

**“PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS CONSUMIDORES,
CONTRATOS Y COMERCIO ELECTRÓNICO. ASPECTOS DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

Capítulo de obra en:

Comercio Electrónico y protección de los consumidores
G.A. Botana García, Dir.

LA LEY - INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO -
MINISTERIO DE SANIDAD

2001, pp. 637 - 687

ISBN 84-9725-158-X

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)

TÍTULO VI

ASPECTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CAPÍTULO I

**CONTRATOS, COMERCIO ELECTRÓNICO Y PROTECCIÓN
INTERNACIONAL DE LOS CONSUMIDORES**

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (*)

Sumario:

- I. Introducción
- II. Marco jurídico internacional de protección de los consumidores en el comercio electrónico
- III. Cuestiones de Derecho Internacional Privado y protección de los consumidores en la contratación electrónica
- IV. Conclusiones

I. Introducción

La revolución de las tecnologías de la información ha llevado aparejado el surgimiento del fenómeno del comercio electrónico; comercio que, de forma amplia se entiende como todo intercambio de datos personales por medios electrónicos esté o no relacionado con la actividad comercial en sentido estricto⁽¹⁾.

De modo general, se le identifica con el uso de *Internet* para la adquisición de bienes de consumo y de servicios que se ofrecen a través de la *Web*. Tal definición, por amplia, no recoge todas las actividades que pueden englobarse bajo este fenómeno⁽²⁾, de ahí que la doctrina se haya aproximado a su conceptualización asociándolo con la utilización de la informática por las empresas para *interactuar* con su entorno (concepto amplio), y con las operaciones contractuales concretas susceptibles de ser llevadas a cabo por medio de la informática (concepto estricto) ⁽³⁾.

(*) Profesora asociada de Derecho internacional privado. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

⁽¹⁾ MARTÍNEZ NADAL, A. en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, coordinado por Botana García, G. y Ruiz Muñoz, M., Madrid, 1999, pág. 248.

⁽²⁾ Según la Secretaría de la OCDE son siete tipos de actividades las que pueden llevarse a cabo por *Internet*: compraventa de mercancías; provisión de servicios (bancarios *offshore*, entradas para espectáculos, intermediación bursátil, salud y otros servicios profesionales); *software* creado en forma digital; suministro de información *on line* (acceso a bases de datos computerizadas, cuya información puede ser leída en pantalla e imprimida); publicidad; ocio; y, comercio global (entendido como la posibilidad de que tanto instituciones financieras y empresas pueden estar comerciando las 24 horas del día, moviéndose a través de los diferentes husos horarios). Cf. «El comercio electrónico: el gran mercado virtual», Subdirección General de Comercio Internacional de Servicios, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2548 (12-22 junio 1997), págs. 4-5.

⁽³⁾ El comercio electrónico se circunscribe a las diversas comunicaciones llevadas a cabo por las empresas con sus proveedores y clientes (*empresa-consumidor*), con sus socios comerciales (*subcontratantes* y distribuidores); con sus filiales y también con las administraciones públicas y con las entidades bancarias. Todas estas comunicaciones tienen finalidades comerciales, financieras y

Sabemos que, por su propia naturaleza, las transacciones electrónicas «van más allá» o «están fuera de» los sistemas jurídicos nacionales. En efecto, la utilización de una red abierta (*World Wide Web*, o simplemente *Web*) y el correo electrónico, aplicaciones ambas de *Internet*, facilitan la información en general, y la difusión de información comercial en particular, a potenciales adquirentes de bienes y de servicios situados en cualquier parte del mundo, al tiempo que sirven de instrumento para la realización de una transacción electrónica *efectiva, interactiva y on line*. Este desarrollo tecnológico permite igualmente la incorporación al *mercado electrónico* de un creciente número de consumidores que pueden comprar instantáneamente sin necesidad de mantener relaciones estables ni de realizar acuerdos bilaterales previamente negociados con los proveedores.

Sin embargo, algunos riesgos jurídicos e incertidumbres ⁽⁴⁾ se asocian a la sustitución del modo habitual de hacer negocios mediante este nuevo instrumento de comunicación.

Ad. ex., ¿cómo entender el juego prioritario de la autonomía de la voluntad en los contratos por vía electrónica? ¿cómo determinar el momento de perfección del contrato por el concurso de la oferta y la aceptación? ¿y los vicios o errores de la voluntad, cómo deberán ser interpretados? Si el ordenador está programado para responder a un número de variables cada vez mayor, ¿la respuesta del programa, vía computadora, formará parte de la voluntad del usuario? Y, en caso afirmativo, cuando un ordenador está programado para aceptar ofertas comerciales en las que tiempo, precio, calidad y cantidad de los productos está previamente configurada y son determinantes de la aceptación ¿deberemos entender que el «acto electrónico» crea, modifica o extingue relaciones jurídicas? Las anteriores interrogantes son sólo un ejemplo de algunas de las dificultades con que el jurista de hoy puede encontrarse en el ámbito del comercio electrónico. Dificultades para delimitar los efectos de una voluntad libre y consciente proyectada sobre un programa informático; dificultades para determinar la liberación por el pago con dinero, concebido como bien fungible, cuando ya muchas transacciones económicas se realizan mediante sistemas electrónicos; la propia idea de documento, que asociamos inmediatamente con un soporte físico en papel o en cartón, encuentra también dificultades cuando hemos de proyectarla a los discos magnéticos y ópticos; la firma tradicional manuscrita, que era garantía de aceptación de los términos del contrato, reemplazada ya de hecho por una variedad de métodos que son incluidos en el concepto amplio de firma electrónica. **Y, particularmente, dada la naturaleza transfronteriza y global de este medio, las cuestiones relacionadas con la ley aplicable al contrato de consumo por vía electrónica y la determinación de la jurisdicción competente en caso de litigio; problemas que adquieren relevancia especial ante dificultad de determinar el domicilio de las partes y su identidad.**

Todos estos riesgos e incertidumbres afectan a los consumidores y puede decirse que su posición tradicional de desequilibrio se acentúa por la inseguridad de la técnica electrónica e informática empleada. Como ha puesto de relieve la Comisión Europea en su Comunicación sobre el Comercio Electrónico ⁽⁵⁾, el objetivo primordial para el desarrollo del comercio electrónico es *generar confianza para que tanto consumidores como empresas tengan la seguridad de que sus transacciones no serán interceptadas ni*

administrativas. CAPRIOLI, E.A., y SORIEUL, R., «Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales», *JDI* núm. 2/97, pág. 326.

⁽⁴⁾ Falta de garantía sobre la identidad de los emisores de mensajes electrónicos, falta de garantías sobre su contenido, ataques indiscriminados por parte de piratas informáticos, interceptación de órdenes de compra con alteración de su contenido por atacantes externos del sistema, entre otros.

⁽⁵⁾ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre Iniciativa europea de comercio electrónico [*COM (1997), 157 final*].

modificadas, que el vendedor y el comprador sean identificables, y que los mecanismos de la transacción sean accesibles, legales y seguros.

El consumidor, el proveedor de servicios, el empresario y todo aquel que pretenda transformar sus patrones empresariales productivos y el modo de hacer negocios para adaptarlos a las nuevas tecnologías, necesita saber *cómo* identificar las reglas que deben aplicarse y también *dónde* y *cómo* deben aplicarse. Gobiernos, Organizaciones Internacionales, algunas grandes empresas y la mayoría de las asociaciones de consumidores están de acuerdo en la necesidad de establecer ese marco jurídico estable y predecible, aunque no sea internacionalmente uniforme ⁽⁶⁾, con la finalidad de lograr unos principios que permitan hacer frente a los desafíos del uso de *Internet*.

El marco jurídico de protección internacional a los consumidores al que nos referiremos en este trabajo (inciso 2) tomará como punto de partida la determinación de los problemas jurídicos que interesan a los consumidores para, a continuación, señalar las iniciativas de reglamentación ⁽⁷⁾ en tres foros internacionales: la Organización de las Naciones Unidas ⁽⁸⁾ [2.2.1.], la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado⁽⁹⁾ [2.2.2.] y la Unión Europea [2.2.3.] ⁽¹⁰⁾.

Las disyuntivas legislativas en la reglamentación del comercio electrónico encaran otro problema de singular trascendencia para el Derecho Internacional Privado (DIPr.). Es un hecho que *Internet* no opera sobre una base territorial sino sobre una base global ajena a los conceptos tradicionales de soberanía, de territorio y de espacio geográfico. Esta indeterminación *apriorística* del espacio geográfico o físico en donde ejercer la soberanía interesa al DIPr. habida cuenta de que en este sector del ordenamiento

⁽⁶⁾ Una referencia específica a las técnicas de positivación del DIPr. se apartaría del objeto de nuestro trabajo. Conviene puntualizar que todos los tipos normativos de nuestra disciplina responden a la protección de los intereses que conforman el objeto de la misma: las relaciones de tráfico jurídico externo. Los procedimientos normativos elegidos por el legislador, y en particular las normas de atribución, variarán según el *plano* (internacional, estatal o de los particulares) tomado en consideración y los intereses que en cada supuesto inspiren la respuestas específicas de protección. En unos casos será la certidumbre jurídica a la que aspiran los particulares, en otros la defensa de intereses estatales, en otros la preocupación por mantener la autoridad del derecho del foro y en otros la protección del individuo y de la propia comunidad internacional. Más no conviene simplificar jerarquizando de modo aislado estos intereses, como ha puesto de relieve la profesora PÉREZ VERA, ya que la interacción y el equilibrio entre los mismos resulta determinante tanto para la construcción normativa como para su valoración en el caso concreto. *Vid.* PÉREZ VERA, E., *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*, Universidad de Granada, 1973, págs. 34-43 y págs. 119 y ss.

⁽⁷⁾ Cabe señalar que en diversos países europeos, así como en los EE.UU, se han aprobado o se están estudiando leyes en la materia. El estudio de éstas sobrepasaría los límites de este trabajo. Las iniciativas internacionales a las que nos referimos, de diferente naturaleza y eficacia normativa, presentan la característica común de su finalidad unificadora o armonizadora de carácter general y la virtualidad de servir de criterio orientativo para el legislador interno, e incluso, de base para la generación de usos y costumbres en la materia. Sobre los trabajos en curso y las realizaciones concretas se puede consultar *on line* el *Institute for Prospective Technological Studies*, en <http://www.jrc.es>.

⁽⁸⁾ *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución aprobada por la Asamblea General en su 85.ª Sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996 (A51/162).

⁽⁹⁾ *Electronic Commerce and International Jurisdiction*, Ottawa, 28 February-1 March 2000, Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada <http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>.

⁽¹⁰⁾ Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre determinados aspectos jurídicos de la sociedad de los servicios de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (*DOCE* núm. L 178, de 17 de julio de 2000).

jurídico los factores tradicionales de localización para la determinación de la ley aplicable y de la competencia judicial internacional se fijan en atención a criterios preponderantemente territoriales. Este hecho justifica el estudio del régimen jurídico de protección de los consumidores en el DIPr. contractual español (inciso 3).

Sólo se abordarán las reglas de protección en los contratos de consumo. Se estudiará el régimen jurídico de protección *conflictual* (sector de la ley aplicable) y las reglas de DIPr. para determinación de la jurisdicción competente (sector de la competencia judicial internacional); y, se reflexionará sobre la *operabilidad*, en este nuevo contexto electrónico, de los tradicionales criterios de conexión utilizados por las normas de DIPr.

Esta parte se dividirá en tres apartados reflejo de tres *dimensiones* o estructuras jurídicas de protección ⁽¹¹⁾:

- primero*, las soluciones de la *Directiva* europea sobre el comercio electrónico, (inciso 3.2), donde se hará hincapié en la *regla del control de origen de los servicios (home country control)* y su relación con el Derecho Internacional Privado;
- segundo*, la dimensión judicial del Derecho Internacional Privado (inciso 3.3), correspondiente al régimen de competencia judicial internacional (CJI) establecido en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil y en el Reglamento 44/2001/CE que lo sustituirá ⁽¹²⁾; y, en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); y,
- tercero*, la dimensión *conflictual* en los contratos con consumidores regulada en el Convenio de Roma de 19 de junio 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (CR) y sus relaciones con las directivas comunitarias sobre la misma materia (inciso 3.4).

II. Marco jurídico internacional de protección a los consumidores en el comercio electrónico

1. Determinación de los problemas que interesan a los consumidores en el contexto comercial electrónico

⁽¹¹⁾ Es lo que el profesor GONZÁLEZ CAMPOS denomina *estructuras jurídicas para ordenar, dentro del sistema de DIPr. español, los principios y reglas referidas a las relaciones de tráfico externo*. Véase, GONZALEZ CAMPOS, J.D., «Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique» en *Liber Amicorum G.A.L. Droz (A. Borrás et. al., eds)*, Kluwer Law International, 1996, pág. 196.

⁽¹²⁾ El Convenio de Bruselas va a ser sustituido por el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (*DOCE* núm. L 12/1, de 16 de enero de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Entrada en vigor a partir del 1 de marzo de 2002, con las excepciones fijadas en sus arts. 70, 71 y 72. Para las relaciones entre los Estados miembros sujetos al citado Reglamento y Dinamarca continuará en vigor tanto el Convenio de Bruselas como el Protocolo de 1971. Todas las referencias hechas al *Reglamento* deben ser entendidas con tales efectos, vigencia y limitaciones.

El verdadero «mascarón de proa» ⁽¹³⁾, de los problemas jurídicos que plantea la sociedad de la información se encuentra en la utilización creciente de una red abierta, como es *Internet*, que permite la edición y distribución masiva, y en línea, de informaciones de toda índole. *Internet* ha abierto una gama muy sofisticada de delitos, de nuevas formas de criminalidad, que se proyectan en la invasión de la esfera privada del individuo; desde sabotajes, virus y abordajes a los sistemas por parte de incontrolables «piratas informáticos», hasta atentados contra derechos, bienes e intereses de los particulares en la esfera de su intimidad personal.

Se trata de problemas derivados de la internacionalización de las relaciones jurídico-privadas dada la naturaleza transfronteriza de este *nuevo* comercio electrónico. Ámbitos de la esfera personal del individuo que pueden ser afectados por los llamados riesgos de *Internet* son: a) la posibilidad de intromisión indebida en datos personales, su transmisión no autorizada, el acoso informático, la propagación universal de difamaciones, injurias y calumnias, la incitación al odio, a la xenofobia, a la discriminación de toda índole, son riesgos reales que atentan contra la intimidad, la imagen, la dignidad y el honor de las personas; b) la posibilidad de difusión ilimitada de imágenes e informaciones que suponen formas nuevas de exhibicionismo, de provocación sexual, de pornografía entre menores de edad; c) la posibilidad de contribuir a la difusión ilícita de obras registradas como propiedad intelectual, la piratería de programas y la difusión de contenidos publicitarios ilegítimos; situaciones éstas que vulneran los derechos de propiedad intelectual e industrial, el mercado y a los consumidores ⁽¹⁴⁾.

Básicamente los tópicos ⁽¹⁵⁾ sobre los que se trabajan pueden sistematizarse atendiendo a diferentes grupos de cuestiones ⁽¹⁶⁾. Así:

1. La protección de la **transparencia** y eficacia del comercio electrónico para **garantizar** al consumidor un nivel por lo menos equivalente al nivel asegurado en el comercio no electrónico.
2. Las **prácticas desleales** en materia de comercio, de publicidad y de marketing.
3. La **información** que debe de facilitarse en línea: información relativa a la empresa operadora; información sobre los bienes y servicios que se ofrecen; información sobre las modalidades y costos asociados a la transacción, con el fin de que el consumidor pueda conocer de antemano los riesgos y tomar la decisión o no de asumir la transacción.
4. Los **procesos de confirmación** para identificar a las partes, los bienes y servicios adquiridos así como rectificar oportunamente los errores en la operación.
5. Los mecanismos de **pago on line**.
6. La **reglamentación de litigios y sus recursos**. Ello afecta a la determinación del derecho aplicable y la competencia judicial, a las vías alternativas de resolución de diferencias y, a los recursos posibles.
7. La **protección de la vida privada** y de los **flujos transfronterizos de datos** de carácter personal.
8. La **educación** a consumidores sobre el comercio en línea, y la sensibilización de los mismos sobre las ventajas y desventajas de este medio.

