La determinación de la ley aplicable a la responsabilidad de las plataformas de alojamiento vacacional atendiendo al principio del país de origen y a la libre prestación de servicios

The determination of the law applicable to the responsibility of holiday accommodation platforms taking into account the principle of the country of origin and the freedom to provide services

JOSEP GUNNAR HORRACH ARMO

Profesor Ayudante en Derecho Internacional Privado,
Universidad de las Islas Baleares

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2021.001

Bitácora Millennium, Nº 13 (enero-junio 2021)

Zaragoza, junio 2021

Editorial tirant lo blanch

Abstract

En este trabajo se analiza la determinación de la ley aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (en especial, de las plataformas de alojamiento vacacional) teniendo presente las particularidades del principio del país de origen y el principio de libre prestación de servicios de los artículos 3.1 y 3.2 de la Directiva de comercio electrónico.

This paper analyzes the applicable law to information society service providers (especially from holiday accommodation platforms), bearing in mind the particularities of the country of origin principle and the principle of freedom to provide services of articles 3.1 and 3.2 of the E-commerce directive.

Palabras clave: Principio del país de origen; principio de libre prestación de servicios; TJUE; Directiva de comercio electrónico

Key words: *Country of Origin Principle, principle of freedom to provide services; ECJ, Electronic Commerce Directive*

Sumario

I. Introducción

II. Delimitación del ámbito coordinado

III. El principio del país de origen: interpretación y aplicación

IV. Las consecuencias del principio de libre prestación de servicios

1. La aplicación escalonada de los artículos 3.1 y 3.2 DCE

2. La aplicación alternativa o simultánea de los arts. 3.1 y 3.2 DCE

V. Conclusiones

I. Introducción*

En el presente trabajo intentamos explicar de forma sintética la relación entre el principio del país de origen previsto en el artículo 3.1 de la Directiva de comercio electrónico[1] (DCE, en adelante) y el principio de libre prestación de servicios inserto en el art. 3.2 DCE. Asimismo, analizamos la incidencia que tienen estos principios en la determinación de la ley aplicable en casos de responsabilidad (contractual, extracontractual y administrativa) respecto de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (PSSI, en adelante), en concreto, atendiendo a las plataformas de alojamiento vacacional (PAV, en adelante).

Este estudio se realiza teniendo presente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 19 de diciembre de 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112, en cuyo pronunciamiento el alto tribunal dilucida, por vez primera, cómo debe aplicarse el mecanismo previsto en los artículos 3.2 y 3.4 DCE y las consecuencias de su incumplimiento. Ello permite encajar todas las piezas del rompecabezas e indicar así cuándo los PSSI podrán alegar el principio del país de origen previsto en el artículo 3.1 DCE y en qué ocasiones podrán alegar, directamente, la aplicación del mecanismo previsto en los arts. 3.2 y 3.4 DCE. Ello permitirá a los PSSI impedir la aplicación de la normativa que, en principio, debía resultar aplicable con carácter general, ya sea porque esta es más restrictiva que la prevista en su normativa de origen (art. 3.1 DCE) o porque resulta contraria a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información (arts. 3.2 y 3.4 DCE).

II. Delimitación del ámbito coordinado

Con carácter previo al análisis del principio del país de origen y el principio de libre prestación de servicios, se hace necesario acotar las materias que se verán afectadas por los referidos principios, cuestión que abordamos en este primer epígrafe. A tal efecto, cabe traer a colación la Directiva de Comercio Electrónico, la cual tiene como objetivo fundamental crear un marco jurídico que garantice la libre

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto DER 2017-83073-R «Tratamiento legal del turismo colaborativo y plataformas online» financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Fecha de recepción del original: 18 de noviembre de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de diciembre de 2020.

[1] Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. DOUE núm. 178 de 17.07.2000.

circulación de los servicios de la sociedad de la información (en adelante, SSI) entre Estados miembros. Con ese objetivo, las medidas previstas en la DCE se limitan al mínimo necesario para conseguir el correcto funcionamiento del mercado interior[2]. De entre todas estas medidas insertas en la DCE, el análisis del presente trabajo se centrará en los artículos 3.1 y 3.2 DCE, el primero de los cuales recoge el llamado «principio del país de origen» y el segundo el «principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información».

Tanto el art. 3.1 como el art. 3.2 DCE se refieren al ámbito coordinado, el cual viene definido en el artículo 2.h) DCE, indicando que este se refiere a «los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información […]». En concreto «se refiere a los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con: - el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones, -el ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información […]». Entre estos últimos se encuentran los relativos al comportamiento del PSSI, los requisitos de calidad o contenido del servicio o los relativos a la responsabilidad del prestador del servicio [art. 2.h.i) DCE][3]. Descrito de esta forma, observamos que el ámbito coordinado tiene una gran amplitud y no se refiere a una concreta rama jurídica, sino que afecta a todas aquellas normas que, con independencia de su naturaleza jurídica, impongan requisitos al inicio o ejercicio de la actividad desarrollada por los PSSI (estas puedan tener naturaleza civil, mercantil, administrativa o, incluso, penal).

En este sentido, el TJUE ha interpretado que el Derecho civil en bloque queda integrado en el ámbito coordinado de la DCE[4]. La doctrina ha criticado esta desmesurada amplitud del ámbito coordinado en materias tan dispares y, sobre todo, en relación con materias sobre las cuales la armonización se proyecta de forma muy limitada[5]. En todo caso, por lo que aquí interesa, parece claro que los requisitos y exigencias impuestas a la actividad de intermediación realizada por las plataformas

[2] En este sentido se pronuncia el considerando 10º de la DCE. Asimismo, véase el ap. 57 de la STJUE de 25 octubre de 2011, eDate Advertising y otros, C-509/09, EU:C:2011:685.
[3] Asimismo, véase el considerando 21º de la DCE.
[4] STJUE de 25 octubre de 2011, eDate Advertising y otros, C-509/09, EU:C:2011:685 (ap. 58).
[5] Véase, a tal efecto: DE MIGUEL ASENSIO P.A. "Marco regulador de la actividad internacional de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en: PLAZA PENADES J. (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y tecnologías de la información y la comunicación,* Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 298-320, p. 311. Asimismo, *vid*.: SOMMA A. *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pp. 242 a 244. Finalmente, *vid*.: MONTEAGUDO MONEDERO M. "El ámbito de aplicación de la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: en particular, acerca de la incidencia del principio de control de origen", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 4, 2003, p. 53.

de alojamiento vacacional entran dentro del ámbito coordinado, así como los distintos regímenes de responsabilidad derivados de la prestación de los servicios de la sociedad de la información [art. 2.h.i) DCE]. No obstante, los requisitos relativos a la prestación del servicio de arrendamiento vacacional realizado por medios no electrónicos no se subsumen dentro del ámbito coordinado (v.g. servicios de limpieza, medidas de seguridad del inmueble, dimensiones mínimas, período máximo de arrendamiento, etc.) [art. 2.h.iii) DCE].

Debido a su trascendencia, de entre todas las cuestiones contempladas en el ámbito coordinado, en el presente trabajo centramos el foco de atención en los regímenes de responsabilidad aplicables a las PAV (respecto de los SSI que puedan prestar)[6], por constituir, a nuestro parecer, la cuestión que suscita más interrogantes jurídicos desde el plano del DIPr. En concreto, analizamos cómo deben aplicarse las normas de conflicto respecto de los distintos regímenes de responsabilidad (administrativa, contractual o extracontractual) y qué incidencia tienen, a este respecto, el principio del país de origen (art. 3.1 DCE) y el principio de libre prestación de servicios (3.2 DCE). Sin embargo, en este estudio no se analiza la posible aplicación del régimen de exoneración previsto en la DCE respecto de los servicios de intermediación, el cual será aplicable cuando se cumplan una serie de requisitos (v.g. ausencia de conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos almacenados) y, que, por lo que aquí interesa, únicamente resulta aplicable respecto de los datos de terceros alojados en la plataforma[7].

