mercado interior con algunas de las directivas enumeradas como consecuencia de que otorgan a las autoridades del país de destino funciones de supervisión. Así, por ejemplo, la inclusión de las «obligaciones relativas a contratos celebrados por los consumidores» responde a que existen un gran número de directivas comunitarias en la materia que permiten a los Estados miembros adoptar medidas más severas en favor de los consumidores. Por definición, la «cláusula de mercado interior» es incompatible con estas directivas. Del mismo modo, la cláusula tampoco resulta aplicable en materia de comunicaciones comerciales no solicitadas porque el art. 7.1 de la propia Directiva sobre comercio electrónico otorga libertad a los Estados miembros para regular la cuestión.

⁴⁰ a) derechos de propiedad intelectual o industrial; b) emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva; c) actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios; d) obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores; e) régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato; f) licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónico equivalente no solicitadas.

⁴¹ STJCE de 23 noviembre 1999, C-396/96 y C-376/96, *Arblade*, Rec. 1999, I-8453, ap. 31.

La medida no puede tener un carácter general sino que debe adoptarse contra un SSI determinado, circunstancia que, en el marco de un proceso judicial civil, queda garantizado. Además, de acuerdo con el art. 8.3 LSSI, debe ser adoptada en atención a criterios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación. Por último, deberá ser notificada a la Comisión Europea –art. 8.4 a)–⁴² para que examine su compatibilidad con el Derecho comunitario⁴³. Dicho examen no tendrá carácter suspensivo pero, en caso de resultar negativo, obliga a España a abstenerse de tomar esas medidas en el futuro y, de ser posible, a poner fin lo antes posible a las adoptadas.

A pesar de estas excepciones a la «cláusula de mercado interior», en palabras de la doctrina, su incidencia en la regulación de los SSI transfronterizos es innegable⁴⁴. No obstante, existe desacuerdo sobre su alcance y sobre cómo deben aplicarla, en la práctica, los tribunales de justicia. Esta circunstancia conlleva que el objetivo de la Directiva de crear un marco jurídico sencillo, claro y seguro para lograr un desarrollo sin trabas del comercio electrónico –Considerando 60– deba ser puesto seriamente en duda si no se alcanza una respuesta uniforme a la cuestión que nos ocupa.

TEORÍAS ACERCA DE LA INCIDENCIA DE LA «CLÁUSULA DE MERCADO INTERIOR» EN LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN TRANSFRONTERIZOS

La incidencia de la «cláusula de mercado interior» en la regulación de los SSI intracomunitarios es diferente según que el litigio se presente ante los tribunales del Estado miembro de origen del servicio (A) o ante los tribunales del Estado miembro de destino (B). Los primeros están obligados por el mandato *principio de control en origen*, los segundos por el *mandato de reconocimiento mutuo*.

Las teorías acerca de esta cuestión se dividen en dos grupos: las *conflictualistas*, llamadas así porque consideran que la «cláusula» puede conllevar un cambio en la ley apli-

⁴² En el marco de un proceso judicial en marcha, resulta imposible cumplir con el requisito de esta disposición de requerir al Estado de destino para que adopte las medidas oportunas. No obstante, la decisión sí deberá ser notificada a la Comisión Europea por «el órgano de la Administración central competente para la comunicación y transmisión de información a la Comunidad Europea». Esta disposición parece excluir esta obligación «del ámbito de los procesos judiciales». El legislador nacional se equivoca: la obligación existe. De hecho, la Comisión ha recibido la notificación de, al menos cinco casos en los que la «cláusula» mercado interior ha dejado de aplicarse en atención al Art. 3.4 de la Directiva. *Vid. Primer Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, 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 en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*, Doc COM(2003), 702 final, p. 9.

⁴³ La Comisión deberá dictaminar la compatibilidad de la medida con el Derecho comunitario (art. 3.6 Directiva 2000/31). Para ello tendrá en cuenta las condiciones establecidas en el art. 3.4 (a) –además de las razones expuestas, que el SSI contra el que se adopta debe presentar un riesgo serio y grave (ii) y ser proporcionadas con sus objetivos (iii)– y las establecidas por la jurisprudencia del TJCE (por todas, *vid. STJCE de 25 julio 1991, C-228/89, Gouda*, Rec. 1991, p. I-4007 y ss): a) existencia de razones de interés general; b) no discriminación; c) no solapamiento; y d) proporcionalidad para lo cual es preciso determinar la adecuación de la medida al objetivo perseguido y la imposibilidad de sustitución por medida menos restrictiva. Para una minuciosa explicación de estas condiciones *vid. la Comunicación de la Comisión – Aplicación a los servicios financieros de los Apartados 4, 5 y 6 del artículo 3 de la Directiva sobre comercio electrónico*, Doc COM(2003) 259 final.

⁴⁴ *Vid. M. FALLON y J. MEEUSEN, «Le commerce...», 2002, p. 479.*

cable al litigio, y las *sustantivistas*, denominación otorgada porque, para estos autores, la «cláusula» únicamente puede afectar a las normas materiales del Derecho nacional designado por las normas de conflicto o a las normas internacionalmente imperativas.

PUESTA EN PRÁCTICA DE LA «CLÁUSULA» POR EL JUEZ ESPAÑOL CUANDO ESPAÑA ES EL ESTADO DE ORIGEN DEL SSI: PRINCIPIO DE CONTROL EN ORIGEN

Teorías conflictualistas

De acuerdo con las *teorías conflictualistas*, el principio de control en origen del art. 3.1 conlleva, salvo para aquellas cuestiones enumeradas en el Anexo de la Directiva, la sustitución de las normas de conflicto aplicables por el Derecho del Estado de establecimiento del PSI, la *lex originis*⁴⁵.

En este sentido, cuando un juez español conozca de un litigio referido a un SSI prestado por una persona que reside o que está establecida en España, de acuerdo con el art. 2.1 LSSI, debería aplicar el *Derecho interno español*⁴⁶. Esta interpretación encuentra apoyo en el art. 26 de la propia Ley que establece que «[p]ara la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Dopr del ordenamiento jurídico español, *debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley*». Asimismo, la Exposición de motivos de LSSI insiste en que «el lugar de establecimiento del prestador determina la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de acuerdo con el principio de la aplicación de la ley del país de origen que inspira la Directiva 2000/31»⁴⁷.

Las únicas excepciones a la aplicación de la *lex originis* vendrían establecidas en el Anexo de la Directiva: los derechos de propiedad industrial e intelectual, la libertad de las partes de elegir la ley aplicable al contrato, la validez formal de los contratos sobre bienes inmuebles, las obligaciones derivadas de los contratos celebrados por los consumidores, etc.