⁽¹³⁾ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos en el sector audiovisual e informático» en *Contratos Internacionales*, dirigido por A. L. Calvo Caravaca y L. Fernández De La Gándara, Madrid, 1997, págs. 1709-1710.

⁽¹⁴⁾ Cfr. VARGAS, M., «Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el *cyberespacio*», *DN*, 2000, págs. 3-4.

⁽¹⁵⁾ Véase la Conferencia de Ottawa de 1998 y sus resultados en: <<http://www.ottawoecdconference.org>>.

⁽¹⁶⁾ Véase la Recomendación del Consejo relativa a las líneas directrices que rigen la protección de los consumidores en el contexto del comercio electrónico, París, 1998. (<<http://www.oecd.org>>).

9. La **cooperación internacional** mediante la elaboración de iniciativas conjuntas entre empresas, representantes de los consumidores y representantes de los gobiernos. Estas iniciativas se encaminan a la elaboración de acuerdos, bilaterales o multilaterales, para el intercambio de informaciones que prevengan el fraude y los delitos informáticos, y muy especialmente, de acuerdos para el reconocimiento y la ejecución de decisiones resultantes de los litigios que se produzcan entre consumidores y empresas en el marco del comercio electrónico y de litigios relacionados con la violación de la *privacy* mediante el uso de los medios electrónicos.

. Al análisis de algunos de sus resultados se destina el siguiente apartado.

2. Ámbitos normativos internacionales de protección

Diversas organizaciones internacionales han tomado conciencia de las dificultades apuntadas anteriormente proponiendo la elaboración de una normativa uniforme del comercio electrónico que sea aceptable para todos los Estados pese a sus sistemas jurídicos diferentes. La finalidad que subyace en toda propuesta de unificación o de armonización internacional es contribuir al desarrollo de las relaciones comerciales internacionales y reforzar la legislación que rige el uso de los medios de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel.

Brevemente nos referiremos a tres foros internacionales de unificación del Derecho privado en donde se han llevado a cabo o se han emprendido iniciativas en la materia: la Organización de las Naciones Unidas, mediante su organismo especializado UNCITRAL/CNUDMI; la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; y, la Unión Europea (¹⁷).

A) Naciones Unidas: Ley Modelo Uncitral

La decisión de la Uncitral de formular un régimen legal modelo para el comercio electrónico (¹⁸) se debe a que el sistema aplicable en ciertos países a la comunicación y archivo de información era inadecuado o se había quedado anticuado, al no haberse previsto en el mismo las modalidades propias del comercio electrónico. La Ley Modelo no está concebida como un ordenamiento completo aplicable a todos los aspectos del comercio electrónico, sino que ofrece a los países un texto normativo para la evaluación y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática y demás técnicas de comunicación modernas en las relaciones comerciales. Su finalidad principal es la de adaptar los

(¹⁷) La OECD como organización intergubernamental integrada hasta el momento por veintinueve Estados, desarrolla una importante labor a través de su Comité sobre Políticas de Consumo. Merece atención la *Guía para la protección del consumidor en el comercio electrónico (OECD, Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce (Organisation for Economic Co-operation and Development - 1999)*. En particular, véanse los resultados de la Conferencia de Ottawa en <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/>. Asimismo, el foro de la *Transatlantic Consumer Dialogue* (TACD) adoptó, en su reunión de Bruselas de abril de 1999, veintiuna recomendaciones de las cuales nueve se refieren al Comercio Electrónico y a los consumidores. La representación de la Comisión Europea asistió y tomó en cuenta las sugerencias de estas conferencias y reuniones internacionales para la elaboración de la Directiva 2000/31/CE.

(¹⁸) Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución aprobada por la Asamblea General en su 85.ª Sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996 (A51/162)).

requisitos legales existentes para que éstos no constituyan un obstáculo a la utilización de los medios de comunicación y de archivo de información sin soporte de papel ⁽¹⁹⁾.

Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo pretenden, además, que los usuarios del comercio electrónico puedan encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten el empleo del comercio electrónico. Finalmente, se considera que la Ley Modelo puede servir como instrumento, en el ámbito internacional, para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular ⁽²⁰⁾.

Dichos principios generales son: 1) facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales; 2) dar validez a las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información; 3) fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información; 4) promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia; y, 5) apoyar las nuevas prácticas comerciales.

La Ley Modelo habla de comercio electrónico y sin embargo no especifica lo que debe entenderse como tal. Ello es debido a que la Comisión, al preparar el proyecto, decidió atender a una concepción amplia de EDI, que abarcase todas las aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio, y que podrían designarse por el amplio término de comercio electrónico. Pese a ello, al indicar su **ámbito de aplicación** (art. 1) se refiere a *todo mensaje de datos utilizado en el contexto de actividades comerciales*. Y mediante el empleo de nota al pie de página da un criterio de interpretación del término «comercial», en el sentido de abarcar las cuestiones suscitadas **por toda relación de índole comercial, sea o no contractual** ⁽²¹⁾. Su art. 2 ayuda a precisar estos extremos definiendo lo que ha de entenderse por *mensaje de datos* y por *intercambio electrónico de datos* ⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Resolución de la Asamblea General en su 85.ª Sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996 (A/51/162). El texto de la *Ley Modelo*, figura en el anexo I del informe de la UNCITRAL sobre la labor de su 29.ª período de sesiones. Véase también. *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico*. Informe de la Sexta Comisión (A/51/628) - *Ley Modelo UNCITRAL*. (A51/162). En *Internet*: <<http://www.un.org.at/uncitral>>. Cf. VARGAS, M., «Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico», *op. cit.* págs. 42-50.

⁽²⁰⁾ Véase *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico*, *op. cit.*

⁽²¹⁾ Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de *facturía* (*factoring*); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

⁽²²⁾ Artículo 2. *Definiciones*. Para los fines de la presente Ley: a) Por *mensaje de datos* se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; b) Por *intercambio electrónico de datos* (EDI) se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.

También aborda los impedimentos que los conceptos como *escrito*, *firma* y *original* prescritos en las legislaciones nacionales pueden suponer para el desarrollo de comercio electrónico sobre la base de técnicas basadas en la informática. Establece, para salvar estos obstáculos, el criterio del *equivalente funcional* ⁽²³⁾ basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Ahora bien, la adopción del criterio del *equivalente funcional* no debe dar lugar a que se impongan a los usuarios del comercio electrónico normas de seguridad más estrictas las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Un mensaje de datos, como señala la *Guía*, no es de por sí el equivalente de un documento de papel, ya que su naturaleza es distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la *Ley Modelo* un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad. La *Ley Modelo* no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función ⁽²⁴⁾.

Por último, la *Ley Modelo* establece unas reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo. El punto de partida es la consagración del principio de la autonomía de las partes (art. 4) respecto de las disposiciones del capítulo III de la primera parte.

El capítulo III incorpora ciertas reglas que aparecen muy a menudo en acuerdos concertados entre las partes; por ejemplo, en acuerdos de intercambio de comunicaciones o en el «reglamento de un sistema de información» o red de comunicaciones. La noción de «reglamento de un sistema» puede abarcar dos tipos de reglas: a) las condiciones generales impuestas por una red de comunicaciones y, b) las reglas especiales que puedan ser incorporadas a esas condiciones generales para regular la relación bilateral entre ciertos *iniciadores* y *destinatarios* de mensajes de datos. El art. 4 (y la noción de «acuerdo» en él mencionada) tiene por objeto abarcar ambos tipos de reglas. Así pues, las reglas del capítulo III de la primera parte —Comunicación de los mensajes de datos— tienen como objetivo servir a las partes cuando vayan a concertar esos acuerdos y también, para colmar las lagunas u omisiones en las estipulaciones contractuales ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Este criterio se sigue en otros instrumentos internacionales (*ad. ex.* art. 7 de la *Ley Modelo* de la UNCITRAL sobre *Arbitraje Comercial Internacional* y, el art. 13 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980).

⁽²⁴⁾ Cabe señalar que en los arts. 6 a 8 de la *Ley Modelo* se ha seguido el criterio del «equivalente funcional» respecto de las nociones de «escrito», «firma» y «original», pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el art. 10, relativo a los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos. *Vid. Guía..., Op. cit. págs. 13-14.*

⁽²⁵⁾ *Cf. Guía..., op cit., págs. 14-15 y págs. 31-39.*

Las disposiciones que figuran en el capítulo II —*Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos*— de la primera parte son de distinta naturaleza. Siendo una de las principales finalidades la de facilitar el empleo de las técnicas de comunicación modernas, y dotar al empleo de dichas técnicas de la certeza y seguridad jurídica, las disposiciones del capítulo II pueden considerarse como un conjunto de excepciones al régimen tradicionalmente aplicable a la forma de las operaciones jurídicas. Debe señalarse que normalmente el régimen jurídico tradicional acostumbra a ser de carácter imperativo, por reflejar, en general, decisiones inspiradas en principios de orden público interno. Es por ello que las reglas enunciadas en el capítulo II expresan el «mínimo aceptable» en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, y en este sentido, *deberán ser tenidas por imperativas*, salvo que en ellas mismas se disponga lo contrario ⁽²⁶⁾.

B) La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Como organización intergubernamental que tiene por objeto la unificación del DIPr., la Conferencia estudia desde 1995 los problemas sobre ley aplicable y conflictos de jurisdicción en los intercambios de datos informatizados (EDI) ⁽²⁷⁾. Posteriores sesiones ampliaron los trabajos con la finalidad de adquirir una mejor comprensión de las necesidades creadas por el desarrollo de Internet y del comercio electrónico. En la Comisión especial de mayo de 2000, sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, se aprobó un documento preliminar ⁽²⁸⁾, cuyo objeto es un amplio estudio, de carácter general, sobre el estado de los trabajos realizados en materia de comercio electrónico en otros ámbitos internacionales (en particular en el seno de la CNUDMI/UNICTRAL, del Consejo de Europa y de la Unión Europea) y sobre el estado de los trabajos de la Conferencia en este mismo campo.

Las materias cuyo estudio ha abordado la Conferencia en atención a la incidencia que sobre las mismas tiene el fenómeno del comercio electrónico y el uso de Internet, son siete: 1) contratos; 2) delitos; 3) cláusulas de elección de foro y cláusulas de elección de ley aplicable; 4) derecho aplicable a la protección de datos personales; 5) notificación y traslado de documentos al extranjero; 6) obtención de pruebas en el extranjero y legalización (la *apostilla electrónica*); y, 7) reglamentación de las controversias *en línea* y establecimiento de procedimientos estandarizados ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ *Idem*, págs. 21-31.

⁽²⁷⁾ Comisión Especial de junio de 1995 sobre Asuntos generales y política de la Conferencia. Conclusiones. Doc. Preliminar 9 (dic. 1995). Actas y documentos Sesión Decimoctava.

⁽²⁸⁾ Doc. Prel. 7/abril 2000 «Les Échanges de donnés informatisées, internet et le commerce électronique», para C. KESSEDJIAN. En *Red*: <<http://www.hcch.net/e/workprog/genaff.html>>.

⁽²⁹⁾ Se crearon siete comisiones de trabajo (una por cada tema) cuyos resultados son los que se detallan en el documento preliminar 7 (*supra* nota), trabajos éstos que fueron también discutidos, durante 1998 y 1999, en el *Coloquio en honor de M. Pelichet* [Ver KESSEDJIAN, C (Dir)], *Quel tribunal décide, quel droit s'applique? Colloque en l'honneur de Michel Pelichet (Institut Molengraaff, Facultad de Derecho de Utrech)*, Kluwer Law International, 1998), y en la *Mesa Redonda de Ginebra*, llevada a cabo del 2 al 4 de septiembre de 1999 en colaboración la Universidad de Ginebra. En el año 2000 la Conferencia ha participado también en la *Reunión de Ottawa*, celebrada bajo los auspicios del gobierno canadiense (del 28 de febrero al 1 de marzo), en la cual fue debatido el *Anteproyecto de Convenio sobre la competencia judicial y las decisiones judiciales extranjeras en materia civil y comercial*, en los aspectos concernientes a: 1) la validez de las cláusulas de elección de foro concluidas electrónicamente; 2) a la ley aplicable a los contratos concluidos y ejecutados totalmente *en línea*; y, 3) a los contratos concluidos *en línea* entre un consumidor y un profesional (por el momento no se ha logrado un consenso) Cf. Doc. Prel. 7/2000, pág. 35 y Preliminary Document No 12 - «Electronic Commerce and International Jurisdiction», Ottawa, 28 February-1 March 2000, Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the co-operation

Va de suyo que el estudio de las cuestiones y problemas de DIPr. sobre dichas materias se dirige a los sectores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable ⁽³⁰⁾. También se focaliza la atención a los problemas relativos a la ley aplicable a la validez de las cláusulas de elección de *forum* y de *ius* en los contratos de consumo transfronterizos concertados por medios electrónicos y, a la cuestión de saber si las soluciones de los Convenios de la Haya en materia de legalización de documentos públicos extranjeros ⁽³¹⁾, de notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales ⁽³²⁾ y, de obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil ⁽³³⁾ son o no *extrapolables* a las nuevas posibilidades de transmisión que permiten los medios electrónicos y, en su caso, qué interpretaciones o adaptaciones habrían de realizarse.

Las recomendaciones adoptadas por cada Comisión, y recogidas en el documento preliminar elaborado por C. KESSEDIAN, no son definitivas, si bien resulta útil a los propósitos de este estudio retener algunas de sus conclusiones ⁽³⁴⁾.

Sólo abordaremos tres aspectos:

1. *Contratos de consumo en línea* ⁽³⁵⁾: se sugiere establecer el criterio del *forum actoris*, a condición de que el demandante sea un *consumidor* ⁽³⁶⁾. Es decir, otorgar la competencia general al tribunal del domicilio del demandante (*consumidor*) en vez de seguir el foro general de competencia del domicilio del

of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada <<http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>>.

⁽³⁰⁾ Sobre los presupuestos y objeto del DIPr. en relación con sus contenidos y problemas, *vid.* AA.VV., (PÉREZ VERA, E. DIR.) *Derecho internacional privado. Unidad Didáctica I.*, (UNED), 2000, págs. 17-28.

⁽³¹⁾ Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (*BOE* núm. 229, de 25 de septiembre de 1978).

⁽³²⁾ Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965 (*BOE* núm. 203, de 25 de agosto de 1987).

⁽³³⁾ Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970 (*BOE* núm. 203, de 25 de agosto de 1987) y Convenio tendente a facilitar el acceso internacional a la justicia, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (*BOE* núm. 77, de 30 de marzo de 1988).

⁽³⁴⁾ Debe señalarse que las recomendaciones a las que aquí haremos referencia toman como base el texto del Anteproyecto de Convenio sobre la competencia judicial internacional y la eficacia de las decisiones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil preparada por el *Bureau Permanent* de la Conferencia de La Haya en 1998. También conocido como *Convenio mundial de exequatur*. Documento de información número 2 para la Comisión especial de noviembre de 1998. Sobre este anteproyecto y su incidencia en España ver, FORNER DELAYGUA, J.-J., *Hacia un convenio mundial de exequatur*, Barcelona, 1999, págs. 343-382. Algunos miembros de la Conferencia consideran que la trascendencia de los problemas en *la sociedad de los servicios la información* exige un marco jurídico de carácter universal y en tal sentido la elaboración de un Convenio de DIPr. *erga omnes* de carácter mixto.

⁽³⁵⁾ Sólo nos referiremos a los contratos de consumo, y no a las compras *on line* entre profesionales que merecen reglas diferentes, al no darse la situación de «desequilibrio» entre las partes.