[6] La trascendencia del régimen de responsabilidad en el marco del ámbito coordinado se justifica desde una doble perspectiva: a) En primer lugar, debemos tener presente que el incumplimiento de los requisitos relativos al ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información derivará normalmente en algún tipo de responsabilidad para el infractor (aunque también es cierto que puede derivar en la denegación de una autorización o permiso para iniciar o continuar ejerciendo una determinada actividad). b) En segundo lugar, las cuestiones sobre responsabilidad se plantearán en el seno de un proceso judicial o procedimiento administrativo, en cuyo momento será necesario plantearse cuál es la ley aplicable (para determinar el régimen de responsabilidad aplicable) y qué incidencia tienen, a estos efectos, los principios establecidos en los arts. 3.1 y 3.2 DCE.

[7] En este sentido, *vid*.: FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S. "Modelos colaborativos en plataformas digitales: nuevos retos para los negocios internacionales y para el derecho internacional privado", *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Tomo XVIII, 2018, pp. 399-424, p. 406. Como indica la citada autora, «el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de las plataformas digitales se determina mediante las normas pertinentes sobre responsabilidad contractual y extracontractual que se establecen en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, eximiendo de responsabilidad únicamente en lo que a alojamiento de datos de la plataforma digital se refiere, conforme el art. 14 DCE».

III. El principio del país de origen: interpretación y aplicación

El art. 3.1 DCE recoge lo que la doctrina califica como «principio del país de origen» o «principio de control en origen»[8]. En los prolegómenos de la Directiva de comercio electrónico, tras un intenso debate y reflexión sobre las repercusiones transfronterizas de este principio, una parte de la doctrina entendió que el art. 3.1 DCE era una norma de conflicto[9], mientras que otra parte concluyó que este principio no tenía alcance conflictual[10]. Tras varios años de incertidumbre, el TJUE disipó finalmente las dudas al indicar que el art. 3.1 DCE no constituía una norma de conflicto[11]. En su interpretación conjunta de los arts. 3.1 y 3.2 DCE[12], el TJUE

[8] A tal efecto, *vid*.: FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S. "Modelos colaborativos…", *op. cit.*, p. 410. OFFERMANN K.H. *Private International Law. Electronic Commerce- Country of Destination Principle*, Legal Affairs Series (European Parliament), Luxemburgo, 2001, p. 19. BOGDAN M. "Defamation on the internet, Forum delicti and the E-commerce Directive: some comments on the ECJ Judgment in the eDate Case", en: BONOMI A. y PAOLO ROMANO G. *Yearbook of private international law*, Vol. XIII, Lausanne, Sellier European law publishers, 2012, pp. 483-492, p. 486. HELLNER M. "The country of origin principle in the E-commerce Directive: A Conflict with conflict of Laws?", *European Review of Private Law*, Issue 2, vol. 12, 2004, pp. 193-213, p. 205. MICHAEL R. "Eu Law as private International Law? Re-conceptualising the Country-of-origin principle as vested Rights Theory", *Zentrum für Europäische Rechtspolitik*, núm. 5, 2006, pp. 1-48, p. 8. CACHARD O. "Le Domaine Coordonné par la Directive sur le commerce électronique et le droit international privé": LESGUILLONS H. *De Droit des affaires internationals, International Business law*, París, Forum Europeen de la Communication, 2004, p. 173.

[9] BRENN C. "Der elektronische Geschäftsverkehr", *Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)*, 1999, pp. 481-490, p. 482. MANKOWSKI P. "Besondere Formen von Wettbewerbsverstößen im Internet und Internationales Privatrecht", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1999, pp. 995-1003. MANKOWSKI P. "Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrech der e-commerce-Richtlinie", *ZVglRWiss*, vol. 100, 2001, pp. 137-181, p.141. JANSEN T. "Zivilrechtliche Aspekte des E-commerce Die EU-Richtlinie für den elektronischen Geschäftswekehr", *Stichwortverzeichnis*, 2000, pp. 125-126. METZGER A. "E-Commerce-Richtlinie verabschiedet", *Computer und Recht*, 2000, p. 409. DETHLOFF N. "Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs", *Juristenzeitung (JZ)*, 2000, pp. 179-185, p. 181.

[10] FEZER K.H. y KOOS S. "Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die E-commerce Richtlinie", *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 20, 2000, pp. 349-354, p. 352. AHRENS H.J. "Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie", *Computer und Recht*, vol. 16, 2000, pp. 835-841, p. 838. GIERSCHMANN S. "Die E-Commerce-Richtlinie", *Deutsche Bauzeitung*, 2000, pp. 1315-1319, p. 1316. HOEREN T. "Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce. Eine erste kritische Analyse", *Multimedia und Recht*, 1999, pp. 192-199, p. 195. OHLY A. "Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht", *GRUR Int.*, vol. 50, 2001, pp. 899-908, p. 902. DE MIGUEL ASENSIO P.A. "Marco regulador…", *op. cit.*, p. 313.

[11] STJUE de 25 de octubre de 2011, eDate Advertising y otros, C-509/09, EU:C:2011:685. A tal efecto, el TJUE recalcó que debía tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 1.4 DCE, según el cual la DCE no establece normas adicionales de DIPr relativas a conflictos de leyes, por lo que la cláusula de mercado interior del art. 3.1 DCE no determina su calificación como norma de Derecho internacional privado (ap. 60 y 61).

[12] Debemos advertir que al referirnos al principio del país de origen nos estamos refiriendo al art. 3.1 DCE, sin perjuicio de que, como hemos visto, el TJUE haya interpretado el art. 3.1 tomando en consideración el art. 3.2 DCE. Y ello porque entendemos que el art. 3.1 DCE recoge el principio del

concluyó que estos preceptos no prohíben a los Estados miembros aplicar sus normas materiales conforme a su derecho conflictual, sino que éstas no puedan suponer una restricción de la libre prestación de los SSI[13]. De todo ello se infiere que, siempre que no se impongan requisitos más severos que los recogidos en la normativa del EM de origen del PSSI, los EM pueden aplicar sus propias normas materiales, incluso las relativas al ámbito coordinado, en virtud de las normas de conflicto que resulten de aplicación[14]. Teniendo presente esta interpretación, seguidamente analizamos cómo debe aplicarse este principio respecto de un PSSI (y, en concreto, de una PAV) establecido en un EM que dirija sus servicios hacia los destinatarios situados en España. A tal efecto, seguimos el siguiente esquema: a) Primero, calificamos jurídicamente los hechos. b) El primer paso es fundamental para determinar, en segundo lugar, cuál será la norma de conflicto aplicable. c) En tercer lugar, aplicamos los principios derivados de la DCE cuando proceda (arts. 3.1 y 3.2).

En cuanto a la calificación jurídica, aunque pueda parecer innecesaria, en ocasiones no resulta sencillo determinar cuál es la cuestión de fondo que se está discutiendo y cuál es su naturaleza jurídica. A tal efecto, basta fijarse en los hechos del caso Airbnb Ireland, en cuyo proceso originario se ejercitó la acción penal mediante denuncia y, asimismo, la acción civil correspondiente[15]. Tras calificar jurídicamente los hechos, se deberán aplicar las correspondientes normas de conflicto para determinar la ley aplicable al concreto supuesto de hecho. Si las acciones del caso Airbnb se hubieran presentado ante los tribunales españoles (aunque la solución

país de origen, mientras que el art. 3.2 DCE recoge un mecanismo diferenciado que permite a las partes inaplicar la normativa que vulnere el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información (el cual se completa con lo dispuesto en el art. 3.4 DCE).

[13] STJUE de 25 de octubre 2011, eDate Advertising y otros, C-509/09, EU:C:2011:685 (ap. 62). Asimismo, el TJUE indicó que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 DCE, no se garantizaría plenamente la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información si los prestadores debieran cumplir, en el Estado miembro de destino, requisitos más estrictos que los que les son aplicables en su Estado miembro de establecimiento (ap. 66 y 67). En este sentido, el TJUE indica expresamente que «el artículo 3 se opone, sin perjuicio de las excepciones permitidas con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva, a que el prestador de un servicio de comercio electrónico esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador».

