

JURISDICCIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO (UNA REFLEXIÓN AL HILO DEL PROYECTO DE LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y DEL REGLAMENTO (CEE) 44/2001)

 JESÚS REMÓN PEÑALVER
Abogado

1. PLANTEAMIENTO

Un viejo aforismo latino proclama que «del hecho surge el Derecho» (*ex facto oritur ius*) y esta primacía de la realidad sobre su formalización jurídica se acentúa, si cabe, en la contienda judicial (*da mihi factum dabo tibi ius*). INTERNET es, sin duda, una nueva realidad, un nuevo hecho que viene siendo recogido en los últimos tiempos en códigos y normas. Su utilización como marco de contratación es cada vez más frecuente. En la contratación por INTERNET se reproducen todos los viejos problemas, controversias y litigios. También surgen otros nuevos. Mientras el legislador no acometa una específica regulación de esta nueva realidad será preciso indagar las soluciones que cabe extraer del sistema vigente porque, al fin y al cabo, «*los problemas que suscita la contratación electrónica no son sustancialmente distintos a los que plantea la contratación ordinaria*»¹.

El propósito de estas líneas es reflexionar sobre esta nueva problemática en un ámbito bien delimitado: la protección judicial de los intereses de las

partes en los conflictos suscitados en la contratación electrónica. Una reflexión que se produce sobre el fondo que proporcionan, de un lado, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, y el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000; y, de otro, el Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico² (en adelante, «el Proyecto»).

Sobre estas bases, conviene comenzar por recordar que los sistemas de protección judicial de derechos e intereses surgen en el Estado moderno al abrigo del concepto clave de jurisdicción, vinculado a la asunción por la organización política estatal del *monopolio de la Justicia*. La jurisdicción, como función del Estado, se ejerce y desenvuelve sobre un territorio. Y este factor territorial será asimismo la clave para resolver los problemas de jurisdicción competente y legislación aplicable en la contratación internacional. Es aquí donde radica la más acentuada y trascendente singularidad de la contratación por INTERNET³, que fue definida por la sentencia de

¹ C. Paz-Ares, N. Bermejo y M. I. Sáenz Lacave: «La formación electrónica del Contrato: nada nuevo bajo el Sol», en *Derecho sobre INTERNET* (J. Martínez-Simancas y J. Sala Arquer, coords.), Banco Santander Central Hispano (www.derechos-breinternet.com). En el mismo sentido se expresa R. Illescas Ortiz: *Derecho de la Contratación Electrónica*, Madrid, 2001, págs. 18 y ss.

² Publicado el 22 de febrero de 2002 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 68-1.

³ También examina este aspecto del problema S. Bariatti: «Internet: aspects relatifs aux conflits de lois», *Riv. di diritto internazionale privato e procesuale*, 1997, n.º 3, págs. 545 y ss.

la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de abril de 2001 como «una red global de redes de ordenadores interconectados entre sí por medios de telecomunicación, abierto a la conexión de otros ordenadores o grupos de ordenadores, que constituye un espacio virtual, en el que los nombres de dominio responden a un sistema (DNS o Domain Name System) en el que cada nombre corresponde a un número de Protocolo INTERNET (IP) o dirección numérica de red que, como precisa la Orden Ministerial de Fomento de 21 de marzo de 2000, cumple la finalidad de poder utilizar universalmente nombres unívocos para vincularlos a los usuarios de los equipos conectados a la red»⁴. Esta misma sentencia destacaba que «INTERNET no sólo sirve de vehículo para el intercambio de mensajes entre internautas a modo de centro de comunicaciones. Con independencia de otras facetas que no son del caso —foro de opiniones, biblioteca, tertulia,...— en el Ciberespacio concurren empresas que desde páginas *web* a modo de escaparates virtuales ofertan productos y servicios, y en él se conciertan todo tipo de transacciones dando lugar al mercado y comercio electrónico».

En efecto, la Red define, por sí misma, un nuevo espacio («espacio virtual»), sin ninguna conexión territorial precisa y en el que la información, al igual que las ofertas y aceptaciones contractuales, los pagos y, en la modalidad del llamado comercio elec-

trónico directo, la prestación de ciertos servicios e incluso la entrega de ciertos productos, circulan de forma inmediata y automática. Un espacio en el que, además, confluyen múltiples operadores con localizaciones territoriales diversas (consumidores, proveedores de servicios, proveedores de redes). Además de esta circunstancia esencial, la segunda nota caracterizadora es asimismo evidente. Los acuerdos que puedan concertarse a través de INTERNET aparecen formalizados en un nuevo soporte («soporte electrónico»), ciertamente alejado del documento tradicional. Estas dos nuevas realidades —«espacio virtual» y «soporte electrónico»— constituyen el punto de partida de esta reflexión porque delimitan las cuestiones procesales específicas de la contratación por INTERNET: la determinación de la competencia judicial⁵, la fijación de la legislación aplicable y los problemas de prueba.

2. EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL⁶

Fácilmente se comprenderá que la dimensión internacional de INTERNET —instrumento principal al servicio de la globalización del mercado— propicia la perfección de relaciones con componente extranjero. En casos de incumplimiento contractual, la primera decisión que habrá de abordarse es determinar (o, en su caso, elegir) la jurisdicción competente.

Es, sin duda, en los Estados Unidos donde se ha promovido en los últimos años un mayor número

⁴ AC 2001/1034.

⁵ Naturalmente, no se quiere decir que no quepan soluciones arbitrales para los conflictos que se examinan. Antes al contrario, son numerosas las instituciones arbitrales que han desarrollado previsiones específicas para la solución de conflictos en INTERNET. A esta posibilidad se refiere el art. 31 del Proyecto: «*el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación*». Esta concreta problemática quedará fuera de esta breve reflexión. Tampoco se hará referencia a la acción de cesación regulada en el Proyecto para «*impedir las conductas contrarias a la Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores*» (arts. 29 y 30).

⁶ No se hace referencia a los conflictos «extracontractuales» que puedan surgir en INTERNET, como, por ejemplo, las violaciones del honor o la intimidad de las personas o los actos de competencia desleal. En estos casos, el problema reside, dentro del marco acotado por el art. 22.3 LOPJ, el art. 5.3 del Reglamento comunitario y el art. 5.3 del Convenio de Bruselas, en determinar el lugar de producción del daño (o el lugar en que pudiese producirse el hecho dañoso, como añade novedosamente el Reglamento). Un caso paradigmático lo ofrece la sentencia dictada por la Corte de Apelación de París el 10 de febrero de 1999 sobre la responsabilidad por la difusión de fotografías privadas de una conocida modelo francesa, que distingue entre las responsabilidades del «suministrador de acceso», «suministrador de un sitio» y «suministrador de contenidos». La cuestión se aborda en el Proyecto al definir los distintos regímenes de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la Sociedad de la Información (art. 12); de los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 13); de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (art. 14); de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (art. 15); y de los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 16).

de pleitos derivados de contratos concertados por INTERNET. En un buen número de esos casos, la primera barrera de defensa levantada por la parte demandada ha sido articular una «*motion to dismiss*», esto es, discutir la competencia judicial. Las diversas resoluciones disponibles muestran una variedad de soluciones atendidas al caso concreto y a la protección del derecho de defensa del demandado.

En el caso *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.* (United States District Court, D. Connecticut, 17 de abril de 1996), el Tribunal se consideró competente para conocer de una acción de daños por infracción de derechos de propiedad industrial porque el demandado realizó repetidamente publicidad a través de INTERNET dirigida al foro, donde ya había celebrado otros contratos, y, además, la distancia entre Connecticut y el domicilio del demandado era corta. En *Compuserve, Inc. v. Patterson* (United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, 22 de julio de 1996) se señala que quien utiliza una red informática para vender sus productos puede razonablemente prever ser demandado en el Estado del proveedor de acceso, máxime si firmó con él un acuerdo de distribución de *shareware* («*[S]omeone like Patterson who employs a computer network service like CompuServe to market a product can reasonably expect disputes with that service to yield lawsuits in the service's home State*»). Sin embargo, el Tribunal señala que de lo anterior no cabe inferir que tenga jurisdicción el Tribunal de cualquier Estado en que el producto se haya vendido o usado; y en *Bensusan Restaurant Corporation v. King* (United States District Court, S.D. New York, 9 de septiembre de 1996) se establece que la mera existencia de un «sitio» no basta para conferir jurisdicción sobre un demandado, puesto que «*creating a site, like placing a product into the stream of commerce, may be felt nationwide—or even worldwide—but, without more, it is not an act purposefully directed toward the forum State*». Este último criterio fue confirmado en *Cybersell Inc.* (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 2 de diciembre de 1997). En este caso, la Corte de Apelación confirmó la sentencia del Tribunal de Instancia que negó la jurisdicción de los Tribunales de

Arizona por entender que el demandado no había tenido más contactos en el lugar del foro que el mantenimiento de una página *web*: «*[N]o Court has ever held that Internet advertisement alone is sufficient to subject the advertiser to jurisdiction in the plaintiff's home State*».

