

José Antonio Fernández Amor  
(Director/Coordinador)

# DIGITALIZACIÓN, EMPRESA Y DERECHO



# **DIGITALIZACIÓN, EMPRESA Y DERECHO**

## CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

*Director de publicaciones*

# **DIGITALIZACIÓN, EMPRESA Y DERECHO**

**José Antonio Fernández Amor**

Director/Coordinador

**Autores**

**Sandra Camacho Clavijo**

**Josep Cañabate Pérez**

**José Antonio Fernández Amor**

**Zuley Fernández Caballero**

**Carolina Gala Durán**

**Miguel Gardeñes Santiago**

**Carles Górriz López**

**Jorge Miquel Rodríguez**

**Susana Navas Navarro**

**Miguel Ángel Sánchez Huete**

**Josep Suquet Capdevila**

El presente trabajo se encuadra en el proyecto “Reorientación de los instrumentos jurídicos para la transición empresarial hacia la economía del dato” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, con referencia PID2020-113506R-100 REFERENCIA DEL PROYECTO/AEI/10.13039/501100011033. IP: Dr. José Antonio Fernández Amor

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducire, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2024 Los autores y las autoras

© 2024 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: [editorial@atelierlibros.es](mailto:editorial@atelierlibros.es)

[www.atelierlibrosjuridicos.com](http://www.atelierlibrosjuridicos.com)

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-10174-99-3

Depósito legal: B 18801-2024

Impresión: Podiprint

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN. . . . .</b>	<b>9</b>
<i>José Antonio Fernández Amor</i>	

## **PRIMERA PARTE LA EMPRESA Y SU ORGANIZACIÓN**

### **I. Empresa y organización interna**

<b>ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DEL TELETRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. . . . .</b>	<b>15</b>
<i>Carolina Gala Durán</i>	

<b>LA CONSTITUCIÓN EN LÍNEA DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2019/1151 Y LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA NORMATIVA EUROPEA . . .</b>	<b>43</b>
<i>Jorge Miquel Rodríguez</i>	

### **II. Empresa y ubicación territorial**

<b>EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN ENTRE LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES . . . . .</b>	<b>63</b>
<i>Miguel Gardeñes Santiago</i>	

<b>LA PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DE LAS PLATAFORMAS DE INTERCAMBIO DE VÍDEOS (PIV): ASPECTOS DE INTERÉS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL. . . . .</b>	<b>99</b>
<i>Josep Suquet Capdevila</i>	

**SEGUNDA PARTE**  
**LA EMPRESA Y SUS RELACIONES CON TERCEROS**

I. Empresa y responsabilidad

<b>LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES A ESTADOS UNIDOS: EL “TRANSATLANTIC CLASH” DE DOS CULTURAS DE PRIVACIDAD . . . . .</b>	<b>123</b>
--	------------

*Josep Cañabate Pérez*

<b>LA EMPRESA DE SALUD DIGITAL Y LA IMPLEMENTACIÓN DE SISTEMAS DE IA: CUESTIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO MARCO EUROPEO . . . . .</b>	<b>153</b>
---	------------

*Sandra Camacho Clavijo*

<b>LOS MODELOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE PROPÓSITO GENERAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL. APROXIMACIÓN CRÍTICA . . . . .</b>	<b>177</b>
--	------------

*Susana Navas Navarro*

II. Empresa y actividad

<b>REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES: ¿UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DEL ART. 102 TFUE? . . . . .</b>	<b>195</b>
---	------------

*Carles Górriz López*

<b>BENEFICIOS FISCALES POR LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE I+D+I PARA LAS PERSONAS FÍSICAS . . . . .</b>	<b>221</b>
---	------------

*Zuley Fernández Caballero*

III. Empresa y Administración tributaria

<b>PERFILES DE RIESGO FISCAL CREADOS POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL . . . .</b>	<b>251</b>
--	------------

*Miguel Ángel Sánchez Huete*

<b>REFLEXIONES SOBRE BIENES INTANGIBLES BASADOS EN CONJUNTOS ESTRUCTURADOS DE DATOS O CRIPTOACTIVOS Y LA APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS . . . . .</b>	<b>277</b>
---	------------

*José Antonio Fernández Amor*

## II. Empresa y ubicación territorial

# EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN ENTRE LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES

*Miguel Gardeñes Santiago*

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universitat Autònoma de Barcelona

### ABSTRACT:

The so-called “country of origin principle”, enshrined in article 3 of the E-commerce Directive, approved in 2000, has been a powerful tool for the integration of the information society services market in the EU. However, its multifaceted or multipurpose nature has led to some problems when interpreting it or applying it. The aim of this paper is to explain the reasons for such problems and to propose solutions for overcoming them. At the same time, this paper analyses if the country of origin principle has a role to play in two Regulations particularly important for the digital market of the EU: the General Data Protection Regulation and the Digital Services Act.

Keywords: mutual recognition. Country of Origin Principle. E-commerce Directive. General Data Protection Regulation (GDPA). Digital Services Act (DSA).

Palabras clave: reconocimiento mutuo. Principio del Estado de origen. Directiva de comercio electrónico. Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Reglamento de Servicios Digitales (RSD).

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO. 2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS. 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO: 3.1. Elementos en tensión de un modelo indeterminado: los artículos 3 y 1.4. 3.2. Su determinación judicial: la jurisprudencia *eDate*. 4. CONDICIONANTES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN LA DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO: 4.1. Los “servicios de la sociedad de la información”. 4.2. Necesidad de establecimiento en la UE del prestador del servicio. 4.3. Las exclusiones del ámbito de la Directiva de comercio electrónico. 4.4. La delimitación del “ámbito coordinado” por la Directiva. 4.5. Cuestiones excluidas de la aplicación del principio del Estado de origen. 4.6. La posible incidencia de otras normas limitadoras de los servicios de la sociedad de la información. 5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN: 5.1. El marco normativo del artículo 3 de la Directiva de comercio electrónico y la función del Estado miembro de destino de los servicios. 5.2. Las obligaciones de procedimiento y la muy discutible aportación de la jurisprudencia *Airbnb* de 2019. 6. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: AUTORIDAD DE CONTROL “PRINCIPAL” Y OTRAS AUTORIDADES. 7. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES. 8. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL TRABAJO.

Ya hace casi veinticinco años que se aprobó la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, y en particular del comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, DCE)<sup>1</sup>, que constituyó en aquel momento un texto legal de suma importancia para la adaptación del Derecho de la Unión Europea (en adelante, UE) al entorno digital. A pesar del tiempo transcurrido desde entonces, de la rápida evolución tecnológica y del importante desarrollo legislativo para tener en cuenta dicha evolución, la DCE sigue siendo una pieza maestra del sistema. Una de sus aportaciones más destacables, y que fue objeto de no pocas discusiones en el momento en que se gestó el texto, fue la introducción en su artículo 3, bajo el título de “mercado interior”, del principio del Estado de origen, en cuya virtud se atribuía la responsabilidad reguladora y supervisora de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información al Estado miembro

---

1. DOCE L 178, de 17-7-2000; incorporada en España mediante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI).

de la UE en el que estuvieran establecidos. Ya en aquel momento, se suscitaron dudas de cuál debiera ser el alcance del mencionado principio del país de origen. Tras más de dos décadas, existe ya un considerable acervo jurisprudencial al respecto, que ha resuelto algunas de las cuestiones que se planteaban, pero, en mi opinión, también ha dado lugar a interpretaciones problemáticas que debieran ser revisadas.

El objeto de este trabajo será, por una parte, analizar cómo ha evolucionado la interpretación del principio del Estado de origen previsto en la DCE en los últimos veinticinco años; por otra parte, y habida cuenta del tiempo transcurrido, analizaremos cómo y en qué medida el principio del Estado de origen se ha incorporado a otros textos de Derecho derivado de la UE reguladores del entorno digital. A este respecto, y por su singular trascendencia, he seleccionado dos: el Reglamento 2016/679, de 27 de abril de 2016, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RGPD)<sup>2</sup> y el Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, de servicios digitales (en adelante, RSD)<sup>3</sup>. Ambos se diferencian de la DCE en un importante aspecto: mientras que esta última era un texto claramente pensado para el comercio de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior europeo<sup>4</sup>, los citados Reglamentos disponen una regulación europea con una clara vocación de aplicarse también a sujetos establecidos en Estado terceros, en la medida en que se den los criterios de vinculación con la UE que los propios Reglamentos prevén<sup>5</sup>. Sin embargo, aquí no me ocuparé de este aspecto *ad extra*, sino de la dimensión *ad intra*, relativa al comercio de servicios dentro del mercado interior europeo, es decir, en el contexto del comercio transfronterizo de servicios entre Estados miembros de la UE. En dicho contexto, resulta oportuno analizar si el principio de control por el Estado de origen desempeña algún papel, y cuáles serían sus límites.

## **2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS**

Antes de adentrarnos en el tema objeto de estudio, resulta conveniente hacer alguna precisión previa. Frecuentemente se habla de la “regla del país de origen” en un sentido muy amplio, que incluiría también la regla de reconocimiento mutuo derivada de las normas del TFUE relativas a las libertades de circulación

---

2. DOUE L 119, de 4-5-2016.

3. DOUE L 277, de 27-10-2022.

4. Véase, en este sentido, el considerando 58 de la DCE, que establece que la Directiva no se aplicará a los servicios procedentes de prestadores establecidos en Estados terceros.

5. En este sentido, comparando la DCE y el RSD, Goñi Urriza, N. (2023), *La libre circulación de servicios en la Unión Europea: El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*. Bosch (p. 183). En cuanto al ámbito de aplicación territorial del RGPD, De Miguel Asensio, P. (2022). *Derecho privado de Internet*. Thomson Reuters (6ª ed.) (pp. 410-418).

en el mercado interior<sup>6</sup>. En mi opinión, sin embargo, es preciso distinguir dicha regla del principio del Estado de origen. La regla de reconocimiento mutuo deriva de la jurisprudencia del TJUE en el contexto de la aplicación de las normas del Tratado relativas a las libertades de circulación, primero en el ámbito del comercio de mercancías<sup>7</sup>, y más tarde, sobre todo a partir de principios de los años noventa del siglo pasado, también en el resto de libertades, y muy especialmente la de prestación de servicios<sup>8</sup>. Tal como ya tuve ocasión de exponer con mayor detenimiento en otro lugar<sup>9</sup>, en virtud del reconocimiento mutuo el Estado miembro de importación o destino de los productos o servicios no estaría realmente obligado a “aplicar” la normativa del Estado miembro de origen, sino simplemente a tomarla en consideración, para valorar si alcanza o no un resultado equivalente al de la normativa del Estado de destino en cuanto al nivel de protección de determinados intereses públicos, como por ejemplo la salvaguarda de la seguridad pública o de los intereses de los consumidores. Por tanto, el reconocimiento mutuo supone aplicar el principio tradicional según el cual los productos o servicios deben adaptarse a las reglas del Estado de destino (*host country rule*), aunque se trataría de una aplicación flexible o matizada, porque, al aplicar sus propias normas, la autoridad del Estado de destino debería evaluar si los objetivos que estas persiguen se alcanzan o no mediante la aplicación al productor o prestador de otro Estado miembro del régimen jurídico vigente en su Estado de origen. Con ello se evitaría la doble o múltiple regulación injustificada.

En cuanto al principio del Estado de origen, ciertamente participa de la misma finalidad de evitar la carga que para el comercio transfronterizo supone la doble regulación injustificada, y de hecho se inspira en la doctrina del reconocimiento mutuo, que de este modo sería su antecedente. Sin embargo, en mi opinión, existiría una importante diferencia: su aplicación no derivaría de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación, sino de los actos de Derecho derivado en los que el legislador de la Unión lo hubiera incorporado. Es decir, la diferencia fundamental estaría en que no sería una regla de interpretación aplicable con carácter general en el marco del Derecho primario relativo a la libre circulación, sino un principio de regulación que el legislador de la UE puede utilizar, o no, en determinados actos de Derecho derivado,

---

6. Entre otros, Thomale C. y Weller, M.-P. (2017). Country of origin rule. Basedow, J et al. (ed.). *Encyclopaedia of Private International Law*. Elgar (pp. 479-483).

7. Inaugurada con el célebre asunto *Cassis de Dijon*, de 20-2-1979 (as. C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42).

8. Sobre el “transplante” de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* al sector de los servicios, véase, entre otros, Mattera, A. (1991). Les principes de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle en matière de libre circulation de personnes et des services: de l’arrêt Thieffry aux arrêts Vlassoupoulou, Mediawet et Dennemayer. *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 4 (pp. 191-203).

9. Gardeñes Santiago, M. (2019). El reconocimiento mutuo en la Unión Europea: su naturaleza jurídica a la luz de las técnicas o métodos del Derecho internacional privado. Agudo González, J. (dir.). *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*. Aranzadi (pp. 138-148).

modulando en cada caso su alcance y efectos<sup>10</sup>. De ello se desprende que pueden existir diferencias en la plasmación del principio del Estado de origen en cada acto legislativo concreto, en función del alcance que el legislador haya querido otorgarle. Ahora bien, tales diferencias no impedirían que pudiera detectarse un fundamento común: se trata de un principio basado en la idea de “centralizar” el estatuto jurídico del operador económico en su Estado de establecimiento, con la finalidad de evitarle la carga de la doble o múltiple regulación. Pero, como señalaba, partiendo de esta idea básica, el principio del Estado de origen puede adoptar diversas modalidades, según lo que prevea el legislador en cada caso: puede dar lugar a una norma para determinar el régimen jurídico aplicable al operador económico, o a una determinada faceta de su actividad, o a una norma que prevea el reconocimiento de resoluciones administrativas (por ejemplo, las que condicionan el acceso a una determinada actividad regulada), o bien puede utilizarse como criterio para atribuir competencia preferente a la autoridad administrativa de un Estado. No se trataría, por tanto, de un tipo concreto de “regla”, sino de un principio de regulación encaminado a facilitar la circulación y el comercio transnacionales, cuyo uso, entonces, depende de una decisión política. Veamos, pues, como se ha plasmado en la DCE.