[14] En este sentido, *vid*.: FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S. "Perspectiva internacional: requisitos de acceso al mercado de las plataformas en el sector del alquiler vacacional", en FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S. (coord.), *Plataformas digitales en los alquileres vacacionales, Reus editorial*, Madrid, 2020, pp. 169-191, en especial, p. 185. Como indica la referida autora, «cuando un servicio sea prestado desde un Estado miembro a un destinatario situado en otro Estado miembro, este último se abstendrá de intervenir en dicha relación, que se regirá en todos sus aspectos por la Ley designada por las normas de conflicto, si bien las disposiciones de ese ordenamiento pueden ser desplazadas por las del Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información, en la medida en que impongan mayores restricciones en el ámbito coordinado».

[15] STJUE de 19 de diciembre 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112, ap. 98.

resulta idéntica en Francia), para determinar la ley aplicable a la acción de responsabilidad civil resultaría aplicable el Reglamento Roma II (RRII)[16], el cual declara aplicable la ley española (art. 4), y la ley aplicable a la acción penal sería igualmente la ley española en virtud del principio de territorialidad recogido en el art. 8 del Código Civil (CC). En el ámbito de la prestación de los SSI, cuando se exija responsabilidad extracontractual, administrativa o penal se aplicará con carácter general la ley española[17], ya sea en virtud de la *lex loci damni* impuesta por el RRII (ámbito civil) o por el principio de territorialidad recogido en el art. 8 CC (ámbito administrativo y penal). Por su parte, para determinar la ley aplicable a responsabilidad contractual regirá el Reglamento Roma I (RRI)[18]. Finalmente, tras la determinación de la ley aplicable, se procederá a aplicar el principio del país de origen cuando resulte necesario[19], si bien es cierto que en el ámbito contractual resultará inusual que se planteen interrogantes jurídicos relacionados con este principio[20].

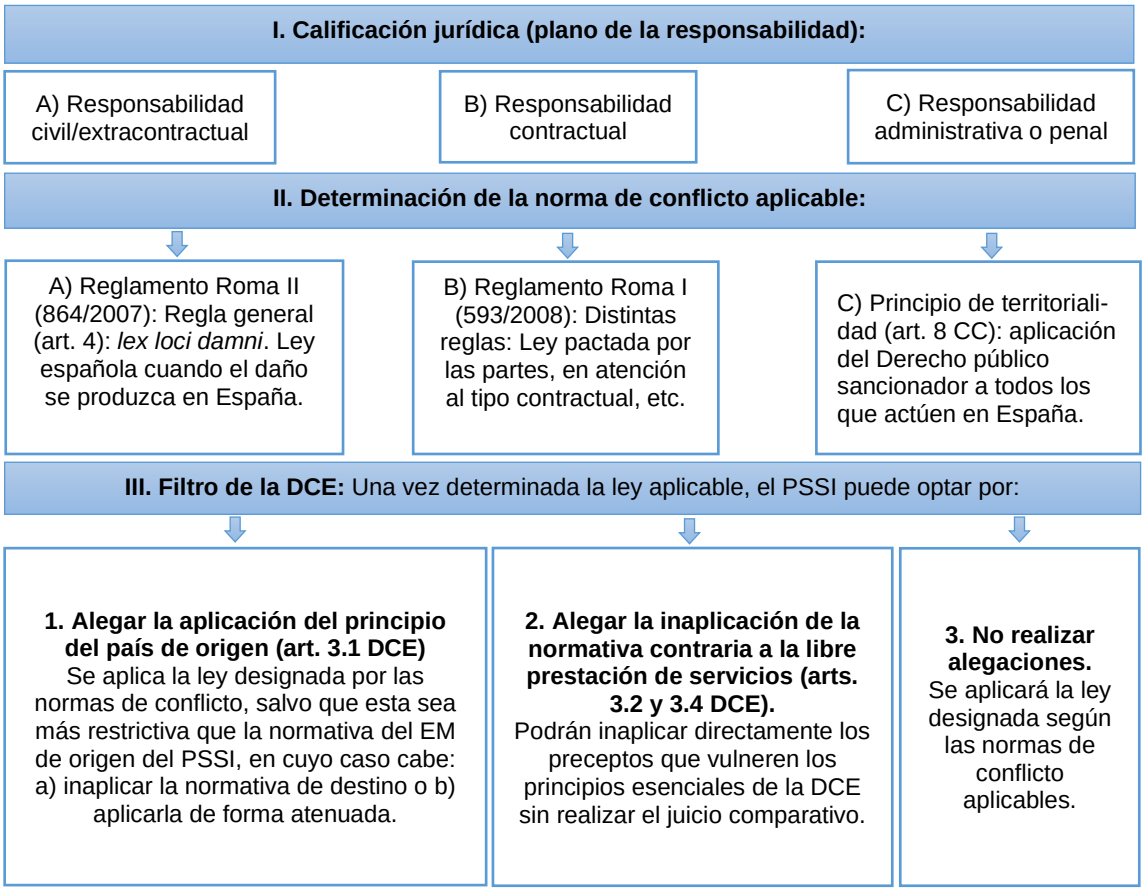
[16] Reglamento núm. 864/2007, de Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a las obligaciones extracontractuales (Roma II). DOUE núm. 199 de 31.07.2007.

[17] En cuanto a la responsabilidad administrativa, esta aparecerá normalmente en forma de sanción (expediente sancionador y posterior sanción), por lo que se aplicará el ordenamiento español por el principio de territorialidad cuando el PSSI dirija sus servicios a los destinatarios situados en España (art. 8 CC). En cuanto a la posible responsabilidad extracontractual, se deberá acudir al RRII para determinar la ley aplicable, si bien normalmente será la española por cuanto se reclamará por el daño producido en España (art. 4 RRII).

[18] Reglamento núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). DOUE núm. 177 de 04.07.2008.

[19] Este proceder lo explica FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, indicando que «cuando un servicio sea prestado (*por una PAV*) desde un Estado miembro a un destinatario situado en otro Estado miembro, la actividad se regirá en todos sus aspectos por la ley designada por las normas de conflicto». Acto seguido, una vez designada la ley aplicable, podría aplicarse el principio del país en origen «en la medida en que el ordenamiento jurídico designado por la norma de conflicto imponga mayores restricciones en cuestiones comprendidas en el ámbito coordinado». Por consiguiente, como podemos observar, la aplicación de este principio se realizará, en todo caso, una vez determinada la ley aplicable según las normas de conflicto correspondientes. *Vid.*: FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S. "Perspectiva internacional…", *op. cit.* pp. 185, 190 y 191.

[20] Y ello por tres razones fundamentales: a) En primer lugar, porque en defecto de pacto resultará aplicable la ley de la residencia habitual del prestador del servicio [art. 4.1.b) RRI], coincidiendo con la ley del país de origen. b) En segundo lugar, porque los contratos celebrados con consumidores están excluidos del ámbito coordinado. c) Finalmente, porque las partes pueden concertar la ley aplicable al contrato, por lo que no parece razonable que el PSSI pueda alegar su normativa de origen para inaplicar la ley que ha pactado libremente, salvo cuando la ley aplicable vulnere de forma evidente la libre prestación de SSI, en cuyo caso el mecanismo aplicable sería el previsto en los arts. 3.2 y 3.4 DCE (*vid. infra,* epígrafe IV*).*



Dicho lo anterior, vamos a concretar la aplicación práctica de este principio. Para empezar, los PSSI que presten servicios en España quedarán sometidos a la normativa material española que proceda cuando así lo estipulen las normas de conflicto aplicables (RRI, RRII, etc.). Sin embargo, cuando el PSSI alegue que la aplicación de esta normativa resulta más restrictiva que la prevista en su EM de origen y ésta forme parte del ámbito coordinado, se deberá realizar el oportuno juicio comparativo entre ambas (en el seno del proceso judicial o procedimiento administrativo) para determinar si la normativa de destino resulta más restrictiva que la de origen[21]. Cabe recalcar que esta alegación será a instancia de parte[22]. Cuando la normativa de destino (o, mejor, la norma que resulte de aplicación según las normas de conflicto aplicables) no sea más restrictiva que la de origen podrá aplicarse en su integridad, dado que no contravendrá la doctrina sentada por el

[21] De esta forma, Sánchez Lorenzo indica que el principio del país de origen «enfrenta evidentemente a dos leyes nacionales distintas, la de origen y la de destino, y debe dilucidar su juego e incidencia en un supuesto concreto atendiendo no a criterios conflictuales sino a criterios materiales». SÁNCHEZ LORENZO S.A. *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002.