Tiene, finalmente, interés el caso *Panavision Internacional v. Toeppen* (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 17 de abril de 1998), que distingue entre jurisdicción «general» y «específica». En definitiva, se entiende que la «jurisdicción general» existe cuando el demandado se encuentra domiciliado en el Estado de la sede del Tribunal o sus actividades en ese Estado son sustanciales o continuas y sistemáticas. Por su parte, la «jurisdicción específica» deriva de la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Que el demandado no-residente perfeccione algún contrato o transacción en el Estado del foro o realice algún acto dirigido a permitirle desarrollar su actividad en ese Estado, pudiendo, por tanto, invocar su protección («*purposefully avails himself of the privilege of conducting activities in the forum, thereby invoking the benefits and protections*»). Ningún Tribunal ha sostenido nunca que un simple anuncio en INTERNET accesible desde el territorio de un determinado Estado sea suficiente para someter a una de las partes a su jurisdicción. Ha de existir algo más que demuestre la intención del demandado de dirigir su actividad, de una manera esencial, al Estado del foro⁷;

b) Que la reclamación derive de la actividad desarrollada por el demandado en el Estado del foro; y

c) Que el ejercicio de la jurisdicción sea razonable. El cumplimiento de este requisito exige que ese ejercicio no sea contrario a las nociones tradicionales del «*fair play and substantial justice*». La razonabilidad del ejercicio de la jurisdicción viene determinada por la ponderación de diversos factores: extensión de la actuación del demandado en el foro («*purposeful interjection*»); carga que para el demandado suponga litigar en el foro («*defendant's burden in litigating*»); extensión del conflicto de jurisdicción

⁷ Este requisito del «*purposeful availment*» asegura que el demandado no-residente no será sometido a la jurisdicción de otro Estado con base en contactos aleatorios, fortuitos o atenuados con el lugar del foro. Se exige que el demandado haya realizado deliberadamente alguna acción dirigida al Estado del foro (o que haya establecido una relación obligacional continuada con los residentes de ese Estado - *Cybersell Inc. v. Cybersell Inc.*)

con los Tribunales del Estado de residencia del demandado (*sovereignty*); interés del Estado del foro en la resolución del litigio (*forum State's interest*); mayor eficiencia en la resolución del proceso (*efficient resolution*); ventaja real y efectiva para el demandante como consecuencia del desarrollo del proceso en el lugar del foro (*convenient & effective relief for the plaintiff*); o existencia o inexistencia de foro alternativo (*alternative forum*).

En España, el sistema delimitador de la competencia judicial civil internacional reconoce prevalencia a las normas de distribución competencial de los Tratados y Convenios internacionales. En defecto de estos convenios, se resuelve mediante la aplicación de las reglas atributivas de competencia contenidas en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). El Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, y los Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y Lugano de 16 de septiembre de 1988 constituyen, de este modo, el marco prevalente de referencia en nuestro ordenamiento⁸. No se trata ahora de exponer el sistema general diseñado en el nuevo Reglamento comunitario y en el Convenio de Bruselas sino de formular alguna consideración sobre los problemas que suscita su proyección a la contratación electrónica⁹.

Bastará antes con recordar que el criterio general para la determinación del tribunal competente es el del domicilio del demandado. La aplicación de este punto de conexión no está, sin embargo, exenta de dificultades en el caso de transacciones electrónicas, en la que es frecuente que una de las partes desconozca el domicilio de la persona física o jurídica con quien

contrata. Con arreglo a las previsiones de la Directiva 2000/31, el artículo 10 del Proyecto impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la obligación de disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos administrativos o judiciales competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, entre otros datos, a «*su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España*».

De otra parte, conviene recordar que, naturalmente, cabe la sumisión expresa y que, por cierto, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 confirma el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial; y, si se atiende al criterio derivado de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1984 en el asunto *Tilly Russ*¹⁰, podría reconocerse validez a la sumisión consentida a través de INTERNET. Ahora bien, es importante destacar que el artículo 54 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil consagra algunas excepciones al carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial. Entre estas excepciones resulta especialmente relevante para la contratación electrónica, normalmente regida por condiciones generales, la establecida en su apartado 2, según el cual «*no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios*». De manera que, por lo común, la jurisdicción competente habrá de determinarse con sujeción a las reglas generales. Sentadas estas premisas básicas se parará la atención en algunos problemas más específicos.

⁸ El Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de marzo de 2002, ha sustituido, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a (i) los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del Reglamento en virtud del art. 299 TCE; y a (ii) las relaciones entre Dinamarca y los Estados miembros sujetos al Reglamento, las cuales continuarán rigiéndose por el Convenio de Bruselas. En cualquier caso, el contenido del Reglamento es prácticamente idéntico al del Convenio.