### **3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN LA DCE**

#### **3.1. Elementos en tensión de un modelo indeterminado: los artículos 3 y 1.4**

El artículo 3 (“mercado interior”) establece en su apartado 1 que “todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado.” Correlativamente, el apartado 2 del mismo artículo impide a los Estados miembros “restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.” Como puede observarse, la citada disposición efectuaría una remisión al Estado de establecimiento del prestador del servicio<sup>11</sup>, en cuya

---

10. Desde una perspectiva más general, se desprende claramente de la jurisprudencia del TJUE la diferente situación que pueda darse, en el ámbito gobernado por las libertades de circulación del mercado interior, dependiendo de si resultan o no aplicables normas armonizadas de Derecho derivado; por ejemplo, en la sentencia de 30-5-2024 (as. C-662/22 y C-667/22, ECLI:EU:C:2024:432) afirmó que “mediante un acto de Derecho derivado, el legislador de la Unión puede concretar una libertad fundamental recogida en el Tratado FUE creando condiciones aún más favorables para el correcto funcionamiento del mercado interior que las resultantes del Derecho primario...” (ap. 67).

11. Para determinar el lugar de “establecimiento”, véanse los criterios del considerando 19; véase también el art. 2 de la LSSI.

virtud este quedaría sometido a la regulación del mismo y, al mismo tiempo, dispensado de cumplir con la regulación de los demás Estados miembros a los que dirigiera su actividad. Tal remisión al Estado miembro de establecimiento (*home country rule*) tendría la apariencia de una norma de conflicto de leyes, aunque de un carácter *sui generis*, dado su amplísimo ámbito de aplicación material. Ello puede verse, por ejemplo, en la transposición española: así, cuando el artículo 2 de la LSSI establece, en su apartado 1, que dicha ley (en su totalidad) será de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en España y a los servicios prestados por los mismos, añadiéndose en el apartado 4 que tales prestadores “estarán sujetos a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen...”. Desde luego, esta remisión en bloque al “ordenamiento jurídico español” contrasta con las soluciones especializadas propias de las normas de conflicto de leyes en cuanto a la determinación de su ámbito de aplicación material, que suele delimitarse cuidadosamente, en función de las distintas instituciones o categorías jurídicas concernidas<sup>12</sup>. Desde esta perspectiva, podría decirse que mientras que las normas de conflicto de leyes utilizan una técnica “de pincel”, el principio del Estado de origen utilizaría una “de brocha gorda”<sup>13</sup>.

---

12. En este sentido, Hellner, M (2004) ha destacado, a propósito del art. 3 de la DCE, que una norma de conflicto de leyes genérica que remitiera a la ley del Estado de origen supondría un retroceso con respecto a las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros, que han evolucionado en el sentido de una mayor especialización para adaptarse a las especificidades de las distintas instituciones, teniendo en cuenta los intereses en presencia y la seguridad jurídica (The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive: A Conflict with Conflict of Laws? Fuchs, A., Muir Watt, H. y Pataut, E. (dirs). *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*. Dalloz (pp. 223-224).

13. Ahora bien, y al margen de la problemática específica de la DCE, nada impide que el legislador de la UE pueda optar por incluir normas de conflicto de leyes de carácter especializado inspiradas en el principio del Estado de origen en determinados actos del Derecho de la Unión. A este respecto, disponemos de ejemplos interesantes en el ámbito de la propiedad intelectual. El primero de ellos sería el de la Directiva 93/83, de 27-9-1993, sobre derechos de autor y afines en el sector de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, de cuyo art. 1, apartados 1 y 2, complementados por los considerandos 14, 15 y 18, se desprende que los derechos de radiodifusión se rigen por la ley del Estado donde se produjera la “comunicación al público vía satélite”, y que se reputa que dicho país será aquel en que se inicien las señales portadoras del programa. Otro ejemplo sería el de la Directiva 2019/789, de 17-4-2019, relativa al ejercicio de los derechos de autor y afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, cuyo art. 3 (complementado por el considerando 9) establece el principio del “país de origen” en lo que se refiere a los servicios accesorios en línea, puesto que, a los efectos del ejercicio de los derechos de autor y afines, considera que el acto de comunicación al público se localiza únicamente en el Estado miembro en el que el organismo de radiodifusión tenga su establecimiento principal; sobre estas Directivas, Ballesta Martí, L. (2023). *The Communication to the Public of Musical Works Online in the European Union’s Legislation: Striving for a Fair Balance*. Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona (pp. 83, 86-87). Tanto en uno como en otro texto se percibe claramente que la intención del legislador es evitar la aplicación simultánea de varias leyes a un mismo acto de comunicación, por lo que “centraliza” su régimen legal mediante la “localización jurídica” del mismo en el Estado de origen. Ahora bien, cabe destacar una importante diferencia: mientras que la Directiva 93/83 considera que el Estado de origen es el de inicio de la señal, la Directiva 2019/789

Por ello, el impacto que la referencia al país de origen contenida en el artículo 3 pudiera tener en las normas de conflicto de leyes, particularmente en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales, suscitó bastante preocupación y controversia, y por ello se incluyó el artículo 1.4 en la DCE, a cuyo tenor: “La presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia.” Se alcanzaba así una solución de compromiso, que en apariencia preservaba las normas de Derecho internacional privado, pero que en realidad abocaba a un modelo abierto o indeterminado.

### **3.2. Su determinación judicial: la jurisprudencia eDate**

Cuando el legislador configura un modelo abierto, ello supone dejar en manos del juzgador la concreción o determinación del mismo. Y el TJUE recogió ese guante. Su resolución básica al respecto es la sentencia *eDate Advertising*, de 25 de octubre de 2011<sup>14</sup>. Versaba sobre dos asuntos acumulados en los que sujetos residentes en Estados miembros (Alemania y Francia respectivamente) plantearon demandas por intromisión en los derechos de la personalidad contra editores de contenidos en páginas de Internet establecidos en otros Estados miembros (Austria y, en aquel momento, también el Reino Unido). Las cuestiones prejudiciales se referían a la competencia judicial (sobre la base del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, equivalente el actual 7.2 del Reglamento 1215/2012) y, por lo que aquí interesa, en el terreno del Derecho aplicable al fondo, a la incidencia del artículo 3 de la DCE en la determinación de dicho Derecho. En concreto, el Tribunal Supremo alemán preguntó si la norma del artículo 3 tiene el carácter de norma de conflicto de leyes (es de suponer que de carácter bilateral) aplicable a las materias de Derecho civil, o si únicamente supone un correctivo al Derecho que resulte aplicable según las normas de conflicto de leyes, para modificar su tenor con arreglo a las exigencias del país de origen. En apretada síntesis, el TJUE resolvió la tensión entre los artículos 3 y 1.4 de la DCE con una fórmula de compromiso: por un lado, admite claramente que la referencia al Estado de origen contenida en el artículo 3 incluye también las cuestiones de Derecho civil; sin embargo, y por otro lado, sostiene que el hecho de que se produzca semejante referencia no determina necesariamente su calificación como norma de conflicto de leyes, y de ello deduce que los Estados miembros no estarían obligados a transponer la citada disposición en forma de norma de conflicto de leyes (debe entenderse que se está refiriendo a norma de conflicto de leyes de carácter bilateral). Ahora bien, y ello es de suma importancia, afirma que lo dispuesto en el precitado artículo 3, apartados 1 y 2, “debe interpretarse

---

opta, creo que con mejor criterio, por una localización más significativa desde el punto de vista económico, como es la del establecimiento principal de la entidad radiodifusora.

14. Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10. ECLI:EU:C:2011:685.

de modo que se garantice que el enfoque de coordinación seguido por el legislador de la Unión permita efectivamente asegurar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros<sup>15</sup>. De ello deduciría que, en el ámbito coordinado, los Estados miembros debieran garantizar que, dejando a salvo las excepciones previstas por la Directiva, el prestador del servicio no quedara sujeto a requisitos más estrictos que los que previera la ley de su Estado de establecimiento<sup>16</sup>.

La solución alcanzada por el TJUE se alinearía aparentemente con determinadas construcciones doctrinales en clave de “correctivo material” que, supuestamente, permitirían conciliar la tensión —por no decir contradicción— entre los citados artículos 3 y 1.4<sup>17</sup>. Según estos planteamientos, las normas de conflicto de leyes se aplicarían con normalidad y, solo si el Derecho nacional que resultara aplicable según ellas fuera más restrictivo que el del Estado de origen del prestador, entonces intervendría el principio de país de origen para “corregir” el resultado alcanzado por la norma de conflicto, en favor del régimen menos oneroso para el prestador del servicio<sup>18</sup>. Semejante construcción resulta contradictoria, puesto si se reconoce que el artículo 3 de la DCE tiene una función de “coordinación” entre sistemas legales, entonces está claro que es una norma de Derecho internacional privado. Es más, el argumento de que el principio del Estado de origen constituiría únicamente un “correctivo” al Derecho material aplicable según la norma de conflicto de leyes sería un argumento falaz, por una sencilla razón: la regla del artículo 3 de la DCE no es una regla de carácter material que se “superponga” a otras, sino que es una norma que define el ámbito de aplicación territorial de determinadas normas materiales, las del Estado de origen del prestador. Por ello, en vez de una interpretación en clave de “correctivo material”, en mi opinión resulta más ajustada una interpretación en clave conflictual o de coordinación de sistemas, como la que propuso Basedow en los años 90 del siglo XX a propósito del reconocimiento mutuo. Como se recordará, el maestro alemán se refería al “contenido normativo-conflictual” de la referencia

---

15. Apartado 64.

16. Apartado 68; sobre la doctrina establecida en el caso *eDate*, Forner Delaygua, J.J. (2013), “Ley aplicable y ley respetable”. Forner Delaygua et al. *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons (pp. 417-427); De Miguel Asensio (2022, cit., pp. 206-207); El Hage, Y. (2022). *Le droit international privé à l'épreuve de l'Internet*. L.G.D.J. (pp. 308-314).

17. Para una excelente síntesis de las críticas formuladas a la jurisprudencia *eDate*, particularmente por la doctrina francesa y belga, en el sentido de atribuirle un carácter artificioso, la voluntad de establecer un sistema “dual y escondido” de reglas de conflicto, o por sus supuestas dificultades de manejo, derivadas de la necesidad de tener que comparar el contenido de dos ordenamientos, véase El Hage, Y. (2022, cit., pp. 311-314).

18. A decir verdad, este planteamiento no era nuevo. Una formulación muy clara del mismo puede encontrarse en la obra de Tebbens, cuando afirmó que el reconocimiento mutuo derivado de las libertades de circulación no actuaría *en amont* (es decir, en el nivel de las normas de conflicto de leyes), sino *en aval* (en el nivel del Derecho material designado por tales normas de conflicto de leyes); Tebbens, H.D. (1994) *Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire. Revue critique de droit international privé* (p. 480).

al Estado de origen que, a su juicio, sería el siguiente: el supuesto de hecho de la norma sería la comercialización de productos o servicios, el punto de conexión sería el país de origen de los mismos y la consecuencia jurídica sería la aplicación de una de las dos leyes —la del Estado de origen o la del Estado destino de los productos o servicios—, en función de cuál de ellas fuera más favorable al operador económico. Sería, por tanto, un criterio de designación del Derecho aplicable basado en el principio de favorecer la actividad del empresario que operara en el mercado interior (principio al que llamó “*favor offerentis*”) <sup>19</sup>. Entiendo que, de hecho, la interpretación del artículo 3 de la DCE que hoy deriva de la jurisprudencia *eDate*, reiterada en casos posteriores <sup>20</sup>, encajaría bastante bien en este planteamiento <sup>21</sup>.

Por último, cabe añadir que una posible explicación de la aparentemente alambicada solución del caso *eDate* es que el TJUE se vio obligado a hacer de “equilibrista” <sup>22</sup> para sortear la contradicción inherente a los arts. 3 y 1.4 de la DCE. Ahora bien, también podría haber otra explicación: se trata de disposiciones de una Directiva, que necesitan de un acto de transposición en los Derechos nacionales, a diferencia de lo que ocurre con los Reglamentos. Por tanto, tiene sentido que el TJUE no quisiera adoptar una posición excesivamente restrictiva

---

19. Basedow, J. (1995). Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. *Rabels Z.* (pp. 1-55).

20. Así, por ejemplo, en la sentencia *A contra Daniel B y otros*, de 1-10-2020 (as. C-49/18, ECLI:EU:C:2020:764), se trataba de una farmacia holandesa que dirigía publicidad a potenciales clientes residentes en Francia, y que fue objeto de una acción por daños derivados de actos de competencia desleal, ejercitada por competidores franceses. Según el Reglamento 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, el Derecho aplicable en este caso sería el francés, dado que el artículo 6 del citado Reglamento establece que, para los daños derivados de actos de competencia desleal, la ley aplicable será la del mercado afectado. A pesar de ello, el TJUE admite que el prestador pueda valerse de la ley de su Estado de establecimiento, a no ser que el Estado de destino de los servicios pueda invocar alguna de las excepciones que prevé la DCE.