[22] A nuestro parecer, este juicio comparativo deberá realizarse a instancia de parte, esto es, la alegación y prueba del derecho extranjero aplicable corresponderá a la parte interesada.

TJUE. De esta forma, puede ocurrir que la normativa de destino resulte igual de restrictiva o, incluso, más favorable que la de origen, en cuyo caso no resultaría razonable su inaplicación.

Pues bien, ¿cómo se deberá proceder cuando la normativa de destino resulte más restrictiva que la de origen? Nuestra propuesta inicial pasaba por realizar un juicio comparativo entre ambas normativas y aplicar la que resultara menos restrictiva para el PSSI [23], pero debemos superar esta teoría, dado que presenta algunas incongruencias. La tesis que proponemos en este trabajo intenta ser respetuosa no sólo con la doctrina del TJUE y las disposiciones de la DCE, sino coherente con la aplicación de las normas de conflicto correspondientes. En este sentido, cuando la normativa de destino resulte más restrictiva que la normativa de origen, a nuestro parecer no se deberá proceder, sin más, a la aplicación de la normativa de origen, pues ello iría en contra de lo dispuesto en las normas de conflicto aplicables (las cuales, como hemos visto, normalmente determinan como aplicable la normativa de destino). Resulta más coherente que el tribunal competente determine cómo debe y puede aplicarse -en caso de que sea posible- la normativa de destino, para que ésta no resulte más restrictiva que la normativa de origen. Es decir, el derecho extranjero de origen no deberá aplicarse por el tribunal competente, pero podrá tomarse en consideración para determinar cómo aplicar el derecho de destino (ya sea para realizar una aplicación ponderada o para, directamente, inaplicar el derecho de destino)[24].

Veamos la aplicación de esta tesis diferenciando entre el derecho público y el derecho privado. En primer lugar, esta tesis es coherente con el hecho de que los Estados únicamente aplican su propio derecho público, si bien ello no impide que los jueces tomen en consideración el derecho público de origen para aplicar su propia normativa[25]. De esta forma, por ejemplo, si en España se imponen unos ciertos requisitos administrativos adicionales a la prestación de los SSI a las PAV (unidos a

[23] Nuestra propuesta inicial pasaba por la alegación y prueba del derecho del EM de origen por parte del PSSI, en cuyo momento el Juez competente debía comparar ambas normativas y decidir si la normativa del EM de destino era más restrictiva, en cuyo caso la debía inaplicar en favor de aquella. En otras palabras, se debía aplicar la normativa española en todo aquello que no fuera más restrictivo que la normativa del EM de origen del PSSI, aplicándose la normativa de origen respecto de las instituciones jurídicas más favorables para sus intereses.

[24] Aplicar la normativa de origen equivaldría a afirmar que el art. 3.1 DCE constituye una especie de norma de conflicto encubierta, lo cual descarta el art. 1.4 DCE.

[25] A tal efecto, el derecho público tiene una vocación unilateral, es decir, cada Estado fija unilateralmente el ámbito de su Derecho público y los tribunales y autoridades únicamente aplican el derecho público del foro (F. Garau Sobrino). Si bien es cierto que se puede tomar en consideración el derecho público extranjero, este no se puede aplicar directamente (L. Garau Juaneda). A tal efecto, *vid*.: GARAU SOBRINO F. Tema 4. La determinación de la ley aplicable a las relaciones jurídicas: Técnicas de reglamentación. Zona DIPr estudiantes, 2020. Disponible en: https://zonadiprestudiantes.blogspot.com/p/apuntes-de-derecho-procinternacional.html

la correspondiente sanción en caso de incumplimiento) y éstos no están contemplados en su normativa de origen, directamente se inaplicará la normativa española, pero no se procederá a aplicar la de origen. En cambio, si los requisitos adicionales previstos en la normativa de destino también están previstos en la normativa de origen, diferenciándose únicamente en el importe de la sanción adscrita a dicha infracción (por ejemplo), el tribunal de destino podrá aplicar la normativa de destino tomando en consideración el importe de la sanción establecido en el EM de origen (v.g. aminorando la cuantía para igualarla a la prevista en el EM de la PAV). Este proceder tiene la ventaja de someter a una única normativa a todos los sujetos actuantes en un concreto mercado, respetándose el principio de la *par conditio concurrentium*. Además, respeta el tenor literal del art. 3.1 DCE en el sentido de que cada EM deberá velar por la correcta aplicación de su normativa de origen, por lo que serán dichas autoridades las únicas que aplicarán su derecho público de origen.

Por su parte, en el ámbito del derecho privado, cuando la normativa de destino resulte más restrictiva que la de origen no tiene sentido inaplicar, sin más, la normativa de destino, dado que ello podría provocar un vacío legal[26]. En este contexto, imaginemos que las instituciones jurídicas previstas en el EM de destino relacionadas con el régimen de responsabilidad en materia de competencia desleal son más restrictivas que las previstas en el EM de origen del PSSI (v.g. plazos de prescripción y caducidad; causas de exoneración; acciones pertinentes; etc.), cuestión que corresponderá probar al PSSI y que puede resultar discutible en la práctica[27]. Cuando el juez competente determine que el régimen de destino es más restrictivo, no resultará razonable inaplicar dicha normativa sin más. En su lugar, caben dos posibilidades: a) aplicar la normativa de origen, cuestión que hemos descartado; b) aplicar la normativa de destino tomando en consideración la de origen. Esta segunda opción parece más lógica, pero se tiene que proceder de tal forma que no se produzca una situación de inseguridad jurídica. Por ello, proponemos la aplicación del principio de origen en dos fases: a) Primero, la aplicación de la normativa de destino en sus justos términos respecto a todas las instituciones jurídicas que no sean más restrictivas que las previstas en origen. b) Segundo, respecto de aquellas instituciones que sean más restrictivas, proponemos

[26] A tal efecto, recordemos que forman parte del ámbito coordinado el derecho civil en bloque (se incluyen materias destacables como la competencia desleal), y, a los efectos que aquí interesan, el régimen de responsabilidad extracontractual en su integridad. Tomando como referencia el art. 15 RRII, podemos afirmar que se engloban el fundamento y el alcance de la responsabilidad; la determinación de los sujetos responsables; las causas de exoneración; la evaluación de los daños y la indemnización solicitada; las personas que tienen derecho a la reparación del daño; el modo de extinguir las obligaciones y las normas sobre prescripción y caducidad.

[27] A este respecto, entendemos que una cosa es que la normativa de destino establezca restricciones más severas que las previstas en el EM de origen (lo cual justifica la aplicación del principio del país de origen) y otra es que el régimen jurídico previsto en destino no beneficie tanto al PSSI en comparación con el régimen de origen (lo cual no justifica su aplicación).

que se puedan aminorar los requisitos previstos en ellas para que se asemejan a las previstas en la normativa de origen. Si bien es cierto que las consecuencias jurídicas de aplicar el derecho de origen o sólo tomarlo en consideración serán parecidas en la práctica, seguir esta tesis permitirá aplicar un único régimen de responsabilidad en su integridad y los principios que inspiran el ordenamiento jurídico de destino (el español en nuestro caso) y, asimismo, respetar lo preceptuado por las normas de conflicto aplicables. Con todo, en última instancia, esta labor de comparación y aplicación corresponderá al juez competente en atención a las circunstancias concurrentes.

Supuesto práctico 1. La plataforma virtual Airbnb, dedicada a la prestación de servicios en línea para favorecer el arrendamiento vacacional entre sus usuarios, dirige sus servicios hacia diversos EM, entre ellos España, mientras que su establecimiento radica en Irlanda. En este contexto, la normativa de las Illes Balears (competente en materia de turismo) impone varias obligaciones a este tipo de PAV con el fin de mejorar la calidad del servicio prestado y la experiencia de los usuarios del servicio, consistente en: a) varias obligaciones formales relativas a la presentación del contenido de las ofertas y de las valoraciones de los usuarios, b) la obligatoriedad de ostentar un seguro de responsabilidad civil y una garantía adicional para asegurar el pago de los arrendamientos. A este respecto, el Govern de las Illes Balears impone una sanción administrativa a Airbnb por incumplir con los requisitos anteriormente descritos. Pues bien, en este contexto, tras agotar la vía administrativa, la plataforma Airbnb pretende interponer un recurso contra la sanción impuesta, pues entiende que estos requisitos no le son exigibles, pues en la normativa de su país de origen no se recogen estas exigencias. ¿Cómo podría proceder Airbnb en el presente caso?

a) Calificación jurídica: Estamos ante un supuesto de responsabilidad administrativa, dado que estamos ante una infracción administrativa impuesta por un organismo público (Govern) siguiendo un procedimiento administrativo.

b) Ley aplicable: Aplicando la norma de conflicto unilateral recogida en el art. 8 CC (la cual recoge el principio de territorialidad), resultará aplicable la normativa española respecto de este supuesto de hecho y, por tanto, la normativa administrativa (régimen de responsabilidad incluido) dictada por Balears[28].

