UNIVERSIDAD DE JAÉN

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO ESPECIAL

TESIS

*****

"EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL"

PRESENTADA POR: ESPERANZA GÓMEZ VALENZUELA

DIRIGIDA POR: DRA. D. ª ESPERANZA CASTELLANOS RUÍZ

JAÉN, Enero, 2019

Gracias a todos los que de una manera u otra me han ayudado en este camino, en especial a mi familia, por animarme y apoyarme siempre.

INDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS…….....15

RESUMEN.....23

ABSTRACT 28

INTRODUCCIÓN.....33

CAPÍTULO PRELIMINAR

APROXIMACIÓN A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

I.- ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. PRINCIPIOS RECTORES

1.- Elementos objetivos y subjetivos.....41

2.-Principios rectores de la contratación electrónica 51

SITIOS WEB ACTIVOS Y PASIVOS. LA TIENDA VIRTUAL

1.- Diferencia en los procesos contractuales por vía electrónica en sitios web activos y pasivos.....54

2.- Sitios web activos en la contratación electrónica.....58

3.- Proceso contractual de las subastas en línea.....59

III.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y DIFERENCIACIÓN DE FIGURAS AFINES. BREVE PERSPECTIVA COMPARADA

1.- Delimitación del objeto de estudio. La noción de perfeccionamiento

A) En los ordenamientos internos 61

B) En Derecho internacional privado 66

2.-Diferenciación de figuras afines.....68

3.- Especialidades en el caso de la contratación electrónica

A) Contratación entre presentes y ausentes.....72

B) Perfeccionamiento del contrato electrónico entre ausentes (Directiva 2000/31/CE y ordenamientos comunitarios) 77

C) Regulación en el Derecho convencional, uniforme y transnacional ..84

4.-Perfeccionamiento del contrato electrónico: aproximación 85

IV.- EL ELEMENTO EXTRANJERO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA .87

CAPÍTULO PRIMERO

PERSPECTIVA DE DERECHO MATERIAL Y CARÁCTER INTERSECCIONAL DE LA REGULACIÓN DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

I.- PERSPECTIVA DE DERECHO MATERIAL

1.- Libertad de forma en la contratación electrónica 93

2.- Perfección del contrato electrónico

A) Momento de perfección del contrato electrónico 97

B) Lugar de celebración del contrato electrónico.....105

3.- Deberes de información en la contratación electrónica

A) Deberes de información en la Directiva 2000/31/CE y en la ley 34/2002

a) Requisitos de información previos 108

b) Información posterior: acuse de recibo 111

B) Regulación en el Derecho transaccional y en otros instrumentos.....115

C) Especialidades en la contratación electrónica de consumo 117

4.- Desistimiento en la contratación electrónica de consumo

A) Regulación del desistimiento en la Directiva 2011/83/UE.....121

B) Plazo de ejercicio y deber de información.....126

C) Ejercicio y efectos del desistimiento en la contratación electrónica: restitución y costes 131

5.- Fases del perfeccionamiento del contrato electrónico

A) Oferta en la contratación electrónica

a) Elementos de la oferta 134

b) Validez y vigencia de la oferta. Revocabilidad y retirada 135

c) Contenido del sitio web. Oferta y publicidad.....137

B) Aceptación en la contratación electrónica

a) Requisitos de la aceptación electrónica.....144

b) Diferencia entre aceptación y contraoferta 146

c) Retirada y revocación de la aceptación.....148

C) Adhesión de las condiciones generales de la contratación

a) Especialidades en la contratación electrónica 150

b) Adhesión y aceptación de la oferta ¿una misma cuestión? 151

D) Control de incorporación de las condiciones generales de la contratación

a) Requisitos de incorporación 153

b) Artículo 27.4 de la Ley 34/2002.....155

c) Perspectiva material comparada.....158

II.- ÁMBITOS JURÍDICOS EN EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO. DELIMITACIÓN NORMATIVA

1.- Contratación internacional en general

A) Reglamento Roma I

a) Ámbito de aplicación.....166

b) Base jurídica. Transformación del Convenio de Roma en Reglamento 169

c) Relación del Reglamento Roma I con otros instrumentos de Derecho comunitario: Directiva 2000/31/CEE 171

B) Convención de Viena sobre compraventa.....172

C) Principios UNIDROIT 177

D) Principios europeos de Derecho contractual y Marco Común de Referencia 182

2.- Contratación electrónica

A) Debate suscitado en torno a la "*Autorregulación de la Red versus necesario marco normativo*" 187