Esta interpretación del principio de control en origen es sostenida por la práctica totalidad de las empresas de servicios de la sociedad de la información puesto que la

⁴⁵ Entre otros, *vid.* E. CRABIT, «La directive...», 2000, pp. 800-803; M. FALLÓN y J. MEEUSEN, «Le commerce...», 2002, p. 482; R. JULIA BARCELO, E. MONTERO y A. SALAUN, «La Proposition de Directive Européenne sur le commerce électronique: questions choisies», en AAVV, *Commerce Electronique: les temps des certitudes*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 29; A. PALACIO VALLELERDUNDI, «Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur: nouvelle équation pour le droit communautaire», *RDUE*, 2001, pp. 5-26, esp. 8; M. WERMEER, «Unfair competition on the internet: the Dutch perspective» en F.W. GROSHUDE y K. BOELE-WOELKI (Eds), *European Private Law 1999/2000. E-Commerce Issue*, Leystad, Koninklijke Vermande, 2000, p. 181. Con carácter general, *vid.* L. RADICATI DI BROZOLO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *Rev. Crit. Droit. Int. Privé*, vol 82, 1993, pp. 401-424, esp. 408.

⁴⁶ Para E. CRABIT, «La directive...», 2000, pp. 800, «l'opérateur sera traité comme s'il s'agissait d'une situation purement nationale».

⁴⁷ En otras normas de incorporación, la adopción de la *lex originis* es todavía más evidente. El art. 2.4 de la Ley luxemburguesa de 14 de agosto 2000 (JO A - núm 96 du 8 septembre 2000, p. 2176) establece que: «la loi du lieu d'établissement du prestataire de services à la société de l'information s'applique aux prestataires et aux services qu'ils prestent». Disponible en <http://www.aupit.com>

aplicación de la *lex originis* implica que todas las actividades que llevan a cabo están gobernadas por una misma ley, *su ley*, con el ahorro en costes de información y el incremento en la seguridad jurídica que ello les supone. De esta manera, además, se facilita la rápida consolidación del mercado interior de los SSI: la posibilidad para los PSI de prestar sus servicios en otros Estados miembros como si los prestara en su propio Estado deja de ser una utopía para ser una realidad. Asimismo, parece tener la ventaja de su fácil aplicación en la práctica: para solventar cualquier litigio derivado de la prestación de SSI, el juez competente debe aplicar la ley elegida por las partes o la ley del Estado miembro donde está establecido el PSI.

La teoría, sin embargo, choca con dos importantes escollos. Por un lado, la equiparación del principio de control en origen con la aplicación de la ley material de origen requeriría que las normas de Dopr no estuvieran incluidas en el «ámbito coordinado» de la Directiva. Así lo defiende E. CRABIT, para quien «une interprétation du paragraphe 1 de l'article 2 qui laisserait la possibilité à un juge dans le pays d'origine, à travers le jeu des règles de renvoi de son pays, de soumettre un prestataire à une multitude de lois matérielles des 15 États membres (ou d'autres) irait directement à l'encontre des objectifs poursuivis par la directive»⁴⁸.

Sin embargo, esta interpretación no resulta sostenible. En primer lugar, porque entre las materias excluidas en el art. 1.5 de la Directiva –las cuales deben ser interpretadas restrictivamente–, no se incluyen las normas de Dopr. En segundo lugar, porque el principio de control en origen no impide a un Estado miembro, si lo considera más apropiado, que la legalidad de ciertos aspectos de un SSI prestado desde su territorio se realice aplicando leyes extranjeras designadas por las normas de conflicto del foro.

Por otro lado, la sustitución de las normas de conflicto existentes por la *lex originis* entra en conflicto con lo que establece el art. 1.4 y el considerando 23: «no es objeto de la presente Directiva fijar normas adicionales de Dopr relativas a conflictos entre legislaciones [...]».

M. FALLÓN y J. MEEUSEN restan importancia a esta disposición porque fué introducida muy tardíamente como solución de compromiso. El simple hecho de que la libertad de las partes de elegir la ley aplicable al contrato haya sido incluida en el Anexo de la Directiva demuestra que, efectivamente, la «cláusula de mercado interior» afecta a las normas de conflicto. Asimismo, estos autores consideran que el hecho de que la Directiva no establezca normas de Dopr adicionales, no implica que la Directiva no pueda *suprimir* las existentes a partir de una norma positiva supletoria: la *lex originis*⁴⁹. Por su parte, E. CRABIT afirma que la «cláusula de mercado interior» no es una norma de Dopr sino una norma imperativa de Derecho comunitario y que, por tanto, no se contradice el espíritu de la Directiva⁵⁰.

Ninguno de estos argumentos es sostenible: resulta imposible negar que, en la práctica, esta interpretación del art. 2.1 y 26 de la LSSI conllevaría una derogación de

⁴⁸ *Vid.* E. CRABIT, «La directive...», 2000, p. 803.

⁴⁹ *Vid.* M. FALLÓN y J. MEEUSEN, «Le commerce...», 2002, p. 483.

⁵⁰ *Vid.* E. CRABIT, «La directive...», 2000, p. 799.

las normas de conflicto aplicables a los SSI incompatible con el mandato comunitario del art. 1.4 de la Directiva. Si bien los efectos en materia de contratos no serían considerables, sí que lo serían en materia de contratos celebrados por los consumidores y en materia de responsabilidad extracontractual.

a) En materia de contratos entre profesionales, de acuerdo con el Anexo de la Directiva, la «cláusula de mercado interior» no afecta a la libertad de las partes de elegir el Derecho aplicable a la relación. Por consiguiente, de acuerdo con la teoría conflictualista, el art. 3 CR resulta plenamente aplicable en el comercio electrónico *business to business*. En defecto de *electio legis*, el juez español aplicará la ley más estrechamente vinculada (art. 4 CR) que, atendiendo a la presunción del apartado segundo, será la del Estado miembro donde está establecido el PSI –España– pues resulta ser el prestador característico. Es difícil imaginar supuestos en los que una prestación de SSI presente una vinculación más estrecha con un tercer Estado⁵¹, por lo que, se aplique el art. 4 o el art. 2.1 LSSI, será aplicable la *lex originis*.

En materia de forma del contrato, la ley del Estado de establecimiento del PSI es una de las varias conexiones alternativas que el art. 9 establece para los contratos celebrados entre ausentes. Ahora bien, según esta teoría, el art. 2.1 LSSI obligaría al juez español a aplicar la *lex originis*, circunstancia que *contravendría lo establecido en el art. 1.4 de la Directiva* y que, además, no sería compatible con el principio de *favor negotii* imperante en la materia.

b) En materia de contratos celebrados por los consumidores en Internet –*business to consumer*–, la «cláusula de mercado interior» no afecta a lo que puedan establecer los Estados sobre obligaciones contractuales relativas a estos contratos, noción que, de acuerdo con el considerando 56, «incluye la información sobre elementos esenciales del contenido del contrato, incluidos los derechos del consumidor, que tengan una influencia determinante sobre la decisión de celebrarlo». Es decir, la «cláusula» no puede obligar a nuestros tribunales a que, tal y como establece el art. 5 CR, con independencia de la elección de ley, dejen de aplicar las disposiciones imperativas del Estado de residencia del consumidor destinatario de los servicios.