⁽³⁶⁾ Sobre la noción de consumidor también se plantea el debate sobre si debe ser limitada sólo a las personas físicas o ampliarlo a pequeñas empresas. La opinión se inclina a considerar como consumidor sólo a personas físicas. Es preciso señalar que la noción de consumidor no es unívoca y que se matiza según el concreto aspecto de derecho de consumo que se regule. Sobre esta noción en el Derecho comunitario europeo, ver ARENAS GARCÍA, R., «Tratamiento jurisprudencial en el ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968», *REDI*, Vol. 48, núm. 1/96, págs. 41-50. En todo caso se trata de una noción autónoma, propia del CB y distinta de la acogida en los diferentes Derechos nacionales.

demandado. Dadas las dificultades para localizar físicamente a los contratantes *en línea* (que pueden operar desde cualquier lugar), la identificación y la localización de las partes en el contrato celebrado íntegramente *on line* deviene una cuestión de primer orden en un contexto comercial electrónico. No se ha llegado a un acuerdo al respecto, si bien se analiza la posibilidad de que se exija al prestador del servicio (el profesional) que se identifique mediante los medios de certificación propuestos por entidades privadas; en tanto que, el consumidor deberá declarar a estos efectos el lugar de su residencia habitual. Las mismas cuestiones de identificación y de localización son pertinentes para la determinación de la ley aplicable al contrato ya que los criterios de localización personal y geográficos en este contexto son *a priori* de imposible determinación.

2. *Validez de las cláusulas de elección on line del forum y del ius*: en primer término, se cuestiona el criterio para determinar la naturaleza internacional de estos contratos. Teniendo en cuenta que ni la regla *loci executionis* ni el criterio de la residencia habitual son relevantes para calificar la internacionalidad de un contrato de consumo *on line*, se sugiere que tiene tal consideración todo contrato *on line*, salvo que las partes tengan su residencia habitual en el mismo país y este hecho sea conocido y claramente identificado en el momento de la conclusión del contrato. En cuanto a la validez de las cláusulas de elección de foro, se entiende que el medio electrónico no introduce distorsiones significativas que justifiquen la adopción una regla especial para la determinación del foro competente. El mismo razonamiento se aplica, *mutatis mutandi*, a las cláusulas de elección de ley.
3. *Adaptación de los Convenios de la Haya* de 1961 (legalización), 1965 (transmisión y notificación) y 1970 (prueba) a las necesidades del comercio electrónico e Internet: la idea que subyace en los trabajos de la Conferencia es permitir que las reglas de dichos Convenios sirvan igualmente en un contexto electrónico. Para ello se ha adoptado el método de la *equivalencia funcional* de tal modo que lo que se analiza es, caso por caso, si las exigencias convencionales pueden ser igualmente satisfechas (de un modo equivalente) en un contexto electrónico; caso de no serlo, se rechazaría, esto es, no se admitiría la comunicación electrónica. En principio, las Comisiones de estudio entienden que nada impide que los medios electrónicos sean tan eficaces y seguros como los tradicionales; sin embargo, es en este ámbito donde la cooperación entre las autoridades nacionales, en aras al recíproco reconocimiento de estas transmisiones, debe ser potenciada. Se considera que tanto la *Ley Modelo UNCITRAL* como los trabajos y propuestas que se desarrollan en el ámbito de la OCDE y del UNIDROIT son marcos jurídicos adecuados para la unificación de las legislaciones nacionales en la materia, sin que sea preciso, en opinión de los expertos de la Conferencia, elaborar convenios específicos ni modificaciones o adaptaciones de los existentes.

C) La Unión Europea: Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre el comercio electrónico

A diferencia de la *Ley Modelo* de la UNCITRAL, la *Directiva* sobre el comercio electrónico aprobada por la Unión Europea (EU) reviste una complejidad jurídica especial por razón de su naturaleza y de la novedosa materia tratada ⁽³⁷⁾. Debe

⁽³⁷⁾ La *Directiva* recoge un difícil consenso entre países nórdicos y anglosajones y países mediterráneos y centroeuropeos. Integra elementos del *Common Law* (Derecho anglosajón) que se reflejan

destacarse que su objetivo no se refiere al fenómeno del comercio electrónico sino a la **noción servicios de la sociedad de la información**. Se trata de un concepto ya acuñado en la *Directiva 98/34/CE*, de 22 de junio (*DOCE* núm. L 204, de 21.07.1998) y en la *Directiva 98/84/CE*, de 20 de noviembre (*DOCE* núm. L, 320, de 28.11.1998), relativas a normas y reglamentaciones técnicas de acceso a los servicios. Se entienden como tal los **servicios que se prestan normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios**.

Estos servicios cubren una serie de actividades económicas desarrolladas *en línea*, en particular a la venta de mercancías. También son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios tales como: el ofrecimiento *on line* de información, las comunicaciones comerciales, el ofrecimiento de instrumentos de búsqueda, acceso y recuperación de datos (servicios que no dan propiamente lugar a la celebración de contratos).

En consecuencia, el concepto de **servicios de la sociedad de la información** es más amplio que el de *comercio electrónico* al abarcar una realidad que implica, no sólo el intercambio de prestaciones de tipo contractual y oneroso sino también de otros servicios no onerosos. La nota esencial caracterizadora es otra: **que dichos servicios tengan un significado económico, aunque no sea el destinatario final quien deba de pagar por ellos en todas ocasiones** ⁽³⁸⁾.

La *Directiva* pretende, respecto de estos servicios, que *se garantice su libre circulación* en el ámbito del mercado interior de la UE. Para ello exige a los Estados miembros que armonicen sus legislaciones y **opta por una vía de mínimos y limitada a aspectos parciales**. Así: a) prohibición de establecer exigencias de autorización previa a los prestadores (arts. 4 y 5) ⁽³⁹⁾; b) deberes generales de información previa a la celebración

fundamentalmente en los artículos sobre códigos de conducta y resolución extrajudicial de litigios, así como la idea de «intervención legislativa mínima», cuyo resultado es similar al alcanzado por el principio conocido en el *Civil Law* (Derecho continental) de *subsidiariedad*. Sobre el origen, propósitos y proceso de elaboración de la *Directiva* véase, DÍAZ FRAILE, J. M., «El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», AC, 2001. En red: <http://www.laley.net/ractual/r02c_d002.html>.

⁽³⁸⁾ Se trata de una analogía con los servicios que se comercializan mediante programas televisivos y la televisión de no pago los cuales se financian con la publicidad, sin que sean onerosos para el usuario final. Queda excluido de dicha noción cualquier otro servicio aún prestado por Internet que carezca de los requisitos enunciados. En particular: **a) No son servicios a distancia**, los prestados en presencia física simultánea del prestador y del destinatario, aunque impliquen la utilización de equipos electrónicos (*ad. ex.*, consulta en tienda de un catálogo electrónico, reserva de billetes de avión o de tren a través de red en agencia de viajes, etc.) ; **b) No son servicios ofrecidos por vía electrónica**, aquellos cuyo contenido material no es prestado por media de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos (*ad. ex.*, telefonía vocal, servicios de teléfono, fax, expendeduría automática de billetes de banco, o de billetes de transportes, etc.); y **c) No son servicios prestados a petición individual** de un destinatario de los servicios, aquellos que van dirigidos a la recepción simultánea de un número ilimitado de destinatarios (*ad. ex.*, servicios de radiodifusión sonora y televisiva y servicios de teletexto televisivo).

⁽³⁹⁾ *Prestador de servicios* es cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información; y *prestador de servicios establecido*, es quien ejerce de manera efectiva la actividad económica a través de una instalación estable y por un tiempo indeterminado. No se considera un establecimiento del prestador de servicios, la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizados para suministrar el servicio [art. 2 b) y c)]. Esta última definición se fundamenta en la jurisprudencia del TJCE que ha puntualizado el concepto de «establecimiento» en el sentido del art. 52 y ss. del Tratado (*Cfr.* Asunto C-221/89, *Rec.* 1991 pág. I-3905). De este modo, a los efectos de la *Directiva*, no constituirá establecimiento en el territorio de un Estado miembro, por ejemplo, el hecho de

de un contrato *on line* (arts. 9 a 11); c) identificación de una comunicación comercial (arts. 6 a 8); y, d) los requisitos bajo los cuales los prestadores de los servicios (intermediarios) no serán responsables de la información que circule por la red (arts. 17 y 18). Asimismo, establece la exigencia de cooperación entre los Estados miembros para la obtención de la información general sobre los derechos y obligaciones de los prestadores de servicios y de los destinatarios de los mismos (art. 19); y, finalmente, la adopción de sanciones a las infracciones de las disposiciones nacionales que se adopten por los Estados para garantizar la aplicación de la Directiva (art. 20). Su plazo para la transposición finaliza el 17 de enero de 2002.

Esta opción (vía de mínimos y limitación a aspectos parciales) no debe ser entendida como «falta de ambición» del legislador comunitario. Al contrario, la *Directiva*, al pretender un funcionamiento dinámico del comercio electrónico, dentro y fuera de las fronteras de los Estados miembros, acude a la técnica del «reconocimiento mutuo» de las respectivas legislaciones internas y lo combina con la «regla del país de origen» (art. 3.1 en relación con los considerandos 22 y 24) excluyendo expresamente su aplicación a las normas de Derecho internacional privado (art. 1.4). Sobre estos dos aspectos volveremos en el siguiente inciso.

Por último, hay materias que, formando parte de los servicios de la sociedad de la información, están expresamente excluidas. Son: a) la imposición ⁽⁴⁰⁾; b) las materias relacionadas con la protección de datos personales ⁽⁴¹⁾; c) las actividades de notarios y profesiones equivalentes, en la medida en que supongan una conexión directa con el ejercicio de la fe pública ⁽⁴²⁾; d) la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales ⁽⁴³⁾; y e) las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario, incluidas loterías y apuestas ⁽⁴⁴⁾.

III. Cuestiones de Derecho Internacional Privado y protección de los consumidores en la contratación electrónica

1. Planteamiento general y régimen jurídico aplicable

que se pueda acceder a un sitio *Internet* en un Estado miembro, ya que ello equivaldría a considerar que un operador está establecido en varios países o incluso en los 15 Estados miembros.

⁽⁴⁰⁾ Porque la fiscalidad no forma parte del mercado interior; es decir, no está armonizada en el ámbito intracomunitario.

⁽⁴¹⁾ Porque la protección en el tratamiento y transmisión de datos personales se aplica a todas las actividades económicas, incluido el comercio electrónico, estando ya regulada en la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre (*DOCE* núm. L 281, de 23 de noviembre de 1995) y en la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre (*DOCE* núm. L 24, de 30 de enero de 1998).

⁽⁴²⁾ Porque la prestación de servicios profesionales está regulada en otras Directivas específicas y basta con que el profesional tenga titulación y habilitación en su país de origen para que pueda prestar sus servicios *on line* en cualquier país miembro distinto al suyo propio, y sin perjuicio de que deba atenerse también a los códigos de conducta que en el espacio europeo existan o se puedan adoptar en el futuro. Un crítica a este planteamiento de la Comisión puede verse en DÍAZ FRAILE, J.M., «El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», *Op. cit.* y en red: <http://www.laley.net/ractual/r02c_d002.html>.

⁽⁴³⁾ Porque en los procedimientos judiciales rigen los principios procesales de oralidad y de inmediatez ante el Juez.

⁽⁴⁴⁾ Porque la actividad de los casinos *virtuales* está sujeto a una estricta normativa nacional por razones de orden público. Su liberalización se considera potencialmente peligrosa.

La individualización de la ley aplicable y del tribunal competente en las transacciones comerciales concertadas por medio de *Internet* representa para el DIPr. un atractivo y novedoso tema de estudio cuyo interés se acentúa por la «multilocalización» de los operadores que se sirven de este medio virtual.

Ya hemos apuntado ⁽⁴⁵⁾ que la llamada «sociedad de la información» es una sociedad post-industrial construida sobre un sistema productivo basado en la automatización de las energías del hombre y en donde **la información se ha convertido en una *res intra commercium*; es decir, en un bien de consumo con un valor económico muy elevado.** Tal fenómeno se incardina en un proceso caracterizado por el hecho de que los bienes más preciados son bienes no materiales. Por ello, el enfoque jurídico de las cuestiones que plantean los servicios de la sociedad de la información es un tema complejo y de perfiles muy variados. La búsqueda de soluciones no puede ser ajena a las cuestiones de las que se ocupa el Derecho internacional privado.

Por la propia naturaleza y características de *Internet* las fronteras geográficas y la localización física de los operadores económicos resultan *indiferentes*; de ahí que, los problemas sobre los conflictos de leyes (sector de la ley aplicable) y los criterios de atribución de competencia judicial internacional se tornen peculiares. El examen de estas peculiaridades y la protección al consumidor en los contratos de consumo por vía electrónica se centrará en las reglas de Derecho internacional privado contractual español con el fin de saber cuándo son competentes los tribunales españoles para conocer de un litigio relativo a los contratos con consumidores ⁽⁴⁶⁾ y cuándo se aplican las leyes españolas a estos mismos contratos ⁽⁴⁷⁾.

El enfoque se hará atendiendo a tres *instrumentos* de protección: *primero*, las soluciones de la Directiva sobre el comercio electrónico. En este *plano* se tratará el principio del reconocimiento mutuo y la regla del país de origen establecidos en la Directiva para las materias armonizadas; *segundo*, la dimensión de la competencia judicial internacional (CJI) y el régimen especial de los contratos de consumo en los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988; y, *tercero*, el régimen conflictual especial para los contratos con consumidores en el Convenio de Roma de 1980 (CR) y la incidencia en sus soluciones de otras directivas europeas de protección a los consumidores.

2. Soluciones de la Directiva europea sobre el comercio electrónico: la regla del país de origen y el Derecho Internacional Privado

No hace falta insistir en el hecho de que en un ambiente electrónico la confianza del consumidor en la empresa oferente adquiere perfiles especiales. Dos preguntas pueden formularse: ¿cuáles son los intereses del consumidor? y ¿cómo se protegen jurídicamente estos intereses en la Directiva sobre el comercio electrónico? Ambas preguntas sirven de punto de partida para delimitar el ámbito material de la *Directiva* europea y la técnica de reglamentación seguida para la armonización de esas materias. Y, posteriormente, para ver las soluciones de Derecho internacional privado español

⁽⁴⁵⁾ VARGAS, M., «Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el *cyberespacio*», *Op. cit.* págs. 1-26.

⁽⁴⁶⁾ Jurisdicción competente para conocer del proceso legal: en qué país demandar al prestador del servicio, cómo identificar al mismo y, sobre todo, saber si en el país del tribunal competente existen reglas especiales para litigios derivados de las relaciones contractuales *de consumo* concertadas por vía electrónica.

⁽⁴⁷⁾ Ley que debe aplicar el juez o el árbitro a un contrato de consumo *on line*.

sobre competencia judicial internacional y ley aplicable a los contratos de consumo por vía electrónica.

Puede decirse que, con carácter general y en la sociedad de los servicios de la información en particular, un consumidor tiene tres intereses: a) interés en recibir comunicaciones comerciales precisas y completas sobre los productos y los servicios ofrecidos en la *Red*; b) interés en recibir el producto o el servicio pedido en las condiciones ofrecidas o estipuladas en el contrato; y c) interés en obtener una protección legal adecuada contra productos defectuosos y eventualmente peligrosos ⁽⁴⁸⁾.

Esto se traduce en que la protección jurídica debe orientarse para que el consumidor tenga derecho a: 1) una comunicación identificada e identificable, fidedigna, clara y concreta; 2) entablar acciones o recursos legales en contra de comunicaciones no deseadas o equívocas; y 3) entablar acciones o recursos legales y eficaces en el caso de que la mercancía vendida o el servicio prestado, no se corresponda con lo ofrecido y/o solicitado.