B) Directiva 2000/31/CEE sobre comercio electrónico

a) Antecedentes.....189

b) Delimitación material, espacial y temporal.....191

C) Transposición de la Directiva 2000/31/CEE

a) En España 198

b) En otros Estados miembros 202

D) UNCITRAL: Leyes modelo 212

3.- Condiciones generales de la contratación

A) Directiva 93/13/CEE 214

B) Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación

a) Finalidad y carácter del artículo 3 de la Ley 7/1998.....215

b) Doble función: transposición de la Directiva 93/13/CE y regulación de condiciones generales de la contratación 217

4.- Contratación de consumo

A) Directiva 2011/83/UE 220

B) Texto refundido de la Ley de defensa de consumidores y usuarios modificada por la ley 3/2014 221

CAPÍTULO SEGUNDO

PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL

DERECHO APLICABLE

I.- INTRODUCCIÓN 225

II.- NORMAS IMPERATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1.- Normas imperativas y deberes de información

A) Indicadores espaciales e imperatividad

a) ¿Tienen los deberes de información independencia de los indicadores espaciales de sus normas?.....228

b) Tipos de imperatividad en la contratación electrónica 234

B) Relación entre el Reglamento Roma I y la normativa sobre contratación electrónica

a) Principio del país de origen en la normativa sobre contratación electrónica y deberes de información.....242

b) Reglamento Roma I (régimen general) e indicadores espaciales de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley 34/2002 252

c) El artículo 6 del Reglamento Roma I y los indicadores espaciales de las normas sobre contratación electrónica 257

2.- Artículos 27 y 28 de la Ley 34/2002 como normas imperativa

A) Imperatividad en sentido interno 260

B) Normas imperativas de Derecho europeo. Artículo 3.4 del Reglamento Roma I 265

C) Normas internacionalmente imperativas

a) Cuestiones previas 273

b) Test de imperatividad 276

c) Test de compatibilidad con el Derecho europeo 279

d) Límites a la imperatividad internacional 285

3.- Normas imperativas en el ámbito de las condiciones generales de la contratación electrónica

A) Función del control de incorporación en la Ley 7/1998

a) Protección del adherente 289

b) ¿Protección de intereses públicos? 292

B) ¿Imperatividad de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998?

a) Imperatividad en sentido interno 296

b) Normas imperativas de Derecho europeo 299

c) Imperatividad en sentido internacional 301

III.- PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

1.- Oferta electrónica

A) Consideraciones previas

a) La oferta como fase inicial 305

b) Falta de regulación de la oferta en el Reglamento Roma I y en la

Directiva 2000/31/CEE.....306

B) Ley aplicable a la calificación del contenido del sitio web

a) Principio de previsibilidad.....312

b) Principio de proximidad. Teoría de la *Internacional Stream of* Commerce.....315

C) Regulación en el derecho convencional, uniforme y transnacional

a) Cuestiones previas.....319

b) Elementos de la oferta.....321

c) Vigencia de la oferta.....326

d) Revocación y retirada de la oferta.....327

2.- Adhesión-aceptación electrónica

A) Técnicas de adhesión

a) *Shrink-wrap agreements*.....330

b) *Browser-wrap agreements*.....334

c) *Click-wrap agreements*.....335

B) Ley aplicable a la adhesión (aceptación electrónica).....339

C) Regulación en Derecho convencional, uniforme y transnacional

a) Convención de Viena.....342

b) Principios Unidroit.....344

c) Principios europeos de Derecho de los contratos y Marco común de referencia.....347

d) Ley Modelo de comercio electrónico.....351

D) Peculiaridades de la revocación de la aceptación: similitud con el desistimiento.....352

3.- Control de incorporación

A) Relación entre el Reglamento Roma I, la Ley 7/1998 y la normativa de consumo

a) Reglamento Roma I (régimen general) y delimitador espacial de la Ley 7/1998.....354

b) Artículo 6 del Reglamento Roma I y delimitador espacial de la Ley 7/1998 359

c) ¿Doble reglamentación del contrato electrónico con condiciones generales? Propuestas 361

B) Ámbito de aplicación la *lex contractus* y de la Ley 7/1998

a) Consideraciones previas 367

b) Cuestiones incluidas en la *lex contractus* y en la Ley 7/1998.....371

C) El control de incorporación en los instrumentos de *soft law*.....373

IV.- EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

1.- El desistimiento como un tema híbrido en la contratación electrónica.378

2.- Artículo 25 de la Directiva 2011/83/UE

A) Protección de los consumidores activos y pasivos 381

B) Relación entre el Reglamento Roma I y la Directiva 2011/83/UE con respecto al derecho de desistimiento.....382