⁹ La estructura general del Convenio de Bruselas se construye sobre tres niveles: competencias exclusivas (art. 16); sumisión expresa, que no puede operar respecto de los foros exclusivos ni para contratos celebrados por tomadores de seguros o consumidores (art. 17); y domicilio del demandado (art.2) o foros especiales de competencia previstos en los artículos 5 a 15 del Convenio. Para el estudio del Convenio, véase Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo: *Derecho internacional privado*, Madrid, 1999. El Reglamento presenta una estructura similar, existiendo ciertas divergencias que obedecen a una mayor claridad y mejor sistemática y al bagaje derivado de la experiencia atesorada durante los años de aplicación del Convenio.

¹⁰ As. 71/83, *Rec.* 1984, pág. 2417.

a) En buena medida, como se ha dicho, la contratación por INTERNET emplea fórmulas de adhesión, condiciones generales y se desarrolla con consumidores. Pues bien: en los contratos con consumidores¹¹ tanto el Reglamento comunitario como el Convenio de Bruselas establecen fueros especiales: el consumidor sólo podrá ser demandado ante los Juzgados de su domicilio (el Proyecto habla de residencia habitual) y, sin embargo, podrá demandar tanto ante los Tribunales del domicilio de la otra parte como ante los de su propio domicilio. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpreta restrictivamente el concepto de «consumidor» como la persona que contrata para usos no profesionales ni mercantiles o, en otras palabras, «consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales»¹². Este carácter es negado a la sociedad cesionaria de los derechos de un particular¹³.

Son asimismo aplicables a estos contratos algunos otros principios con trascendencia procesal. En particular, me refiero a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que considera abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si tienen por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por el consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las normas aplicables, limitando indebidamente los medios de prueba o imponiendo la carga de la

prueba. En esta línea, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, incluyó una disposición adicional a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que considera abusiva «la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico».

En los contratos celebrados con consumidores, se reitera, tampoco cabe la sumisión expresa¹⁴. En esta misma línea se pronuncia la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes citada, tras la modificación introducida por la Ley 7/1998, que considera abusiva «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble (...)»¹⁵. Una disposición que, en definitiva, ratifica el criterio derivado del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) A falta de sumisión expresa (o tácita), cuando el contrato no se celebre con consumidores, será competente la jurisdicción del lugar en el que hubiera sido o debiera ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda, aunque no se trate de la obligación principal o prestación característica de la relación contractual¹⁶. El lugar de cumplimiento de la obligación vendrá determinado por las partes en el propio contrato o, en su defecto, se determinará por la ley que rige el contrato¹⁷: artículo 1171 del Código Civil. Si el contrato hubiera de cumplirse en

¹¹ Quedan excluidos los contratos de transporte y «*todos aquellos casos en que el contratante no tiene su domicilio en un Estado miembro o, en el supuesto del párrafo 2 del artículo 13, carece de sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento a cuya explotación se refiera el litigio (STJE de 15 de septiembre de 1994, Asunto C-318/93 Brenner)*» (Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, cit. en nota 9).

¹² Sentencias del TJCE de 21 de junio de 1978 en el asunto *Bertrand v Paul Ott KG* (as. C-150/77, Rec. pág. 1431), de 19 de enero de 1993 en el asunto *Shearson Lehmann Hutton Inc v TVB* (as. C-89/91, Rec. pág. I-139) y de 3 de julio de 1997 en el *Benincasa/Dentalkit* (as. C-269/95, Rec. pág. I-3767).

¹³ STJCE de 19 de enero de 1993 en el asunto *Hutton/TVB*, cit. en nota anterior.

¹⁴ Se exceptúan, de acuerdo con el art. 15 del Convenio, los casos en que el acuerdo de sumisión es posterior al nacimiento del litigio o permite al consumidor formular demandas ante Tribunales distintos, y aquéllos en los que la sumisión se realiza a favor de los Tribunales del domicilio o residencia habitual común de las partes en el momento de la celebración del contrato. La misma previsión es la que contiene el art. 17 del Reglamento comunitario.

¹⁵ En la misma línea, pueden citarse las sentencias del TS de 1 de febrero y 12 de mayo de 1997 (RJ 1997/672 y 1997/3840).

¹⁶ STJCE de 15 de enero de 1987 en el asunto *Shenavai/Kreischer* (as. 266/85, Rec. pág. 239).

¹⁷ STJCE de 6 de octubre de 1976 en el asunto *Industrie Tessili Italiana /Dunlop* (as. 12/76, Rec. pág. 1473).