Para armonizar estos derechos la Directiva «salta» por encima de las diferencias entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros, a las que impone un *régimen de armonización mínima*, y adopta el principio de *mutuo reconocimiento* combinado con la regla del *país de origen*. Es decir, la Directiva «pasa por alto» las diferencias legislativas nacionales y establece el principio de que todos los Estados miembros reconocerán la legislación interna de los demás (*principio del reconocimiento mutuo*), a pesar de las diferencias con la suya propia, de forma que 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 del país en el que esté establecido el prestador del servicio cuyo control corresponde en exclusiva al país de origen (regla del país de origen)* ⁽⁴⁹⁾.

En relación con lo anterior abordaremos solamente dos cuestiones: el régimen de armonización mínima en el tratamiento de los contratos por vía electrónica fijado en la Directiva y, el alcance del principio de reconocimiento mutuo y la regla del país de origen (*home country control*) en el *ámbito coordinado* de dichos contratos.

A) Régimen de armonización mínima en el tratamiento de los contratos por vía electrónica.

La Sección 3ª de la Directiva regula el tratamiento los contratos por vía electrónica (art. 9), la información exigida (art. 10) y la realización de un pedido (art. 11). Estos preceptos están orientados al establecimiento de requisitos uniformes por parte de los Estados miembros de tal manera que se garantice un nivel de *protección equivalente* en todos ellos, al tiempo que se permite *controlar en el origen* la citada actividad ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ SCOTT-WILSON, Ch., «La protection des consommateurs dans le secteur du commerce électronique», *Europa Comunicaciones comerciales, Newsletter*, <http://europa.eu.int/comm/internal_mar...com/newsletter/edition15/page17_fr.htm> (página visitada el 17.12.2000).

⁽⁴⁹⁾ Cf., DÍAZ FRAILE, J.M., «El comercio electrónico: Directiva y Proyecto de Ley español de 2000 (Crónica de su contenido, origen, propósitos y proceso de elaboración)», *Op. cit.* y en red: <http://www.laley.net/ractual/r02c_d002.html>.

⁽⁵⁰⁾ Debe señalarse que las exigencias de la construcción europea contemplan ya la transformación del mercado interior en un mercado totalmente integrado, con las características de un mercado nacional, al que los expertos comunitarios han denominado el *mercado europeo interno*. A fin de impulsar tal

Sin pretensiones exhaustivas nos vamos a referir brevemente a estas medidas:

1. La disposición del párr. 1 del art. 9 exige a los Estados miembros posibilitar que efectivamente se pueda recurrir a los contratos por vía electrónica. Esta exigencia es complementaria de la Directiva sobre Firma electrónica ⁽⁵¹⁾, relativa a la validez jurídica de las firmas electrónicas. La exigencia de este precepto consiste en una *obligación de hacer y de resultado*, que obliga a revisar de forma *cualitativa y sistemática* la legislación interna, de tal modo que *no se entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica ni se prive de efecto o de validez jurídica a este tipo de contratos*. En consecuencia, los Estados deberán examinar el conjunto de las etapas del proceso contractual y no solamente la etapa final de conclusión o firma del contrato propiamente dicha ⁽⁵²⁾ ni tampoco limitarse a la cuestión puramente material de cuál sea su soporte físico.

integración, la aplicación del llamado *principio de reconocimiento mutuo* y de la *regla del control del país de origen (home country control)* de los servicios, serán la piedra angular sobre la que se pretende sustentar todo el programa de *medidas* que durante los próximos años se llevarán a cabo en la UE (ver *Nota de la Presidencia del Consejo de la Unión Europea al Comité de Derecho Civil* (cuestiones generales), de 22 de septiembre de 2000, Doc. 10593/1/00 REV.1). Cabe recordar que, a partir de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* (Ref. *Rewe Zentrale AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case 120/78 [ECR 649] y [1979, CMLR, 3, 494], el *principio de reconocimiento mutuo* se considera, junto al art. 30 del TCE, uno de «los instrumentos privilegiados para la liberación de los intercambios y el punto de referencia constante de las acciones llevadas a cabo a nivel comunitario para la realización de las cuatro libertades fundamentales», Cfr. MATTERA, A., «L'article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence *Cassis de Dijon* et le principe de la reconnaissance mutuelle: instruments au service d'une Communauté plus respectueuse des diversités nationales», *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 4/92, págs. 13 y ss. La doctrina se ha ocupado *in extenso* de este Principio; a modo indicativo, ver: FALLON, M., *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne*, Curso General de la Academia de La Haya de Derecho Internacional Privado, RCADI, 253 (1995), págs. 182 y ss.; GARDENES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, págs. 103 y ss.; GONZÁLEZ VAQUÉ, L., «El principio de reconocimiento mutuo: su aplicación a los productos industriales», *Comunidades Europeas, Aranzadi* núm. 2/1996, págs. 33-40, ID., «Naturaleza y efectos de las cláusulas de reconocimiento mutuo incluidas en las normativas nacionales relativas al mercado interior», *Gaceta Jurídica de la CE*, D-27, 1997, págs. 139-141; GUZMÁN ZAPATER, M., «El principio de reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (a propósito de la Comunicación de la Comisión: libre prestación de servicios e interés general en la Segunda Directiva Bancaria)», *RDCE*, 1998, esp. págs. 140-141; LÓPEZ ESCUDERO, «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, D-19, 1993, pág. 123; MARTÍNEZ LAGE, S., «El reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, B-96, 1994, págs. 1-9; PARDO LEAL, M., «La Sentencia *foie gras*: el TJCE confirma la obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en la legislación de los Estados miembros», *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 203/99, págs. 83-85; RADICATI DI BROZOLO, L.G., «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *rev.crit.dr.internat.privé*, núm. 3/93, págs. 406-410; VIGNES, «Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle» en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Madrid, 1992, págs. 1289-1299.

⁽⁵¹⁾ Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre, DOCE núm. L 13, de 19 de enero de 2000.

⁽⁵²⁾ Concretamente las autoridades nacionales deberán: a) suprimir todas las disposiciones que manifiestamente prohíban o limiten la utilización de medios electrónicos; b) no impedir la utilización de ciertos sistemas electrónicos (los llamados agentes electrónicos inteligentes); c) no dar un efecto jurídico diferente al contrato electrónico que favorezca en la práctica la utilización de contratos sobre soporte de papel; y, d) adaptar las exigencias de forma (y en su caso solemnidades) de ciertos contratos, de tal modo que no exista «inseguridad jurídica» sobre la interpretación de que tales exigencias formalistas constituyan un obstáculo para la utilización efectiva del medio electrónico. Estas exigencias formales se refieren a: 1) las relativas al soporte del contrato (los términos papel, escrito, carta, documento, formulario, original, impreso, publicado, etc., no pueden ser interpretados en el sentido de invalidar el

2. Los párrs. 2 y 3 del citado artículo introducen una serie de excepciones o restricciones a la aplicación de las disposiciones anteriores, en atención a cierta tipología de contratos ⁽⁵³⁾. No obstante ello, los Estados están autorizados a adaptar -para dichos contratos excluidos-, medidas de ejecución por vía electrónica y deberán comunicar a la Comisión dichas excepciones. Al propio tiempo, deberán enviar cada cinco años un informe sobre la aplicación de este apartado justificando la necesidad de mantener las restricciones acordadas para los mismos.
3. El art. 10, relativo a la información exigida, está orientado al logro de un alto nivel de protección a la lealtad y la buena fe en las transacciones comerciales por vía electrónica. Para ello prevé *una obligación de transparencia en general* y, en particular, la necesidad de describir los diferentes pasos técnicos necesarios para llevar adelante la conclusión del contrato. El párr. 2 hace hincapié en la importancia de los *códigos de conducta* ⁽⁵⁴⁾ a los que el prestador de servicios esté acogido; y, el párr. 3, se orienta a garantizar que los destinatarios de los servicios puedan acceder a estos códigos de conducta y en concreto a la sección relativa a la responsabilidad en la contratación.
4. El art. 11 se refiere a la realización del pedido, esto es, al momento de la conclusión del contrato, fijando dos principios: a) el acuse de recibo del pedido por parte del destinatario; b) los medios para que el consumidor sepa que el pedido se ha recibido y la posibilidad de que éste pueda identificar correctamente las exigencias contractuales y modificar o corregir los errores de introducción de datos antes de enviar el mismo. Estos principios, sin embargo, no son de aplicación cuando el medio para realizar el pedido sea mediante intercambio de correo electrónico o de otra comunicación individual equivalente (párr. 3).

A modo de primera conclusión podemos decir que en la sociedad de los servicios de la información los intereses de los consumidores apuntados anteriormente han quedado «jurídicamente protegidos» en el *ámbito coordinado* de los contratos por vía electrónica y en los términos de los arts. 9 a 11 de la Directiva. La instrumentalización corresponde ahora a cada Estado miembro mediante la transposición a su Derecho interno de los contenidos «de mínimos» fijados por la misma ⁽⁵⁵⁾.

contrato por defecto de forma según la ley nacional); 2) las relativas a la presencia humana (términos como «ser negociado por personas físicas, o en presencia de las partes, o ser negociado y concluido en un lugar concreto»); y 3) las relativas a la implicación de terceros (*ad. ex.*, ser hecho o autenticado por un notario, o ser concluido en presencia de testigos, o registrado y depositado en un lugar determinado o ante una autoridad determinada. *Cfr.* Comentarios al articulado de la Directiva realizados por la Comisión de Comercio Electrónico (*E-commerce commission*), en *Comunicaciones Comerciales, Newsletter*, Documento elaborado en enero 1999. *Vid.* <http://europa.eu.int/comm/internal_mar...wsletter/edition16-17/page04-03_fr.htm> (sitio visitado el 17.12.2000).

⁽⁵³⁾ Son: los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, salvo los derechos de arrendamiento; los contratos que requieran *ex lege* la intervención de autoridades judiciales, administrativas o profesionales que ejerzan la función pública; los contratos de crédito y caución y las garantías prestadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica; y, los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.

⁽⁵⁴⁾ La aplicación de los Códigos de Conducta está regulada en el art. 16 de la Directiva.

⁽⁵⁵⁾ En España, *Anteproyecto de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (versión de 30 de abril de 2001), de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (Ministerio de Ciencia y Tecnología) que tiene por objeto incorporar la Directiva 2000/31/CE, y parcialmente la Directiva 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación en

B) Principio del reconocimiento mutuo y la regla del país de origen (*home country control*) en la Directiva sobre el comercio electrónico

Hemos señalado anteriormente que la Directiva persigue, entre otros objetivos, garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros (art. 1.1.). Y, conviene recordar, que la libre circulación de los servicios se instrumentaliza en el Derecho comunitario europeo mediante las «libertades» de establecimiento y de libre prestación de servicios (⁵⁶).

Pues bien, el legislador comunitario, a la vista de la heterogeneidad de las legislaciones entre los Estados miembros en materia de contratos, publicidad, ejercicio de profesiones y responsabilidad de los prestadores en la sociedad de los servicios de la información y, consciente de la dificultad de lograr una armonización total en estas materias, acoge el **principio de reconocimiento mutuo** (art. 3.2 de la *Directiva*) al decir que: *Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado.* Y lo complementa con la *regla del control de origen*, sancionada en el párr. 1 del art. 3, a cuyo tenor: *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.*

El principio de reconocimiento mutuo en su relación de complementariedad con la regla del control de origen opera así: *los Estados no pueden oponer las normas del país de acogida del servicio (normas del país de la residencia del destinatario de los servicios) incluso si dicho servicio transfronterizo no cumple con los requisitos impuestos para este mismo ámbito coordinado por las normas del Estado de acogida, con los límites del orden público y de las normas imperativas.*

¿Qué relevancia tiene esta solución comunitaria para el Derecho internacional privado? ¿Es la regla del control de origen una norma de Derecho internacional privado? ¿Cuál es su relación con las normas del Convenio de Roma y del Convenio de Bruselas? ¿Se trata de una verdadera norma de aplicación o por el contrario ha de verse como una referencia o simple toma de consideración del Derecho de otro Estado miembro?

materia de protección de los intereses de los consumidores. Véase, <http://www.setsi.mcyt.es/novedad/antepr_elect_300401.pdf>

(⁵⁶) Ambas libertades son «la esencia del oro» (parafraseando a BERTOLT BRECHT); es decir, constituyen el corazón de una economía libre de mercado de alcance supranacional; de otro modo no podría entenderse la *libre circulación de los factores de la producción*. Sobre estas libertades ver, entre otros: ANNABOLIS, P., «La libre circulation des services dans l'Union européenne: evolution et perspectives», *RMUE*, 1994, págs. 173 y ss.; ABELLÁN HONRUBIA, V., «Libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la CEE», *Enciclopedia jurídica básica*, 1995, págs. 4042-4048, CALVO CARAVACA, A.L., Y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho Mercantil Internacional (Estudios sobre el Derecho Comunitario y del Comercio Internacional*, Madrid, 1995, págs.109-121; CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el mercado único europeo», *Noticias de la UE*, núm. 186/2000, págs. 87-100; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., «Libre circulación de servicios», *Diccionario de términos comunitarios* (P. BIGLINO, Coord), McGraw Hill, 1997, págs. 227-231; SÁNCHEZ FELIPE, J. M., «Libertad de Establecimiento», *Diccionario de términos comunitarios*, *Op. cit.*, págs. 193-200.

Desde luego que la cuestión no es irrelevante doctrinalmente. El propio F. RIGAUX⁽⁵⁷⁾, ha señalado que trata de un método «próximo al conflicto de leyes» que permite el reconocimiento por cualquier Estado miembro de la legislación de los demás Estados. En opinión de M. FALLON⁽⁵⁸⁾, nos encontramos ante una verdadera *obligación* a cargo de la autoridad del Estado de destino de *dar efecto equivalente al nacional* a una norma de otro Estado miembro, de manera que se permita el acceso al mercado de los productos o servicios *conforme a la norma de origen del lugar donde esté establecido el prestador del servicio*. En tanto que para J. BASEDOW⁽⁵⁹⁾, el mecanismo de referencia a la *lex originis* es de carácter «normativo conflictual», y su fundamento de *remisión* se enmarca en las disposiciones de los arts. 30 y 59 DEL TCE. Luca RADICATI DI BROZOLO⁽⁶⁰⁾ también se ha planteado la cuestión, si bien con un enfoque tendente a poner de relieve las recíprocas *interrelaciones* entre las normas de conflicto de los Estados miembros y *la nouvelle approche* normativa seguida por las instituciones comunitarias para la consecución del *mercado único*.

Detenernos en las discusiones teóricas y en las tesis sustentadas por la doctrina excedería de los propósitos de este estudio. Lo que nos interesa retener es el alcance o ámbito de aplicación material del principio del mutuo reconocimiento y la regla del control de origen en la *Directiva*. Esta distinción nos permitirá *a fortiori* comprender la aplicación de las reglas del CB y del CR en los contratos de consumo vía electrónica.

C) Ámbito de aplicación material del principio del mutuo reconocimiento y la regla del control de origen en el ámbito coordinado de la *Directiva* y el Derecho internacional privado. Sus excepciones.

Cabe recordar que el art. 3.1 de la *Directiva* obliga a todo Estado miembro *a velar por el respeto de las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del «ámbito coordinado»*. ¿Qué debe entenderse, entonces, por *ámbito coordinado*?

La Comisión ha señalado que se trata del conjunto de requisitos legales exigibles a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información, tanto los generales (relativos a la actividad) como los específicamente destinados a tales prestadores. También quedan incluidas las exigencias relativas al comienzo de la actividad y al ejercicio y desarrollo de la misma, así como las referidas a la calidad de la prestación o del servicio, a la publicidad, a los **contratos**⁽⁶¹⁾ y a la responsabilidad. Sólo por razones excepcionales pueden los Estados adoptar medidas restrictivas. La *Directiva* en su art. 3 incisos 4 y 5 condiciona éstas a que sean necesarias y proporcionales; y, tasa las causas de necesidad en el orden público, la salud pública, la seguridad pública y la protección de los

⁽⁵⁷⁾ RIGAUX, F., «Droit communautaire et droit international privé», *L'internationalisation du droit international privé* en *l'Honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz, París, 1994, págs. 345-346.