[28] La aplicación de la normativa española no queda desvirtuado por lo dispuesto en los arts. 3.3 y 3.4 LSSI. A tal efecto, *vid*.: MONTEAGUDO MONEDERO M. "El ámbito de aplicación…", *op. cit.*, p. 54. CASTELLANOS RUIZ E. "Las normas de Derecho Internacional Privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", *Cuadernos de Derechos Transnacional*, Vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 134-159, p. 139.
DE MIGUEL ASENSIO P.A. "Marco regulador…", *op. cit.*, p. 314.

c) Aplicación del principio del país de origen. Aunque las normas de conflicto aplicables determinen la aplicación de la normativa española, Airbnb podrá alegar en el seno del proceso que dicha normativa es más restrictiva que su normativa de origen (la irlandesa). En dicho caso, el tribunal competente, previo análisis de ambas normativas atendiendo a las alegaciones y pruebas aportadas, así como a las demás circunstancias concurrentes, determinará si la normativa de destino es más restrictiva, en cuyo caso procederá de la siguiente manera: a) si la ley de origen no prevé requisitos similares a los impuestos por la normativa balear, inaplicará dicha normativa y, por tanto, revocará la sanción impuesta por el Govern balear. b) En cambio, si la ley irlandesa prevé requisitos similares, pero menos restrictivos (v.g. impone una sanción menor a la estipulada en la normativa española), podrá aplicar la ley española tomando en consideración lo dispuesto en la normativa irlandesa (v.g. aminorando el importe de la sanción impuesta). Ello permitirá aplicar un único régimen de responsabilidad en su integridad y respetar lo dispuesto por las normas de conflicto aplicables, las cuales determinan la aplicación de la ley española en el presente caso. Naturalmente, si el régimen balear no fuera más restrictivo que el previsto en la normativa de origen se aplicaría en su integridad, si bien esta cuestión resultará infrecuente porque la PAV, en dicho caso, no alegará la ley de su EM de origen.

Supuesto práctico 2. Imaginemos que la PAV *Hollidays* domiciliada en España decide interponer una demanda contra Airbnb por supuesta competencia desleal por vulneración de normas concurrenciales (art. 15.2 LCD[29]), al considerar que ésta infringe ciertas disposiciones de la ley balear que le reportan una ventaja concurrencial en el mercado (exigencias del supuesto 1). En concreto, *Hollidays* demanda a Airbnb exigiendo la cesación de la actividad desleal y reclamando una compensación por los daños y perjuicios causados.

a) Calificación jurídica: Estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual derivada de un posible acto de competencia desleal[30].

b) Ley aplicable. Regirá el Reglamento Roma II, el cual resulta de aplicación para determinar la ley aplicable en materia de competencia desleal (arts. 6 y 15).

c) Aplicación del principio del país de origen. Partiendo de la premisa de que la ley de origen (irlandesa) no impone las exigencias recogidas en la ley balear, Airbnb podrá alegar que no le resulta aplicable la normativa balear por resultar más restrictiva que la irlandesa (al igual que en el supuesto 1), lo cual deberá valorar el

[29] Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE núm. 10 de 11.01.1991.
[30] En este caso no tiene relevancia que la normativa presuntamente infringida tenga naturaleza administrativa, pues lo que se reclama es la responsabilidad civil derivada de dicha infracción.

juez atendiendo a las circunstancias concurrentes. Si el Juez decide inaplicar la normativa balear, Airbnb tampoco incurrirá incurriendo en vulneración de normas concurrenciales (art. 15.2 LCD), por lo que decaerá la acción de cesación y la reclamación por daños y perjuicios. Además, existe otra vía para hacer decaer la acción, consistente en demostrar que la ley irlandesa no recoge un tipo desleal relativo a la infracción de normas concurrenciales, en cuyo caso se debería inaplicar la normativa española, si bien esta opción nos parece muy discutible porque esta materia no está armonizada en el seno de la UE[31].

Imaginemos ahora que la normativa irlandesa prevé requisitos idénticos a los exigidos por la normativa balear y existe un precepto análogo al art. 15.2 LCD, por lo que se podrá aplicar este tipo desleal en su integridad. Sin embargo, en este contexto, Airbnb alega que el régimen de responsabilidad en materia de competencia desleal resulta más restrictivo que el previsto en su EM de origen. En concreto, alega que la acción no puede prosperar porque el plazo de prescripción previsto en Irlanda es de seis meses, habiéndose presentado ésta a los ocho meses, mientras que en España es de 1 año (*ex* art. 35 LCD), que la legitimación activa para este tipo de acciones únicamente corresponde a las autoridades competentes (mientras que en España puede interponer la acción cualquier persona perjudicada, *ex* art. 33 LCD); y que la acción de daños y perjuicios sólo se puede pedir tras haber incumplido la acción de cesación (en España se pueden acumular y pedir *ab initio*, *ex* art. 32 LCD). En este caso, el tribunal competente deberá determinar si, en relación con la responsabilidad derivada de los SSI prestados por Airbnb (materia que forma parte del ámbito coordinado), la normativa española es más restrictiva que la prevista en su país de origen, lo cual puede resultar dudoso respecto de ciertas cuestiones apuntadas en este ejemplo, y, en dicho caso, cómo aplicar la normativa española tomando en consideración la normativa irlandesa (v.g. aminorando el plazo de prescripción; únicamente reconociendo la acción de cesación; reduciendo la cuantía indemnizatoria; limitando la legitimación activa, etc.). Sea como fuere, la última palabra sobre este proceder corresponderá al juez competente.

IV. Las consecuencias del principio de libre prestación de servicios

En el presente epígrafe, tomando como punto de partida la sentencia del TJUE del caso Airbnb, analizaremos el principio de libre prestación de servicios (art. 3.2) junto al mecanismo previsto en el art. 3.4 DCE, el cual permite inaplicar la normativa que

[31] En principio, como decimos, si en la ley irlandesa no se prevé como supuesto de deslealtad la infracción de normas concurrenciales, tampoco podrá aplicarse el tipo desleal previsto en el art. 15.2 LCD. Sin embargo, esta solución resulta discutible en materia de competencia desleal porque no existe una normativa armonizada ni coordinada en el seno de la UE que regule esta materia, pudiéndose comprometer, en dicho caso, el principio de la *par conditio concurrentium*.

sea contraria a la libre prestación de SSI, e indicaremos como se relaciona este mecanismo con el principio del país de origen (art. 3.1 DCE).

La STJUE de 19 de diciembre 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112 resuelve dos cuestiones prejudiciales planteadas por el *tribunal de grande instance de Paris*. En primer lugar, dilucida la cuestión sobre la naturaleza de los servicios prestados por Airbnb, indicando que estos deben calificarse como «servicios de la sociedad de la información». La segunda cuestión que resuelve el TJUE es la de determinar si las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas por la Ley Hoguet, son oponibles a Airbnb Ireland, teniendo presente que los servicios prestados por esta plataforma virtual son «servicios de la sociedad de la información» y que la exigencia impuesta por la Ley Hoguet forma parte del «ámbito coordinado»[32]. En concreto, el TJUE indica que la exigencia relativa al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario que contempla la Ley Hoguet, consistente en estar en posesión de una tarjeta profesional, forma parte del ámbito coordinado[33]. Asimismo, parte de la premisa de que dicha exigencia tiene un carácter restrictivo respecto de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información (ap. 71, 81 y 82).