21. A este respecto, en su brillante análisis de la doctrina sentada en la jurisprudencia *eDate*, afirma el profesor Forner que el TJUE configura claramente la referencia al Estado de origen como una referencia a sus normas de Derecho material, que por tanto no incluiría sus normas de conflicto de leyes. De este modo decretaría *de facto* una “unificación conflictual” que el propio legislador no pudo alcanzar cuando adoptó el Reglamento 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, puesto que su art. 1.2.g) excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y demás derechos de la personalidad, que era precisamente el tipo de responsabilidad de la que se trataba en este caso. En virtud de la regla establecida por el TJUE, el prestador quedaría sujeto a la ley aplicable según la norma de conflicto, únicamente en la medida en que no fuera más restrictiva que la ley de su Estado de establecimiento. En consecuencia, de entre las dos leyes, el prestador quedaría sujeto a aquella cuyo régimen material le fuera más favorable. Por ello, distingue, creo intuir que con una cierta dosis de humor, entre la “ley aplicable”, que sería la determinada en cada caso por la norma de conflicto de leyes, y la “ley respetable”, que se impondría a la primera siempre que su resultado material fuera más favorable al prestador. En su opinión, y particularmente en el área de las vulneraciones de los derechos de la personalidad, semejante mecanismo daría lugar a un resultado injusto, puesto que la determinación de la ley aplicable acaba dependiendo de un factor que se encuentra únicamente bajo el control del prestador; Forner Delaygua, J.J. (2013, cit., p. 422).

22. Expresión que tomo prestada de Yves Le Hage (2022, cit., p. 312).

del margen de decisión que corresponde a los Estados miembros al adoptar las normas de transposición. Es decir, lo único que exigiría la Directiva es que, en los textos estatales de transposición, la función de coordinación de sistemas legales que desempeña el artículo 3 de la DCE quede garantizada, sin predeterminar la técnica normativa concreta que cada Estado considere más apropiada. Por consiguiente, no se les forzaría a incorporar el texto en su ordenamiento mediante una norma de conflicto “savignyana” o de carácter bilateral. Podrían hacerlo mediante normas de conflicto de carácter unilateral, tal como habría hecho el legislador español en la LSSI<sup>23</sup>. Ahora bien, que el artículo 3 de la DCE no obligue a los Estados miembros a incorporarlo a sus ordenamientos mediante una norma de conflicto bilateral no significa que les impida que lo hagan, si lo consideran oportuno, tal como habría hecho el legislador francés<sup>24</sup>.

#### 4. CONDICIONANTES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN LA DCE

Como ha podido observarse, la referencia al Estado de origen del artículo 3 DCE puede resultar problemática por su amplísimo alcance. Por ello, no es extraño que el legislador europeo intentara acotar, con la máxima precisión posible, el ámbito de aplicación de dicha referencia y sus excepciones. Los analizaremos en los párrafos que siguen.

##### 4.1. Los “servicios de la sociedad de la información”

Hay que tener en cuenta que la DCE, aunque adoptada en el contexto más general de la libre prestación de servicios en la UE, constituye una *lex specialis* que se aplica únicamente a los llamados “servicios de la sociedad de la información”<sup>25</sup> (en adelante, SSI). La definición general de este concepto hoy se encuentra en el artículo 1.1 de la Directiva 2015/1535, de 9 de septiembre de

---

23. A este respecto, y con mayor detenimiento, mi trabajo anteriormente citado (2019, pp. 151-154).

24. La Ley 2004-575, de 21 de junio de 2004, incorpora en el artículo 17, primer párrafo, una norma que claramente responde al patrón de una norma de conflicto bilateral. Su texto es el siguiente: “*L’activité définie à l’article 14 est soumise à la loi de l’Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l’exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.*”; sobre la transposición francesa, El Hage (2022, cit., pp. 314-318). A este respecto, señalaba Forner Delagya, J.J. que, puestos a transponer el art. 3 de la DCE en la forma de una norma de conflicto de leyes bilateral para la relaciones intracomunitarias o *ad intra*, los Estados miembros tendrían la opción de establecer una norma que remitiera unívocamente a la ley del Estado de establecimiento del prestador, o bien adoptar una que dijera que el prestador de servicios pudiera invocar la ley de dicho Estado siempre que le fuera más favorable (2013, cit., p. 426).

25. Expresión que, debo confesarlo, siempre me ha parecido algo pomposa.

2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas sobre servicios de la sociedad de la información, a cuyo tenor constituye un SSI “todo servicio normalmente prestado a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.”

Para la concreción de esta figura puede recurrirse, además de a las aclaraciones del considerando 18 de la DCE, a la ya abundante jurisprudencia sobre el tema: a título de ejemplo, serían SSI los servicios de un periódico que ofrezca información en línea<sup>26</sup>, los servicios de publicidad en línea<sup>27</sup>, los servicios de alojamiento de datos<sup>28</sup>, los servicios de intermediación, mediante una plataforma electrónica, entre arrendatarios y arrendadores, profesionales o no profesionales, que propongan servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrezcan prestaciones accesorias a dicho servicio de intermediación<sup>29</sup>, los servicios de acceso a Internet o a una red de comunicación<sup>30</sup>, los servicios de venta en línea de medicamentos no sujetos a prescripción médica<sup>31</sup>, o los servicios de intermediación, mediante una aplicación para móviles, entre taxistas y clientes<sup>32</sup>.

En la práctica, los supuestos que han planteado mayores problemas de delimitación son los de los servicios de puesta en contacto o intermediación relacionados con servicios que no se prestan por vía electrónica, como sería el caso de los de transporte. A este respecto, es bien conocido el supuesto de la sentencia *Asociación Profesional Élite Taxi*, de 20 de diciembre de 2017<sup>33</sup>, en la que, a propósito de los servicios prestados por Uber en España, consistentes en una aplicación para móviles que permitía, a cambio de una remuneración, conectar a conductores no profesionales que utilizaban su propio vehículo con personas que deseaban realizar desplazamientos urbanos, el TJUE afirmó que, por las modalidades concretas de organización del servicio considerado, no se trataba de un SSI, sino de un servicio de transporte, y ello porque el servicio prestado por Uber estaba indisolublemente vinculado a un servicio de transporte. En cambio, en el antes citado asunto *Airbnb Ireland*, de 19 de diciembre de 2019, consideró que, tal como estaba organizado, el servicio de intermediación entre arrendadores y arrendatarios que prestaba *Airbnb* era suficientemente autónomo o distinguible de los servicios de arrendamiento subyacentes. Se trata, por tanto, de una aproximación casuística, en función de las características del concreto servicio que ofrezca cada prestador. A este respecto, los asuntos *Star Taxi*, ya

---

26. STJUE Papasavvas, de 11-9-2014, as. C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209.

27. STJUE *Vanderborght*, de 4-5-2017, as. C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335.

28. STJUE *Eva Glawishnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, de 3-10-2019, as. C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821.

29. STJUE *Airbnb Ireland*, de 19-12-2019, as. C-390/18, ECLI:EU:C:1112.

30. STJUE *La Quadrature du Net*, de 6-10-2020, as. C-511/18 y otros, ECLI:EU:C:2020:791.

31. La ya citada STJUE *A contra Daniel B y otros*, de 2020.

32. STJUE *Star Taxi App*, de 3-12-2020, as. C-62/19, ECLI:EU:C:2020:980.

33. As. C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981.

citado y *Doctipharma*, de 29 de febrero de 2024<sup>34</sup>, también han aportado precisiones útiles: cuando se trate de servicios que tengan por objeto poner en contacto a clientes y a prestadores de servicios de “diferente naturaleza” (como podría ser, por ejemplo, el transporte de personas), el servicio de puesta en contacto solo podrá considerarse un SSI si el servicio ofrecido es realmente distinto del referido servicio “de diferente naturaleza”. En cambio, si el servicio de puesta en contacto formara “parte integrante” de un servicio global cuyo elemento principal fuera una actividad o servicio distinto de un SSI, en tal caso tal intermediación no podría considerarse un SSI<sup>35</sup>. El criterio decisivo sería, pues, que el servicio de puesta en contacto fuera distinto o distinguible del servicio “intermediado”. Para valorarlo, pueden tenerse en cuenta diversos aspectos, y en particular el de la existencia o no de control por parte del prestador del servicio electrónico sobre el servicio “material” subyacente. En el caso de *Uber*, por ejemplo, se consideró que dicha empresa ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de prestación del transporte, incluyendo la determinación del precio máximo de la carrera. En cambio, en el caso *Airbnb*, se consideró que el prestador no ejercía un control comparable sobre las condiciones de los arrendamientos y, por tanto, el servicio de intermediación que prestaba era un SSI, al poder diferenciarse del arrendamiento<sup>36</sup>.

#### 4.2. Necesidad de establecimiento en la UE del prestador del servicio

Al ser la DCE una norma dictada con el objeto de facilitar la libre prestación de los servicios que contempla en el mercado interior, siendo entonces una norma de desarrollo de la libertad contemplada en el artículo 56 del TFUE, es del todo lógico que su aplicabilidad se circunscriba a los prestadores establecidos en los Estados miembros, y que por tanto queden excluidos los establecidos en Estados terceros, tal como recuerda el considerando 58 de la DCE. Es más, tal como se ha señalado acertadamente<sup>37</sup>, a los SSI regulados en la DCE hoy podría aplicárseles también la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre de 2006, de servicios en el mercado interior, aunque en virtud del artículo 3.1 de la segunda, en caso de conflicto prevalecerían las disposiciones de la norma especial, en este caso la DCE.

---

34. As. C-606/21, ECLI:EU:C:2024:179.

35. Al respecto, ap. 35 de la última sentencia citada. En el caso concreto, consideró que era un SSI un servicio de puesta en contacto, mediante un sitio de Internet, de clientes y farmacéuticos suscritos a dicho servicio de intermediación, que permitía que los farmacéuticos vendieran, desde sus propios sitios de Internet, medicamentos no sujetos a receta médica.

36. A este respecto, conclusiones del Abogado General M. Szpunar en el asunto *Airbnb*, presentadas el 30-4-2019, ap. 18-91.

37. Goñi Urriza, N. (2023, cit., p. 117).

Por su parte, la jurisprudencia tampoco ha tenido dudas al respecto. Por ejemplo, en la sentencia *Viagogo AG*, de 27 de abril de 2023<sup>38</sup>, se suscitó la cuestión de si un prestador de SSI establecido en Suiza podía ampararse en la DCE para dirigir su actividad a Estados miembros de la UE, a lo que el TJUE dio una respuesta negativa<sup>39</sup>. Obviamente, ello no significa que un prestador establecido en un Estado tercero no pueda dirigir sus servicios a clientes situados en Estados miembros de la UE, lo que significa es que, en lo relativo al ejercicio de dicha actividad, deberá cumplir la normativa del Estado miembro de destino de los servicios, sin poder valerse del principio del Estado de origen y, por tanto, de las normas aplicables en su Estado de establecimiento. Cabe añadir que, tal como precisó el TJUE en la sentencia *de Visser*, de 15 de marzo de 2012, el artículo 3, apartados 1 y 2, tampoco se aplicará en el supuesto de prestadores cuyo lugar de establecimiento sea desconocido, puesto que la aplicación del citado precepto se supedita a la identificación del Estado miembro en cuyo territorio esté efectivamente establecido el prestador de SSI<sup>40</sup>.

### **4.3. Las exclusiones del ámbito de la DCE**

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación material, la aplicación del principio del Estado de origen en el comercio de servicios en el mercado interior sufre importantes limitaciones. Las primeras se refieren a las cuestiones excluidas expresamente del ámbito de aplicación material de la DCE, y que se indican en su artículo 1.5. En primer lugar, se excluye lo relativo a la fiscalidad. La DCE, por tanto, no afectaría al régimen del IVA aplicable a los servicios. Pero, evidentemente, las normas sobre el IVA no serían las únicas normas tributarias afectadas por la exclusión. Así, por ejemplo, en la sentencia *Airbnb Ireland y Airbnb Payments UK*, de 22 de diciembre de 2022, el Tribunal recuerda que la exclusión “en materia de fiscalidad” es amplia e incluiría todos los aspectos relativos a la misma. En el caso concreto, se trataba de la normativa italiana que obligaba al intermediario a recoger y comunicar a la Administración tributaria nacional los datos de los arrendamientos celebrados mediante su intermediación, así como, en caso de que hubiera intervenido también en el cobro de la renta, la obligación de retener una parte de la cantidad pagada por el arrendatario e ingresarla a la Administración<sup>41</sup>. En segundo lugar, se excluyen las cuestiones referidas a la protección de datos de carácter personal y a la confidencialidad de las comunicaciones, cuestiones que se regirían por su normativa específica<sup>42</sup>. En tercer lugar, la DCE no se aplica a los acuerdos o prácticas

---

38. As. C-70/22, ECLI:EU:C:2023:350.

39. Apartados 29 a 31 de la sentencia.

40. As. C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, ap. 69-72.

41. As. C-83/21, ECLI:EU:C:2022:1018, ap. 25.

42. Así lo recordó el TJUE en el precitado asunto *La Quadrature du Net*, de 2020, y que la DCE no se aplicaría a tales cuestiones.

contemplados por las normas del Derecho de la competencia, lo que obviamente significa que los criterios de aplicación territorial de las normas *antitrust* para nada se ven afectados por la DCE. Por último, también se excluyen las actividades de los notarios o figuras equivalentes, en la medida en que su actividad implique una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública, la representación y defensa de clientes ante los tribunales, y las actividades de juego que impliquen apuestas de valor monetario.