⁽⁵⁸⁾ FALLON, M., *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne*, loc.cit.; ID, «Variations sur le principe d'origine entre droit communautaire et droit international privé» en *Nouveaux itinéraires en Droit (hommage à F. Rigaux)*, Bruylant, 1993, págs. 187-221, en concreto, pág. 191.

⁽⁵⁹⁾ BASEDOW, J., «Conflicts of Economics Regulation», *AJIL*, Vol. 42, núm. 2/94, págs. 423-447.

⁽⁶⁰⁾ RADICATI DI BROZOLO, L. «L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation», *Rev.crit.dr.international.privé*, núm. 83/93, págs. 403-410.

⁽⁶¹⁾ Por ejemplo: la oferta de un contrato, la negociación, la conclusión, el registro, las modificaciones, el precio, los medios y forma de pago, la resolución anticipada, la finalización del contrato y la solución de diferencias.

consumidores ⁽⁶²⁾. Fija, además, un procedimiento de control y verificación de tales medidas por parte de la Comisión.

Como se ve, el funcionamiento de esta regla se aproxima mucho a una norma de DIPr. (*lex originis*). Ello suscitó enfrentamientos entre las Delegaciones de los Estados miembros en orden a su interpretación y alcance. Muchas de las Delegaciones entendían que la norma del art. 3.1 era una verdadera norma de atribución, por lo que vendría a desvirtuar, en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales con consumidores, lo establecido en el art. 5 del Convenio de Roma de 1980.

El CR, como veremos más adelante, declara aplicable -en defecto de elección- la ley del país de la residencia habitual del consumidor (cuando se dan ciertos presupuestos o circunstancias en el contrato), y la Directiva, según lo visto, parte del principio opuesto, al hacer aplicable con carácter general la ley del país en el que está establecido el prestador de los servicios. La cuestión quedó zanjada de un modo práctico mediante la incorporación en un Anexo a la Directiva de una lista de excepciones a la regla del país de origen. Entre estas excepciones se acordó la no aplicación de la regla del control de origen, entre otras materias, a:

- 1) la designación de los tribunales competentes (quedando a salvo el CB de 1968 y el *Reglamento* 44/2001/CE);
- 2) la libertad de elección de las partes contratantes de la ley aplicable al contrato (queda a salvo la posible colisión con las normas del CR de 1980 que parte de la libertad de los contratantes para la *electio legis*); y,
- 3) las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores (que se registrarán, en defecto de elección, por la ley de la residencia habitual del consumidor =ley del país de destino del servicio).

Así pues cabe decir que, en el ámbito de los contratos por vía electrónica, las materias objeto de armonización son las contenidas en los arts. 9 a 11 de la Directiva. Que la regla del país de origen se aplica respecto a las obligaciones de información que debe cumplir el prestador de los servicios (arts. 10 y 11, incisos 1 y 2), que es previa a la celebración del contrato con consumidores ⁽⁶³⁾. Que también abarcaría las disposiciones nacionales, adoptadas en desarrollo de la misma, a los siguientes aspectos del contrato: la oferta, la negociación, la conclusión, el registro, las modificaciones, el precio, los medios y forma de

⁽⁶²⁾ Se trata de salvaguardar la aplicación de otras Directivas comunitarias sobre protección a los consumidores. Entre otras: sobre publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, *DOCE* núm. L 250, de 19 de septiembre de 1984); sobre seguridad general de los productos (Directiva 92/59/CEE, de 29 de junio 1992, *DOCE* núm. L 228, de 11 de agosto de 1992); sobre crédito al consumo (Directiva 98/7/CE, de 16 de febrero de 1998, *DOCE* núm. L 101, de 1 de abril de 1998); sobre cláusulas abusivas en los contratos de consumo (Directiva 93/13/CE, de 3 de abril, *DOCE* núm. L 95, de 21 de abril de 1993); sobre contratos a distancia (Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo, *DOCE* núm. L 144 de 4 de junio de 1997); sobre publicidad e indicación de precios de productos o alimenticios, (Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre, *DOCE* núm. L 250 de 19 de septiembre de 1984, modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre, *DOCE* núm. L 290, de 23 de octubre de 1997).

⁽⁶³⁾ Se trata de un deber de información y de otros requisitos adicionales que no desplazan ni derogan los requisitos previstos en otras normas o directivas sobre consumidores. Pero que también se aplica a las demás condiciones que en ese ámbito armonizado establezca la legislación nacional del prestador de los servicios. La adopción de la regla del país de origen tiene su justificación en la propia peculiaridad de la Red que hace que el prestador de los servicios que coloca una página *WEB*, no toma en principio la decisión de dirigirse a un mercado concreto, sino a todos los mercados y países, por lo que resulta imposible que el empresario se adapte a la heterogeneidad de las legislaciones posibles ni exigirle que conozca todos los requisitos que éstas puedan establecer respecto de tales servicios.

pago, la resolución anticipada, la finalización del contrato y la solución de diferencias. Y, que las normas de DIPr. sobre competencia judicial internacional y ley aplicable a las obligaciones contractuales con los consumidores son materias expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la regla del país de origen, lo que obliga al estudio del régimen jurídico de ambos sectores a fin de dilucidar en qué supuestos serán competentes los tribunales españoles para conocer de un litigio sobre consumo, y, cuándo será aplicable el Derecho español a los contratos con consumidores (concluidos tanto *off line* como *on line*)⁽⁶⁴⁾.

3. La dimensión judicial de Derecho Internacional Privado. Competencia judicial internacional

En el sector de la competencia judicial internacional (en lo sucesivo CJI) la protección a los consumidores domiciliados en la Unión Europea se consagra en los convenios de Bruselas de 1968⁽⁶⁵⁾ (CB) y de Lugano de 1988⁽⁶⁶⁾; y, por lo que hace al Derecho *autónomo* español, en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽⁶⁷⁾ (LOPJ).

Estos textos establecen *reglas especiales* para los litigios derivados de relaciones contractuales con consumidores. Para saber si éstas son o no aplicables al caso en cuestión, hay que retener dos peculiaridades del CB: una, su ámbito de aplicación territorial (establecido en el art. 60, en relación con los arts. 55, 56, 57 y 59) y su ámbito de aplicación temporal (norma del art. 56 en relación con el art. 1.2 -materias excluidas del ámbito de aplicación material-); y dos, el presupuesto de aplicación del Convenio, que es el domicilio del demandado.

Así, si el demandado tiene su domicilio en otro Estado Parte del CB 1968 es este Convenio el que en concreto nos señalará los criterios de atribución de la CJI, (sección 4ª, arts. 13 a 15). Si el demandado tiene su domicilio en un Estado parte del CL 1988 y que a su vez no es Parte del CB 1968, la competencia vendrá determinada por dicho

⁽⁶⁴⁾ El Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (*cit. supra*) señala en su Exposición de Motivos -Segunda- que el principio de país de origen no afecta a la determinación de la ley a las obligaciones nacidas de contratos electrónicos o de la jurisdicción competente para conocer de los posibles litigios entre las partes, ya que *el ámbito normativo coordinado abarca tanto normas de Derecho privado como fundamentalmente administrativas, referentes a los requisitos que debe cumplir el prestador para iniciar y desarrollar su actividad* (*vid.* art. 29). Por otro lado, precisa en el inciso i) del art. 2 (*Definiciones*) el alcance de *ámbito normativo coordinado*, para incluir -entre otros- los requisitos referentes a la **contratación en línea**. En sus arts. 25 a 28 señala las normas generales de aplicación a la contratación electrónica (validez y eficacia de los contratos electrónicos, contratos excluidos, principio de equivalencia con los contratos formalizados por escrito y prueba de las obligaciones). Y, en los arts. 30 a 33 establece obligaciones precisas que afectan a la formación del contrato (pre-contractuales) y posteriores a su celebración, determinando el **momento** de la celebración del contrato (art. 32) y el **lugar** de la celebración (art. 33: tratándose de contratos de consumo, se presumen celebrados en el lugar en que el consumidor tenga su residencia habitual).

⁽⁶⁵⁾ Arts. 13 a 15 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y Protocolo anejo, hechos en **Bruselas** el 27 de septiembre de 1968 (*DOCE* núm. C 189, de 28 de julio de 1990. La versión consolidada como consecuencia de la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia al Convenio se publicó en *DOCE* C núm. 27, de 26 de enero de 1998.

⁽⁶⁶⁾ Arts. 13 a 15 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. (*BOE* núm. 252 de 20 de octubre de 1994). Estados parte: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza

⁽⁶⁷⁾ Art. 22 regla 4.ª de la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.

Convenio. Y finalmente, si el domicilio del demandado se halla en un Estado no parte de dichos convenios, la CJI será determinada por la LOPJ, esto es, por el derecho autónomo español.

Cuál es *el régimen especial* de los *contratos de consumo* establecido en dichos textos normativos y qué *problemas* se suscitan para su determinación cuando el contrato se formaliza *on line*, constituyen el núcleo de atención de este epígrafe ⁽⁶⁸⁾.

Para su desarrollo seguiremos un triple enfoque: en primer lugar, la *caracterización del contrato de consumo* como una categoría contractual *autónoma* ⁽⁶⁹⁾. En segundo lugar, el *ámbito de aplicación de la Sección 4ª del CB*, limitado a ciertos contratos de consumo (lo que supone la necesidad de comprender el alcance de las *condiciones* delimitadoras del ámbito de aplicación de dicha Sección del Convenio). Y, en tercer lugar, que la *posición del consumidor como demandante* en el litigio exige una *protección diferente*. A tal fin, se establecen *reglas especiales de CJI*, operativas siempre que se den las condiciones o circunstancias antes señaladas (es decir, que se trate de un contrato de consumo y que el mismo entre en el ámbito de aplicación de la Sección 4ª del CB 1968) y, complementariamente, se limita la autonomía de la voluntad en las cláusulas de elección de foro.

A) Contrato de consumo y consumidor *virtual*

El punto de partida de la política comunitaria de protección al consumidor en el sector de la CJI es la existencia de una parte débil en la relación contractual «de consumo» (el *consumidor*). Ello se traduce en la utilización de otra norma de CJI además de las generales: simultáneamente, se abre un foro próximo al consumidor y se limita el juego de la autonomía de la voluntad ⁽⁷⁰⁾.

La razón que justifica esta especialidad es, como ya señalara el INFORME JENARD ⁽⁷¹⁾, la asimetría entre las posiciones de las partes. De ahí que lo que pretenda el CB 1968 sea «reequilibrar» dicha asimetría y permitir que los consumidores puedan postular, bien ante los tribunales de su domicilio o bien ante los tribunales del domicilio de su cocontratante (el *profesional*).

Para que estos foros entren en juego, y se excluya la aplicación del régimen general del CB 1968 ⁽⁷²⁾, debe tratarse de un contrato celebrado por un *consumidor*. La noción de

⁽⁶⁸⁾ Véase, CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, 2001, págs. 84-100.

⁽⁶⁹⁾ Lo que implica que se excluya la aplicación de régimen general de los arts. 2, 5, y 6 CB 1968.

⁽⁷⁰⁾ Ver ARENAS GARCÍA, R., «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación...», *Op. cit.*, págs. 43-45; CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, *op. cit.*, pág. 86.

⁽⁷¹⁾ *Informe al Convenio de Bruselas en la versión de 1968* (DOCE núm. C 189, 28.7.1990, págs. 122-179). Debe completarse con el *Informe Schlosser al Convenio en la versión de 1978* (DOCE núm. C 189, 28 de julio de 1990, págs. 184-256), con el *Informe Evrigenis/Kerameus en la versión de 1982* (DOCE núm. C 189, 28 de julio de 1990, págs. 257-284), y con el *Informe Almeida/Desantes/Jenard en la versión de 1989* (DOCE núm. C 189, 28 de julio de 1990, págs. 35-56).

⁽⁷²⁾ Con carácter específico sobre el régimen del CB 1968 véase, entre otros: VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 116-122; y «Los comentarios a los Artículos 13 a 15 del Convenio» por L. CARRILLO POZO en *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, (Edición a cargo de A.L. CALVO CARAVACA), Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, 1994, págs. 267-318.

consumidor ha sido objeto de interpretación *autónoma* por el Tribunal de Luxemburgo ya que el art. 13 del Convenio sólo retiene un elemento «calificador» de tal noción, lo que suscitó el planteamiento de varias cuestiones prejudiciales ⁽⁷³⁾.

Señala el art. 13 que *...el contrato de que se trate tenga como fin un uso que pudiera considerarse ajeno a la actividad profesional de uno de los contratantes (el consumidor), y ello con independencia de que la protección no se ofrezca a todos los consumidores, sino solamente a aquellos que se encuentren integrados en alguna de las categorías definidas en los tres números del ap. 1 del art. 13* ⁽⁷⁴⁾. Esto significa que los foros de protección sólo serán de aplicación cuando se trate de contratos en los que **quien suministre los bienes o servicios opere en el marco de una actividad profesional, en tanto que la contraparte (el consumidor) los adquiera para un uso personal o familiar, sin participar en actividades comerciales o profesionales. Y supone, también, que las operaciones entre comerciantes profesionales queden en principio excluidas.**

Es preciso recordar que la noción de consumidor es multívoca y se va matizando en función del ámbito o del marco concreto de regulación de que se trate ⁽⁷⁵⁾. Por ello no es de extrañar que la *Directiva sobre comercio electrónico* ofrezca una definición propia atenta a su objeto de reglamentación, como veremos a continuación.

En relación con la contratación en Internet, la Directiva 2000/31/CE da una definición propia de la noción de consumidor, *como cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión* [art. 2 e)]. Se presume, pues, que consumidor es una persona física no profesional que contrata *en línea*, siendo su cocontratante un prestador de servicios de la sociedad de la información (es decir, quien lleva a cabo actividades económicas *en línea* en los términos previstos en el Considerando 18).

⁽⁷³⁾ No nos detendremos en el *iter* interpretativo de esta noción llevada a cabo por el TJCE. Baste a este propósito de estudio recordar que en la redacción originaria del Convenio (1968) no se recogía norma expresa sobre la materia, lo que originó la pretensión de algunos *adquirentes profesionales* de acogerse a los fueros previstos en los arts. 13 a 15. El TJCE se pronunció por vez primera sobre las relaciones entre el CB y los consumidores en Sentencia de 21 de junio de 1978 negando que la sección 4ª del CB pudiera beneficiar a quienes actuaban como profesionales o comerciantes (*Caso Bertrand v. Paut Ott Kg, Asunto 150/77*. Petición de cuestión prejudicial planteada por la Cour de Casation francesa, Ref. en VIRGÓS SORIANO, M. Y RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, Madrid, 1999, §11, pág. 47). Unos meses después de esta Sentencia se firmó en Luxemburgo el Convenio de adhesión del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda al Convenio de 1968, en cuyo texto se recoge la evolución legislativa de diversos Estados miembros y se incorpora de forma explícita la protección al consumidor. Además de los textos citados *ut supra*, ver ARENAS GARCÍA R., «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación...», *Op. cit.*, págs. 43-45. La evolución interpretativa posterior que caracteriza a esta noción como autónoma, esto es, propia del Convenio y distinta de los Derechos nacionales, puede verse en las siguientes sentencias del TJCE: Asunto C-89/91 *Shearson Lehmann Hutton c. TVB*; Asunto C-318/93 *Brenner & Noller c. Dean Witter Reynolds*; Asunto C-269/95 *Benincasa c. Dentalkit* y Asunto C-99/96 *Hans Hermann Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*. [Ref. en VIRGÓS SORIANO, M. Y RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*, *Op. cit.*, §70, §78, §93, §99, respectivamente].

⁽⁷⁴⁾ Esto es, en algunos de los tres contratos a que se refiere dicho artículo: a) de venta a plazos de mercaderías; b) de préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de bienes; c) de prestación de servicios o de suministro de mercaderías.