Ahora bien, en defecto de *electio legis*, se aplica la ley de la residencia del consumidor, se refiera ésta o no a aspectos recogidos en el Anexo. La obligación para el juez español de aplicar su ley, en atención al art. 2.1 LSSI, iría en contra del art. 1.4 y del considerando 55 que establece que «la presente directiva no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores». Lo mismo ocurriría con la ley aplicable a la validez formal del contrato puesto que el art. 9.5 CR designa la aplicación exclusiva de la ley del Estado de residencia habitual del consumidor.

c) En materia extracontractual, los efectos prácticos de aplicar esta teoría son todavía mayores. Dejando a parte las materias incluidas en el Anexo de la Directiva y el

⁵¹ Un supuesto sería aquel en el que el PSI crea la apariencia de que está establecido en otro Estado miembro a partir de la configuración del website. Vid. P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet* (3ª Ed), Madrid, Civitas, 2002, p. 512.

art. 3.1 LSSI –infracciones de derechos de propiedad intelectual e industrial, protección de datos personales–, de acuerdo con los conflictualistas, el art. 2.1 LSSI obligaría al juez español a sustituir, en muchas ocasiones, la norma de conflicto aplicable por la ley española.

Efectivamente, así ocurrirá, por ejemplo, cuando se aplicase el art. 10.9 I CC o la regla general del art. 3 de la Propuesta de Reglamento Roma II: el juez español debería aplicar la ley española, en vez de la *lex loci delicti commissi* –entendida como la ley del país donde se produce el daño, cualquiera que sea el país donde el hecho generador se produce–, si el PSI estuviera establecido en nuestro país.

Del mismo modo, a la hora de regular la responsabilidad extracontractual derivada de una publicidad engañosa o desleal, el juez español estaría obligado a sustituir la ley del país en cuyo territorio los intereses colectivos de los consumidores han resultado afectados –art. 4 LCD y art. 5 Reglamento Roma II– por la ley española si el PSI estuviera domiciliado en España.

En ambos casos, aceptar estos cambios en la norma de conflicto aplicable atentaría contra el mandato impuesto a los Estados miembros por el art. 1.4 de la Directiva 2000/31 y, además, podría llevar a la aplicación de la ley española a supuestos que presentan una escasa vinculación con nuestro ordenamiento.

En fin, aparte de la inconciliabilidad con el dictado de la Directiva, esta teoría resulta insostenible porque conlleva un tratamiento diferenciado de los SSI *intra-comunitarios* que resulta injustificable.

a) En primer lugar, un litigio derivado de un servicio *intra-comunitario* prestado por *medios tradicionales* va a recibir una respuesta jurídica diferente que si el servicio hubiere sido prestado por *medios electrónicos*. Para conocer de una difamación por artículo de prensa en un periódico español que se distribuye en Francia y que atenta contra la dignidad de un residente en Francia, el juez español aplicaría la ley francesa, mientras que, si el artículo se contiene en la página web de un proveedor establecido en España, se regularía por el Derecho francés. El tratamiento diferenciado en atención al medio utilizado resulta completamente injustificado y atenta contra el «principio de neutralidad tecnológica» imperante en la regulación del comercio electrónico⁵².

Se podría argumentar que esta crítica es refutable puesto que el principio de control en origen, en materia de prestación de servicios transfronterizos, viene impuesto, con carácter general, por el art. 49 TCE y, de llegar a adoptarse, por la Directiva relativa a los servicios en general. En cualquier caso, el régimen jurídico de la «cláusula de mercado interior» es diferente en la Directiva de comercio electrónico por lo que, aun aceptando estas afirmaciones, el tratamiento diferenciado seguiría existiendo.

b) En segundo lugar, se observa un tratamiento diferente entre los SSI con carácter *extracomunitario*, a los que resultarían aplicables las normas de conflicto establecidas en el CR, Propuesta de Reglamento Roma II o sistemas de Dipr autónomos, y los SSI con carácter *intra-comunitario*, a los que resultaría aplicable la *lex originis*. Si bien

⁵² Vid. R. ILLASCAS ORTIZ, *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 50.

es cierto que en la segunda categoría de situaciones están en juego objetivos diferentes a los que existen en la primera —establecimiento del mercado interior—, entiendo que no resulta justificado un cambio en la ley aplicable para garantizar una regulación ajustada a este objetivo en los SSI *intracomunitarios*. Para ello está el mandato de reconocimiento mutuo.

Teoría sustantivista

Para la teoría sustantivista, el principio de control en origen obliga al juez del Estado donde está establecido el PSI a aplicar su propio ordenamiento para verificar el cumplimiento de los requisitos legales que forman parte del «ámbito coordinado». Ahora bien, entre esas disposiciones legales del ordenamiento del Estado de origen se encuentran también las normas de *Dipr*. Es decir, para otorgar una respuesta jurídica al litigio el juez español deberá aplicar las normas internacionalmente imperativas del foro, el Derecho designado por las normas de conflicto del ordenamiento español y, en su caso, podrá dar efectos a normas de intervención de terceros Estados.

En este sentido, el art. 2.1 LSSI constituye una *norma de extensión* que declara la aplicación internacionalmente imperativa de las disposiciones de la Ley «a los PSI establecidos en España y a los servicios prestados por ellos» y «a los servicios que PSI establecidos en otros Estados miembros ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España». Muchas de estas disposiciones están destinadas a proteger al contratante débil u otros intereses generales. Por lo tanto, deben resultar aplicables con independencia de la voluntad de las partes y de la *lex causae*: obligaciones y régimen de responsabilidad de los PSI —arts. 9 a 17—; comunicaciones comerciales por vía electrónica —arts. 19 a 22—; contratación electrónica —arts. 23 a 29—.

Ahora bien, el carácter internacionalmente imperativo no puede generalizarse a toda la LSSI. Por un lado, no tiene sentido atribuir este carácter, por ejemplo, al art. 18, destinado a promover la elaboración y aplicación de códigos de conducta, o al art. 32, solución extrajudicial de litigios. Por otro lado, algunas de sus disposiciones declaran, ellas mismas, su carácter dispositivo: así ocurre, por ejemplo, en el art. 27.2 a), para la obligación de información previa al inicio del proceso de contratación, o en el art. 28.3 a), para el deber de confirmar la recepción de la aceptación, en los contratos celebrados entre profesionales. Estas últimas disposiciones únicamente actúan como *ius cogens* cuando el destinatario de los SSI es un consumidor.

Para regular el resto de materias incluidas en el «ámbito normativo coordinado» de la LSSI —Letra (i) del Anexo: todas las materias excepto las expresamente excluidas—, el juez español deberá aplicar el Derecho interno designado por las normas de conflicto de nuestro ordenamiento.