3.- El desistimiento como condición general.....387

4.- El derecho de desistimiento en el Derecho transnacional.....389

CAPÍTULO TERCERO

COMPETENCIA DE AUTORIDADES

I.- INTRODUCCIÓN……....393

II.-EXISTENCIA DE OFERTA Y ACEPTACIÓN ELECTRÓNICAS

1.- Foro general del domicilio del demandado

A) Características. Ventajas e inconvenientes en el entorno virtual 397

B) Determinación del domicilio del demandado

a) Demandado sin domicilio conocido.....400

b) Domicilio real y ficticio
en la contratación electrónica. 402

2.- Foro especial en materia contractual

A) Determinación del lugar de ejecución 404

B) ¿Incompatibilidad con el *petitum* de la demanda?.....407

3.- Foro especial en contratos de consumo

A) Regulación en el artículo 17 del Reglamento Bruselas I *bis* 408

B) Atribución de la competencia según la *Internacional Stream of Commerce*. Jurisprudencia de interés

a) Protección del empresario
frente al consumidor excesivo.....411

b) Asunto *Pammer* y asunto *Hotel Alpenhof*.....416

c) Asunto *Emrek* y asunto *Mühlleitner* 418

d) Asunto *Hobohm* 422

III.- LITIGIOS SOBRE DEBERES DE INFORMACIÓN Y DERECHO DE DESISTIMIENTO

1.- Reclamación de cantidad e incumplimiento del deber de información

A) Supuestos más frecuentes en la contratación electrónica 424

B) Tribunal competente en estos casos.....427

2.- Deberes de información y *prorrogatio fori*

A) Sumisión expresa e inaplicación de las leyes de policía.....429

B) Medidas contra el *forum shopping*: validez de la clausula de elección de Tribunal 434

3.- Controversias sobre el contenido del derecho de desistimiento

A) Falta de información y reducción del plazo para desistir 438

B) Competencia judicial internacional en estos casos 439

IV.- CONTROVERSIAS SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1.- Cláusula de *prorrogatio fori* como condición general de la contratación

A) Cuestiones previas

a) Preferencia por este foro en el entorno virtual 442

b) Inconvenientes de la elección de Tribunal 444

B) Control de incorporación y cláusula de *prorrogatio fori*

a) Asunto *El Majdoub* (*click wrapping*).....445

b) Otras resoluciones judiciales.....447

2.- Litigios sobre el incumplimiento del control de incorporación

A) Condiciones generales sobre deberes de información previos 450

B) Litigios sobre la incorporación del derecho de desistimiento.....452

V.- VÍA EXTRAJUDICIAL

1.- El arbitraje y la mediación en la contratación electrónica

A) Sumisión a arbitraje comercial

a) Cuestiones previas. Regulación.....454

b) Eficacia de las cláusulas de arbitraje.....458

B) La mediación civil y mercantil 461

2.- Especialidades en los contratos electrónicos de consumo

A) Normativa comunitariasobre *alternative dispute solution*

a) Directiva 2013/11 de resolución alternativa de litigios y Ley 7/ 2017 de transposición 465

b) Reglamento 524/2013 de resolución de litigios en línea 470

B) Centro Europeo de consumo

a) Funciones. Utilidades en la contratación electrónica 472

b) Procedimiento de reclamación 474

3.- *Online disputes Resolution*

A) Características generales y ventajas 475

B) Métodos con intervención humana 478

C) Métodos sin intervención humana 481

CONCLUSIONES.....485

CONCLUSIONS 492

BIBLIOGRAFÍA 499

ABREVIATURAS Y SIGLAS:

AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADR	Alternative diputes resolutions
AEDIP	Anuario español de Derecho internacional privado
AEPD	Agencia española de protección de datos
AGBG	Ley alemana de 1 de abril de 1977 de condiciones generales de la contratación
AJCL	Américam Journal of comparative law
ALCA	Área de libre comercio de las Américas
ACQP	Existing EC Contract Law (Acquis Principles)
A2B	Adminitration to business
A2C	Administration to consumer
BEUC	The European Consumer Organization
BOE	Boletín oficial del Estado
B2A	Business to Administrations
B2B	Business to business
B2C	Business to consumer
BMJ	Boletín Ministerio de Justicia