El TJUE resuelve la cuestión indicando que Francia no ha cumplido con las condiciones establecidas en el art. 3.4 DCE, las cuales permiten adoptar medidas que limiten la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información bajo ciertas condiciones (ap. 83 a 87). Por esa razón, concluye que las medidas establecidas en la Ley Hoguet no pueden oponerse a Airbnb Ireland (ap. 80 y 94), dado que el Estado francés ha incumplido la obligación de notificar a la Comisión y al Estado miembro en cuyo territorio está establecido Airbnb su intención de adoptar las medidas restrictivas a la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información incorporadas en la Ley Hoguet (ap. 89 y 90)[34].

Este pronunciamiento sienta un precedente a la hora de establecer limitaciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información, dado que esclarece las

[32] Para un análisis más completo sobre las materias subsumibles en el ámbito coordinado desde el punto de vista de las PAV y su relación con el asunto Airbnb Ireland, *vid*.: FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S. "Perspectiva internacional…", *op. cit.* pp. 188 y 189.

[33] En concreto, el TJUE indica que «las exigencias de la Ley Hoguet mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente, a saber, esencialmente la obligación de estar en posesión de una tarjeta profesional, se refieren al inicio de la actividad del servicio de intermediación entre personas que disponen de alojamientos y de personas que buscan ese tipo de alojamiento, conforme al artículo 2, letra h), inciso i), de la Directiva 2000/31». A tal efecto, *vid*. el ap. 82 de la citada sentencia.

[34] Según el TJUE, esta obligación constituye «una exigencia procesal de carácter sustantivo que justifica la imposibilidad de oponer a los particulares medidas no notificadas que limiten la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información» (ap. 94). En este mismo sentido, *vid.* apartados 96 y 99 de la referida sentencia.

consecuencias del incumplimiento del procedimiento establecido en el art. 3.4 DCE en relación con el art. 3.2 DCE. Hasta ahora no existía un pronunciamiento expreso sobre esta cuestión, razón por la cual el TJUE se ha apoyado en un supuesto análogo, pero basado en otra Directiva, para resolver esta cuestión[35]. Según esta tesis, la cuestión fundamental en estos casos se centra en determinar cuándo una norma impone restricciones a la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información, lo cual deberá valorar el tribunal competente atendiendo a las circunstancias concurrentes, en cuyo caso dicha norma no será oponible frente a dichos PSSI si no ha sido dictada conforme al procedimiento estipulado en el art. 3.4 DCE.

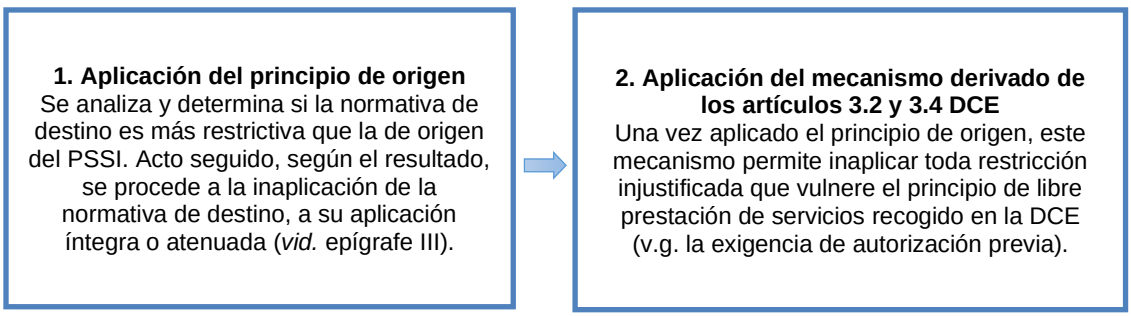
La cuestión resuelta por el TJUE en el caso Airbnb Ireland está muy relacionada con el principio del país de origen y permite comprender la relación existente entre los artículos 3.1, 3.2 y 3.4 de la DCE. Si bien compartimos la interpretación del TJUE sobre los artículos 3.2 y 3.4 DCE, el caso objeto de enjuiciamiento hubiera sido una buena opción para explicar por qué, en casos similares, no se procede a aplicar el principio del país de origen y se aplica directamente el mecanismo del art. 3.4 (en conjunto con el art. 3.2 DCE). Sin embargo, no podemos obviar que el TJUE se debe ceñir a las cuestiones que se le formulan. Sea como fuere, esta resolución nos sirve como punto de partida para poder explicar cómo se relacionan los dos mecanismos que conviven en el artículo 3 DCE. Con carácter previo, podemos afirmar que los artículos 3.1 y 3.2 DCE no se excluyen mutuamente, dado que ambos tienen su propio ámbito de actuación. A tal efecto, el art. 3.2 DCE puede aplicarse sin acudir previamente al principio del país de origen y, además, tiene un ámbito de aplicación distinto, reservado a las violaciones más intensas de la DCE que permitan inaplicar directamente la normativa contraria a la libre prestación de SSI. Dicho esto, veamos las dos posibles interpretaciones sobre la relación de los artículos 3.1 y 3.2 DCE.

1. La aplicación escalonada de los artículos 3.1 y 3.2 DCE

Para conjugar una correcta aplicación de los arts. 3.1 y 3.2 DCE, una primera solución pasaría por interpretar que estos principios deben aplicarse de forma escalonada, es decir, primero se debería aplicar el principio del país de origen y luego, en un segundo escalón y sólo cuando fuera necesario, se procedería a aplicar el mecanismo derivado de los arts. 3.2 y 3.4 DCE. De esta forma, cuando la normativa de destino resulte de aplicación por no ser más restrictiva que la de origen, el mecanismo previsto en los arts. 3.2 y 3.4 DDCE permitirá inaplicar aquellas disposiciones que restrinjan de forma injustificada la libre prestación de SSI. Estas limitaciones tendrán que ser valoradas por el juez competente atendiendo a

[35] A tal efecto, *vid*. el ap. 95 de la STJUE de 19 de diciembre 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112, la cual trae a colación, por analogía, la sentencia de 30 de abril de 1996, CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, apartados 49 y 50.

las circunstancias concurrentes, si bien entendemos que podrían formar parte de estas restricciones injustificadas las siguientes limitaciones: la existencia de normas más restrictivas para los PSSI establecidos en el extranjero respecto de los nacionales; las disposiciones que infrinjan las normas y principios básicos de la DCE (v.g. el estableciendo autorizaciones previas; regímenes de responsabilidad más gravosos que los establecidos en la DCE respecto de los servicios de intermediación, etc.); aquellas disposiciones que supongan para el PSSI una barrera de entrada en el mercado de destino; y cualesquiera otras de análoga naturaleza o entidad. Cuando la normativa de destino prevea alguna de estas limitaciones, el juez competente inaplicaría la disposición que afecte negativamente al PSSI en virtud de los arts. 3.2 y 3.4 DCE. Esta posición escalonada es la que, en síntesis, defendía Spindler[36], si bien la hemos descartado porque entendemos que la aplicación de los art. 3.1 y 3.2 DCE no tiene por qué ser escalonada (*vid. infra*, apartado 2).



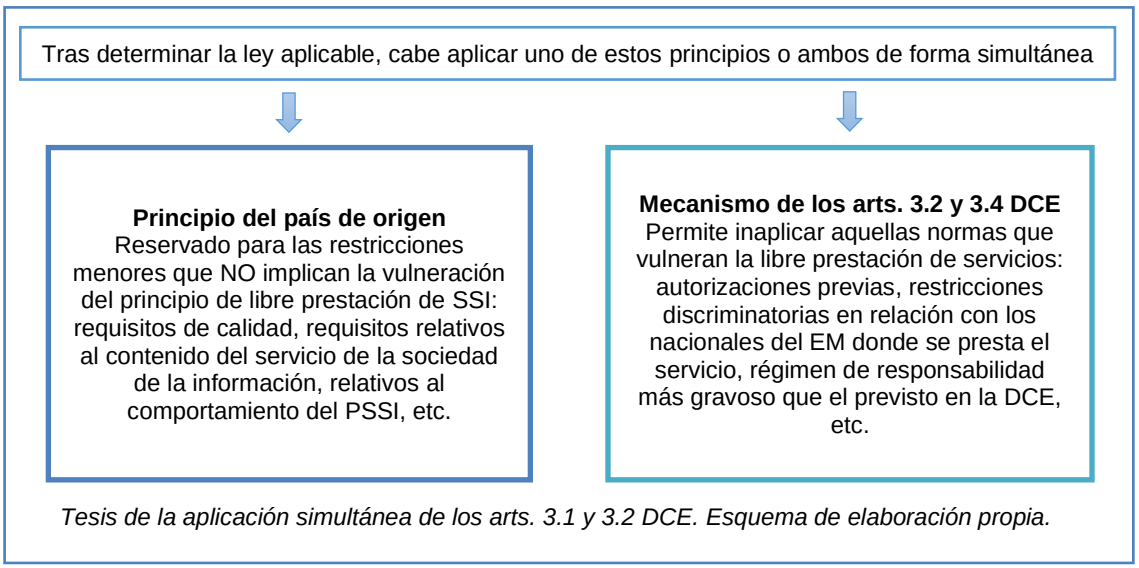
Tesis escalonada de los artículos 3.1 y 3.2 DCE. Esquema de elaboración propia.