El art. 26 de la LSSI, por lo tanto, se limita a recordar algo que ya es conocido: a) que la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos hay que llevarla a cabo en atención a las normas de *Dipr* del foro; b) que, de acuerdo con el art. 2, ciertas normas de la LSSI se unen a aquellas otras normas internacionalmente imperativas del ordenamiento español que resultan aplicables con independencia de la *lex causae*.

La presente teoría es respetuosa con el art. 1.4 de la Directiva —puesto que no establece normas adicionales de *Dipr*— y con la necesidad de interpretar restrictivamente las materias excluidas del «ámbito coordinado» en el art. 1.5 para facilitar la libre circulación de SSI. Asimismo, se respeta el principio de «neutralidad tecnológica»: el Derecho aplicable a las relaciones jurídicas del mundo digital es el mismo que el aplicable a las relaciones en el mundo real. En fin, los SSI *intracomunitarios* y los *extracomunitarios* son regulados en atención a las mismas normas de conflicto por lo que se garantiza una igualdad de tratamiento.

Se puede sostener que esta teoría vacía de contenido el principio de control en origen. No es cierto: este mandato resulta imprescindible para garantizar el cumplimiento del reconocimiento mutuo. Éste es el objetivo principal, enunciado en el art. 49 TCE, que la «cláusula de mercado interior» está destinada a salvaguardar. Para llevarlo a cabo, es preciso que las autoridades del Estado de origen controlen la legalidad del prestador y del servicio. Para ello, aplicarán su propio Derecho o, si su sistema de *Dipr* lo considera necesario, un Derecho extranjero. Esto último sólo será necesario si el servicio se ofrecerá a destinatarios domiciliados en terceros Estados.

También puede decirse que la teoría no favorece a los PSI puesto que no todas sus relaciones jurídicas van a ser reguladas por la *lex originis*. Se considera que esta circunstancia incrementa sus costes de información y reduce su seguridad jurídica. Ahora bien, los suyos no son los únicos intereses que el legislador comunitario debe tomar en consideración a la hora de regular los SSI *intracomunitarios*. En mi opinión, los intereses de los PSI están suficientemente protegidos mediante el mandato *reconocimiento mutuo*. Si el legislador comunitario realmente quisiera aplicar la *lex originis* a los SSI *intracomunitarios*, por los beneficios que esta solución conlleva, debería establecerlo expresamente a partir de una norma de conflicto especial, y no a partir de la «puerta de atrás» del principio de control en origen.

Del mismo modo, tampoco puede afirmarse que la teoría conflictualista genera seguridad jurídica y la sustantivista no: el juez del Estado de origen va a aplicar a esas relaciones las mismas normas de conflicto que se aplican a cualquier otro tipo de situaciones privadas internacionales. Si esto conllevara un detrimento en la previsibilidad de soluciones habría que cambiar las normas de conflicto mediante un instrumento específico de *Dipr*, no a partir de la «cláusula de mercado interior».

Por último debe mencionarse una cuestión que puede suscitar dudas acerca de la consistencia de la teoría sustantivista: ¿si la «cláusula de mercado interior» no afecta a las normas de conflicto, por qué era necesario incluir la libertad de las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato en el Anexo de la Directiva? Resulta posible dar dos explicaciones al respecto.

a) La inclusión de esta cuestión en el Anexo fue una solución de compromiso para sacar la Directiva 2000/31 adelante y relegar la discusión de la interpretación de la «cláusula» a instancias posteriores⁵³.

⁵³ Así lo afirman E. CRABIT, «La Directive...», 2000, p. 803 y M. FALLON-J. MEEUSEN, «Le commerce électronique...», 2002, p. 483, aunque mantienen una interpretación contraria a la que aquí se sostiene.

b) Su inclusión está destinada a permitir a los Estados de destino imponer restricciones a la libertad de las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato. Debe recordarse que el art. 8.2 del CR permite a las partes invocar la ley de su residencia habitual para establecer que, de acuerdo con las circunstancias del caso, de su comportamiento no es razonable determinar su consentimiento al acuerdo. Si el Anexo no hubiera incluido esa mención el Estado de destino estaría obligado a reconocer la elección de ley en el SSI, impidiendo al contratante domiciliado en su territorio hacer uso de la facultad que le ofrece la disposición convencional.

PUESTA EN PRÁCTICA DE LA «CLÁUSULA» POR EL JUEZ ESPAÑOL CUANDO ESPAÑA ES EL ESTADO DE DESTINO: PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Teorías conflictualistas

Dentro de las teorías conflictualistas, existen varias interpretaciones del segundo mandato de la «cláusula de mercado interior» al que está obligado el juez español cuando España es el Estado de destino del SSI. Me refiero al principio de reconocimiento mutuo o principio de libre prestación de servicios establecido en el art. 3.2 de la Directiva.

Para unos⁵⁴, esta disposición obliga al juez a aplicar la ley del Estado de origen a todos los aspectos del SSI salvo a aquellas cuestiones incluidas en el Anexo de la Directiva y aquellos aspectos regulados por una norma que se justifica en una de las «razones de interés general» del art. 3.4 Directiva 2000/31.

Para E. CRABIT, aunque la opción elegida dependería del sistema de Dpr del Estado de destino, el resultado siempre debería ser que el juez del Estado de destino debería aplicar la *lex originis* cuando la aplicación del Derecho señalado por las normas de conflicto del foro conllevaran una restricción a la libre prestación de servicios que no está justificada en el art. 3.4⁵⁵.

Para M. FALLÓN y J. MEEUSEN, el juez del Estado de destino aplicaría el Derecho designado por sus normas de conflicto, pero el art. 3.2 le obligaría a dar efectos a las normas del Estado de origen en calidad de normas internacionalmente imperativas. En este sentido la «cláusula» tendría una naturaleza de *norma de extensión* pues determinaría los supuestos en los que la ley del Estado de establecimiento del PSI tendría una aplicación internacionalmente imperativa, interpretación que también es defendida por A. CRUQUENAIRE⁵⁶.

Al menos las dos primeras interpretaciones del mandato de reconocimiento mutuo incurren en el defecto que se ha visto anteriormente: introducen normas adicionales de Dpr en contravención del art. 1.4 de la Directiva. Esto es insostenible: una norma de

⁵⁴ Vid. R. JULIA BARCELÓ y OTROS, «La Proposition ...», 2000, p. 29; A. PALACIO VALLELEIRUNDI, «Le commerce...», 2001, pp. 5-26, esp. 8.

⁵⁵ Vid. E. CRABIT, «La Directive...», 2000, pp. 800 - 801.