⁽⁷⁵⁾ Entre otros, ESPLUGUES MOTA, C., «Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el art. 13 del Convenio de Bruselas de 1968...», *Comunidad Europea Aranzadi*, núm. 12/1993, págs. 31-36.

Nada se dice sobre el destino de los bienes, a diferencia de lo establecido en el Convenio de Bruselas, que limita al uso de los mismos al ámbito de lo familiar o personal. Tampoco se da cabida a las pequeñas empresas que, en la contratación *on line* y también en la contratación «no en línea», merecen especial protección cuando contratan con las grandes empresas. Por ello, la «no profesionalidad» y la condición de persona física como criterio único para considerar al adquirente como consumidor no parece del todo satisfactoria para el comercio, sea *on line* sea *off line* ⁽⁷⁶⁾.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en su Anteproyecto de Convenio sobre la competencia y las resoluciones extranjeras en materia civil y comercial, adoptada por la Comisión Especial el 30 de octubre de 1999 ⁽⁷⁷⁾, da un paso más e introduce en materia de contratos concluidos por consumidores (art. 7) el *forum actoris* (la residencia habitual del actor-consumidor), como regla de competencia general, sujeta a ciertas condiciones ⁽⁷⁸⁾; sin embargo, no ofrece una calificación diferente a la noción tradicional de consumidor, por lo que las dificultades apuntadas anteriormente quedan sin resolver.

B) Ámbito de aplicación de la Sección 4ª del CB

El ámbito material de aplicación del art. 13 del CB 1968 se limita a ciertos contratos. No basta con que el adquirente sea un consumidor «que adquiere para un uso ajeno a su actividad profesional» (consumidor final) deben, además, darse ciertas características objetivas o *condiciones* que son las que permitirán «abrir» los foros especiales de protección.

La *primera* de estas condiciones es que el cocontratante sea un profesional y que la relación contractual sea establecida en «condiciones de mercado». Y, la *segunda*, que el contrato de consumo reúna ciertas condiciones «objetivas». El CB distingue, a este propósito, dos grupos de contratos. Los que se refieren a venta a plazos de mercancías o de operaciones de crédito vinculadas a la financiación de las ventas (arts. 13.1 y 13.2 CB). En estos dos supuestos el consumidor queda protegido por el foro especial, sin necesidad de llevar a cabo una *localización espacial* del contrato. Ello se justifica por el desequilibrio contractual que se presume en este tipo de ventas. Para el resto de los contratos - los que tengan por objeto bienes o servicios-, la regla del inciso 3 del art. 13

⁽⁷⁶⁾ Como ha puesto de relieve CARRILLO POZO, L., al analizar el art. 13 CB, *Vid.* «Artículo 13» en «Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» *Op. cit.* págs. 274 y ss. En el Anteproyecto de Ley para la transposición de la *Directiva* al ordenamiento español, se amplía la definición de consumidor en los siguientes términos: ... *persona física o jurídica que actúa con una finalidad distinta a la de su actividad económica, profesional o de negocio, en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

⁽⁷⁷⁾ Ver documento en red, <http://www.hcch.net/f/conventions> (visitado el 04.01.01).

⁽⁷⁸⁾ Que la conclusión del contrato base de la demanda esté vinculado a actividades comerciales o profesionales ejercitadas por el demandado en el Estado de la residencia habitual del consumidor, o dirigidas a dicho Estado, y que las negociaciones necesarias para la conclusión del contrato hayan sido cumplidas por el consumidor en dicho Estado de residencia. Las dificultades para determinar en un contexto electrónico la localización física del actor y del demandado obligan a plantearse la eficacia de estas condiciones en la contratación electrónica, por lo que la Comisión -en su Informe de mayo de 2000- sugiere se tenga como residencia habitual la que el consumidor haya declarado al cumplimentar el contrato virtual como único parámetro localizador de ésta. También se han realizado sugerencias en orden a permitir a los Estados incluir en sus legislaciones «la validez de cláusulas de elección de foro, menos restrictivas a favor de consumidores. Véase, P. NYGH y F. POCAR, *Rapport de la Commission Spécial*. Doc. Prel. 11: <http://www.hcch.net/f/workprog/jdgm.html> (visitado el 4.1.2001).

CB sólo protege al consumidor si la oferta o la publicidad, y los actos previos a la celebración del contrato, han sido hechos en el Estado del domicilio del consumidor; esto es, cuando «el consumidor consume en su mercado» [M. VIRGÓS] ⁽⁷⁹⁾. La regla se justifica para proteger al llamado *consumidor pasivo*. No se exige que el contrato se celebre en el Estado de su domicilio, sino que cumulativamente basta con que haya habido una *invitatio ad offerendum* y que el consumidor haya realizado actos necesarios para la celebración todo ello en el Estado de su domicilio, más no la conclusión del contrato en sentido estricto.

¿Qué alcance puede tener esta regla en un contexto contractual electrónico? La respuesta no es pacífica ni sencilla. Dos son las razones que distorsionan su aplicación en la contratación electrónica. En primer lugar, porque publicidad y oferta comercial en Internet se realizan globalmente; esto decir, se dirigen normalmente a cualquier parte del mundo y no a un Estado concreto. En segundo lugar, porque el consumidor que contratase por medio de *Internet* a partir de la publicidad recibida puede invocar el art. 13.3 CB y demandar ante los tribunales de su domicilio. Como reacción, el oferente podría fácilmente evitar la aplicación de esta regla haciendo constar en su publicidad los países excluidos del destino de sus ofertas. Se burlaría de este modo el foro de protección domicilio del consumidor ⁽⁸⁰⁾.

Con el fin de salvar tales obstáculos, y en particular proteger al consumidor que contrata electrónicamente, el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre modifica la redacción del párr. 3 del art. 13 CB, con el siguiente tenor:

Art. 15. 1. *En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5:*

c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio de consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

La versión revisada en el sentido indicado toma en consideración la creciente importancia del comercio electrónico en la UE para dejar claro que los contratos de consumo concluidos por vía electrónica en un *sitio interactivo (website)* de la parte cocontratante quedarán protegidos por el foro del art. 15.1.c) del Reglamento CE si el acceso al mismo (al *sitio Web*) es posible desde el Estado del domicilio del consumidor. Lo que pretende este precepto es extender la *protección* del foro domicilio del consumidor también a los consumidores activos. O dicho en otras palabras, cuando una empresa *dirige sus actividades comerciales* vía "*e-commerce*" deberá tener en cuenta que puede ser demandada por «sus consumidores» en los respectivos Estados del domicilio del consumidor. Ya no se exige que el consumidor realice actos en su Estado para celebrar el contrato, sino que el punto de partida es entender que el profesional es quien *dirige sus actividades al Estado del consumidor* y, con ello, crea ya el vínculo.

⁽⁷⁹⁾ VIRGÓS SORIANO, M. Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Op. cit. pág. 119.

⁽⁸⁰⁾ Cf. HAUSMANN, R., «The revision of the Brussels Convention of 1968. International Jurisdiction», *The European Legal Forum*, 1-2000/01, págs. 40-49 (esp. págs. 45-46).

Esta solución ha sido fuertemente criticada por los grupos de presión de los operadores económicos, centrando el debate ⁽⁸¹⁾ en la expresión *actividad dirigida al Estado del consumidor*. La cuestión discutida es si dicha expresión (*actividad dirigida*) puede funcionalmente crear un vínculo *con aptitud para ser valorado como criterio de atribución de CJI*. El Parlamento Europeo en su Enmienda 38 a la Propuesta de Reglamento propiciaba esta solución. La idea del Parlamento, rechazada por la Comisión, era calificar en el Reglamento como *actividad dirigida cualquier tentativa del operador de Internet de delimitar su actividad comercial a las transacciones con consumidores domiciliados en algunos Estados miembros*» y recoger tal calificación como norma de atribución de CJI.

La Comisión se opuso a la enmienda. Argumentó básicamente que tal noción está basada en un concepto propio del sistema jurídico angloamericano ajeno al espíritu del art. 13 del CB 1968 y al enfoque seguido en la Propuesta de Reglamento. Ello se explica porque, en los sistemas jurídicos del *Common Law*, el concepto de *actividad dirigida* es valorado como un criterio de atribución de CJI, criterio alejado claramente de los retenidos en el régimen de Bruselas (y de su interpretación por el TJCE).

En nuestra opinión, no se trata de un criterio atributivo de CJI. Ello se puede explicar atendiendo a la *situación topológica de la norma*. Los incisos del art. 13 CB o del 15.1.c) del *Reglamento CE*, son presupuestos de aplicación de las reglas de protección de la sección 4ª del CB, no criterios de atribución; o, dicho en otros términos, el art. 13.3 establece su propio *ámbito material de aplicación* (VIRGÓS) y lo hace estableciendo condiciones; unas, que califican al adquirente (el sujeto que adquiere, *el consumidor*) y, otras, que caracterizan «objetivamente» el o los contratos de consumo. A su vez, cada uno de estos contratos tienen un ámbito material propio, y dentro de este ámbito es donde se protege al consumidor. Si éste es un consumidor (ya no importa si es pasivo o activo) que ha recibido una oferta por medio de publicidad en red, y a partir de esa publicidad contrata electrónicamente, entonces se actualizaría la consecuencia jurídica, la posibilidad de demandar ante los tribunales de su propio domicilio.

En consecuencia, es oportuno no identificar la *acción de dirigir una publicidad por medio electrónico limitando la oferta a ciertos Estados* con una regla de atribución de CJI. Se trata en suma de un presupuesto para que se actualice el fuero de protección al consumidor y no de un vínculo o «conexión» capaz de *funcionar* como regla de competencia judicial internacional.

C) Elección de foro en los contratos de consumo. Identificación de las partes y del establecimiento del prestador

El art. 14 CB 1968 en su párr. 1 establece que: *La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los Tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte o ante los Tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor*. No hace falta insistir en la finalidad tuitiva de estos foros de competencia que *aproximan* al consumidor a los tribunales física y jurídicamente más cercanos al mismo permitiéndole optar por los tribunales del domicilio del cocontratante o por los de su propio domicilio ⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ Cfr., *Consumer discussion on the information society*, 3 de noviembre de 1998, DOCE núm. C 23/1999, págs. 1 y ss.

⁽⁸²⁾ Idéntica redacción en el Reglamento CE (art. 16.1).

Complementariamente, el art. 15 CB limita la primacía de las cláusulas de *electio fori* en los contratos de consumo sobre las reglas del art. 14, también con una clara pretensión protectora de la parte económicamente más débil en el contrato de consumo. Según el tenor del art. 15, las cláusulas de sumisión expresa a un tribunal diferente a los anteriormente señalados sólo prevalecerán si: o son posteriores al nacimiento del litigio; o, si permiten al consumidor demandar ante tribunales diferentes (ampliación de los foros previstos por el CB a favor del consumidor); o, si estando ambos contratantes **domiciliados o con residencia habitual** en el mismo Estado parte en el momento de la celebración del contrato, sometieran el asunto a los tribunales de tal Estado, a no ser que la ley de dicho Estado prohibiere tales acuerdos ⁽⁸³⁾.

Hay que tener en cuenta, además, la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CE, de 3 de abril, (DOCE núm. L 95, de 21 de abril de 1993) ⁽⁸⁴⁾; Directiva que ha ampliado los supuestos de protección al consumidor del CB puesto que incluye a todos los consumidores y extiende, así, el ámbito material del CB ⁽⁸⁵⁾. La *Directiva* prevé que son cláusulas abusivas aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o recursos por parte del consumidor. Ello significa que el consumidor no puede ser privado por *mor* de una cláusula de adhesión que modificase el régimen de CB de los foros de protección que dispondría según el Convenio de no existir tal sumisión.

¿Cómo entender estas disposiciones en la contratación electrónica *vis a vis* contratos de consumo? La respuesta se vincula con el problema de la identificación de las personas que intervienen en la red y la determinación del lugar de establecimiento del prestador de los servicios en un medio cuya nota característica es la facilidad o especial aptitud para *deslocalizar la actividad*.

Como ya hemos señalado, la Directiva sobre el comercio electrónico no establece normas de Derecho internacional privado. En el ámbito de aplicación de la Directiva, indicado en su art. 1.2, se incluye el régimen de establecimiento y de información de los prestadores de los servicios. Brevemente nos detendremos en este régimen cuyo conocimiento nos permitirá *a fortiori* responder a la pregunta anterior (cómo se identifican y cómo se localizan a las partes contratantes en un contrato de consumo realizado íntegramente *on line*).

Tras fijar el principio de no autorización previa ni ningún otro requisitos con efectos equivalentes para el acceso a los servicios (art. 4.1), la *Directiva* establece, en forma de requisitos, un *deber de información general* tendente a garantizar al consumidor y demás usuarios de los servicios el conocimiento permanente y actualizado de la identidad del prestador y de la dirección geográfica en donde está establecido (art. 5)

⁽⁸³⁾ Idéntica redacción en el Reglamento CE (art. 17).

⁽⁸⁴⁾ El legislador español ha incorporado esta *Directiva* en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) que modifica a su vez la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio).

⁽⁸⁵⁾ La protección del 13 CB sólo afecta a los consumidores pasivos, en tanto que el consumidor activo debe seguir el régimen general y sólo atiende a ciertos contratos. *Vid.* sobre este punto VIRGÓS SORIANO, M., Y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 3 y concurrentes» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por Díez-Picazo, L Y Menéndez, A., en prensa.

(⁸⁶). Se trata de asegurar, en la contratación por medios electrónicos, la identidad de los sujetos que intervienen en la misma y su localización geográfica.

Veamos un ejemplo: Los ordenadores pueden estar integrados en una red abierta o cerrada, de ahí que un proveedor de servicios pueda utilizar cualquier terminal de ordenador para concertar un contrato de consumo, ya sea de un domicilio particular ya de una empresa o de su centro mismo de trabajo. Lo mismo el consumidor para acceder a los servicios. Cuando el servicio proporcionado lo es mediante un *sitio* de *Internet* dicho lugar no tiene una concreción geográfica ni espacial; es decir, el establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio; se hace preciso, entonces, la concreción del mismo. ¿De qué modo?

La *Directiva* señala que la determinación del establecimiento del prestador de los servicios de la sociedad de la información debe serlo a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del TJCE (considerando 19), según la cual *el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo establecido durante un período indefinido*. Este establecimiento en el comercio electrónico es el lugar donde se desarrolla la actividad económica, y su fijación la debe hacer el propio operador económico mediante la información de la dirección geográfica donde está establecido [art. 5.1 b)].

Aparece así el concepto de *prestador establecido* [art. 2 c)] como *aquel que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado, sin que la presencia y utilización de medios técnicos o de tecnologías utilizados para prestar el servicio constituyan en sí mismo el establecimiento del prestador*, noción que aclara la irrelevancia en los contratos electrónicos del lugar donde se ubique la infraestructura tecnológica que soporte el *sitio Web*.

Un resultado económico y un efecto jurídico se logran con esta disposición:

- a) *económicamente*, significa la posibilidad de controlar que la actividad económica se ejerza en igualdad de condiciones en todos los Estados miembros (principio de no discriminación por razón de nacionalidad y prohibición de medidas restrictivas de la libre prestación de servicios); que el o los Estados de recepción o de acogida puedan conocer el ámbito de aplicación de las medidas nacionales del Estado de origen; y, eventualmente, que pongan límites a los efectos de las mismas en su territorio (normalmente por razones de interés nacional); y,
- b) *jurídicamente*, se perfila el estatuto jurídico del prestador de los servicios en la sociedad de los servicios la información; esto es, se establece un marco básico

(⁸⁶) El prestador que ofrece servicios de la sociedad de la información y que contrata electrónicamente *viene obligado* a facilitar de modo claro, comprensible e inequívoco lo siguiente: a) con carácter general (art. 5): nombre, dirección geográfica donde está establecido, señas de contacto, inscripción en registro mercantil o público similar, nombre y número, autoridad de supervisión, si el servicio está sujeto a tal régimen, colegio, título profesional y normas profesionales, si se trata de profesiones reguladas, entre otras; b) con carácter especial para la celebración de contratos por vía electrónica (arts. 9 a 11), además de lo anterior: pasos técnicos para celebrar el contrato, registro del contrato en su caso, medios técnicos para corrección de errores en la introducción de los datos y lenguas ofrecidas para la celebración; indicación de los códigos de conducta, si está acogido a alguno de éstos y las condiciones generales del contrato o de los contratos, debidamente identificadas y accesibles para su almacenamiento y reproducción; y, en cuanto a los pedidos, el prestador deberá acusar recibo del pedido al destinatario y ambos deberán tener acceso tanto al recibo del pedido como al acuse del mismo.

en el que los particulares pueden desplegar su actividad económica en un mercado integrado supranacional; se limita la deslocalización de la actividad y se desalienta la búsqueda de paraísos informáticos fuera del territorio de la UE; y, se otorga a los destinatarios de los servicios de la sociedad de la información una certeza para la identificación personal y la localización geográfica del establecimiento del operador económico.