2. La aplicación alternativa o simultánea de los arts. 3.1 y 3.2 DCE

El problema principal de la tesis anterior reside en la presunción de que se ha aplicado con carácter previo el principio del país de origen (art. 3.1 DCE), cuando esto no tiene que suceder necesariamente si el PSSI afectado no alega que la normativa de destino es más restrictiva que la de origen. A tal efecto, el correctivo establecido en el art. 3.2 DCE se puede aplicar sin que previamente se haya aplicado el principio del país de origen, dado que ambos preceptos tienen, en realidad, un ámbito de actuación distinto. De esta forma, el principio del país de origen se limita al análisis y comparación de las normativas de destino y origen en relación con las exigencias, condiciones y requisitos del ámbito coordinado que todo

[36] Según este autor, primero se determina cuál es la legislación aplicable a los SSI (atendiendo a la legislación menos restrictiva) y, acto seguido, se eliminan todas las restricciones que sean contrarias al espíritu y finalidad de la DCE que limiten la libre prestación de servicios al PSSI. Véase: SPINDLER G. "Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der E-Commerce-Richtlinie", *ZHR*, vol. 165, 2001, pp. 324-361, p. 335.

EM puede establecer (art. 2.h DCE)[37]. Estos requisitos y exigencias, aunque puedan ser más restrictivas en el EM de destino, no necesariamente tienen que vulnerar el principio de libre prestación de SSI. Por su parte, el mecanismo derivado de los arts. 3.2 y 3.4 DCE está previsto, como hemos comentado, para inaplicar las disposiciones que vulneren el principio de libre prestación de los SSI, objetivo fundamental de la DCE[38]. Por consiguiente, el PSSI podrá invocar directamente este mecanismo para intentar la inaplicación de la normativa de destino que vulnere los principios y disposiciones de la DCE, ahorrándose los oportunos costes procesales derivados del estudio comparado y mejorando así la celeridad procesal. Asimismo, esta tesis está en consonancia con los últimos pronunciamientos del TJUE sobre el principio del país de origen y la aplicación de los arts. 3.2 y 3.4 DCE, otorgando un contenido delimitado y diferenciado a cada precepto, permitiendo aplicarlos de forma conjunta o individualmente dependiendo de las circunstancias concurrentes. Y, finalmente, deja a salvo el principio de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información, piedra angular sobre la que se proyecta la DCE.



Tesis de la aplicación simultánea de los arts. 3.1 y 3.2 DCE. Esquema de elaboración propia.

[37] Entre estos requisitos y condiciones pueden enumerarse todos aquellos relativos a la calidad o el contenido del servicio de la sociedad de la información, aquellos relativos al comportamiento que debe adoptar el PSSI (como excepción, la vulneración del régimen de responsabilidad de los servicios de intermediación previsto en la DCE se debe considerar una vulneración contraria a los principios fundamentales de la DCE) y, en general, todos los demás requisitos y exigencias que no vulneren, *per se*, los principios fundamentales y disposiciones de la DCE tendentes a mantener la libre prestación de los servicios de la sociedad de la información. En puridad, los requisitos mencionados son los recogidos en el art. 2.h.i) DCE relativos al ámbito coordinado, si bien sólo los del guión segundo, dado que los requisitos relativos al inicio de la actividad recogidos en el guión primero son fundamentales para el libre desarrollo de los SSI, por lo que deben estar sujetos a los arts. 3.2 y 3.4 DCE.

[38] Véase, en este sentido, el considerando 8º de la DCE.

Para ejemplificar esta tesis seguidamente planteamos algunos casos prácticos:

Supuesto 1. La PAV Homeaway, establecida en Francia, presta SSI en España. En este escenario, la normativa balear (aplicable en virtud de las normas de conflicto correspondientes) exige a las PAV publicar el número de registro de las viviendas vacacionales publicitadas en sus plataformas y Apps. Por su parte, la normativa francesa no exige ningún requisito similar a estas plataformas. Pues bien, cabe preguntarse: ¿La exigencia de publicar el número de registro es un requisito contrario al principio de libre prestación de SSI? En el caso planteado la respuesta a esta cuestión no tendrá incidencia en el resultado final, dado que se llegará a idéntico resultado ya sea alegando el principio del país de origen (art. 3.1 DCE) o el mecanismo de los arts. 3.2 y 3.4 DCE, esto es, inaplicar la normativa española en relación con la exigencia de publicar el número de registro.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si en Francia también se exigiera publicar el número de registro? En este caso, alegar el principio del país de origen no tendría ningún efecto, por lo que únicamente cabría anular este requisito si se pudiera probar que éste restringe la libre prestación de SSI en virtud de los arts. 3.2 y 3.4 DCE. En este último caso resultaría necesario determinar si esta exigencia vulnera los principios de la DCE. Para resolver esta cuestión, debemos precisar que, siguiendo a Feliu Álvarez de Sotomayor, la exigencia relativa a la necesidad de publicar el número de registro por parte de las PAV forma parte del ámbito coordinado[39]. En consecuencia, cabe preguntarse si esta exigencia podría inaplicarse por el mecanismo previsto en los arts. 3.2 y 3.4 DCE por ir en contra de los principios fundamentales de la Directiva. Aunque existen argumentos en ambos sentidos, entendemos que esta exigencia impone una obligación de supervisión general a las PAV incompatible con

[39] Si bien la declaración responsable de inicio de actividad que precede al oportuno número de registro es un requisito relativo al servicio no prestado por medios electrónicos, la exigencia de publicidad del número de registro por parte de la plataforma de alojamiento vacacional forma parte del ámbito coordinado. A tal efecto, *vid*.: FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S. "Perspectiva internacional…", *op. cit.* p. 189. Como indica la citada autora, «la aplicación del criterio del país de origen no resultaría aplicable a los requisitos exigibles para el arrendamiento de un bien inmueble, como podría ser la exigencia de una licencia de arrendamiento, que quedaría sometida a los requisitos exigibles conforme determina el ordenamiento jurídico donde esté sito el bien inmueble». Sin embargo, «cuestión distinta es que, a la plataforma virtual […] le sea exigible la adopción de medidas de retirar contenidos que no se adecúan a la legislación del Estado donde se halla sito el bien inmueble. Las plataformas digitales alojan datos y, por tanto, quedan sometidas a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa les puedan exigir poner fin a una infracción e incluso les pueda exigir la retirada de datos». A este respecto, la referida autora trae a colación varias sentencias en las que se discute precisamente la responsabilidad de las PAV por publicitar pisos turísticos sin licencia (o, más en concreto, por no publicitar el número de registro de la declaración responsable de inicio de actividad turística), por lo que se confirma que este requisito forma parte del ámbito coordinado. Finalmente, sobre esta cuestión, *vid*.: STSJIB de 29 de abril de 2020, ES:TSJBAL:2020:220, F.J. 7º.

el principio recogido en el art. 15 DCE[40]. Por consiguiente, cabe argumentar que este requisito supone una limitación a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información[41], por lo que puede ser inaplicado en virtud del mecanismo previsto en los arts. 3.2 y 3.4 DCE. En caso de que se entendiera que este requisito no vulnera los principios de la DCE, no podría inaplicarse en virtud de los arts. 3.2 y 3.4 DCE, sino únicamente en virtud del principio del país de origen, en cuyo caso la PAV debería alegar y probar que la normativa de su Estado de origen es menos restrictiva que la de destino al no imponer dicha obligación.