Por todos, véase P. HAYE: *European Case Law on the Judgements Convention*, Wiley, 1998 (casos 156 y 800).

varios lugares (p.ej. venta de un programa para todos los centros mundiales de distribución de una empresa multinacional) pudiera resultar aplicable el criterio sentado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de marzo de 1995 en el asunto *Fiona Shevill y otros/Press Alliance*¹⁸, referida a una acción de responsabilidad extracontractual por difamación dañosa a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados. El Tribunal declaró que «*la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar del establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que la publicación haya sido difundida (...), competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido*».

En los supuestos en que el cumplimiento de las prestaciones contractuales se efectúe también mediante sistemas electrónicos, en defecto de pacto expreso, puede considerarse lugar de cumplimiento el de situación de la terminal a donde vaya dirigida la prestación. Esta solución encuentra respaldo en la aplicación analógica de la reiterada jurisprudencia según la cual la

transferencia bancaria debe entenderse realizada en el lugar de su recepción¹⁹.

En aquellos casos en que no resulte de aplicación ni el Reglamento comunitario ni el Convenio de Bruselas, habrá que estar a lo que dispone la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en su artículo 22.3, donde señala que los Jueces y Tribunales españoles serán competentes en materia de obligaciones contractuales cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España. En cuanto al lugar de nacimiento de la obligación, podría entenderse que es equivalente al lugar de celebración del contrato para cuya determinación se sientan reglas en el artículo 28 del Proyecto, distinguiendo entre contratos concertados con consumidores, que «*se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual*»; y contratos entre empresarios o profesionales, a los que aplica el criterio del lugar donde esté establecido el prestador de servicios.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1262.II del Código Civil, en los casos de contratación entre ausentes²⁰ se presume que el contrato se celebró en el lugar en que se hizo la oferta (regla que, a falta de otra expresa, se inclina parte de la doctrina a aplicar a los contratos mercantiles y a los de compraventa internacional de mercaderías)²¹. El problema radica entonces

¹⁸ As. C-68/93, *Rec.* 1995, pág. I-415.

¹⁹ STS de 27 de marzo de 1971 (RJ 1971\1662).

²⁰ La STS de 30 de julio de 1996 (RJ 1996/673), proyecta la previsión contenida en el art. 1262 del Código Civil para la aceptación hecha por carta «*a otros medios de comunicación aportados por los avances de la técnica moderna (...) que sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad que, si bien son comunicativas, no son instantáneas y coincidentes en las conjunciones de voluntad de los contratantes interesados. La Sentencia de 31 de mayo de 1993 admitió la contratación por télex y el Código de Comercio en su artículo 51 se refiere a la correspondencia telegráfica*». No obstante, conviene tener presente que la contratación por INTERNET no siempre puede considerarse como contratación entre ausentes. Esa consideración depende del sistema técnico empleado en la comunicación (tipo de red y forma de conexión). A este respecto, suele distinguirse entre los sistemas que permiten una comunicación instantánea, que conllevan la aplicación del régimen de contratación entre presentes, y aquéllos que no permiten ese tipo de comunicación y que, por tanto, suponen la aplicación del régimen de contratación entre ausentes. Este último es el supuesto más usual. Véase R. Juliá Barceló: *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Valencia, 2000, págs. 328 y ss.

²¹ En materia de compraventa internacional de mercaderías rige el Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980 (ratificado por España mediante Instrumento de adhesión de 17 de julio de 1990 —BOE de 30 de enero de 1991—). El Convenio no contiene referencia alguna al lugar en que se entiende perfeccionado el contrato. Ante esta situación, la doctrina se divide entre los que consideran que debe estarse a lo dispuesto en las normas internas de cada Estado, y los que opinan que dentro de la propia Convención puede entenderse que, salvo que exista una norma de contenido especial, debe considerarse como lugar de celebración del contrato aquel al que llega la declaración que lo concluye o perfecciona. Véase L. Díez-Picazo y Ponce de León: «Comentario al artículo 23», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (L. Díez-Picazo y Ponce de León, dir. y coord.), Madrid, 1998, págs. 201 y ss.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de octubre de 1998 (AC 1998/2098) considera que el contrato de compraventa mercantil debe entenderse celebrado en el lugar donde se hizo la oferta. En contra, algunos autores como

en dilucidar dónde se entiende realizada la oferta. A estos efectos, cabría distinguir dos grupos de supuestos:

a) Aquéllos en los que la información que aparece en el «sitio» al que accede el usuario contiene ya precisados todos los elementos de la transacción y baste pulsar un icono para entender válidamente exteriorizada la voluntad del usuario. En estos casos, parece que el «sitio» contiene una oferta completa y que, en consecuencia, será juez competente el del domicilio del proveedor o inicial oferente.

b) Aquellos otros supuestos en los cuales no se den las circunstancias antes mencionadas y el «sitio» contenga un catálogo en el que se relacionen los distintos productos o servicios que se ofrecen y las condiciones en que pueden adquirirse, constituyendo una mera *invitatio ad offerendum*. El usuario debe entonces concretar los términos del pedido, formulando una oferta que precisará luego de la aceptación del proveedor. En estos supuestos, puede entender que el Juez competente será, precisamente, el del domicilio del usuario, que es quien, en este supuesto, realiza la oferta.