En consecuencia, un consumidor que quiera demandar a un prestador de los servicios de la sociedad de la información podrá hacerlo bien ante los tribunales de su propio domicilio o bien ante los del domicilio del cocontratante. En este segundo supuesto, tendrá que acudir al país donde se desarrolla la actividad económica, cuya fijación la ha debido hacer el propio operador económico mediante la información previa y actualizada de la dirección geográfica donde está establecido ⁽⁸⁷⁾.

Finalmente, el régimen jurídico de la *LOPJ* será de aplicación cuando el domicilio del demandado no se encuentra en un Estado parte del CB (ni en los del Convenio de Lugano de 1988) ni se trate de los supuestos del art. 13 *in fine* CB. Las soluciones para los contratos de consumo están contenidas en el art. 22.4 *LOPJ* que, con carácter general, siguen el modelo del CB, por lo que, *mutatis mutandi*, las consideraciones anteriores sobre los problemas de identificación personal y de localización espacial de los sujetos que actúan en el tráfico mercantil electrónico son pertinentes para el régimen de derecho autónomo.

4. La dimensión conflictual. Régimen conflictual para los contratos con consumidores. Convenio de Roma de 1980 y Derecho comunitario

En el proceso de aplicación de las normas jurídicas, el tribunal que se declara competente para conocer del litigio derivado de un supuesto de tráfico externo deberá determinar la ley aplicable al contrato conforme a las normas de su Derecho internacional privado (DIPr. del foro). Lo que equivale a decir que, el operador jurídico ha de *individualizar y seleccionar, dentro de las diferentes normas reguladores que integran el sistema, aquella que deba dar la respuesta jurídica a la cuestión que se plantea* ⁽⁸⁸⁾. En el caso en la especie, la ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores por vía electrónica.

La ley aplicable a los contratos internacionales en España se encuentra regulada en el Convenio de Roma de 1980 ⁽⁸⁹⁾ que, desde su entrada en vigor ⁽⁹⁰⁾, constituye la pieza central del sistema de Derecho internacional privado unificado en materia contractual para todos los Estados miembros de la UE ⁽⁹¹⁾. Ello ha supuesto en nuestro Derecho

⁽⁸⁷⁾ El Anteproyecto de Ley sobre comercio electrónico indica en su art. 2.1, y a los efectos de aplicación del ordenamiento jurídico interno, que un prestador de servicios está *establecido* en España *cuando su residencia se halle en territorio español conforme a la normativa fiscal aplicable*. Extiende espacialmente la aplicación de la ley española cuando, pese a no estar establecido en España, el servicio se preste a través de un establecimiento permanente situado en España (tal concepto se vincula con la definición del art. 12.1 de la Ley 4/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de No Residentes y Normas tributarias; es decir, el definido a efectos fiscales, art. 2.2).

⁽⁸⁸⁾ GONZÁLEZ CAMPOS, JD., «El problema de aplicación de las normas de DIPr», en AA.VV., *Derecho Internacional Privado*, Unidad Didáctica I (Lección V), UNED, págs. 108 y ss.

⁽⁸⁹⁾ *Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (BOE núm. 171, de 19 de junio de 1993, c. e. en BOE núm. 189, de 9 de agosto).

⁽⁹⁰⁾ 1 de septiembre de 1993 para España.

⁽⁹¹⁾ Rango jerárquico superior según el art. 96. 1 CE y universal o *erga omnes* según el art. 2 CR.

internacional privado de fuente autónoma el desplazamiento de las normas de conflicto en la materia contenidas en el art. 10 del Código Civil, párr. 5 (contratos en general y compraventa de mercaderías en establecimientos mercantiles), párr. 6 (contrato de trabajo), párr. 7 (donaciones) y párr. 8 (excepción de interés nacional).

La aplicación preferente del Convenio de Roma ⁽⁹²⁾ sobre las normas conflictuales del Código Civil hace que sean sus reglas de atribución *unificadas* las que nos determinen, dentro de su ámbito material ⁽⁹³⁾, el derecho aplicable al contrato (*lex contractus*). Derecho que: será el español cuando así lo hayan elegido las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad (cláusula de *electio legis*, art. 3.1 CR, con sus límites), o cuando por el juego de ciertas conexiones objetivas -en ausencia de elección o siendo ésta ineficaz-, resulte ser igualmente aplicable nuestro ordenamiento jurídico (art. 4 CR); y, será otra ley, la extranjera, cuando se den los presupuestos de aplicación del art. 3.2 y 3.3 CR ⁽⁹⁴⁾.

El CR fija, al igual que el CB, *reglas especiales* para los contratos internacionales de consumo (art. 5) con el objetivo de proteger la posición jurídica más débil del consumidor. En este epígrafe centraremos la atención en el *régimen especial CR* de los contratos celebrados por consumidores. El estudio se hará desde un doble enfoque: a) el alcance del art. 5 del Convenio de Roma (CR); y, b) las relaciones entre el sistema

⁽⁹²⁾ PÉREZ VERA, E., «La fuentes internacionales: normas convencionales internacionales; recepción y jerarquía» en *Derecho Internacional Privado, Unidad Didáctica I* (Lección I), UNED, págs. 58 y ss.

⁽⁹³⁾ Sobre la determinación del ámbito de aplicación material de las normas de DIPr., y sus problemas, véase, ABARCA JUNCO, P., «Problemas de aplicación de las normas de DIPr., en *Derecho Internacional Privado, Unidad Didáctica I* (E. PÉREZ VERA, dir.), UNED, 2000, págs. 129 y ss. Y, en materia de obligaciones contractuales, GUZMÁN ZAPATER, M., págs. 287 y ss., en la misma obra colectiva.

⁽⁹⁴⁾ La bibliografía sobre el CR es amplísima. Con carácter general y no exhaustivo: Extranjera: AA.VV. *Contract Conflict: The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, (P.North, dir), North-Holland Publishing Co., Amsterdam, New York, Oxford, 1982; AA.V.V., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*. (Atti del Convegno di Studi tenutosi a Roma nei giorni 21-22 gennaio 1983 a cura della Scuola di Notariato A. Anselmi di Roma), Milano, AA.VV., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, XXV Tavola rotonda di Diritto comunitario*, (Génova, 21/22 maggio, 1982), *RDIPP*, Padova, 1983. Documentos Preparatorios: DOC. XIV/14217/70-F (1970). Commission des Communautés Européennes. Direction Générale du Marché Interieur et du Rapprochement des Législations. Partie A *La loi applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles* - Expertise de droit international privé, par M. GIULIANO; DOC. XIV/398/72 F.RAS. I (1972); *Avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*; DOC. XVI/408/72 F. RAS. I, (1972). *Rapport concernant l'avant-projet sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles*, par GIULIANO, M./LAGARDE, P./VAN SASSE VAN YSSELF; *DOCE* núm. L. 304, de 30 de octubre de 1978. Commision Opinion concerning the Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. Informes oficiales: GIULIANO, M./LAGARDE, P., «Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *DOCE* núm. C 327, de 11 de diciembre de 1992; TIZZANO, A., «Informe sobre los Protocolos relativos a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, firmados en Bruselas el 19 de diciembre de 1988», *DOCE* núm. C 219, de 3 de septiembre de 1990. Nacional: CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980» - en A.L. CALVO CARAVACA Y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dir.) - *Contratos Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997; ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «El anteproyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Análisis del nuevo texto de marzo de 1978», *RIE*, Vol. 6, 1979; VIRGÓS SORIANO, M., «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales» en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)*, Vol. 3, Madrid, 1986; ID., «La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias CEE*, núm. 61/1990, págs. 83-94.

general internacional de protección fijado en el CR y las reglas de DIPr. introducidas por algunas *Directivas* comunitarias con incidencia directa sobre los contratos con consumidores.

A) Alcance del artículo 5 del Convenio de Roma (CR)

El art. 5 CR contiene una norma de conflicto que señala la ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores. Dicha norma persigue un fin tuitivo: proteger al consumidor frente al empresario que pretenda *imponer* una determinada Ley al consumidor que quiere contratar. Se consagra la autonomía de la voluntad en la *electio legis* siempre que esta elección no prive al consumidor de la protección de las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual y la contratación hubiera sido hecha bajo ciertas condiciones objetivas (art. 5.2 CR). En ausencia de elección, los contratos de consumo se regirán por la ley en que el consumidor tenga *su residencia habitual* (art. 5.3 CR).

El CR sigue un esquema similar al que hemos visto al analizar el ámbito de aplicación de la Sección 4ª del CB. A saber: sólo alcanza a determinados contratos de consumo; fija unas condiciones materiales y otras espaciales «o internacionales» de aplicación (necesarias para que pueda «abrirse» la protección del art. 5 CR); vincula la ley aplicable al contrato (una vez constatados los presupuestos de aplicación) a criterios de conexión personales y territoriales; y, fija sólo la ley que rige el fondo del contrato (la forma se rige por lo establecido en el 9.5 CR)⁽⁹⁵⁾.

Son protegidos por la ley indicada en el art. 5.2. CR, (la elegida por las partes en el contrato sin perjuicio de las normas imperativas protectoras del consumidor de la ley del país de la residencia habitual del mismo) los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona (el *consumidor*) para un uso ajeno a su actividad profesional. Se incluyen los contratos destinados a la financiación de suministro de bienes y servicios y los contratos que por un precio global comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento (viajes organizados por expresa inclusión en el art. 5.5.CR). En consecuencia, no son contratos que reúnan tales condiciones *ratione materia* y, por ello, quedan excluidos: a) los contratos cuyo objeto sea un bien inmueble -venta, arrendamiento, multipropiedad, etc.); b) los contratos cuyo objeto sean derechos inmateriales (contratos de licencia de marcas, de licencia de patentes, de edición, etc.); y, c) los contratos de transporte y los de servicios cuando éstos deban prestarse en país distinto a aquél en que el consumidor tenga su residencia habitual (por expresa exclusión del art. 5.4 CR).

Mas no basta con que se den estas condiciones materiales para que se actualice la protección del art. 5 CR. Es preciso, además, que se dé algún factor que permita localizar, total o parcialmente, el contrato o la operación de consumo en el país de la residencia habitual del consumidor. Por tanto, han de darse, merced a lo establecido en el art. 5.2 CR, alguna de las tres circunstancias siguientes: a) que la celebración del contrato haya sido precedida, en el país de residencia del consumidor, de una oferta

⁽⁹⁵⁾ Se habla de la existencia de lagunas en esta regulación general, al quedar excluidos de su ámbito de aplicación numerosos contratos de consumo; la *superación* de las mismas se ha ido colmando, no sin problemas, mediante directivas comunitarias (punto al que nos referiremos posteriormente, *inciso b*). Vid. JAYME, E. Y KOHLER, C., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *Rev.cr.dr.internal.privé*, Vol. 84. 1995, págs. 19 y ss.

especialmente dirigida al mismo o por publicidad, siempre que el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato; b) que el operador económico o el prestador del servicio, o su representante, haya recibido la petición o el encargo por parte del consumidor, en el país de la residencia habitual de éste; c) que, en el supuesto de venta de mercancías, el adquirente-consumidor se hubiere desplazado desde el lugar de su residencia habitual a un país extranjero, y allí hubiera adquirido la mercancía, siempre que dicho viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir la venta.

Extrapolando estas condiciones (materiales y espaciales) a los servicios que se prestan por Internet en el tráfico económico del comercio electrónico, cabe preguntarse en primer término si el hecho de la «desmaterialización» de las transacciones en Red es suficiente para excluirlas del ámbito de aplicación del art. 5 CR.

La respuesta, en nuestra opinión, debe ser negativa. En primer lugar, porque no debemos identificar el uso del medio tecnológico con la esencia del contrato y las necesidades del consumidor ⁽⁹⁶⁾. Y, en segundo término, porque en un contrato ejecutado íntegramente *on line*, el lugar de la ejecución es irrelevante a efectos de la determinación de la naturaleza jurídica del mismo. En otros términos, *porque el uso del medio electrónico no priva al contrato de su naturaleza jurídica ni le otorga una tipología especial y, porque la desmaterialización de la técnica -que es lo característico de Internet-, hace intrascendente la «localización espacial» de los sujetos intervinientes* ⁽⁹⁷⁾.

Volviendo a las condiciones del art. 5 CR y, sosteniendo que en su ámbito de aplicación cabe la inclusión de contratos de consumo concertados por vía electrónica, ¿se daría por este hecho alguna dificultad suplementaria inexistente en los mismos contratos no concertados *en línea*?

La doctrina (A.L.CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA) ha puesto de relieve que los criterios de vinculación territorial a los que hace referencia el art. 5.2 CR coinciden substancialmente con los fijados en los incisos a) y b) del art. 13.3 CB/CL en el sector de la CJI, por lo que las consideraciones hechas anteriormente acerca de la proyección sobre los contratos en Internet de aquellos criterios (oferta especialmente dirigida o publicidad en el país de la residencia del consumidor y realización de éste de los actos

⁽⁹⁶⁾ En el mismo sentido DE MIGUEL ASENSIO, M., *Op. cit.*, pág. 453. Ya hemos señalado que el jurista, cualquiera que sea su especialización o su ámbito de ejercicio profesional, formado en esquemas conceptuales «no informatizados», se encuentra fuertemente condicionado por los conceptos jurídicos tradicionales que quizá resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades de la informática jurídica. Ello es consecuencia lógica de la aptitud que los medios informáticos tienen para generar actos y negocios jurídicos en masa, concertados a una gran velocidad, y para facilitar el intercambio de documentos y la transmisión y circulación internacional de datos personales informatizados mediante sistemas de comunicación electrónica.

⁽⁹⁷⁾ Esta conclusión no está exenta de críticas ni de problemas. Los estudios y trabajos llevados a cabo en el seno de las comisiones especializadas de la Conferencia de La Haya de DIPr. parecen avalar la misma idea. Cf., Preliminary Document No 12 - «Electronic Commerce and International Jurisdiction», Ottawa, 28 February-1 March 2000, *Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the cooperation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada* <<http://www.hcch.net/e/workprog/jdgm.html>>.

necesarios para la celebración del contrato y lo mismo respecto de la noción de contrato de consumo), son pertinentes en el sector de la ley aplicable ⁽⁹⁸⁾.

Tampoco ofrecen especial dificultad las condiciones de los dos últimos párrafos del art. 5.2 CR por no ser situaciones comunes en la contratación por Internet (encargo por parte del consumidor en el país del cocontratante o de su representante y contratación en ferias o muestras cuando el viaje haya sido organizado por el vendedor con el fin de *incitar* a concluir ventas).