⁵⁶ Vid. A. CRUQUENAIRE, «La clause de marché intérieur; clé de voûte de la Directive sur le commerce électronique», en AAVV, *Le commerce électronique européen sur les rails*, Bruselas, Bruylant, 2001, p. 49.

conflicto no puede generar un obstáculo a la libre prestación de servicios –salvo que sea discriminatoria– pues se limita a señalar, de manera abstracta, el Derecho aplicable⁵⁷. Las que pueden generar el obstáculo son las disposiciones materiales designadas por esa norma o las normas internacionalmente imperativas. El principio de reconocimiento mutuo no puede sustituir a las normas de conflicto puesto que actúa *en un momento posterior a éstas*⁵⁸. Además, para eliminar la restricción al tráfico intracomunitario no es preciso dejar de aplicar *todo el Derecho nacional* señalado por la solución conflictual sino *tan sólo la disposición material específica* que lo provoca⁵⁹.

Por otro lado, la teoría de M. FALLÓN y J. MEEUSEN tampoco resulta plausible puesto que, para cumplir con el mandato de reconocimiento mutuo no es necesario aplicar imperativamente las disposiciones de la ley de origen. Bastaría con dejar de aplicar las normas materiales del Derecho designado por la norma de conflicto o las normas internacionalmente imperativas que obstaculizan la libre prestación del SSI. De hecho, como ha declarado el TJCE, las normas del Estado de origen también pueden provocar, en algunos casos, restricciones a la libre circulación de servicios⁶⁰.

Teoría sustantivista

Para la teoría sustantivista, el principio de reconocimiento mutuo obliga al juez de destino a reconocer el servicio tal y como ha sido prestado de acuerdo con la legislación del Estado de origen. Para ello, el juez debe dejar de aplicar las disposiciones materiales del Derecho designado por la norma de conflicto o las normas internacionalmente imperativas que originen un obstáculo a la libre prestación del SSI⁶¹. Existen, no obstante, dos tipos de excepciones: a) que la medida restrictiva se refiera a una materia excluida del «ámbito coordinado»; b) que la medida resulte justificada en alguna de las «razones de interés general» del art. 3.4 de la Directiva y cumpla con las condiciones que establece esa disposición.

Esta postura encuentra su fundamento en el Considerando 23: «Las disposiciones de la legislación aplicable determinada por la normas de Dpr no podrán restringir la libre prestación de servicios de la sociedad de la información tal como se enuncia en la presente directiva» y, además, es respetuosa con el art. 1.4 de la Directiva: *el principio actúa en el sector del reconocimiento y no en el del Derecho aplicable* por lo que no establece normas de conflicto adicionales⁶².

⁵⁷ Vid. *Comunicación de la Comisión sobre la libre prestación de servicios y el interés general en la Segunda Directiva bancaria* (Doc SEC(1997) 1193 final).

⁵⁸ Vid. M. WILDERSPIN y X. LEWIS, «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, vol 91, 2002, pp. 1-37 y 289-313, esp. 23.

⁵⁹ STJCE de 18 mayo 1993, C-126/1991, *Yves Rocher*, Rec. 1993, p. I-2361 y ss.

⁶⁰ STJCE 10 mayo 1995, C-384/93, *Alpine Investments*, Rec. 1995, p. I-1141 y ss.

⁶¹ Vid. M. H. DUJTER TEBBENS, «Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire», en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, vol 83, 1994, pp. 451-481, esp. 476-479; S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado...*, 2002, p. 137-138; A. LÓPEZ-TARRUELLA, «A European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce», *CMLR*, vol 38, 2001, pp. 1337-1384, esp. 1351.

⁶² Vid. DESANTES REAL, «La Directiva sobre el Comercio Electrónico...», 2000, pp. 335-336.

A la hora de otorgar una respuesta de fondo al litigio, el principio de reconocimiento mutuo a la respuesta de fondo actúa como una *norma especial internacionalmente imperativa de Derecho comunitario* que, en el ordenamiento español, ha sido incorporada en el art. 7.1 LSSI.

Esta norma tiene el carácter de *especial* porque resulta aplicable, exclusivamente a situaciones privadas internacionales –consistentes en la prestación de un SSI desde un Estado miembro hacia otro– y porque establece una respuesta de fondo: el reconocimiento del servicio tal y como ha sido prestado de acuerdo con la legislación de origen⁶³. Es *internacionalmente imperativa* porque resulta aplicable con independencia de la voluntad de las partes y del Derecho aplicable a la situación. Y, por último, es de *producción comunitaria*, por lo que, aunque pasa a formar parte de los ordenamientos internos de los Estados miembros, prevalece sobre las normas materiales de producción nacional.

De acuerdo con esta norma, cuando España sea el Estado de destino del SSI, nuestros jueces deben actuar de la siguiente manera:

a) En primer lugar, determinará la(s) norma(s) internacionalmente imperativa(s) o norma(s) material(es) del Derecho nacional designado por la norma de conflicto que resulten aplicables para resolver el litigio.

b) En segundo lugar, el mandato de reconocimiento mutuo obliga al juez a dejar de aplicar la(s) norma(s) material(es) si constituye(n) un obstáculo a la libre prestación del SSI, salvo que: a) se puedan justificar en alguna «razón de interés general» –art. 8 LSSI (art. 3.4 Directiva 2000/31)– o (b) se refieran a alguna de las materias enumeradas en el art. 3 LSSI (Anexo de la Directiva).

Las normas materiales generadoras de obstáculos tendrán, mayoritariamente, un carácter imperativo puesto que las dispositivas pueden ser desplazadas por el PSI en las condiciones de uso del servicio o en el clausulado tipo de sus contrato⁶⁴.

Se entiende por obstáculo a la libre prestación de servicios toda medida que prohíba, obstaculice o haga menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro⁶⁵. Para determinar este extremo, en la mayoría de supuestos⁶⁶, el juez deberá compararla con la regulación que otorga la *lex originis*: existirá un obstáculo si la medida establece requisitos legales divergentes o complementarios a los establecidos por la ley de origen o, sencillamente, si el PSI se ve obligado a modificar el contenido de sus contratos o la manera en que prestan sus servicios. Esta comparación

⁶³ Acerca de la noción de normas especiales de Dopr, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol I (5ª ed.), Granada, Comares, 2004, p. 136.

⁶⁴ *Vid.* M. FALLON, «Les conflits de loi et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne», en *Rec des Cours*, 1995, pp. 9-282, esp. 214; A. NUYTS, «L'application des lois de police dans l'espace», *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, 1999, pp. 31-74 y 245-265, esp. 248; P. DE MIGUEL ASENSIO, «Integración europea y Derecho internacional privado», en *RDCE*, núm 2, vol 1, jul-dic. 1997, pp. 413-445, esp. 442.

⁶⁵ SSTJCE de 25 de julio de 1991, C-76/90, *Saeger*, Rec. 1991, p. I-4221 y de 9 de agosto de 1994, C-43/93, *Vander Elst*, Rec. 1994, p. I-3803.