C2C	Consumer to consumer
C2B	Consumer to business
CCI	Cámara de comercio internacional
Cc	Código civil
CDT	Cuadernos de Derecho transnacional
CE	Comunidad Europea
CEAM	Corte Europea de arbitraje y mediación
CEC	Centro europeo de consumo
CEE	Comunidad Económica Europea
CGC	Condiciones generales de la contratación
CELS	Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea
CFR	Common Frame of Reference
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
CNUCE	Convención de Naciones Unidas sobre utilización de comunicaciones electrónicas
CPA	Corte permanente de arbitraje
CV	Convención de Viena
CV-AC	Consejo Consultivo de la Convención de Viena

DA	Disposición adicional
DCE	Directiva de 8 de junio de 2000 sobre Comercio Electrónico
DCI	Diritto del Commercio Internazionale
DES	Data Encrrytion Standard
DIPr	Derecho internacional privado
DO	Diario oficial de la Unión Europea
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial
DSS	Decision Suporting System
DNI	Documento nacional de identidad
EDI	Electronic data interchange
EEE	Espacio económico europeo
ESJ	European Scientific Journal
EM	Exposición de motivos
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht
IAI	Instituto de arbitraje internacional
ICC	International Chamber of Commerce
ICLQ	Journal of British Intitute of International and Comparative Law
IP	Internet Protocol

JDI	Journal de Droit International
JILT	Journal of information law and tecnhology
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LA	Ley 11/2011, de 20 de mayo de modificación de la Ley 60/2003 de arbitraje
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal
TRLDCU	Texto refundido de la ley de consumidores y usuarios aprobada por el Real Decreto legislativo 1/2007 de 16 de noviembre
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica
LCGC	Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación
LGP	Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de Publicidad
LGT	Ley 9/2014, de 9 de mayo General de comunicaciones
LMCE	Ley Modelo sobre comercio electrónico
LOCM	Ley 7/1996 de 15 de enero de comercio minorista
LOPD	Ley 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder judicial
LPI	Ley 22/1987 de 11 de noviembre de Propiedad Intelectual

LSSICE	Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos
LWG	Legal working group
MCR	Marco común de referencia
MD	Mensaje de datos
OHADA	Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África
OHADAC	Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe
OCDE	Organización para la cooperación y el desarrollo económico
ODR	Online diputes resoluctions
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PC	Personal computer
PU	Principios UNIDROIT
PMCC	Propuesta de modernización del Código Civil
PSC	Prestadores de servicios de certificación
PSSI	Prestador de servicios de la sociedad de la información
PYMES	Pequeñas y medianas empresas

RAE Real academia española

RC Registro civil

RCE Revista de la contratación electrónica

RCADI Recueil des Cours de l'Académie de Droit International

RCDIP Revue critique de droit international privé

RD Real Decreto

RDC Revista de Derecho Civil

RDM Revista de Derecho mercanti

RDP Revista de derecho privado

RDIPP Rivista di diritto internazionale privato e processuale

REDI Revista española de Derecho internacional

REDU Revista de docencia universitaria

RGD Revista general de Derecho

RIDC Revue internationale de Droit compare

RISG Rivista italiana per le scienze giuridiche

RZFIP Rabels Zeitschrift, fürausländiches und internationals Privatrecht

SMTP Simple mail transfer protocol

SSI Servicios de la sociedad de la información

SSL Secure Sockets Layer

ST Sentencia

STJCE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCP Transmisión Control Protocol

TI Tecnología de la información

TJCE Tribunal de Justica de las Comunidades Europeas

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS Tribunal Supremo

TV Tienda virtual

UE Unión Europea

ULR Uniform Law Review

UNCITRAL United Nations Commission for the Unification of internacional trade Law

WTO Worl trade organitation

WWW World Wide Web

YPIL Yearbook of private Internacional Law

ZvglRWiss Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

RESUMEN

Esta tesis trata sobre el tema del perfeccionamiento del contrato electrónico como una de las etapas necesarias para su conclusión. Este es un asunto que presenta peculiaridades, entre otras razones porque, en la contratación electrónica, la perfección del contrato no se produce instantáneamente, a diferencia de la contratación realizada entre las partes presentes. Además, en esos contratos es común el uso de las condiciones generales del contrato (CGC), que deben aceptarse para que el contrato se perfeccione.