#### 4.4. La delimitación del “ámbito coordinado” por la Directiva

La delimitación del “ámbito coordinado” es un elemento de capital importancia para conocer el alcance del principio del Estado de origen, puesto que el artículo 3.1 de la DCE establece claramente que se aplica únicamente dentro de los confines de dicho ámbito coordinado. Pero tales confines son muy amplios, a tenor de la delimitación que lleva a cabo el artículo 2.h): para empezar, se incluyen tanto los requisitos aplicables a “los prestadores” como a los “servicios”, tanto si se trata de normas específicamente aplicables a los prestadores de SSI y a los propios SSI, como si se trata de normas “de tipo general”, lo que supondría una remisión en bloque al conjunto de normas, del tipo que sean, a las que esté sometido el prestador en su Estado de establecimiento. Tanto se incluyen los requisitos relativos al “inicio de la actividad” como a su “ejercicio”; entre estos últimos, se incluyen los relativos al “comportamiento” del prestador, los que se refieran a la “calidad o el contenido” del servicio, incluidos los aplicables a la publicidad y a los contratos, así como las exigencias en materia de responsabilidad del prestador. Se trata sin duda de un vastísimo ámbito de aplicación material, que incluiría importantes aspectos del régimen de Derecho privado aplicable al prestador (como demostraría por ejemplo la ya citada sentencia *Papavas*, de 11 de septiembre de 2014, en la que el TJUE confirmó, siguiendo el camino trazado por la jurisprudencia *eDate*, que un régimen de responsabilidad civil por difamación se incluiría en el ámbito coordinado), pero que también incluiría los aspectos de Derecho público, como se desprende claramente de la sentencia *Google Ireland*, de 9 de noviembre de 2023<sup>43</sup>. Ello nos devuelve al problema ya mencionado anteriormente<sup>44</sup>, que es el del carácter extraordinariamente amplio del supuesto de hecho de la referencia al Estado de origen derivada del artículo 3.1 de la DCE, amplitud que supera con mucho la que hoy día es habitual en las normas de conflicto de leyes, normalmente mucho más especializadas. Como se verá más adelante, ello puede favorecer que se produzcan errores o excesos en la interpretación del mecanismo previsto en el citado artículo 3. Cabe señalar también que esta extraordinaria amplitud del “ámbito coor-

---

43. As C-376/22, ECLI:EU:C:2023:835, dictada a propósito de un contencioso administrativo del que era parte la autoridad administrativa de supervisión austríaca.

44. *Supra*, apartado 3.1.

dinado” explica que alcance a muchas cuestiones que no son objeto de armonización por la DCE<sup>45</sup>, y por tanto las materias cuya aplicación la Directiva “coordina” superan con mucho a las que armoniza.

Por último, cabe añadir que quedan excluidos del ámbito coordinado los requisitos aplicables a las mercancías en sí, a la entrega de las mismas y a los servicios no prestados por medios electrónicos. La evidente lógica de esta exclusión es la de dejar fuera del ámbito coordinado las exigencias relativas a los productos o a los servicios que deban prestarse fuera de la red<sup>46</sup>. Así, por ejemplo, el hecho de que una mercancía haya sido ofrecida o publicitada a través de Internet, o el hecho de que el vendedor o el fabricante ofrecieran servicios adicionales por Internet (asesoramiento, servicios post venta...) para nada impediría que la mercancía en cuestión tuviera que cumplir las reglamentaciones técnicas (armonizadas a nivel de la UE o nacionales) que en cada caso le resultaran aplicables. Ahora bien, cabe plantearse si determinados requisitos de información obligatoria en el contexto del comercio en línea de mercancías podrían enjuiciarse en el marco del art. 34 TFUE. La pregunta no es ociosa, porque es bien sabido que en ocasiones el TJUE ha enjuiciado reglamentaciones nacionales sobre formas de publicidad, técnicas de venta o requisitos aplicables al comercio minorista bajo la óptica del artículo 34 del TFUE<sup>47</sup>. En cambio, tras la aprobación de la ya citada Directiva 2006/123, sobre servicios en el mercado interior, el TJUE ha encontrado un nuevo punto de apoyo, que le ha permitido considerar la venta minorista de mercancías como un “servicio”<sup>48</sup>.

A la vista de estas fluctuaciones jurisprudenciales, no cabe excluir que determinados aspectos de las ventas en línea puedan enjuiciarse, en unas ocasiones a partir de las normas sobre servicios, y en particular la DCE, y en otras desde la perspectiva de la libre circulación de mercancías, o incluso de ambas conjuntamente<sup>49</sup>. En la jurisprudencia reciente hay algún precedente que avalaría este parecer. En efecto, en la sentencia *Booky.fi Oy*, de 23 de marzo de 2023<sup>50</sup>, se analizó la compatibilidad con el Derecho de la UE de la normativa finlandesa

---

45. En este sentido, De Miguel Asensio, P. A. (2023). *Manual de Derecho de las nuevas tecnologías*. Aranzadi (p. 59).

46. *Ibid.* (p. 59).

47. De hecho, los supuestos “excesos” que a este respecto el TJUE habría cometido en el pasado condujeron a la rectificación jurisprudencial que supuso la sentencia *Keck*, de 24 de noviembre de 1993 (as. C-267/91 y C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905).

48. Por ejemplo, así lo hizo en la sentencia de 30-1-2018 (as. C-360/15 y C-31/16), ECLI:EU:C:2018:44). Este viraje del ámbito de las mercancías hacia el de los servicios probablemente le haya sido útil al TFUE para desembarazarse indirectamente de la doctrina establecida en la precitada sentencia *Keck*, que, aunque no ha sido abiertamente desautorizada, ha sido gradualmente relegada por el TJUE.

49. Ciertamente, cabe recordar que, aunque no sea lo más habitual, en ocasiones el TJUE ha analizado determinadas disposiciones de los Derechos nacionales a la luz de más de una de las libertades de circulación (véase, por ejemplo, la sentencia *Austria c. Alemania*, de 18-6-2019, as. C-591/17. ECLI:EU:C:2019:504).

50. As. C-662/21, ECLI:EU:C:2023:239.

sobre programas audiovisuales a la luz del artículo 34 del TFUE, en el caso de un comerciante que vendía los citados programas grabados en soportes físicos como DVD y Blu-ray, a través de una tienda *on line*, y al que se le reprochaba no haber cumplido la normativa finlandesa sobre clasificación y etiquetado de grabaciones audiovisuales por razones de protección de los menores. A este respecto, debe recordarse que, tratándose de la distribución comercial de música o películas, la posición tradicional del TJUE ha sido que si las grabaciones musicales o cinematográficas se incorporan a un soporte físico, como por ejemplo los discos, en tal caso se aplican las normas del TFUE sobre mercancías; en cambio, si tales grabaciones se difunden por medios como la radio o la televisión, la actividad entraría en el ámbito de las normas sobre servicios. Volviendo al caso *Booky.fi*, resulta evidente que la obligación de indicar en el producto la clasificación por edades correspondiente sería una norma técnica relativa al mismo, y por ello excluida del ámbito coordinado por la DCE. Ahora bien, también cabría deducir de esta sentencia que el TJUE habría enjuiciado determinadas obligaciones relativas a la información que el vendedor debía facilitar en línea, antes de la compra, desde la perspectiva de las normas sobre mercancías en vez de las relativas a los servicios. En concreto, la ley finlandesa exigía que la indicación de la edad aconsejada debía facilitarse, junto con la información del producto, en el mismo momento en que el soporte se pusiera a la venta en línea<sup>51</sup>, y el TJUE admite que dicha medida podría justificarse por razones de protección de menores, y que no sería desproporcionado exigir que tal información estuviera disponible antes de efectuarse la compra, para que el comprador pudiera determinar, con conocimiento de causa, si el contenido del programa resulta adecuado para los menores de los que fuera responsable<sup>52</sup>. Es evidente, por tanto, que en el contexto de las ventas de una tienda en línea, tal información previa a la compra solo puede ofrecerse a través de la página de Internet de la tienda en cuestión, y que el TJUE evaluó la necesidad y proporcionalidad de la medida a la luz del art. 34 TFUE, y no a la de las normas de la DCE. Por ello, no cabe excluir que, con respecto a normas de este tipo, pueda darse una cierta superposición parcial de las reglas relativas a distintas libertades de circulación.

#### **4.5. Cuestiones excluidas de la aplicación del principio del Estado de origen**

Existen determinadas materias que se incluyen en el “ámbito coordinado” que define la DCE a las que, a pesar de ello, no se les aplica el principio del Estado de origen, puesto que así lo indica expresamente el artículo 3.3 de la DCE, que remite a la lista contenida en su anexo. A título de ejemplo, y sin

---

51. Ap. 29.

52. Véase, especialmente, el ap. 61.

ánimo de exhaustividad, en la lista de materias a las que no se aplica el principio del Estado de origen se incluyen los derechos de propiedad intelectual e industrial<sup>53</sup>, la licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico, la libertad de elección de la ley aplicable al contrato, las obligaciones relativas a contratos con consumidores, o la validez formal de los contratos por los que se creen o transfieran derechos en materia de propiedad inmobiliaria, si dichos contratos están sometidos a requisitos formales obligatorios en virtud de la ley del Estado de situación del inmueble.

Por tanto, en los ámbitos indicados, las normas de Derecho internacional privado operarán sin estar sujetas al “correctivo” del principio de origen, lo que en muchas ocasiones conducirá a que se aplique el principio contrario, esto es, el del “Estado de destino” (*host country rule*). Por ejemplo, esto ocurriría claramente con respecto a los contratos con consumidores, en el que el principio es el de la aplicación de la ley del Estado de residencia habitual del consumidor, siempre que el empresario hubiera dirigido su actividad comercial a dicho Estado<sup>54</sup>. Es más, tal y como aclara el considerando 56 de la DCE, la excepción de los contratos con consumidores 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.” Análogamente, la excepción relativa a los derechos de autor y afines también estaría orientada a preservar la aplicación de la ley del Estado de destino de los servicios, esta vez en virtud de la aplicación del principio de protección territorial propio de la propiedad intelectual<sup>55</sup>. En cambio, la aclaración de que la DCE para nada afecta al derecho de las partes a elegir la ley aplicable a su contrato obedecería a una lógica distinta, de la que se desprendería la presunción de que la aplicación de un régimen legal acordado por las partes difícilmente supondrá un obstáculo al comercio, más bien al contrario, tenderá a facilitarlo.

#### **4.6. La posible incidencia de otras normas limitadoras de los SSI**

Para finalizar este apartado correspondiente a los condicionantes de la aplicación del principio del Estado de origen en el contexto de los SSI, resulta oportuno referirse a otra posibilidad, que es que determinados SSI —que entren en el ámbito coordinado por la DCE y que tampoco se vean afectados por la

---

53. Aunque debe recordarse que, como se ha señalado anteriormente (*supra*, nota 13), existen disposiciones de la UE que regulan determinadas modalidades de los derechos de autor y afines que se basan precisamente en el principio del Estado de origen.

54. Art. 6 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales; considerando 55 de la DCE.

55. No hay que olvidar, sin embargo, que determinados textos del Derecho de la UE relativos a los derechos de autor y afines abrazan el principio del país de origen con respecto a ciertos actos de comunicación al público de las obras protegidas (*supra*, nota 13).

exclusión del ámbito de aplicación del principio del país de origen establecida en el artículo 3.3—, a pesar de ello puedan verse limitados por otras disposiciones del Derecho de la UE. Contamos con un excelente ejemplo de ello en la reciente y ya citada sentencia *Doctipharma*, de 2024. Como se recordará, se trataba de un servicio de puesta en contacto, a través de Internet, de farmacéuticos y clientes, para la venta de medicamentos no sujetos a receta médica. El TJUE no tuvo inconveniente en reconocer el carácter de SSI de tal servicio, contemplado por tanto por la DCE, que en principio podría beneficiarse de la aplicación del principio del país de origen. Ahora bien, tratándose de la comercialización de medicamentos, es obvio que debía tenerse en cuenta también la normativa específica sobre dichos productos, para comprobar si establecía límites adicionales a tales SSI; en este caso, se trataría de la Directiva 2001/83, de 6 de noviembre de 2001, por la que se adoptó un código comunitario para medicamentos de uso humano. Pues bien, el artículo 85 *quater* de dicha Directiva establece que, sin perjuicio de la legislación nacional que prohíba la oferta al público mediante SSI de medicamentos sujetos a receta médica, los Estados miembros velarán para que los medicamentos puedan ofrecerse por venta a distancia mediante SSI, siempre que se cumplan determinadas condiciones. En particular, los Estados miembros pueden determinar las personas físicas o jurídicas autorizadas a realizar tales ventas. En uso de esta habilitación, la ley francesa establecía que solo podrían llevarlas a cabo quienes tuvieran la condición de farmacéutico. En consecuencia, considera el TJUE que el legislador francés solo podría prohibir la actividad de servicio de puesta en contacto entre clientes y farmacéuticos para la venta de medicamentos no sujetos a receta médica si la plataforma o intermediario en cuestión, que no ostentara la condición de farmacéutico, interviniera en la venta de tales medicamentos. En cambio, no podría prohibirla si el servicio se limitara a la pura puesta en contacto con los farmacéuticos, siendo estos quienes vendieran los medicamentos a través de sus propias páginas de Internet.