⁶⁶ De tenerse en cuenta que, como se dice en la nota al pie 60, en algunos casos, la *lex originis* puede ser la generadora del obstáculo.

no supone una aplicación de la *lex originis* puesto que estamos actuando en el sector del reconocimiento. El Derecho del Estado de origen tan sólo se *toma en consideración* como un simple dato a la hora de decidir si deja de aplicar la norma material aplicable⁶⁷. No es necesario, por lo tanto, llevar a cabo la prueba del contenido del Derecho extranjero⁶⁸.

PUESTA EN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 7.1 DE LA LEY 34/2002 EN LITIGIOS DERIVADOS DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN INTRACOMUNITARIOS

El cumplimiento por lo jueces españoles del mandato control en origen impuesto por la «cláusula de mercado interior» no resulta complicado: cuando España sea el Estado de origen del servicio, deberán controlar su legalidad a partir del Derecho designado por las normas de conflicto del foro y de las normas internacionalmente imperativas del ordenamiento español que puedan resultar aplicables al supuesto, incluyendo las de la LSSI.

No obstante, cuando España es el Estado de destino del SSI, nuestros tribunales pueden verse obligados a modificar la respuesta jurídica que normalmente sería otorgada a la situación privada internacional para cumplir con el mandato de reconocimiento mutuo. Esto puede resultar complicado debido a que ninguno de los instrumentos de Dopr en vigor –Convenio de Roma y normas de conflicto nacionales en materia extracontractual– regulan esta cuestión. La Propuesta de Reglamento Roma II sí establece una disposición al respecto, el art. 23.2, si bien se limita a remitir su solución al instrumento de Derecho comunitario que establece la «cláusula».

PUESTA EN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 7.1 DE LA LEY 34/2002 EN EL MARCO DEL CONVENIO DE ROMA

El Convenio de Roma no establece una disposición específica que establezca la obligación del juez competente de tener en cuenta la «cláusula de mercado interior». Ahora bien, tal y como se ha dicho, el art. 7.1 LSSI puede considerarse como una *norma especial internacionalmente imperativa de Derecho comunitario* que el juez español, en su calidad de juez del Estado de destino, debe aplicar, a partir del art. 7 CR⁶⁹, tanto a los contratos celebrados entre profesionales en Internet, cuanto a los contratos celebrados por los consumidores por medios electrónicos.

a) En un litigio derivado de un contrato entre profesionales, el juez español aplicará la ley elegida por las partes o, en defecto de elección, la ley más estrechamente

⁶⁷ *Vid.* M. GARDEÑES SANTIAGO, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 210.

⁶⁸ *Vid.* DESANTES REAL: «La Directiva sobre el Comercio Electrónico...», 2000, p. 335.

⁶⁹ En contra M. GUZMÁN ZAPATER, «El principio de reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario?», en *RDCE*, núm. 3, 1998, pp. 137-170, esp. 164, para quién el art. 7 CR no es vehículo de penetración en el contrato de las «cláusulas» de interés general» de las Directivas en las que se recoge el principio de reconocimiento mutuo. Debe recurrirse al art. 20 CR.

vinculada. Es de suponer que las normas materiales del Derecho nacional designado por ambas soluciones conflictuales no establecerán obstáculos a la libre prestación de servicios puesto que el PSI habrá impuesto en sus condiciones generales la ley más adaptada a sus intereses y el Derecho señalado por la presunción del art. 4.2 llevará a la aplicación de la *lex originis*.

Ahora bien, el juez debe aplicar las normas internacionalmente imperativas del foro –art. 7.2 CR– y puede dar efectos a las establecidas por terceros Estados –art. 7.1–. Cuando la norma aplicable al supuesto provoca un obstáculo injustificado a la libre prestación del servicio, el art. 7.1 LSSI obliga al juez a dejar de aplicarla.

Si se trata de una norma internacionalmente imperativa de un tercer Estado, el juez competente debe tener en cuenta la posible restricción de la libre prestación de servicios como una de las condiciones de aplicabilidad del art. 7.1 CR⁷⁰ para dejar de dar efectos a la norma⁷¹.

Si la norma pertenece al Derecho español –tenga un carácter dispositivo, imperativo o internacionalmente imperativo–, el art. 7.1 LSSI resulta aplicable *ex art.* 7.2 CR, y prevalece sobre cualquier otra norma de ese ordenamiento por su mayor rango jerárquico⁷².

Así, por ejemplo, SSI prestado desde Francia a España. Supongamos que la ley española, o algún Derecho foral, incluye una norma internacionalmente imperativa que establece que es nulo todo contrato que no esté redactado, al menos en uno de los idiomas de nuestro Estado. Ante un litigio presentado ante nuestros tribunales, si la toma en consideración de la ley de origen demuestra que no establece un requisito similar y que la norma no está justificada en razones de interés general –art. 8 LSSI–, el juez, *ex art.* 7.2 CR, deberá atender al mandato del art. 7.1 LSSI y dejar de aplicar la norma para impedir el obstáculo a la libre prestación del servicio. El contrato, por lo tanto, será considerado válido.

b) En materia de contratos de consumidores, el art. 7.1 LSSI tiene menos posibilidades de ser aplicado. Estado de destino del SSI y Estado de residencia del consumidor coincidirán, por lo que, cuando el servicio vaya destinado a nuestro país, el art. 5 CR llevará al juez español a aplicar la *lex fori* o, al menos, a asegurará al consumidor el nivel de protección ofrecido por nuestra legislación consumerista. En principio, el mandato de reconocimiento mutuo no impide la aplicación de todas las normas de la ley española que estén cubiertas por el Anexo cuya interpretación, como se ha visto, es muy extensa. Por ello, el art. 3 LSSI permite al juez español aplicar, a estas cuestiones, nuestra ley aunque obstaculice la libre prestación del servicio. Además, aquellas normas que no se consideren cubiertas siempre podrían justificarse en el motivo

⁷⁰ De acuerdo con esa disposición, «podrá darse efectos a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación».

⁷¹ En este sentido, *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Dipr...*, 2001, p. 573.

⁷² Así opinan J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Dipr...*, 2001, p. 570, quienes hablan de la necesidad del juez nacional de utilizar una *doble lex fori*, y P. DE MIGUEL ASENSIO, «Integración...», 1997, p. 444.

«protección de los consumidores» del art. 8 LSSI. En fin, el resto de normas de esa ley también resultarán aplicables pues, en vista de la materia a la que van referida, no es imaginable que establezcan requisitos tan estrictos que restrinjan la libre prestación de SSI. Más bien se tratarán de disposiciones legales que poseen un carácter dispositivo. Tal sólo es posible imaginar la intervención del art. 7.1 LSSI en materia de forma.