Junto al criterio del lugar de celebración del contrato, al que se refiere el antes mencionado artículo 28 del Proyecto, establece la LOPJ el de su lugar de cumplimiento, que se determinará —como se ha dicho— con sujeción al artículo 1171 del Código Civil, el cual da prioridad a lo que hayan convenido las partes y, en ausencia de pacto, si la obligación es de entregar cosa determinada, dispone que se cumplirá en el lugar donde se encontraba la cosa al celebrarse el contrato y, en los demás casos, en el domicilio del deudor. Se tratará, por tanto, con arreglo a este último criterio, del domicilio del deudor o del proveedor, según la obligación cuyo cumplimiento se reclame.

El artículo 22.4 de la LOPJ establece una regla especial para contratos de consumidores, disponiendo la competencia de los Tribunales españoles «*cuan-*

do el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición; y en el caso de cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato».

3. LEGISLACIÓN APLICABLE EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL POR INTERNET

El artículo 25 del Proyecto se limita a decir que «*para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de esta ley y, en su defecto, a las demás normas de derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español*». Por su parte, los mencionados artículos 2 y 3 determinan la aplicación del Proyecto a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos; a los que tengan establecimiento permanente en España; y a los establecidos en otro Estado del Espacio Económico Europeo siempre que los servicios afecten a derechos de la propiedad intelectual o industrial; emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva; actividades de seguro directo; contratos con consumidores; régimen de elección por las partes de la legislación aplicable y licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico o medio equivalente.

Sobre este marco, en lo que se refiere a la determinación de la ley aplicable a los contratos celebrados a través de INTERNET, habrá que tener en cuenta lo que establece el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que desde su entrada en vigor rige en nuestro sistema con carácter universal (artículo 2) dentro de su ámbito objetivo (artículo 1)²². Para las obligaciones que no

F. Sánchez Calero (*Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 20.ª edición, 1997, pág. 125) y M. Broseta Pont (*Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 8.ª edición, 1990, pág. 396), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 21 de mayo de 1998 (AC 1998/1093), que, en relación con un contrato de suministro celebrado por medio de fax, señala que «*habiéndose emitido la oferta en dos ocasiones desde Gibraltar y aceptada en Madrid, ha de entenderse que el lugar de celebración del contrato fue Madrid, porque en ella concurrió la oferta y la aceptación*».

²² El mencionado precepto, después de señalar en su apartado 1 que «*las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales*» establece en sus siguientes apartados una serie de exclusiones, que son básicamente: a) el estado civil y la capacidad; b) las obligaciones contractuales relativas a testamentos y sucesiones y a los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, incluida la obligación de alimentos; c) las

estén comprendidas dentro de ese ámbito objetivo, entrará en juego el artículo 10.5 Código Civil.

Pues bien, la regla central que sienta el Convenio de Roma es la de la libertad de las partes para elegir la ley por la que se haya de regir el vínculo contractual (artículo 3), elección que debe realizarse de forma expresa y que se ve en todo caso enmarcada mediante límites indisponibles, algunos de los cuales se examinarán más adelante. En defecto de elección de las partes, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (artículo 4); y presume el Convenio que los presenta con el país en que, en el momento de la celebración del contrato, la parte que deba realizar la prestación característica tenga su residencia habitual o su administración central²³; y si esta parte actuase en ejercicio de su actividad profesional, con el país en que esté situado su establecimiento principal o con aquél en que tenga que realizarse la prestación.