## 5. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN

### 5.1. El marco normativo del artículo 3 de la DCE y la función del Estado miembro de destino de los servicios

En los apartados anteriores hemos visto que corresponde al Estado de origen o establecimiento del prestador de los SSI la responsabilidad de regularlos (art. 3, ap. 1). Es más, la remisión al Estado de origen contenida en dicha disposición no se referiría únicamente al Derecho o “ley” aplicable, como es habitual en las normas de conflicto de leyes, sino también a los actos de aplicación por sus autoridades, particularmente en el ámbito administrativo. Ello explicaría la laxitud y diversidad terminológica que envuelve al principio del país de origen, como por ejemplo cuando no referimos a él como principio de “control” por el país de origen (*home country control*), poniendo así el acento más en la actividad

supervisora que en la propia ley o norma jurídica<sup>56</sup>. Ello permitiría distinguir el principio del Estado de origen de las normas de conflicto en el ámbito del Derecho internacional privado o, dicho de otro modo, poner de relieve la versatilidad o polivalencia del principio del Estado de origen: en contextos de Derecho privado, como los que hemos examinado (reclamaciones de responsabilidad civil derivadas de daños al honor y a los derechos de la personalidad, acciones por competencia desleal...), dicho principio podría funcionar como una norma de conflicto de leyes; en cambio, en otros contextos, y particularmente en los regulados por el Derecho público, su funcionamiento sería distinto: en múltiples ocasiones el elemento clave no sería tanto la “ley” del Estado de origen como las actuaciones de sus autoridades administrativas<sup>57</sup>.

Por lo que se refiere al rol del Estado de destino de los SSI, se vería limitado de manera importante: como se recordará, el apartado 2 del artículo 3 de la DCE dice que los Estados miembros “no podrán restringir” la libertad de prestación de SSI procedentes de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado. Sin embargo, el apartado 4 del mismo artículo permite hacer excepciones al apartado 2 con respecto a “un determinado servicio”, bajo dos tipos de condiciones<sup>58</sup>: las primeras (letra a) serían de carácter sustantivo o de fondo, y exigirían que la medida estuviera justificada por razones de orden público (incluyendo la protección de menores y el respeto de la dignidad humana), la salud pública, la seguridad pública o la protección de los consumidores (incluyendo los inversores). Las segundas (letra b) hacen referencia a obligaciones de carácter procedimental, en los siguientes términos: antes de adoptar medidas restrictivas frente a un determinado SSI procedente de otro Estado miembro, el Estado de destino deberá pedir al Estado de establecimiento del prestador que tome las medidas necesarias. Si el Estado de establecimiento no hubiera tomado tales medidas, o las que hubiera tomado resultaran insuficientes, en tal caso el Estado de destino podría tomar medidas, tras haber informado de su intención de adoptarlas al Estado de establecimiento del prestador y a la Comisión. Únicamente en

---

56. Se ha puesto de relieve, por ello, en referencia al reconocimiento mutuo, que se parecería más al “método de referencia al ordenamiento jurídico competente” que al método conflictual clásico; Picone, P. (2004). *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordenamenti*. Picone, P. (ed.). *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*. Cedam (pp. 485-525).

57. En España resultan de gran interés a este respecto los trabajos del administrativista Jorge Agudo González. Dicho autor basa su planteamiento en la existencia de diversas “variantes” del reconocimiento mutuo. La referencia al Estado de origen supondría un “reenvío” al “ordenamiento jurídico” de origen, que permitiría, bien el reconocimiento de la regulación de otro Estado miembro, bien de los actos dictados al amparo de la misma. Es decir, se trataría de admitir en el territorio del Estado de acogida o de destino los efectos generados por un ordenamiento extranjero, generalmente materializados en un “acto de aplicación” en el caso concreto; Agudo González, J. (2019). La articulación de las relaciones jurídicas transnacionales mediante las variantes del reconocimiento mutuo. Agudo González, J. (dir.). *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*. Aranzadi (esp. pp. 233-235, 264-274 y 289-297).

58. Sobre el art. 3.4, entre otros, Goñi Urriza, N. (2023, cit., pp. 197-200).

caso de urgencia, se permite al Estado de destino prescindir de las obligaciones de comunicación establecidas en la letra b), aunque entonces deberán notificarse a la Comisión y al Estado miembro de establecimiento las medidas adoptadas, indicando los motivos de la urgencia (art. 3.5 de la DCE). En cualquier caso, la Comisión examinará las medidas notificadas o adoptadas por el Estado de destino del SSI, y si considera que son incompatibles con el Derecho de la UE, solicitará a dicho Estado que no las adopte o que las retire, según los casos (art. 3, ap. 6 de la DCE).

En definitiva, la competencia del Estado receptor o de destino de los SSI tendría un carácter subsidiario, en el sentido de que solo podría adoptar medidas restrictivas, en virtud del artículo 3.4, si el Estado de origen o establecimiento del prestador, cuya competencia sería preferente, no lo hubiera hecho satisfactoriamente, debiendo cumplir además las obligaciones de notificación recién explicadas. Ello conduce a matizar alguna afirmación, a mi juicio excesiva, de la jurisprudencia. Así, en la antes citada sentencia *Google Ireland*, de 9 de noviembre de 2023, el TJUE dijo que el Estado de destino de los SSI no puede adoptar “medidas de carácter general y abstracto referidas a una categoría de servicios de la sociedad de la información descrita genéricamente<sup>59</sup>.” Como se ha destacado acertadamente, semejante afirmación debe entenderse en el sentido, no de que no pueda adoptar tales disposiciones, sino que no puede aplicarlas a SSI procedentes de otros Estados miembros<sup>60</sup>. Por mi parte, creo que habría que añadir algo más: también podría aplicarlas a un prestador de SSI establecido en otro Estado miembro, pero únicamente a título subsidiario, si el Estado de origen no hubiera cumplido con su función supervisora, y con pleno respeto de las obligaciones de notificación del artículo 3.4.b). Otro claro ejemplo de los límites que se imponen al Estado miembro de destino de los SSI lo encontramos en tres recientes sentencias, todas ellas de 30 de mayo de 2024<sup>61</sup>. Versaban sobre las obligaciones de carácter administrativo que imponía la legislación italiana a los proveedores de servicios de intermediación en línea que prestaran sus servicios en Italia, aunque estuvieran establecidos en otros Estados miembros. En concreto, se les obligaba a inscribirse en un registro administrativo en Italia, a facilitar periódicamente a la autoridad de supervisión italiana información detallada sobre la organización de la empresa proveedora, y a abonarle una contribución económica para sufragar los gastos de la actividad supervisora. Retomando la doctrina establecida en el caso *Google Ireland*, el TJUE dictamina que el intento de aplicar dichas obligaciones a prestadores establecidos en otros Esta-

---

59. Ap. 34, véase también el ap. 47.

60. En este sentido, Feliu Álvarez de Sotomayor, S. (2024). Ámbito territorial y aplicación del principio de control en origen en el Reglamento (UE) de servicios digitales. Castelló Pastor, J.J. (dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*. Aranzadi (p. 62).

61. Se trata de los asuntos *Airbnb Ireland UC y Amazon Services Europe Sarl* (as. C-662/22 y C-677/22, ECLI:EU:C:2024:432), *Google Ireland y Eg Vacation Rentals Ireland* (as. C-664/22 y C-666/22, ECLI:EU:C:2024:434) y *Amazon Services Europe* (as. C-665/22, ECLI:EU:C:2024:435).

dos miembros resultaría contrario al artículo 3.1 de la DCE y, en las circunstancias de los casos concretos, las restricciones impuestas no podrían ampararse en la excepción del artículo 3.4 de la DCE<sup>62</sup>.

## **5.2. Las obligaciones de procedimiento y la muy discutible aportación de la jurisprudencia Airbnb de 2019**

Las obligaciones de información y comunicación establecidas en la letra b) del artículo 3.4 del Reglamento, que acaban de examinarse, estarían pensadas para los supuestos de aplicación de la DCE por autoridades administrativas, engrosando así una legión de textos europeos relativos al mercado interior que establecen mecanismos de cooperación administrativa entre las autoridades de los Estados miembros. No parecen pensadas, en cambio, para un contexto de aplicación judicial, y ello se deduciría de la propia letra b) cuando establece las obligaciones de notificación, aunque “sin perjuicio de los procesos judiciales, incluidas las actuaciones preliminares y los actos realizados en el marco de una investigación criminal”. Esta exclusión sería del todo lógica, y también muy habitual en los textos de Derecho secundario de la UE relativos al mercado interior, por la sencilla razón de que los principios en que se basa la cooperación administrativa no pueden extrapolarse sin más al ámbito de la asistencia y cooperación entre autoridades judiciales de diferentes países que conozcan de controversias de carácter civil o penal, cooperación que como es bien sabido se rige por su normativa específica. No creo que la alusión, en los considerandos 25 y 26, a que las medidas restrictivas deban tomarse de conformidad con las condiciones establecidas en la DCE pueda interpretarse en sentido contrario<sup>63</sup>. Las “condiciones” a las que aluden ambos considerandos no pueden ser otras que las de carácter sustantivo, basadas por tanto en los motivos de interés general que puedan justificar una restricción, pero en cambio no creo que se refieran a los requisitos procedimentales del artículo 3.4.b), puesto que, como ya he indicado, dicha disposición se cuida de especificar que se aplicará “sin perjuicio de los procesos judiciales”, con la evidente intención de no interferir en los mismos ni entorpecer su tramitación.

---

62. Véase el comentario de estas sentencias de De Miguel Asensio, P.A. (2024). Criterio de origen de la Directiva sobre comercio electrónico y límites a las medidas de aplicación del Reglamento (UE) 2019/1150 sobre servicios de intermediación en línea. Blog de Pedro De Miguel Asensio (post de 30-5-2024), accesible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2024/05/criterio-de-origen-de-la-directiva.html>

63. Complementariamente, el considerando 26 reconoce el derecho de los Estados miembros a aplicar sus normas de Derecho penal y enjuiciamiento criminal, sin que sea necesario notificarlas a la Comisión; por su parte, el considerando 25 establece que los tribunales nacionales que conozcan de controversias de Derecho privado pueden adoptar medidas restrictivas de los SSI, de conformidad con las condiciones establecidas en la DCE.

Dicho esto, y a pesar de ello, la ya citada sentencia *Airbnb*, de 19 de diciembre de 2019, ha llegado, a mi juicio, a resultados sorprendentes. Como se recordará, se trataba de una acción penal en Francia, con ejercicio accesorio de la acción civil, contra la filial irlandesa de *Airbnb*, por supuestamente haber ejercido en Francia funciones de agente inmobiliario sin poseer la tarjeta profesional correspondiente. Desde luego, existían dudas razonables de hasta qué punto la actividad de *Airbnb* desde su establecimiento en Irlanda debía verse afectada por la ley francesa de 1970 sobre actividades de intermediación inmobiliaria (conocida como "Ley Hoguet"), pero ello no justifica las discutibles afirmaciones de la sentencia. Concretamente, el Tribunal traza una analogía entre el procedimiento de notificación del artículo 3.4.b), segundo guión, de la DCE con el que establece la Directiva 2015/1535, que prevé un procedimiento de información de proyectos de reglamentaciones técnicas relativas a los productos y de reglas sobre los SSI. De dicha analogía deduce que, con respecto al procedimiento previsto en la DCE, cabe aplicar la doctrina que, a propósito de lo que hoy es la Directiva 2015/1535, el TJUE inauguró con la sentencia *Cia Security*, de 30 de abril de 1996<sup>64</sup>. Como es sabido, en esta última sentencia el Tribunal de Luxemburgo afirmó que el incumplimiento por parte de un Estado miembro de la obligación, establecida por la Directiva 2015/1535 (entonces Directiva 83/189), de comunicar a la Comisión un proyecto de reglamento técnico antes de su adopción definitiva, comportaba que la reglamentación así adoptada no pudiera aplicarse a terceros. Entonces, en virtud de dicha analogía, considera que el incumplimiento por parte del Estado de destino del SSI de la obligación de notificación previa prevista en el artículo 3.4.b), segundo guión, de la DCE debe comportar la misma consecuencia, a saber, "la imposibilidad de invocar la normativa de que se trate contra los particulares"<sup>65</sup>. Entiendo, sin embargo, y a pesar de los argumentos expuestos en la sentencia, que semejante analogía es improcedente, puesto que los supuestos contemplados en ambas Directivas son fundamentalmente distintos: la Directiva 2015/1535 se refiere a proyectos de reglamentaciones técnicas, es decir, a proyectos de normas de carácter general, potencialmente aplicables a una pluralidad de destinatarios. En cambio, la obligación de notificación prevista en el artículo 3.4.b), segundo guión, de la DCE se refiere a una medida restrictiva específica frente a un "determinado servicio de la sociedad de la información", es decir, se trata de un acto de aplicación de carácter individual, frente a un destinatario concreto.

Pero, incluso si se admitiera la pretendida analogía entre ambos textos, no deja de ser sorprendente que se le reprochara al Estado francés no haber notificado la "Ley Hoguet" de 1970, aprobada treinta años antes de la DCE. El TJUE lo justifica con el argumento de que en dicha Directiva el legislador no previó una excepción que autorizara a los Estados miembros a mantener medidas an-

---

64. As. C-194/94, EU:C:1996:172.

65. Apartados 88 y 96 de la sentencia *Airbnb*.

teriores contrarias a sus disposiciones<sup>66</sup>. Ciertamente, estaría de acuerdo en que, con carácter general, los Estados miembros están obligados a adaptar su ordenamiento jurídico a los textos de Derecho derivado que vayan aprobándose, a no ser que el propio legislador de la Unión admita excepciones mediante las correspondientes disposiciones transitorias. Pero una cosa es esto y otra muy distinta considerar que una disposición específica que establezca obligaciones nuevas de procedimiento —como es el art. 3.4.c), segundo guión, de la DCE— deba producir efectos retroactivos. Admitir algo así podría producir resultados francamente sorprendentes. Como es obvio que el legislador francés, por muy preclaro que fuera, difícilmente habría podido imaginar en 1970 que treinta años más tarde estaría obligado a notificar la Ley Hoguet a la Comisión, ¿qué debiera hacer? ¿Tal vez debiera notificar la totalidad de su ordenamiento jurídico anterior a la Directiva a la Comisión, por si acaso pudiera tener algún efecto restrictivo de los SSI?<sup>67</sup> ¿Todos los Estados miembros debieran hacer lo mismo? Intuyo un trabajo digno de Hércules para los servicios de la Comisión...