En una primera parte del trabajo, se tratan diferentes temas relacionados con la delimitación del objeto de estudio y la diferencia del perfeccionameinto del contrato con otras figuras afines. Del mismo modo, se estudian distintos principios rectores de la contratación electrónica que influyen en su regulación, y se realiza una introducción sobre el tratamiento dado a la cuestión del perfeccionamiento desde la perspectiva del DIPr.

En este sentido, para hablar de perfeccionamiento del contrato electrónico internacional es necesario referirse a diferentes etapas que deben sucederse. La regulación de estas fases o etapas puede encontrarse en una variedad de instrumentos relacionados con las siguientes temáticas jurídicas: contratación internacional general, comercio electrónico, condiciones generales de contratación y contratos de consumo. En cada uno de esos campos hay a su vez instrumentos de Derecho comunitario derivado, Derecho convencional y transnacional, así cómo de Derecho autónomo.

En este contexto, se puede afirmar que, en el campo del DIPr, la cuestión del perfeccionamiento del contrato esta en determinar las etapas o niveles en los que se lleva a cabo y, en particular, indicar su régimen legal. Esta labor, puede resultar ciertamente compleja por el diferente origen y objeto de las fuentes jurídicas que si bien regulan las citadas materias desde un punto de vista horizontal inciden en el perfeccionamiento del contrato con carácter interseccional.

De esta manera, hay tres etapas relacionadas con la perfección del contrato electrónico internacional: en primer lugar, la oferta que es necesaria porque representa una de las declaraciones de intención necesarias para la perfección del contrato. La determinación de la ley aplicable a la oferta es un asunto complejo, ya que en el momento en que ésta se formula el contrato no existe. Por esta razón, se debe especificar qué regulación califica el contenido del sitio web para verificar cuando se trata de una oferta vinculante, mera publicidad o una *invitatium ad oferendum*.

La segunda etapa del perfeccionamiento del contrato electrónico internacional es la adhesión/aceptación de las CGC. En los contratos electrónicos es común el uso de estas disposiciones, que deben ser aceptadas para que el contrato se concluya. En tercer lugar, deben señalarse las cuestiones relacionadas con el control de incorporación de estas cláusulas en los contratos electrónicos. Esta etapa es importante porque es necesario verificar si estas condiciones han sido accesibles y comprensibles para el adherente, que no ha tenido la oportunidad de negociarlas.

Para realizar este control es necesario estudiar qué régimen legal se aplica a la incorporación de las CGC debido a las particularidades en el campo de la contratación electrónica con respecto a la inclusión de estas disposiciones no negociadas.

Las CGC tienen su propia regulación, en el caso de España, a través de la LCGC, que se aplica, en principio, cuando se cumplen los requisitos geográficos de su art. 3. Por otro lado, al tratarse de un asunto relacionado con el contrato, también se analiza su possible inclusión en el ámbito de la *lex contractus*. Esto da lugar a la posible contradicción y/o doble reglamentación entre el régimen legal particular de las CGC y el Reglamento Roma I con respecto a esta etapa del perfeccionamiento del contrato electrónico.

Teniendo en cuenta esta idea, según el régimen legal aplicable a cada fase, el contrato electrónico se habrá perfeccionado cuando todas estas etapas hayan tenido lugar. La relación legal nacerá independientemente de si es un contrato válido o efectivo. En el primer caso, el contrato se habrá perfeccionado, pero será nulo si no se cumple alguno de

los requisitos para su validez, es decir, la capacidad, el consentimiento y el propósito legal. Esta situación puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de que exista una coincidencia entre propósitos comerciales, pero una de las partes no tiene capacidad para contratar.

En el segundo caso, el contrato se habrá perfeccionado, pero no será efectivo y, por lo tanto, no tendrá implicaciones en el caso de que el contrato adolezca de ciertos defectos que impidan su efectividad. En el caso de la contratación electrónica, esta condición puede ocurrir si la información obligatoria no se ha proporcionado como lo perscriben las normas sobre contratación electrónica, principalmente establecidas por la DCE. El contrato podría haberse perfeccionado por la concurrencia de la oferta y la aceptación, pero si los requisitos relacionados con la información no se han cumplido, el contrato no tiene implicaciones.

De esta manera, también es objeto de discusión en este trabajo, la importancia de las obligaciones de información en la contratación electrónica como requisitos necesarios antes y después de la perfección del contrato. En primer lugar, esta información en el momento anterior a la perfección del contrato persigue que el cliente pueda proporcionar un consentimiento libre y debidamente formado. En segundo extremo, esta obligación es fundamental para prevenir incidentes causados por la falta de información una vez que el contrato se ha perfeccionado. En este sentido, se afirma que el derecho a la información sería un derecho instrumental necesario para garantizar la efectividad de los derechos materiales o sustantivos del contrato.