El problema será entonces determinar cuál sea la prestación característica en el caso de los contratos celebrados a través de INTERNET. Con carácter general, la doctrina ha entendido que será aquella que no consista en el pago del precio (así, Esplugues Mota indica, *ad exemplum*, que en una venta lo será la prestación del vendedor; en una prestación de servicios, la de quien los realiza; o en un contrato de distribución, la de quien la lleva a cabo²⁴). Si se sigue este criterio, puede pensarse, con las reservas propias de un tema de la novedad y dificultad del presente, agravadas por la ausencia de criterios jurisprudenciales definidos, que en la contratación electrónica la prestación característica será usualmente la del *service provider*; supuesto que la del usuario consistirá, la

mayoría de las veces, en el pago de un precio o canon como contraprestación por los servicios²⁵. Podría aventurarse incluso, siguiendo las reglas existentes para los contratos celebrados por correo, que la prestación característica debe realizarse no en el domicilio del prestador del servicio, sino en el del usuario, puesto que el servicio ha de ser puesto a disposición de éste, generalmente, en el lugar en que el usuario se encuentre. Si bien habrá que estar atento, en este último extremo, a las peculiares características y disposiciones de cada relación.

Las reglas expuestas, y en particular la que consagra la autonomía conflictual, encuentran dentro del propio Convenio de Roma ciertos límites para su aplicación. Importa ahora destacar, por un lado, el recogido en su artículo 7, que veda la elusión de una norma imperativa mediante la determinación de la ley aplicable, y, sobre todo, las normas especiales que para contratos de consumidores prevé el artículo 5²⁶. En síntesis, se impone aquí la aplicación de la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que la celebración del contrato hubiere sido precedida, en dicho país, por una oferta que le haya sido especialmente remitida o por publicidad dirigida al público de los consumidores de ese país (pudiera pensarse aquí en publicidad u ofertas realizadas a través del correo electrónico o en la *worldwide web*), y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato (no parece descabellado considerar que tal acto lo constituye, en un contrato celebrado *on-line*, pulsar el icono correspondiente a la aceptación contractual después de haber cumplimentado todos los datos personales que permitan la identificación)²⁷.

obligaciones derivadas de títulos cambiarios y otros instrumentos negociables; d) los convenios de arbitraje y elección de foro; e) las cuestiones relativas al Derecho de sociedades; f) la cuestión de si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar; g) la constitución de *trusts*; h) la prueba y el proceso; i) los contratos de seguro que cubran riesgos situados en los Estados miembros de la CE; j) los contratos de reaseguro.

²³ Sin embargo, esta presunción no entraría en juego en aquellos casos en los que, dada la particular naturaleza de la operación, no pueda determinarse la prestación característica (v. gr., permuta, contratos de colaboración).

²⁴ C. Esplugues Mota: «Régimen jurídico de la contratación en el Derecho del comercio internacional», en *Contratación internacional (Doctrina, jurisprudencia, formularios y legislación)* (C. Esplugues Mota, coord.), Valencia, 1994, págs. 35 y ss.

²⁵ Poulet y Vanderberghé dan, sin embargo, noticia de la creciente tendencia a considerar que el cumplimiento se produce en el país donde el «*supplier of the principal service*» tiene su domicilio social o su residencia habitual (*Telebanking, telehopping and the law*, 1988, Kluwer, págs. 173-74).

²⁶ Parece que habrá que aplicar aquí la misma noción de contrato celebrado con un consumidor que la presente en el ámbito del Reglamento y del Convenio de Bruselas (en tal sentido, C. Esplugues Mota, cit. en nota 24, págs. 71 y ss.).

²⁷ Con carácter general, se entiende que son actos necesarios para la celebración del contrato cualesquiera escritos o gestiones realizados a raíz de una oferta o de una publicidad (IBID).

Parece, por tanto, que cuando intervenga como usuario en el contrato un consumidor, la ley aplicable será la del país del usuario²⁸.

Ahora bien, la regla anterior conoce una excepción que puede ser importante en el apartado 4 b) del comentado artículo 5. Se trata de aquellos servicios que se presten fuera del país donde radica la residencia habitual del consumidor, porque entonces entiende la doctrina que éste no puede esperar razonablemente que se apliquen las normas de su país de origen (Esplugues Mota). ¿Invalida esto el razonamiento anterior para los contratos celebrados a través de INTERNET? ¿Puede plantearse si los servicios se prestan en el propio país del oferente y no en el país de la residencia habitual del consumidor? ¿Es preferente, pese a una eventual respuesta afirmativa a la cuestión anterior, la regla del artículo 5.1 sobre la del 4.b)? Tales son cuestiones que por ahora quedan abiertas y cuya solución habrá de ir desgranándose en el futuro.