Pero no terminan aquí los problemas. Incluso si se admitiera todo lo anterior, sería posible evitar una interferencia indebida en los procedimientos judiciales gracias a la ya mencionada reserva contenida en el artículo 3.4, que parece exentarlos del cumplimiento de lo previsto en el tan repetido segundo guión del artículo 3.4.b). Pues no es esta la manera de ver las cosas del TJUE, que se ocupa muy brevemente de la aplicabilidad o no de la disposición citada a los procesos judiciales en los cuatro últimos apartados de la sentencia. Para empezar, llama la atención que omita cualquier mención a la trascendencia que pudiera tener en este contexto el inciso “sin perjuicio de los procesos judiciales”. En vez de ello, afirma que la inoponibilidad de la medida no notificada se puede invocar no solo con ocasión de un proceso penal, sino también en un litigio entre particulares<sup>68</sup>. Ello le conduce a concluir que, en el marco de un proceso penal con ejercicio accesorio de la acción civil, en el que dicha parte civil solicite la reparación del daño supuestamente causado por la infracción, el incumplimiento de la obligación de notificación establecida en el artículo 3.4.b), segundo guión, comportaría que la “medida nacional” que estableciera esa infracción no pudiera

---

66. Ap. 87.

67. A este respecto, no está de más recordar que la “Ley Hoguet” no era una norma relativa a los SSI, servicios que no existían en aquel momento, sino una norma de carácter general que regulaba las condiciones de ejercicio de ciertas actividades relativas a determinadas operaciones sobre inmuebles y fondos de comercio.

68. Ap. 97. Cabe preguntarse si realmente hacía falta que hiciera esta última afirmación, habida cuenta de que el caso que motivó la cuestión prejudicial era el de un procedimiento penal. Parece que la razón que lo explica es que, tal como dice el Abogado General M. Szpunar en sus conclusiones de 30-4-2019, en sus observaciones escritas el Gobierno francés alegó, con carácter subsidiario de segundo grado, que un procedimiento penal iniciado por denuncia de un supuesto perjudicado que se personara como parte civil en el marco del proceso penal debiera considerarse un procedimiento entre particulares. Con ello pretendía justificar que la Directiva 2000/31 no sería aplicable al caso, y que por tanto la cuestión prejudicial planteada por el juez nacional tendría un carácter puramente hipotético (nota núm. 41).

oponerse al particular contra el que se siguiera el procedimiento penal, ni en lo que se refiere a la responsabilidad penal, ni tampoco a la responsabilidad civil derivada del delito<sup>69</sup>. Al margen de la mayor o menor justificación de que en el caso concreto se eximiera a *Airbnb* de tener que cumplir la “Ley Hoguet”, lo cierto es que la doctrina establecida por el TJUE es, a mi juicio, claramente insatisfactoria, y podría entorpecer la buena marcha de los procedimientos judiciales. Para empezar, y como decía anteriormente, no resulta adecuado intentar aplicar mecanismos de cooperación administrativa (o de aplicación “cooperativa” de normas europeas entre distintas Administraciones públicas nacionales<sup>70</sup>), al ámbito de la justicia penal o civil, que ya dispone de sus propias normas de asistencia judicial internacional, normas que se rigen por principios distintos. Es más, la doctrina que establece el TJUE en el caso *Airbnb* es de aplicación prácticamente imposible. Supongamos, por ejemplo, que se presentara una acción civil por competencia desleal contra *Airbnb* en Francia. ¿Qué es lo que debiera notificar el juez francés? ¿La “Ley Hoguet”? ¿La demanda? ¿Debiera suspender el procedimiento mientras la autoridad irlandesa y la Comisión tomaran cartas en el asunto? Suponiendo que la autoridad irlandesa (¿cuál?) decidiera tomar medidas, ¿debiera inhibirse del procedimiento el juez francés? O, yendo más allá, ¿debiera el juez francés declararse incompetente y sugerir al demandante que fuera a litigar al Estado en el que el prestador del SSI tuviera su establecimiento? Sinceramente, no creo que fuera la voluntad del TJUE crear, por la puerta de atrás, nuevas normas sobre procedimientos paralelos o sobre competencia de los tribunales en los ámbitos civil y penal, que por otra parte entrarían en contradicción manifiesta con las que hoy contiene el Derecho de la UE, y con la propia jurisprudencia del TJUE en casos coetáneos<sup>71</sup>. Por ello, y en mi opinión, el TJUE debiera revisar la doctrina establecida en el caso *Airbnb* en lo que se refiere a las obligaciones de información establecidas en el artículo 3.4.b), segundo guión, aclarando que debieran aplicarse únicamente en el contexto de las actuaciones administrativas (y, como máximo, por extensión, a la actuación de las jurisdicciones de tipo contencioso administrativo revisoras de la actuación de la Admi-

---

69. Apartados 98 y 99.

70. A propósito de las distintas variantes del reconocimiento mutuo, Agudo González, J. habla de un modelo regulativo “relacional”, que generaría necesariamente “conexiones cooperativas” entre las Administraciones de los Estados miembros (2019, cit., pp. 284-289).

71. Así, por ejemplo, en la antes citada sentencia *Eva Glawisching-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, de 3 de octubre de 2019, el TJUE admitió que una jurisdicción civil austríaca pudiera, sobre la base del art. 15.1 de la DCE, dictar una medida cautelar que obligue a un prestador del servicio de alojamiento de datos establecido en otro Estado miembro a suprimir los datos que almacene y cuyo contenido sea idéntico o esencialmente similar al de una información declarada ilícita con anterioridad, y a obligar a dicho prestador a suprimir los datos en cuestión, o a bloquear el acceso a los mismos, a nivel mundial (ap. 48-53). Por tanto, el TJUE dejó claras dos cosas: primero, la jurisdicción civil austríaca podía dictar una medida cautelar contra un prestador de servicios de alojamiento de datos establecido en Irlanda y, segundo, que la medida no tendría por qué limitarse a la retirada o bloqueo de datos en el Estado en el que radicara la jurisdicción, sino que podría ordenar su retirada o bloqueo a nivel mundial.

nistración). Ya puestos, también podría pensarse en una reforma legislativa del citado precepto que dejara este extremo meridianamente claro.

En los párrafos anteriores hemos podido observar algunos desajustes en la interpretación y aplicación del principio del Estado de origen plasmado en el artículo 3 de la DCE, especialmente por lo que se refiere a las condiciones para adoptar medidas que restrinjan los SSI procedentes de otro Estado miembro. Estos desajustes, sin embargo, creo que en parte pueden explicarse por las dificultades de manejo del principio establecido en el tan citado artículo 3, derivadas de su carácter poliédrico o polivalente: dependiendo del contexto, en ocasiones puede funcionar como una norma de conflicto de leyes; en otras, como norma de atribución de competencia a determinadas Administraciones, o como norma de reconocimiento de determinadas actuaciones administrativas de otro Estado. Por ello, a la hora de interpretarlo y aplicarlo, es preciso atender a la relación jurídica que se plantee en cada caso (de Derecho administrativo, de Derecho penal o de Derecho privado) para determinar la función concreta que la referencia al Estado de origen del artículo 3 DCE deba desempeñar en cada caso. El vasto alcance de dicha referencia, por la gran amplitud del “ámbito coordinado”, no nos deja otra opción.

## **6. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN EL RGPD: AUTORIDAD DE CONTROL “PRINCIPAL” Y OTRAS AUTORIDADES**

La DCE configura el marco general de los SSI, que convive con otras normas de carácter específico. Resulta de interés, por ello, examinar hasta qué punto el principio del país de origen se ha plasmado en dichas normas, y con qué límites. De entre ellas, y por su importancia, debemos destacar el Reglamento 2016/79, de 27 de abril de 2016, de protección de datos de carácter personal (RGPD). Como se recordará, la protección de datos de carácter personal y la confidencialidad de las comunicaciones son materias excluidas del ámbito de la DCE (art. 1.5.b y considerandos 14 y 15). No les resulta aplicable, por tanto, el principio del Estado de origen plasmado en su artículo 3, aunque obviamente las obligaciones dimanantes de la legislación de la Unión en estas materias son plenamente aplicables a los SSI. En la actualidad, el RGPD proporciona una regulación unitaria y directamente aplicable, al haber sido adoptada mediante Reglamento. Constituye un Derecho común de la Unión en materia de protección de datos, complementado por alguna norma específica, como la Directiva 2002/58, de 12 de junio de 2002, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. El RGPD es, por lo demás, un texto extenso y detallado, aun cuando en determinadas cuestiones permita un cierto margen a los legisladores estatales<sup>72</sup>.

---

72. Al respecto, De Miguel Asensio, P.A. (2023, cit., pp. 129-131).

El RGPD no contiene una norma similar al art. 3 DCE, ni tampoco tendría mucha trascendencia, visto el elevado grado, ya no de armonización, sino de unificación de la normativa de los Estados miembros que supone. La plasmación del principio del Estado de origen en el RGPD es distinta, y mucho más acotada, puesto que se limita al ámbito de la actividad de supervisión administrativa por autoridades especializadas, que son las agencias nacionales de protección de datos. Para el control del “tratamiento transfronterizo” (entre Estados de la UE) prevé el mecanismo llamado de “ventanilla única”, que significa distinguir entre la autoridad de control “principal” y las demás. El evidente objetivo es el de evitar que, con respecto a un mismo tratamiento de datos, los responsables o encargados pudieran verse sometidos a la competencia concurrente de varias autoridades nacionales. La competencia de control corresponde, en virtud del artículo 56.1 del RGPD, a la autoridad principal, que es la del Estado miembro donde esté el “establecimiento principal” del responsable o encargado del tratamiento de datos (o el establecimiento único, si solo tuviera uno en la Unión)<sup>73</sup>. Las autoridades de control de los demás Estados tendrían una función subsidiaria, complementaria o auxiliar, en los términos que el propio RGPD prevé (artículos 56.2, 56.5, 66). Como es lógico, el funcionamiento de este sistema de supervisión transnacional precisa de un elevado grado de colaboración entre las agencias nacionales de protección de datos, y ello explica que el Reglamento establezca mecanismos de cooperación de autoridades administrativas considerablemente desarrollados (artículos 60 a 62 y 65). Ahora bien, a los responsables o encargados que no dispongan de establecimiento en la UE, pero a pesar de ello estén obligados a cumplir las disposiciones del RGPD, no se les aplicará el sistema de “ventanilla única”, con la consecuencia de que potencialmente quedarán sujetos a la competencia concurrente de las autoridades de diferentes Estados miembros<sup>74</sup>.

El dispositivo normativo descrito ya ha tenido ocasión de pasar por el banco de pruebas de la jurisprudencia, y a este respecto resulta de particular interés la sentencia *Facebook Ireland Ltd.*, de 15 de junio de 2021<sup>75</sup>. Se trataba de un litigio ente la autoridad belga de protección de datos y tres sociedades del grupo Facebook, la matriz americana, la filial irlandesa y la filial belga. De acuerdo con la ley belga, el presidente de dicha autoridad podía someter a los tribunales cualquier controversia relativa a la normativa de protección de datos. De acuerdo con ello, la autoridad belga planteó, ante la jurisdicción belga, una acción de cesación en la que se pedía el cese del tratamiento, efectuado por la red social Facebook, de datos personales de los internautas en Bélgica, puesto que los estaría recogiendo sin su consentimiento. La jurisdicción belga planteó en su cuestión prejudicial si la autoridad belga tendría o no legitimación activa para

---

73. Sobre la noción de establecimiento principal, art. 4.16 del RGPD.

74. En general sobre la supervisión administrativa en materia de protección de datos, particularmente en caso de “tratamientos transfronterizos”, De Miguel Asensio, P.A. (2023, cit., pp. 163-166).

75. As. C-645/19, ECLI:EU:C:2021:483.

plantear semejante acción. En su prolija sentencia, el TJUE destaca que en los casos de “tratamiento transfronterizo” en el sentido del RGPD, es preciso respetar el mecanismo de “ventanilla única” y las funciones respectivas de la autoridad de control principal y de las demás. Por ello, concluye que una autoridad de control nacional que esté facultada, en virtud del artículo 58.5 del RGPD, a iniciar acciones ante una jurisdicción de su Estado en casos de supuesta infracción del RGPD, podrá ejercer dicha facultad, aun cuando no sea la autoridad de control “principal” (por no tener el responsable o encargado del tratamiento su establecimiento principal en dicho Estado miembro), siempre que se encuentre en alguna de las situaciones en las que el RGPD confiera a una autoridad de control que no sea la principal competencia para adoptar una decisión en la que se declare que el tratamiento controvertido incumple las normas del RGPD<sup>76</sup>.