SSI prestado desde Noruega hacia consumidores residentes en España. Nuestra ley establece que, para que los contratos electrónicos celebrados por los consumidores se consideren perfeccionados estos último deberán contestar al acuse de recibo del mensaje enviado por el PSI. Ante un litigio presentado en España, el juez, si se prueba que la *lex originis* –ley noruega– no establece la misma condición y que las normas de nuestra ley no está justificada en las «razones de interés general», deberá modular la aplicación de la disposición *ex art.* 7.1 CR: aunque el consumidor no haya contestado al acuse de recibo, si se cumple con las condiciones establecidas por la ley noruega, el contrato deberá ser considerado perfeccionado y, por lo tanto, desplegará efectos.

Resultaría beneficioso para la seguridad jurídica de las relaciones *intracomunitarias* en general que el legislador comunitario incorporara, en una futura Propuesta de Reglamento Roma I, una disposición específica que estableciese la obligación de los tribunales nacionales de tomar en consideración las «cláusulas de mercado interior» establecidas en los instrumentos comunitarios.

En este sentido, debe aplaudirse la propuesta por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado en el punto VII de la *Tercera versión consolidada de Propuestas de modificación de los arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7, y 9 del Convenio de Roma y del art. 15 del Reglamento 44/2001* –incluidas en el Anexo I a la *Réponse au Livre vert*– de introducir un apartado 3 en el art. 7: «Il ne peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un Etat membre que dans la mesure où leur application ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation instituées par le traité».

Desafortunadamente, la Comisión Europea ni tan siquiera somete la cuestión a debate en el *Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma en Reglamento*⁷³.

PUESTA EN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 7.1 DE LA LEY 34/2002 EN EL MARCO DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO ROMA II

La Propuesta de Reglamento Roma II, en cambio, sí contiene una disposición que obliga a los tribunales nacionales a tener en cuenta la «cláusula de mercado interior» cuando deba otorgar una respuesta jurídica a un litigio sobre responsabilidad extracontractual derivado de un SSI intracomunitario. Se trata del art. 23, titulado *relaciones con otras disposiciones de Derecho comunitario*, que, en su apartado segundo, establece: «El presente Reglamento no afecta a los instrumentos comunitarios que, en materias concretas, y en el ámbito coordinado por dichos instrumentos, someten el suministro de servicios o bienes al cumplimiento de las disposiciones nacionales apli-

⁷³ *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*. Doc. COM(2002) 654 final de 14 enero 2003.

cables en el territorio del Estado miembro donde tenga su sede el prestatario de servicios y que, en el ámbito coordinado, sólo permitan limitar la libre circulación de servicios o bienes procedentes de otro Estado miembro, cuando proceda, bajo determinadas condiciones».

La disposición está pensada, especialmente, para la Directiva 2000/31 puesto que, por el momento, con la excepción de la Directiva 89/522 «Televisión sin fronteras», es el único instrumento con un «ámbito coordinado»⁷⁴. Pero, como puede observarse, la disposición se limita a establecer algo que ya es conocido: a) que hay instrumentos comunitarios en los que existen «cláusulas de mercado interior»; b) que el Reglamento no impide que dichas «cláusulas» desplieguen efectos en la regulación de las obligaciones extracontractuales. No indica, en cambio, cuáles son esos efectos.

En mi opinión, cuando España sea el Estado de destino, nuestros tribunales deben aplicar el principio de reconocimiento mutuo del art. 7.1 LSSI como lo que es: una *norma especial internacionalmente imperativa de producción comunitaria* que obliga a dejar de aplicar o modular las normas materiales aplicables cuando originen un obstáculo a la libre prestación del SSI. Para ello, puede utilizar la vía del Art. 12 del Reglamento, que copia literalmente el art. 7 del CR, o, lo que me parece más correcto, la del art. 23.2 que está pensado, específicamente, para esta cuestión⁷⁵.

El análisis de varios supuestos permite afirmar que, en materia de obligaciones extracontractuales, las ocasiones en que el juez español se puede ver obligado a aplicar el art. 7.1 LSSI son mucho mayores que en materia contractual, pero también que existen muchas más posibilidades de invocar las «razones de interés general» del art. 8 LSSI para seguir aplicando las normas materiales designadas por la norma de conflicto.

a) Ante una reclamación por difamación cometida en un web site contra una persona domiciliada en España, el juez español deberá aplicar la ley del lugar de producción del daño que, en estos supuestos se presume que es la de la residencia habitual de la víctima: ley española⁷⁶. En principio, el art. 7.1 LSSI obligaría al juez a dejar de aplicar las normas materiales de nuestra ley que obstaculizara la prestación del SSI. Ahora bien, es muy probable que dichas normas estén justificadas en «motivos de raza, sexo o nacionalidad, así como [...] violaciones de la dignidad humana de personas individuales», por lo que el juez podrá seguir aplicándolas.

b) Para conocer de un litigio relativo a la responsabilidad por actos de publicidad desleal, engañosa o comparativa derivados de web sites dirigidas al mercado español, nuestros tribunales deben aplicar la legislación española en su calidad de ley del mercado afectado o ley del mercado donde los intereses de los consumidores resultan afecta-

⁷⁴ Con la excepción de la Propuesta de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, en el resto de Directivas se utiliza el término «ámbito de aplicación» en vez de «ámbito coordinado».

⁷⁵ Una interpretación de esta disposición en consonancia con la teoría sustantivista que aquí se sostiene puede encontrarse en G. PALAO MORENO, «Capítulo XIV: Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del Anteproyecto de Propuesta de Reglamento Roma II)», en AAVV, *Derecho patrimonial europeo*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 271-299, esp. 284.

⁷⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dirs), *Derecho internacional privado*, vol II, (5ª Ed), Granada, Comares, 2004, p. 719.

dos (art. 4 LCD y art. 5.1 Propuesta de Reglamento Roma II)⁷⁷. Para cumplir con el mandato del art. 7.1 LSSI, el juez competente debe dejar de aplicar todas aquellas normas que imputan al PSI una responsabilidad por llevar a cabo actos de publicidad que sí están autorizados por la *lex originis*. De lo contrario, se estaría obstaculizando la libre prestación de SSI⁷⁸. No obstante, al igual que en el supuesto anterior, existen muchas posibilidades de que la medida pueda estar justificada en «la protección de los consumidores» y, por lo tanto, pueda ser aplicada⁷⁹.

Mayores problemas pueden existir para exceptuar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en otros Estados miembros que, como Alemania, establecen medidas legales destinadas a sancionar la venta de libros a un precio más bajo que el fijado legalmente o las promociones de venta del tipo «tres por el precio de dos». Estas medidas no resultan justificables en ninguna de las razones del art. 3.4 de la Directiva, por lo que, cuando el Estado de destino fuera Alemania, sus tribunales deberían dejar de aplicarlas. Por el momento, al menos las primeras, han sido consideradas compatibles con el Derecho comunitario por estar destinadas a proteger a los pequeños comerciantes de libros. No obstante, la controversia persiste. Por ello, la Comisión Europea está trabajando en dos propuestas destinadas a armonizar las normativas referidas a las promociones de ventas y a las prácticas comerciales desleales para eliminar los obstáculos que actualmente existen.