4. PROBLEMAS DE PRUEBA EN LA CONTRATACIÓN POR INTERNET

Algunas ya viejas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo proclamaron el carácter estrictamente tasado de los medios probatorios relacionados en los artículos 1215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (confesión, documentos, peri-

cial, testifical, reconocimiento judicial y presunciones). Una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1931 negó carácter documental a una página de periódico; y la de 28 de junio de 1940 no consideró tampoco documentos a las fotografías o películas. Es cierto que esta jurisprudencia fue evolucionando²⁹. Pero la aprobación de la Constitución forzará su definitiva transformación, al incluir el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa dentro del contenido plural incorporado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

Este dato constitucional es de singular trascendencia, pues supone una pauta imperativa para la interpretación judicial de las reglas de prueba en el sentido más favorable a su plena efectividad. En esta línea, la sentencia de la Sala Segunda de 2 de diciembre de 2000, aunque a unos concretos efectos penales, recuerda que deben entenderse por documentos «no sólo el escrito plasmado en papel según el criterio tradicional, sino también todo aquello que se le pueda asimilar, por ejemplo, un diskette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo»³⁰.

²⁸ No parecen aplicables a la contratación por INTERNET, sin embargo, los otros dos criterios que utiliza el art. 5: a) que el empresario haya recibido el encargo del consumidor en el país de la residencia habitual de éste, puesto que puede entenderse que el empresario recibirá en su país el encargo del consumidor a través de su *web*; b) que el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado del país de su residencia habitual a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

Una fundamentación del criterio expuesto en el texto la da el profesor Maher para el Derecho norteamericano, en clave de jurisprudencia de intereses, apuntando que mientras puede ser razonable permitir que una gran organización comercial sea demandada en cualquier ciudad importante, no sería una buena idea que estas mismas organizaciones pudieran arrastrar a través del país a sujetos particulares sobre la base de unos cientos de contactos mediante la red en un Estado determinado (S. T. Maher: «Nothing personal? Personal Jurisdiction and the Internet», <http://www.usual.com/article8.htm>).

Por otra parte, en la misma línea apuntada se encuentra la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, al señalar en su art. 12.2 que «[L]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros», preocupación recogida por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación al incluir una Disposición adicional a la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la cual se señala que tendrán el carácter de abusivas las siguientes cláusulas (...): «28.ª. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza».

²⁹ Véase L. Vilaboy Lois y E. González Pillado (introd. y selección): *La prueba por medio de los modernos avances científico-tecnológicos en el proceso civil*, Colección Jurisprudencia Práctica, ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 12 y ss.

³⁰ RJ 2000/9955.

La conclusión final es, pues, que siempre que se ejerciten acciones nacidas de un contrato electrónico, su soporte podrá llevarse al proceso como prueba. La inadmisión de este medio probatorio tendrá alcance constitucional en la medida en que provoque indefensión material y podrá ser denunciada en la vía judicial, a través de los recursos pertinentes (en apelación, cabrá instar la incorporación del documento por rechazo indebido en la instancia, artículo 462.2.1.ª LEC 2000; y podrá asimismo fundar un recurso extraordinario por infracción procesal, artículo 469.1.4.º LEC 2000), y mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Sentada, pues, la admisibilidad de estos documentos electrónicos, el problema residía en que «*su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad, que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas*»³¹. Esta adveración podía también practicarse a través de una prueba de testigos (así, en el supuesto de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1992³²), de confesión o, incluso, pericial. Y, claro está, que no sería necesaria si el documento no hubiese sido expresamente impugnado por la parte a quien pudiera perjudicar (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996³³, que señala que el Alto Tribunal ha reconocido validez a documentos no averados ni admitidos por la parte a quien le perjudica, porque no es la adveración el único medio para aceptar su legitimidad). Aún se producía un segundo debate entre quienes incluían los «soportes infor-

máticos» dentro de la prueba documental³⁴ y quienes optaban por considerarlo un hecho susceptible de reconocimiento judicial.

El Proyecto busca favorecer la celebración de contratos por vía electrónica, sin exigir el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de estos medios (artículo 22.2); y equiparando su «*valor jurídico*» al de los formalizados en cualquier otro soporte documental, sin perjuicio de los casos en que sea exigida una especial forma pública (artículos 23.2 y 22.3 y 4); aunque añadiendo que «*siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico*».

Los tradicionales problemas probatorios han alcanzado, en fin, solución positiva en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, a la que se remite el Proyecto (artículo 23.1), que, tras consagrar definitivamente el sistema de *numerus apertus* en la relación de los medios de prueba (artículo 299.3), admite expresamente como medios de prueba «*los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso*» (artículo 299.2). Naturalmente, la admisión de un medio probatorio no prejuzga su valor. Para evitar cualquier duda, el artículo 23.2 del Proyecto precisa que «*en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental*».

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9458), sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11 de diciembre de 1995 (AC 1995\2464) y sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 20 de mayo de 1996 (AC 1996\905).

³² RJ 1992/274.

³³ RJ 1996/8939.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1996 (RJ 1996/5955).