Es decir, desde un punto de vista más general, ello significa que las autoridades o agencias administrativas de control que no sean la principal únicamente podrán actuar en los supuestos y condiciones en que el RGPD delimite su actividad. Uno de los supuestos previstos sería el del llamado “procedimiento de urgencia” que recoge el artículo 66.1 del Reglamento, que permite que, en circunstancias excepcionales, cuando una autoridad de control interesada (que no sea la principal) considere urgente intervenir para proteger los derechos y libertades de los interesados, podrá adoptar inmediatamente medidas provisionales destinadas a producir efectos en su territorio, cuya duración no podrá exceder de tres meses<sup>77</sup>.

## **7. EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE ORIGEN EN EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DIGITALES**

Una novedad legislativa de singular importancia en el ámbito de los SSI ha sido el Reglamento 2022/2065, de servicios digitales, de 19 de octubre de 2022, texto aplicable desde el 17 de febrero de 2024. A diferencia del RGPD, que reguló un ámbito material que había quedado fuera del alcance de la DCE, el RSD viene a regular un ámbito que se incluye en el dominio de la DCE, aunque sea más restringido, al aplicarse no a todos los SSI, sino únicamente a los llamados

---

76. Sobre todo, ap. 75.

77. A este respecto, en España recientemente se ha dado un caso interesante: en marzo de 2024 se dio a conocer la orden cautelar de cesación de actividad en España adoptada por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) contra la entidad *Tools for Humanity Corporation*, cuyo establecimiento principal en Europa estaría en Alemania; las razones de dicha medida estarían en que la citada entidad habría llevado a cabo en España actividades de recogida de datos biométricos (escaneo del iris) que habrían afectado a unas 400.000 personas (para más información, véase mi nota en: Gardeñes Santiago, M. (2024). Medida cautelar adoptada en el asunto Worldcoin: la AEPD ordena el cese inmediato de la actividad de recogida de datos biométricos en España. Blog *Derecho y digitalización empresarial* (post de 17-3-2024), accesible en: <https://webs.uab.cat/derecho-y-digitalizacion-empresarial/2024/03/17/medida-cautelar-adoptada-en-el-asunto-worldcoin-la-aepd-ordena-el-cese-inmediato-de-la-actividad-de-recogida-de-datos-biometricos-en-espana/>

“servicios intermediarios”, como serían los servicios de acceso, redes sociales, plataformas en línea o alojamiento de datos<sup>78</sup>; en suma, los SSI más importantes. El RSD supone un esfuerzo de unificación normativa a escala europea de gran trascendencia en cuanto a las obligaciones de los prestadores de tales servicios intermediarios, pero no es mi pretensión analizar detalladamente sus disposiciones<sup>79</sup>, sino que me centraré exclusivamente en dos aspectos: su relación con la DCE y el mecanismo de supervisión administrativa que establece.

Por lo que se refiere al primer aspecto, tal como establece su artículo 2.3, el RSD no afecta a la DCE, sino que la complementa en lo que se refiere a un tipo particular de SSI, los servicios intermediarios. Por ello, es lógico que los artículos 12 a 15 de la DCE, que regulaban hasta ahora el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, hayan sido derogados por el RSD y reemplazados por sus disposiciones. Pero, excepción hecha de esta derogación parcial, la DCE permanece incólume. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, tal como recuerda el considerando 9 del RSD, dicho Reglamento lleva a cabo una armonización plena de las normas aplicables a los servicios intermediarios, y por tanto los Estados miembros no pueden adoptar normas en la materia objeto de armonización, a menos que el Reglamento lo prevea expresamente. Ante semejante unificación normativa, aunque el principio del Estado de origen del artículo 3 DCE seguiría siendo vigente, perdería relevancia práctica en lo que se refiere a los servicios intermediarios<sup>80</sup>. Sin embargo, ello no impedirá que puedan aplicarse otras disposiciones del Derecho de los Estados miembros, cuando tales disposiciones persigan objetivos de interés público distintos de los que persigue el RSD, tal como recuerda el considerando 9 *in fine*. Entonces, será

---

78. Sobre la noción de servicios intermediarios, art. 3 g) del RSD; como señala De Miguel Asensio, el criterio principal de distinción entre servicios intermediarios y el resto de SSI radica en que los segundos serían típicamente los proveedores de contenidos que difunden información a través de los servicios intermediarios (2023., cit, p. 59).

79. Sobre el RSD, entre otros, De Miguel Asensio, P.A. (2023, cit. pp. 59-61, 69-103), Goñi Urriaza, N. (2023, cit. pp. 182-183), las distintas contribuciones publicadas en la obra colectiva dirigida por Castelló Pastor, J.J. (2024). *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*. Aranzadi, y Vilà Costa, B. (2022). The new Digital Markets Act and Services Market Act and its Relevance on EU Legal Harmonization. *Evrigenis Yearbook of International and European Law*, vol. 4 (pp. 209-219), cortesía de la autora. En su interesante trabajo, la profesora Vilà pone de relieve como el RSD, junto con su gemelo, el Reglamento de mercados digitales, suponen una asimilación y adaptación del método legal comunitario de los años ochenta del siglo XX (jurisprudencia *Cassis de Dijon*, nuevo enfoque en materia de reglamentaciones técnicas...) a la realidad de la sociedad digital. Ambos textos formularían nuevos conceptos legales para la realidad digital, para que esta pueda “recibir” las nuevas normas encaminadas a la protección de los derechos fundamentales, la privacidad, la seguridad y la protección de la competencia en el mercado, entre otros objetivos.

80. En este sentido, De Miguel Asensio, P.A., (2023, 2) El criterio de origen en la Directiva sobre el comercio electrónico y su interacción con el Reglamento de servicios digitales. *Blog de Pedro de Miguel Asensio*, post de 10-11-2023, accesible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2023/11/el-criterio-de-origen-en-la-directiva.html>; y también Feliu Álvarez de Sotomayor, S. (2024, cit., pp. 62-63).

dicho ámbito excluido de la acción armonizadora del RSD aquel en el que la referencia al Estado de origen conservará mayor trascendencia. Cabe añadir también que, como precisa el considerando 10 del RSD, dicho Reglamento se aplicará sin perjuicio de otros actos del Derecho de la UE que regulen los SSI en general, que regulen otros aspectos de la prestación de servicios intermediarios, o que complementen las normas del RSD, como sería el caso, por ejemplo, del Reglamento 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea<sup>81</sup>.

Por lo que se refiere a los mecanismos de supervisión administrativa<sup>82</sup>, son sin duda uno de los aspectos más destacables del RSD. En apretada síntesis, cabe señalar que el Reglamento establece un sistema de autoridades administrativas y de “coordinadores de servicios digitales<sup>83</sup>” para controlar el cumplimiento del Reglamento por los prestadores de servicios intermediarios (art. 49). A este respecto, el dato más destacable es que la autoridad del Estado miembro del establecimiento principal del prestador de servicios intermediarios tendrá una competencia que el artículo 56.1 expresamente declara “exclusiva”, y ello marca una importante diferencia con respecto a lo que establece el RGPD en el ámbito de la protección de datos que, como ya se ha visto, reconoce únicamente una competencia “principal”<sup>84</sup>. Asimismo, el RSD establece detallados mecanismos que permiten la colaboración entre las diversas autoridades supervisoras, incluyendo la posibilidad de investigaciones conjuntas (artículos 57 a 60)<sup>85</sup>. Otro aspecto muy destacable de la regulación de la acción supervisora en el RSD es que, en el caso de las plataformas de servicios en línea y motores de búsqueda de muy gran tamaño, confiere una competencia ejecutiva directa a la Comisión Europea (art. 56, apartados 2, 3 y 4), que incluye también la posibilidad de imponer multas (art. 74 y ss.).

---

81. A este respecto, entre otros, Goñi Urriza, N. (2023, cit., p. 193).

82. A este respecto, De Miguel Asensio, P.A. (2023, cit., pp. 100-102).

83. En España la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) ha sido la autoridad designada como coordinador de servicios digitales.

84. Para la determinación del establecimiento principal, véase el cdo. 123; para los prestadores sin establecimiento en la UE, la autoridad competente sería la del Estado miembro en que resida o esté establecido su representante legal en la UE (art. 56.6); si un prestador establecido en un Estado tercero no designara un representante legal de conformidad con el art. 13 del Reglamento, en tal caso quedaría sujeto a la competencia supervisora de todos los Estados miembros (art. 56.7), lo que sin duda constituiría un incentivo para designar al representante en cuestión.

85. Prevé, por ejemplo, que los interesados puedan presentar reclamaciones ante la autoridad del Estado de su residencia, que las transmitirá al coordinador de servicios digitales del Estado de establecimiento del prestador del servicio (art. 53). También prevé que los coordinadores de los Estados de destino puedan pedirle al de establecimiento del prestador que actúe (art. 58.1). Se crea una Junta Europea de Servicios Digitales, con funciones consultivas, integrada por los coordinadores de los Estados miembros (art. 61).

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se ha destacado el carácter poliédrico o polivalente del principio del Estado de origen cristalizado en el artículo 3 de la DCE. Ello se debe al amplísimo alcance del ámbito coordinado en el que se aplica, que, como muy claramente ha demostrado la jurisprudencia, se proyecta tanto sobre aspectos de Derecho público como de Derecho privado. Este amplio alcance confiere fortaleza al principio del Estado de origen, que se convierte así en un poderoso instrumento de integración del mercado europeo de SSI. Pero, al mismo tiempo, supone una debilidad, por las dificultades técnicas derivadas de tener que aplicar dicho principio en contextos muy distintos. Por ello, se hace necesario distinguir unos de otros y así evitar extrapolaciones inadecuadas entre ellos.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las relaciones de Derecho privado, la referencia al Estado de origen implica claramente una función de coordinación de ordenamientos. Bien es cierto que el TJUE no ha obligado a los Estados miembros a incorporar el artículo 3 de la DCE en la forma de una norma de conflicto bilateral, pero está claro que el mentado artículo 3 tiene una función conflictual, cuya finalidad es asegurar que el prestador de SSI pueda valerse de la ley de su Estado de establecimiento. En este sentido, se ha destacado, a mi juicio acertadamente, que el Derecho de la Unión suministraría el material para un “pedazo” de la norma de conflicto, y que el resto lo proporcionarían, bien las normas estatales, bien el Derecho europeo armonizado. De hecho, declarar que una ley resultará aplicable con el límite derivado de otra es un mecanismo ya conocido, que se integra en el propio funcionamiento de algunas normas de conflicto de leyes<sup>86</sup>. Así ocurriría, por ejemplo, cuando el artículo 6.2 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, establece que en los contratos de consumo las partes podrán pactar la ley aplicable, aun cuando dicha elección no podrá impedir que se apliquen las normas no derogables por contrato de la ley que hubiera resultado aplicable a falta de elección (la del Estado de residencia del consumidor)<sup>87</sup>. Las normas imperativas de la ley del Estado de residencia del consumidor se convierten, entonces, en el límite infranqueable o régimen prevalente en caso de conflicto con la ley pactada. Algo parecido ocurriría entonces con la ley del Estado de origen del prestador de SSI establecido en la UE: podrá resultar aplicable otra ley, pero si fuera más restrictiva para el prestador que la del Estado de su establecimiento, prevalecería esta última<sup>88</sup>. A la hora de valorar esta solución, se ha criticado su carác-

---

86. En este sentido, Forner Delaygua, J.J. (2013, cit., p. 422).

87. Aparte del ejemplo del art. 6.2, el autor citado menciona los de los arts. 3.3, 3.4 y 8.1 del Reglamento en cuestión, y también el del art. 14.3 del Reglamento 864/2007 (*ibid.*, p. 422).

88. Como señala Forner Delaygua, la Directiva atribuye a la ley del Estado de origen —a la que dicho autor llama “ley respetable”— un “título superior” para su aplicación (2013, cit., pp. 425-426). Ahora bien, no creo que el resultado al que llegó el TJUE en el caso *eDate* resulte sorprendente, a la vista de los considerandos tanto de la DCE (núm. 23) como del Reglamento 864/2007 (núm. 35, se-

ter desequilibrado en favor del prestador del servicio, en detrimento de la otra parte<sup>89</sup>. En mi opinión, sin embargo, esta crítica es susceptible de alguna matización. Para empezar, es cierto que el principio del Estado de origen se tiñe de una orientación *business friendly* o *pro emprenditoris*, pero ello no es de extrañar. Desde sus propios inicios jurisprudenciales, la regla de reconocimiento mutuo en el ámbito de las libertades del mercado interior, así como el principio del Estado de origen, que es su heredero en determinados actos legislativos, han buscado favorecer la integración económica en el mercado interior mediante la eliminación (o, como mínimo, minimización) de la carga que para los operadores económicos supone la doble o múltiple regulación. Es más, en el caso particular del artículo 3 de la DCE, la regla establecida se explicaría por el contexto esencialmente transnacional y ubicuo en el que se desenvuelven los SSI, que podrían verse seriamente limitados por la aplicación cumulativa de una multiplicidad de leyes estatales. Finalmente, creo que tampoco es ocioso recordar que el legislador de la Unión adoptó medidas para evitar los efectos del principio del Estado de origen que hubieran podido ser más negativos: como ya se ha explicado, en el anexo de la DCE se excluye la materia de los contratos de consumo del principio del Estado de origen, y así se evita que el contratante típicamente débil, el consumidor, quede forzosamente sujeto a la ley del Estado de establecimiento del prestador. Por todo ello, y a fin de cuentas, creo que la solución del artículo 3 de la DCE, que además se aplica únicamente en el marco del mercado interior europeo, es aceptable. Ahora bien, también es cierto que hay algún aspecto concreto que podría reconsiderarse. Se ha puesto de relieve, no sin razón, que la referencia al Estado origen del prestador (típicamente, el editor de contenidos digitales), en lo que se refiere a su régimen de responsabilidad civil por vulneración de los derechos de la personalidad, puede resultarle injustificadamente ventajosa, en detrimento de las posibles víctimas<sup>90</sup>. Entiendo que este desajuste podría resolverse en una futura reforma del Reglamento 864/2007, que revise la exclusión de su ámbito material de las vulneraciones de los derechos de la personalidad, hoy contenida en su artículo 1.2.g). En el marco de esta posible reforma futura, podría erigirse una regla de conflicto específica para dicho tipo de daños, que prevaleciera, dentro su ámbito de aplicación, sobre la referencia al Estado de origen del artículo 3 de la DCE<sup>91</sup>.