Supuesto 2. La PAV Airbnb, establecida en Irlanda, presta SSI en España. Imaginemos que la normativa española impone requisitos de calidad en relación con los servicios digitales prestados por las PAV más exigentes que los previstos en su normativa de origen y, asimismo, recoge un régimen de responsabilidad por la prestación de servicios de intermediación algo más restrictivo que el irlandés, pero ajustado a lo dispuesto en la DCE. En concreto, imaginemos que la normativa española obliga a presentar la página web o APP de estas PAV en un determinado formato (si bien será competencia de cada CCAA aprobar esta normativa) y, además, realiza una interpretación amplia sobre el «conocimiento efectivo» del art. 14 DCE, indicando la LSSI que el «conocimiento efectivo» sobre la ilicitud de los datos almacenados no deberá declararse necesariamente por la autoridad judicial, sino que podrá desprenderse de las circunstancias concurrentes. Por su parte, en virtud de la normativa irlandesa únicamente se podrá declarar la existencia del «conocimiento efectivo» por la autoridad judicial competente y, asimismo, no existe ningún requisito de calidad adicional exigible a las PAV. Pues bien, en este escenario, Airbnb podrá invocar el principio del país de origen (art. 3.1 DCE) para intentar inaplicar, previo análisis comparado de ambas normativas, los requisitos más restrictivos previstos en la normativa de destino. La última palabra sobre este proceder corresponde al juez competente, el cual podrá optar por inaplicar la normativa de destino o aplicarla tomando en consideración lo dispuesto en la normativa de origen. Así, por ejemplo, en este caso concreto tendrá sentido inaplicar los requisitos de calidad de la normativa española (v.g. formato concreto de presentación de la web o App) y aplicar de forma ponderada el régimen de exoneración previsto en la LSSI, esto es, tomando en consideración el concepto de «conocimiento efectivo» de la normativa irlandesa, pues su inaplicación conllevaría un vacío legal que podría perjudicar a la propia PAV. Finalmente, en el presente caso no resulta de aplicación el mecanismo derivado de los arts. 3.2 y 3.4 DCE, pues ninguna de estas normas vulnera el principio de libre prestación de SSI.

[40] En este mismo sentido, *vid*.: STSJIB de 29 de abril de 2020, ES:TSJBAL:2020:220, F.J. 6º.
[41] Además, este requisito supeditaría la prestación de los servicios de la PAV a la previa obtención de la declaración responsable y número de registro de los arrendadores, lo cual podría asimilarse a una suerte de autorización previa prohibida en el art. 4 DCE.

Supuesto 3. Partiendo del supuesto 2, imaginemos que la normativa española no impone ningún requisito adicional a la prestación de SSI a las PAV, mientras que la normativa irlandesa impone requisitos de calidad más restrictivos para estas PAV. Naturalmente, en este caso no tiene sentido aplicar el principio del país de origen ni el mecanismo previsto en los arts. 3.2 y 3.4 DCE, pues la normativa española es más favorable a sus intereses y no contradice la DCE.

Supuesto 4. Partiendo del supuesto 2, imaginemos que tanto la normativa española como la irlandesa exigen una autorización previa para actuar en el sector del arrendamiento vacacional. En este caso, Airbnb podrá alegar que dicha exigencia es contraria al principio de libre prestación de SSI y contraviene claramente el espíritu y finalidad de la DCE, por lo que dicho requisito deberá ser inaplicado en el EM de destino (lugar donde presta sus servicios la PAV) en virtud del mecanismo derivado de los arts. 3.2 y 3.4 DCE. En este caso no tiene sentido invocar el principio de origen porque la normativa irlandesa impone las mismas exigencias y porque estamos ante una clara vulneración de los principios básicos de la DCE que puede solventarse aplicando los arts. 3.2 y 3.4 DCE.

V. Conclusiones

En este epígrafe vamos a enumerar las principales conclusiones alcanzadas de forma ordenada y sistematizada. En primer lugar, podemos afirmar que los requisitos y exigencias impuestas a la actividad de intermediación realizada por las plataformas de alojamiento vacacional entran dentro del ámbito coordinado, así como los distintos regímenes de responsabilidad derivados de la prestación de los servicios de la sociedad de la información. Determinar si estas cuestiones se subsumen en el ámbito coordinado resulta fundamental para poder acotar el ámbito de actuación del principio del país de origen y el principio de libre prestación de servicios, sobre todo en relación con los regímenes de responsabilidad aplicables a las plataformas de alojamiento vacacional, tema central sobre el que versa el presente trabajo.

En segundo lugar, el principio del país de origen derivado del art. 3.1 DCE no prohíbe a los Estados miembros aplicar sus normas materiales conforme a su derecho conflictual, sino que éstas no puedan suponer una restricción de la libre prestación de los servicios de la sociedad de la información. Por consiguiente, podemos concluir que los EM pueden aplicar sus propias normas materiales (conforme a lo dispuesto en las correspondientes normas de conflicto), incluso las relativas al ámbito coordinado, siempre que estas no impongan requisitos más severos que los recogidos en la normativa interna del Estado miembro de origen del PSSI.

En tercer lugar, en el presente estudio hemos detallado cómo se deberá proceder cuando la normativa del EM de destino resulte más restrictiva que la normativa del EM de origen de la PAV. A nuestro parecer, cuando la normativa de destino resulte más restrictiva que la normativa de origen, no se deberá aplicar, sin más, la normativa del EM de origen, dado que ello contravendría lo preceptuado por las normas de conflicto aplicables. En estos casos, el tribunal o la autoridad competente deberá determinar cómo debe y puede aplicarse -en caso de que sea posible- la normativa de destino, para que ésta no resulte más restrictiva que la normativa de origen. En otras palabras, en estos casos el derecho extranjero de origen no deberá aplicarse por el tribunal competente, pero podrá tomarse en consideración para aplicar el derecho de destino, ya sea para realizar una aplicación ponderada o para inaplicarlo, tal como hemos visto en los distintos supuestos prácticos planteados.

En cuarto lugar, cabe recalcar que tras el pronunciamiento del TJUE sobre el caso Airbnb Ireland han quedado esclarecidas cuáles son las consecuencias de incumplir con el procedimiento previsto en el art. 3.4 DCE en aquellos supuestos en los que los EM dictan normas que restringen la libre prestación de servicios. En concreto, cuando una norma imponga restricciones a la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información, dicha norma no será oponible frente a dichos PSSI si no ha sido dictada conforme al procedimiento estipulado en el art. 3.4 DCE.

Este pronunciamiento, además, nos ha servido para comprender cómo se relacionan los dos mecanismos que conviven en el artículo 3. En concreto, hemos llegado a la conclusión de que el principio del país de origen del art. 3.1 y el principio de libre prestación de servicios del art. 3.2 DCE no se excluyen mutuamente, sino que tienen su propio ámbito de actuación. De esta forma, el principio del país de origen se limita a comparar las normativas de destino y origen en relación con las exigencias, condiciones y requisitos del ámbito coordinado que los Estados miembros pueden establecer a los servicios de la sociedad de la información; todo ello para terminar aplicando la normativa de destino tomando en consideración la de origen. Por su parte, el mecanismo previsto en los arts. 3.2 y 3.4 DCE permite inaplicar las disposiciones que vulneren el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información, objetivo fundamental de la DCE, sin tener que realizar previamente un análisis comparado entre la normativa de origen y de destino.

Cabe finalizar indicando que la tesis planteada en este trabajo intenta ser coherente con los últimos pronunciamientos del TJUE sobre el principio del país de origen y la aplicación de los arts. 3.2 y 3.4 DCE. Asimismo, intenta tomar en consideración las últimas aportaciones doctrinales sobre el principio del país de origen, otorgando un contenido delimitado a los arts. 3.1 y 3.2 DCE y permitiendo su aplicación conjunta o individual dependiendo de las circunstancias concurrentes. Finalmente, deja a salvo

el principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información, piedra angular sobre la que se proyecta la Directiva de comercio electrónico.