APLICACIÓN EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 7.1 DE LA LEY 34/2002 A LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN INTRACOMUNITARIOS

Establecido el alcance y aplicación práctica de la «cláusula de mercado interior» en la regulación de los SSI, por último, se deben aportar dos datos que permiten afirmar que los supuestos en los que el juez español va a tener que aplicar el art. 7.1 LSSI van a ser escasos.

Por un lado, el principio de reconocimiento mutuo no resulta aplicable: a) en materias excluidas del «ámbito coordinado»⁸⁰; b) en las materias del Anexo para las que la aplicación de la «cláusula» está exceptuada por el art. 3.3 de la Directiva (reguladas en el art. 3 LSSI)⁸¹; c) en aquellos supuestos en los que la medida cumpla con las condiciones y pueda justificarse en una de las «razones de interés general» establecidas en el art. 3.4 Directiva 2000/31 (art. 8 LSSI)⁸².

⁷⁷ Sobre las dificultades existentes para determinar la ley aplicable como consecuencia del carácter global de Internet, vid. R. ESPINOSA CALABUIG, *La publicidad transfronteriza*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 151-159.

⁷⁸ En este sentido, aunque referido a publicidad transfronteriza por medios tradicionales, STJCE de 7 de marzo 1990, C-362/88, *GB-Inno-BM*, Rec. 1990, p. I-667 y ss.

⁷⁹ En la STJCE de 18 de mayo 1993, C-126/91, *Yves Rocher*, Rec. 1993, p. I-2361 y ss, la sanción a ciertas modalidades de publicidad comparativa se intentó justificar en esta razón de interés general, pero el TJCE no lo aceptó por resultar desproporcionada con la finalidad perseguida.

⁸⁰ Vid. *infra*, punto 8 a.

⁸¹ Vid. *infra*, punto 8 b.

⁸² Vid. *infra*, punto 8 c.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que muchas de las materias en las que el principio puede resultar aplicable están reguladas por directivas o reglamentos comunitarios. La regulación armonizada que establecen estos instrumentos eliminan los obstáculos a las libertades de circulaciones por lo que las situaciones en las que el art. 7.1 LSSI puede resultar aplicable desaparecen.

a) Esta armonización es especialmente importante en materia de contratos electrónicos. Dejando aparte las Directivas de protección del consumidor⁸³ —excluidas del «ámbito coordinado» por establecer una regulación de mínimos—, deben tenerse en cuenta, por ejemplo, la Directiva 99/93 que armoniza los efectos jurídicos de la firma electrónica —art. 5— y la propia Directiva 2000/31 establece también normas sobre comunicaciones comerciales —arts. 6 a 8— o contratos por vía electrónica —arts. 9 a 11—. Además, los trabajos sobre el Código Europeo de Contratos⁸⁴ demuestran que el proceso de armonización del Derecho Contractual es imparable.

b) En materia extracontractual, también existe una regulación armonizada que resta virtualidad a la «cláusula». La Directiva 2000/31 armoniza ciertos aspectos del régimen de responsabilidad de los PSI —arts. 12 a 15—, la Directiva 85/374⁸⁵ establece una responsabilidad objetiva derivada de los daños producidos por productos defectuosos y la Directiva 95/46 establece un régimen jurídico armonizado sobre el tratamiento que deben recibir los datos personales.

En materia de publicidad, también existen varias directivas⁸⁶. Sin embargo, establecen una regulación de mínimos que no impide a los Estados miembros imponer medidas más restrictivas. Con se ha dicho anteriormente, esta circunstancia convierte a esta materia en un campo propicio para que la «cláusula de mercado interior» despliegue todos sus efectos: el juez español estará obligado a aplicar el art. 7.1 LSSI cuando el PSI no pueda promocionar sus productos o servicios bajo las mismas condiciones que lo

⁸³ Los Estados son libres de establecer medidas más restrictivas. Entre otras: Directiva 93/13/CE del Consejo sobre las «cláusulas» abusivas en los contratos celebrados por los consumidores (DOCE L 95, 21 de abril 1993, p. 29), Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, (DOCE L 144, de 4 junio 1997, p. 19), Directiva 99/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DOCE L 171/12 de 7 julio 1999), Directiva 65/2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

⁸⁴ Vid. *Comunicación de la Comisión sobre el Derecho Contractual Europeo* (DOCE C 255, de 13 octubre 2001, p. 1), el *Plan de Acción «Un Derecho contractual europeo más coherente»* (DOUE C 63, 15 de marzo 2003, p. 1) y la reciente *Comunicación sobre el «Derecho contractual europeo y la revisión del acervo: el camino a seguir»* (Doc COM(2004) 651 final de 11 octubre 2004).

⁸⁵ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE L 210 de 7 agosto 1985).

⁸⁶ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa (DOCE L 250/17 de 19 de septiembre 1984), modificada por Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa (DOCE L 290/18 de 23 de octubre 1997) y Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOCE L 80/27 de 18 de marzo 1998).

hace en su Estado de origen⁸⁷. Para impedir un abuso del recurso a las «razones de interés general», las instituciones europeas están trabajando en dos propuestas destinadas a unificar la materia: Propuesta sobre un Reglamento sobre promociones de ventas⁸⁸ y una propuesta de Directiva sobre prácticas comerciales desleales⁸⁹.

En definitiva, la «cláusula de mercado interior» no significa, tal y como desea la industria de Internet, un cambio en las normas de conflicto aplicables a los SSI por la ley de origen. De acuerdo con la teoría sustantivista que aquí se sostiene, el juez del Estado de origen deberá aplicar las normas del ordenamiento del foro, incluidas las de Dopr. para otorgar una respuesta de fondo al litigio. El juez del Estado de destino, cuando una norma material imperativa del Derecho aplicable o una norma internacionalmente imperativa obstaculice la libre prestación de esos servicios al establecer requisitos diferentes o más estrictos que los establecidos por la ley de origen, debe dejar de aplicarla. En cualquier caso, en vista de las excepciones establecidas a la «cláusula» y el imparable proceso de armonización del Derecho privado comunitario, estos supuestos van a ser escasos.

⁸⁷ Con carácter general, sobre esta cuestión, *vid.* M. H. DUNSTER TEBBENS, «Les conflits de lois...», 1994, pp. 476-479.

⁸⁸ Propuesta de Reglamento relativo a las promociones de ventas en el mercado interior (DOCE C 75/E de 26 marzo 2002).

⁸⁹ Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (Doc COM(2003) 356 final).

CUESTIONES ACTUALES DEL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Directores

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

SANTIAGO AREAL LUDEÑA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Editorial COLEX

2005