---

gundo párrafo); en el ámbito de las obligaciones contractuales, véase, en los mismos términos, el cdo. 40, segundo párrafo, del Reglamento 593/2008.

89. *Ibid.*, pp. 422 y 426.

90. *Ibid.*, p. 426.

91. En efecto, nada impediría que en una norma de Derecho derivado posterior a la DCE el legislador reformara o limitara el alcance del principio del país de origen de su artículo 3. Una solución relativamente sencilla sería incluir en el anexo de la DCE la materia de la responsabilidad extracontractual relacionada con los derechos de la personalidad, poniéndola así a resguardo del alcance del principio del país de origen, tal como hoy se hace con los contratos de consumo o los derechos de autor y derechos afines. En todo caso, entiendo que una futura reforma debiera incluir una indicación expresa en el sentido de que la norma de conflicto adoptada por el legislador prevalezca sobre la referencia a la ley del Estado de origen del art. 3 de la DCE, porque si no se hiciera así seguiría prevale-

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las relaciones del Derecho público, la función del principio del Estado de origen del artículo 3 de la DCE sería distinta: ya no se trataría de determinar la “ley aplicable” a una determinada relación jurídica, sino la de determinar el Estado miembro cuyas autoridades resulten competentes para regular y supervisar la actividad de los prestadores de SSI. Debido a la correlación entre autoridad administrativa competente y Derecho aplicable propia del Derecho público (principio de que la autoridad administrativa aplica su propia ley), en este ámbito la referencia al “régimen jurídico” del Estado de origen no lo es únicamente a sus normas, sino también a la actuación de sus autoridades. Es más, en la esfera del Derecho público las cuestiones de eficacia transnacional muchas veces se plantean como cuestiones de reconocimiento de la actuación de una autoridad extranjera (actos públicos, autorizaciones, títulos...). Por ello, la referencia del artículo 3 de la DCE puede entenderse como una norma para determinar el Estado miembro cuyas autoridades administrativas tendrán competencia, con carácter principal y salvo excepciones acotadas por la propia Directiva, para supervisar la actuación de los prestadores de SSI. Esta función de la referencia al Estado de origen como criterio de atribución de competencia de la autoridad administrativa se plasmaría muy claramente en los dos textos posteriores a la DCE que han sido objeto de análisis en este trabajo: el RGPD y el RSD. En el primero de ellos la autoridad de control del Estado del establecimiento principal dispone de la competencia “principal”, y las demás autoridades desempeñan una función secundaria o complementaria. En el segundo Reglamento, en cambio, el rol de la autoridad del Estado de establecimiento principal se refuerza: su competencia pasa de ser principal a ser “exclusiva”. Sin embargo, ambos textos tienen en común que establecen detallados mecanismos de cooperación entre dichas autoridades administrativas, sin los cuales el sistema no podría funcionar adecuadamente.

Resulta oportuno poner de relieve que no tener suficientemente en cuenta las especificidades de los distintos contextos en los que la referencia al Estado de origen del artículo 3 de la DCE pueda plantearse (civil, penal o administrativo) puede conducir a resultados disfuncionales. Esto es lo que, a mi juicio, habría ocurrido, como ya he explicado en este trabajo, en el caso de la sentencia *Airbnb* de 2019, que adolece, siempre en mi opinión, de dos defectos graves: por un lado, que estableciera una analogía entre el procedimiento de la Directiva 2015/1535, que se aplica a proyectos de normas de alcance general, y los requisitos procedimentales del mecanismo de excepción que prevé el artículo 3.4.b), segundo guión, de la DCE, pensado para las medidas de aplicación en caso concretos. Por otro lado, es a mi juicio aún más grave que, para poder adoptar una medida que restrinja la referencia al Estado de origen, la citada sentencia declarara aplicables, en el marco de los procedimientos judiciales penales y civiles, unas exigencias de procedimiento diseñadas para la comunica-

---

ciendo el citado art. 3, tal como se desprende del segundo párrafo del considerando 35 del Reglamento 864/2007.

ción y colaboración entre autoridades administrativas. Como se ha explicado en este trabajo, semejante intromisión de mecanismos típicos de la cooperación administrativa en el ámbito de la asistencia o cooperación judicial en materia penal o civil puede resultar muy problemático. Por ello, entiendo que la doctrina sentada en el asunto *Airbnb* de 2019 debiera ser objeto de una urgente revisión.

Por último, cabe añadir que, aunque el principio del Estado de origen proclamado en el artículo 3 de la DCE siga siendo una pieza fundamental del marco regulatorio de los SSI en el mercado interior, en los últimos años puede haber perdido algo de su trascendencia práctica, al menos por lo que se refiere a la determinación del contenido de las normas aplicables. Ello se debería al importante avance de la armonización de legislaciones en el sector digital, con la consiguiente eliminación o minimización de las disparidades normativas entre los Estados miembros<sup>92</sup>. En cambio, en el terreno de la determinación de la competencia supervisora de las autoridades administrativas, la armonización de legislaciones habría producido precisamente el efecto contrario, puesto que habría reforzado el rol de la autoridad del Estado de establecimiento principal del prestador. El ejemplo más destacado es el del antes analizado RSD, que otorga a la competencia de dicha autoridad un carácter exclusivo<sup>93</sup>.

## **JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

Sentencia *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979 (as. C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42).

Sentencia *Keck*, de 24 de noviembre de 1993 (as. C-267/91 y C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905).

Sentencia *Cia Security*, de 30 de abril de 1996 (as. C-194/94, EU:C:1996:172).

Sentencia *eDate Advertising*, de 25 de octubre de 2011 (as. C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685).

Sentencia *de Visser*, de 15 de marzo de 2012 (as. C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142, ap. 69-72).

Sentencia *Papasavvas*, de 11 de septiembre de 2014 (as. C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209).

Sentencia *Vanderborght*, de 4 de mayo de 2017 (as. C-339/15, ECLI:EU:C:2017:335).

Sentencia *Asociación Profesional Élite Taxi*, de 20 de diciembre de 2017 (as. C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981).

---

92. En este sentido, Feliu Álvarez de Sotomayor, S. señala que, durante casi dos décadas, la regulación del comercio electrónico se vio reducida a la DCE, que con el tiempo habría devenido insuficiente. Sin embargo, a partir de 2019 se habría producido una “eclosión” de normas armonizadoras del sector digital a escala de la Unión (2024, cit., p. 43).

93. Habría que matizar a este respecto que, en lo que se refiere a la autoridad administrativa de control, hay ocasiones en que la legislación armonizada se ha apartado del modelo de control por el Estado de origen, cuando otorga la competencia supervisora a una autoridad supranacional como la Comisión Europea.

Sentencia *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort*, de 30 de enero de 2018 (as. C-360/15 y C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44).

Conclusiones del Abogado General M. Szpunar en el asunto *Airbnb* (as. C-390/18), presentadas el 30 de abril de 2019 (ECLI:EU:C:2019:336).

Sentencia *Austria c. Alemania*, de 18 de junio de 2019 (as. C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504).

Sentencia *Eva Glawishnig-Pieszczek c. Facebook Ireland*, de 3 de octubre de 2019 (as. C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821).

Sentencia *Airbnb Ireland*, de 19 de diciembre de 2019 (as. C-390/18, ECLI:EU:C:1112).

Sentencia *A contra Daniel B y otros*, de 1 de octubre de 2020 (as. C-49/18, ECLI:EU:C:2020:764).

Sentencia *La Quadrature du Net*, de 6 de octubre de 2020 (as. C-511/18 y otros, ECLI:EU:C:2020 :791).

Sentencia *Star Taxi App*, de 3 de diciembre de 2020 (as. C-62/19, ECLI:EU:C:2020:980).

Sentencia *Facebook Ireland Ltd.*, de 15 de junio de 2021 (as. C-645/19, ECLI:EU:C:2021:483).

Sentencia *Airbnb Ireland y Airbnb Payments UK*, de 22 de diciembre de 2022 (as. C-83/21, ECLI:EU:C:2022:1018, ap. 25).

Sentencia *Booky.fi Oy*, de 23 de marzo de 2023 (as. C-662/21, ECLI:EU:C:2023:239).

Sentencia *Viagogo AG*, de 27 de abril de 2023 (as. C-70/22, ECLI:EUC:2023:350).

Sentencia *Google Ireland*, de 9 de noviembre de 2023 (as. C-376/22, ECLI:EU:C:2023:835).

Sentencia *Doctipharma*, de 29 de febrero de 2024 (as. C-606/21, ECLI:EU:C:2024:179).

Sentencia *Airbnb Ireland UC y Amazon Services Europe Sarl*, de 30 de mayo de 2024 (as. C-662/22 y C-667/22, ECLI:EU:C:2024:432).

Sentencia *Google Ireland y Eg Vacation Rentals Ireland*, de 30 de mayo de 2024 (as. C-664/22 y C-666/22, ECLI:EU:C:2024:434).

Sentencia *Amazon Services Europe*, de 30 de mayo de 2024 (as. C-665/22, ECLI:EU:C:2024:435).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2019). La articulación de las relaciones jurídicas transnacionales mediante las variantes del reconocimiento mutuo. Agudo González, J. (dir.). *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*. Aranzadi (pp. 181-310).
- BALLESTA MARTÍ, L. (2023). *The Communication to the Public of Musical Works Online in the European Union's Legislation: Striving for a Fair Balance*. Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona.
- BASEDOW, J. (1995). Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt. *Rabels Z.* (pp. 1-55).

- CASTELLÓ PASTOR, J.J. (dir.) (2024). *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*. Aranzadi.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. (2022). *Derecho privado de Internet*. Thomson Reuters (6ª ed.).
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2023). *Manual de Derecho de las nuevas tecnologías*. Aranzadi.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., (2023, 2) El criterio de origen en la Directiva sobre el comercio electrónico y su interacción con el Reglamento de servicios digitales. *Blog de Pedro de Miguel Asensio*, post de 10-11-2023, accesible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2023/11/el-criterio-de-origen-en-la-directiva.html>
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2024). Criterio de origen de la Directiva sobre comercio electrónico y límites a las medidas de aplicación del Reglamento (UE) 2019/1150 sobre servicios de intermediación en línea. *Blog de Pedro De Miguel Asensio* (post de 30-5-2024), accesible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2024/05/criterio-de-origen-de-la-directiva.html>
- EL HAGE, Y. (2022). *Le droit international privé à l'épreuve de l'Internet*. L.G.D.J.
- FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S. (2024). Ámbito territorial y aplicación del principio de control en origen en el Reglamento (UE) de servicios digitales. Castelló Pastor, J.J. (dir.), *Análisis del Reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*. Aranzadi (pp. 41-67).
- FORNER DELAYGUA, J.J. (2013), "Ley aplicable y ley respetable". Forner Delaygua et al. *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons (pp.417-427).
- GARDEÑES SANTIAGO, M. (2019). El reconocimiento mutuo en la Unión Europea: su naturaleza jurídica a la luz de las técnicas o métodos del Derecho internacional privado. Agudo González, J. (dir.). *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*. Aranzadi (pp. 123-179).
- GARDEÑES SANTIAGO, M. (2024). Medida cautelar adoptada en el asunto Worldcoin: la AEPD ordena el cese inmediato de la actividad de recogida de datos biométricos en España. *Blog Derecho y digitalización empresarial* (post de 17-3-2024), accesible en: <https://webs.uab.cat/derecho-y-digitalizacion-empresarial/2024/03/17/medida-cautelar-adoptada-en-el-asunto-worldcoin-la-aepd-ordena-el-cese-inmediato-de-la-actividad-de-recogida-de-datos-biometricos-en-espana/>
- GOÑI URRIZA, N. (2023), *La libre circulación de servicios en la Unión Europea: El régimen de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y su aplicación por los tribunales españoles*. Bosch.
- HELLNER, M. (2004). The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive: A Conflict with Conflict of Laws? Fuchs, A., Muir Watt, H. y Pataut, E. (dirs). *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*. Dalloz (pp. 205-224).

- MATTERA, A. (1991). Les principes de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle en matière de libre circulation de personnes et des services: de l'arrêt Thieffry aux arrêts Vlassoupoulou, Mediawet et Dennemayer. *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 4 (pp. 191-203).
- PICONE, P. (2004). Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordenamenti. Picone, P. (ed.). *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*. Cedam.
- TEBBENS, H.D. (1994). Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire. *Revue critique de droit international privé* (pp. 451-481).
- THOMALE C. y WELLER, M.-P. (2017). Country of origin rule. Basedow. J et al. (ed.). *Encyclopaedia of Private International Law*. Elgar (pp. 479-483).
- VILÀ COSTA, B. (2022). The new Digital Markets Act and Services Market Act and its Relevance on EU Legal Harmonization. *Evrigenis Yearbook of International and European Law*, vol. 4 (pp. 209-219), cortesía de la autora.