Como la finalidad básica de la norma del CR es garantizar las legítimas expectativas del consumidor en la transacción comercial (seguridad y previsibilidad), se ha dicho que por la vía del art. 7.2 CR (normas imperativas) podría protegerse también al consumidor activo contratante ⁽⁹⁹⁾ de tal manera que -según esta solución- el juez del foro aplicaría las normas de protección al consumidor propias de su ordenamiento (que normalmente coincide con el de la residencia habitual del consumidor). El art. 7.1 CR estipula que si las partes hacen uso de su autonomía negocial y acuerdan la aplicación de la ley de un tercer país al contrato de consumo, pertenezca éste o no a la UE, podrán aplicarse las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente *un vínculo estrecho, si, y en la medida que, tales disposiciones, según la ley de ese país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato (normas internacionalmente imperativas)*.

Esta interpretación del alcance del art. 7 CR como «solución correctora» es rechazada por un sector doctrinal al entender que no resulta coherente proteger por la vía del art. 7 lo que no se quiso incluir en el art. 5; y además, no ha de olvidarse que la naturaleza del art. 7 no es una norma imperativa de protección al consumidor sino que se trata de una norma de *intervención*, en el sentido expresado por F.J.GARCIMARTÍN ⁽¹⁰⁰⁾. La aplicación de estas normas imperativas se proyecta igualmente en el comercio por Internet ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, *Op. cit.*, págs. 96-99; KRONKE, H., «Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace» en *Quel tribunal décide, quel droit s'applique? Colloque en l'honneur de Michel Pelichet (Institut Molengraaff, Facultad de Derecho de Utrecht)*, Kluwer Law International, 1998, págs.65-87.

⁽⁹⁹⁾ DE MIGUEL ASENSIO, P., *Op. cit.*, págs. 457-458.

⁽¹⁰⁰⁾ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Contratación internacional y medidas de coerción internacional*, Madrid, 1993, págs. 122-137.

⁽¹⁰¹⁾ En la contratación por Internet, debemos insistir, la referencia a la vinculación con un territorio resulta *irrelevante*. Una posible solución para superar este problema, sugerida ante el Foro de Ottawa por la profesora C. KESSEDIAN para las transacciones electrónicas con consumidores, es el establecimiento de los llamados *procesos de certificación de sitios*, según las instrucciones dadas por la CCI y otras organizaciones privadas internacionales. El proceso de certificación de sitios incluiría una mínimo de normas de carácter sustantivo o material a favor del consumidor, que garantizaran básicamente la identidad y localización del prestador del servicio y un mecanismo de solución de controversias rápido, sencillo y sin coste para el consumidor virtual. La idea que subyace en esta propuesta es superar la dicotomía entre la ley del Estado de origen de los servicios y la ley de la residencia del consumidor (sobre todo cuando se trata de países que no tengan un nivel de protección equivalente). Así, si un sitio ha obtenido la Certificación no habrá duda de que la ley del Estado de origen garantizará al consumidor un nivel de protección equivalente al que tiene en el Estado de recepción. En la UE se negocia el establecimiento de un *Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de Certificados de Evaluación de la Seguridad en las Tecnologías de la Información* (<<http://www.map.es/csi/pg4000.htm>>), cuyo objeto es *crear una situación en la que los productos o sistemas a los que se les haya concedido un certificado de evaluación de la seguridad de las TI (en adelante Certificado) en un país puedan ser obtenidos o utilizados por las partes en otros países sin necesidad de que sean evaluados y certificados de nuevo y con plena confianza en la fiabilidad de los criterios en los que estaba basado el certificado original. Pretende establecer las bases necesarias para generar dicha confianza exigiendo estándares elevados y coherentes a todos sus Miembros, y en particular a los Organismos de Certificación Cualificados (OCCs), y garantizando que*

Un modo de superación de las «deficiencias» del art. 5 CR ha sido la prevista en algunas Directivas armonizadoras de la legislación sobre consumidores. Estas Directivas suelen incluir normas de aplicación a las transacciones internacionales y exigen a los Estados miembros incluir en su normativa medidas *para que el consumidor no quede privado de la protección de la Directiva por la elección de un derecho de un país tercero como derecho aplicable, cuando el contrato presente un vínculo estrecho* ⁽¹⁰²⁾ *con el territorio de uno o más Estados miembros.*

Tal es el caso en España de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) que incorpora la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores. Esta intervención del Derecho comunitario tiene incidencia en el régimen conflictual de los contratos con consumidores del CR, y suscita algunos problemas específicos que veremos a continuación.

B) Incidencia en el régimen del CR del Derecho comunitario derivado y las obligaciones contractuales en los contratos con consumidores

Como se ha explicado en el anterior punto, el CR 80 contiene el régimen general de DIPr. contractual. La política de protección a los consumidores asumida por la UE ⁽¹⁰³⁾ tiene su reflejo en un sinnúmero de Directivas algunas de las cuales inciden de modo directo en las obligaciones contractuales con consumidores ⁽¹⁰⁴⁾.

La Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por consumidores, es una de las más interesantes a los propósitos de este estudio por cuanto *modifica* el régimen jurídico de un convenio internacional como es el CR, y, porque el legislador español en cumplimiento de la misma establece dos nuevas normas de DIPr.

los certificados de reconocimiento acordados sean expedidos únicamente por los Organismos de Certificación que de forma demostrada se atengan a dichos estándares (art. 1).

⁽¹⁰²⁾ El criterio de los *vínculos más estrechos* con un Estado miembro no viene definido en las Directivas de armonización, por lo que -en principio- correspondería al legislador interno matizarlo. Ello ha ocasionado que en la transposición a las legislaciones internas de los Estados miembros no exista una uniformidad de criterios y sí el riesgo de contradicciones; riesgo que ha sido puesto de relieve y criticado por la doctrina mayoritaria. Véase JAYME, E. Y KOHLER, C., «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *loc. cit.*

⁽¹⁰³⁾ Debe recordarse que la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores no puede ser concebida como un resultado acabado sino como un proceso en transformación. Como ha puesto de relieve por GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, en «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español», *EC* núm. 48/99, págs. 131-145, *la desprivatización, socialización o democratización del Derecho privado es el resultado de la penetración de intereses generales de tipo económico en este sector del ordenamiento jurídico*. Ello constituye, en cierto modo, una quiebra de los principios del *liberalismo* asumidos en la codificación a lo que contribuye, además, la institucionalización de un mercado de libre competencia, la incidencia en el mercado de los avances tecnológicos y de los bienes inmateriales y la internacionalización del mercado, según explica A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Apuntes de Derecho Mercantil*, Pamplona, 2000, págs. 44-58 y pág. 61.

⁽¹⁰⁴⁾ Directivas con contenido conflictual son: *Directiva 97/7/CE* (DOCE L 144, de 4 de junio de 1997), *sobre protección a los consumidores en contratos concluidos a distancia* (art.12.2); *Directiva 99/44/CE* (DOCE L 171, de 7 de julio de 1999) *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (art. 7.2); *Directiva, 94/47/CE* (DOCE L 280, de 29 de octubre de 1994) *sobre derechos de utilización de bienes inmuebles en régimen de tiempo compartido* (art. 9), transpuesta al Derecho español por *Ley 42/1998, de 15 de diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias* (disp. adic. 2.^a).

específicas para los contratos de consumo (¹⁰⁵) que se insertan en la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU):

Al hablar de *modificación* del Convenio nos estamos refiriendo al supuesto previsto en el art. 20 CR que establece la prioridad del Derecho comunitario: *el Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén contenidas en los actos derivados de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos.*

La Directiva 93/13/CE intenta asegurar un nivel mínimo de protección *intra*comunitario en el régimen de protección frente a cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. Una vez transpuesta la misma al derecho interno, la ley que resulte se convierte en *Derecho armonizado en ejecución de la Directiva 93/13/CE.*

Esta normativa en el Derecho autónomo se encuentra en la *Ley de Condiciones Generales de Contratación, de 13 de abril de 1998*; norma de imperativa aplicación (se trate o no de un contrato con consumidores) y, en dos normas de DIPr. introducidas por la LGDCU.

Art. 10 bis 3: «Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales».

Disp. adic. 1.ª ap. V punto 28: «A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

V 28ª: La sumisión del contrato a un derecho extranjero con respecto del lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle su actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza».

Analizar el régimen de las Condiciones Generales de Contratación en el sistema español resultante de la transposición de la Directiva 93/13/CE excedería con mucho los límites de este trabajo. Baste señalar algunas orientaciones a fin de comprender la incidencia de estas normas sobre el régimen del art. 5 CR:

1. La LGC se aplica en las relaciones con consumidores sólo si se dan las condiciones previstas por el CR 1980.
2. Este Convenio permite que el Derecho comunitario derivado dicte disposiciones conflictuales en materia de obligaciones contractuales (art. 20). Dichas disposiciones por ser Derecho comunitario priman sobre el CR.
3. La Directiva 93/13/CE es la norma comunitaria que regula las cláusulas abusivas en los contratos de consumo e introduce una norma de conflicto (art. 12.2). El legislador español transpone esta norma conflictual comunitaria en art. 10 bis 3 LGDCU. Dicho artículo, a su vez, *remite* al CR para saber en qué supuestos son aplicables las normas de protección a los consumidores frente a cláusulas abusivas.
4. De acuerdo con esta norma, la LGC española será aplicable cuando: a) el derecho español sea el derecho aplicable al contrato (*lex contractus*); b) también, e imperativamente, cuando la *lex contractus* sea un Derecho extranjero pero se den las

(¹⁰⁵) Algunos autores hablan para este supuesto de CR 1980 y CR 1980 modificado. Cfr. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 3 y concurrentes» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Op. cit.*

circunstancias previstas en el art. 5.2 CR. (leyéndolo a la vista del art. 10 bis 3 LGDCU).

5. La normativa de desarrollo sobre cláusulas abusivas es de naturaleza imperativa en el tráfico externo porque sus normas son aplicables cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato y además, son imperativas en los términos previstos en el art. 5 CR 1980.
6. Si las normas del CR determinan que dadas las circunstancias del caso⁽¹⁰⁶⁾ es de aplicación al contrato la ley española, ésta será la *lex contractus*.
7. Y, también lo será para las condiciones generales de contratación aun cuando las partes hubieren sometido el contrato a una legislación extranjera pero se trate de un contrato de consumo que se vincule a España por lo previsto en el art. 5.2 CR (...*la elección de las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual*).

Observación final ⁽¹⁰⁷⁾.

- ⇒ El Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico precisa que la utilización de medios tecnológicos situados en España para la prestación o el acceso al servicio no servirá como criterio por sí solo para determinar la sujeción del prestador a la legislación española (art. 2.3. párrafo 2).
- ⇒ Además, el legislador español presume con carácter *iuris tantum* que el prestador está establecido en España si él o alguna de sus sucursales están inscrita en el Registro Mercantil; y, también se consideran establecidos en España a los efectos de aplicación de la normativa española, los prestadores cuya sede central se encuentre en otro país pero cuenten en España con centros de actividad o «establecimientos permanentes» dotados de cierta autonomía de gestión para la prestación de los servicios de la sociedad de la información (Exposición de Motivos y art. 2.3.).
- ⇒ En su ámbito de aplicación material el Anteproyecto incluye los servicios prestados a un destinatario residente o establecido en España por un prestador no establecido en España que se refieran, entre otras, a las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por los consumidores (art. 3.1 e), y al régimen de elección por las partes contratantes de la ley aplicable a su contrato (art. 3.1.f).
- ⇒ Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos, el art. 27 del Anteproyecto remite a las legislación convencional de la que España sea parte y, en su defecto, a las normas de DIPr. del ordenamiento español, «sin perjuicio» de los criterios sobre determinación de la ley nacional aplicable en lo que respecta a las materias comprendidas en el «ámbito coordinado», establecidas en los arts. 2 y 3.
- ⇒ Tratándose de contratos electrónicos, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de los servicios, salvo aquéllos en los que intervenga como parte un consumidor, que se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual (art. 31).

⁽¹⁰⁶⁾ Bien porque las partes la han elegido. O, en defecto de elección, porque el consumidor pasivo tiene su residencia habitual en España y, si no es consumidor pasivo, porque el contrato presenta los vínculos más estrechos con el ordenamiento español.

⁽¹⁰⁷⁾ La ley que resulte de la transposición de la Directiva 2000/31/CE se convertirá en *Derecho armonizado en ejecución del Derecho comunitario*. Las normas de protección al consumidor contenidas en la misma son normas de carácter imperativo y las disposiciones que en las materias específicas incluidas en el «ámbito coordinado» regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales se aplicarán con carácter preferente a las normas del CR. El Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico consultado para este trabajo corresponde a la versión de 30 de abril de 2001, hecha pública por el Ministerio de Ciencia y Tecnología en su página de *Internet*: www.setsi.mcyt.es.

IV. A modo de conclusión

1. El análisis precedente nos ha permitido constatar que la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico es un subíndice normativo que se encuadra en el marco general de las políticas de protección de los intereses económicos y jurídicos de los consumidores en el mercado interior europeo. El comercio electrónico, como una nueva modalidad de tráfico económico en el mercado, se vincula totalmente a la denominada sociedad de los servicios de la información cuya manifestación más extendida es, hasta ahora, Internet.

2. La posibilidad de acceder vía Internet a una amplia «ventana» de páginas de publicidad, de información y de ventas de productos y de servicios produce como efecto que los usuarios puedan decidir la contratación y adquisición de algunos de los bienes y de los servicios ofrecidos, bien en la *Red* (de modo inmaterial) bien por suministro convencional, esto es, fuera de las *redes*. La protección a los operadores económicos en general, y a los consumidores adquirentes en particular, se hace necesaria para garantizar el crecimiento de este mercado electrónico en las mismas condiciones de seguridad y previsibilidad que se dan en el mercado tradicional.

3. En principio, las normas aplicables a esta nueva modalidad de contratación son las mismas vigentes para el tráfico económico del mercado clásico. Sin embargo, no es posible ignorar que el medio electrónico ha convulsionado el modo tradicional de hacer negocios provocando algunos problemas particulares que merecen una regulación especial.

4. Uno de los problemas más importantes es la imposibilidad de identificar adecuadamente a los sujetos que intervienen en la *Red* mientras no se articulen previsiones específicas en la legislación interna de los países. Muchas de las normas y propuestas internacionales han sido elaboradas con la finalidad de unificar la regulación *interna* de los Estados. Tal es el caso de la Ley Modelo UNCITRAL; otras, en cambio, pueden ya aplicarse en algunos países gracias a los procesos más avanzados de integración económica regional, como es el caso de la Unión Europea.

5. La armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la UE pretende garantizar que, tanto los operadores de los servicios como los destinatarios y las autoridades competentes, puedan acceder de forma directa, permanente y fácil a una serie de datos esenciales para identificar a los contratantes. El nombre del prestador de los servicios, su dirección geográfica, el lugar de su establecimiento y las menciones sobre su inscripción en un registro público así como los datos que permitan ponerse en contacto rápidamente con ese prestador de servicios, son elementos esenciales de identificación.

6. La información segura y su adecuado suministro en *Red* consiguen la protección del consumidor, no sólo por la responsabilidad objetiva en que pueden incurrir los operadores económicos (que son quienes facilitan el acceso, prestan los servicios y almacenan los datos), sino también porque es sólo por este medio como se pueden localizar e identificar a los prestadores de los servicios y ejercitar contra ellos las acciones pertinentes ante los tribunales competentes.

7. Tanto el Convenio de Bruselas (y el Reglamento 44/2001/CE de 22 de diciembre) como el Convenio de Roma, prevén un régimen especial diseñado para la protección de los consumidores en los sectores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Dicho régimen es de aplicación a los contratos de consumo concertados por medios electrónicos. Sin embargo, algunos problemas especiales se producen como consecuencia del uso de los nuevos medios técnicos.

8. La distinción e indicación de los lugares en donde están cada parte contratante, así como el lugar del establecimiento del prestador de los servicios, es crucial en el comercio electrónico. Focalizar el desarrollo legislativo y tecnológico para que esta identificación sea segura, permanente y eficaz es proteger al consumidor. Como también lo es, facilitarle la comprensión de la trascendencia jurídica de esta distinción en orden a la elección del *forum* y *ius* en sus contratos y al mejor entendimiento de las normas de Derecho internacional privado aptas para su protección.