La importancia de las obligaciones de información en la contratación electrónica se basa principalmente en el hecho de que el objetivo del legislador es proporcionar seguridad jurídica a estas relaciones desarrolladas electrónicamente, con el objetivo de promover el uso de esta formula para la contratación. Por este motivo y teniendo en cuenta el contenido de la DCE sobre esta cuestión, algunas de las reglas que rigen las obligaciones de información en la contratación electrónica pueden considerarse como reglas obligatorias y deben aplicarse independientemente de la ley aplicable del contrato.

Por otro lado, respecto de la efectividad del contrato electrónico es importante el derecho de desistimiento en las relaciones con los consumidores. Esta facultad está relacionada con la formación de la intención del consumidor y, por lo tanto, con la perfección del contrato, aunque se ejerce después de su conclusión. Esta figura responde al poder de disociación rápida y eficaz del contrato electrónico por parte del consumidor, sin tener que recurrir a otros canales generales y legales, como la nulidad y la anulación. En otras palabras, en algunos casos, el consumidor acepta los términos del contrato electrónico porque tiene el poder de desvincularse del mismo, de lo contrario no aceptaría la oferta y la relación contractual no se habría perfeccionado.

Por último, esta investigación ha incluido también la CJI de los Tribunales en relación con las diferentes etapas del perfeccionamiento del contrato y las controversias que podrían producirse. En relación con esta cuestión resulta necesario determinar el Tribunal competente para conocer de las disputas que pueden estar relacionadas con las siguientes cuestiones principalmente: en primer lugar, con la existencia de la oferta electrónica. En un contrato electrónico, puede surgir un litigio porque no está claro si la información contenida en el sitio web se consideró una oferta o no. Esto afecta a la perfección del contrato electrónico porque si la oferta no era vinculante, el contrato no se perfeccionará.

En segundo extremo, algunas reclamaciones pueden surgir debido a que el PSSI no ha cumplido con las obligaciones de información requeridas por la DCE y sus reglas de transposición. En relación con este asunto, es particularmente interesante el hecho de que, a veces, las partes utilizan la *prorrogatio fori* para evitar que se apliquen las normas obligatorias de terceros países.

Finalmente, se analizan varias sentencias sobre la elección del Tribunal realizada a través de disposiciones no negociadas (CGC), y las ventajas y desventajas que plantea esta cuestión desde la perspectiva del DIPr.

Por último, debe destacarse que para la realización de este trabajo se ha utilizado diversa metodología basada principalmente en el estudio y análisis de una ingente

cantidad de bibliografía procedente tanto de fuentes nacionales como internacionales. Resultaba de vital importancia estudiar la perspectiva de distintos autores, para poder establecer diversas conclusiones sobre cómo afectan las distintas normas relacionadas con: contratación general, contratación electrónica, CGC y Derecho de consumo al perfeccionamiento del contrato electrónico.

Del mismo modo, se ha analizado diversa jurisprudencia tanto del TJUE como de distintos Tribunales nacionales con el objeto de verificar como se han resuelto distintas cuestiones concernientes a la contratación electronica que indiden de manera decisiva sobre esta investigación. Para ello han sido fundamentales las estancias de investigación que esta doctoranda ha realizado en la Universidad de Oxford y en el Instituto de Derecho comparado de Lausana en Suiza en las que ha podido localizar gran parte de las referencias que han contribuído a la realización de esta tesis doctoral. Del mismo modo, la asistencia a los distintos Congresos, Jornadas y Seminarios nacionales e internacionales en los que ha tenido la oportunidad de participar durante la realización de este doctorado ha sido de vital importancia para la consecución de esta empresa.

SUMMARY

This thesis is about the issue of the perfection of the electronic contract as one of the necessary stages for the conclusion of the contract. This is a matter that presents peculiarities because, in electronic contracting, the perfection of the contract does not occur instantly, as opposed to the contracting made among present parties. Furthermore, in those contracts is common the use of general conditions of contract (GCC), which must be accepted in order to the contract will be perfected.

In the first part of this research, will be analyzed different issues related to the delimitation of object of study and the difference between the perfection of the contract and other similar cuestions. Similarly, will be studied the different principles of the electronic contracting with an influence on its regulation, and an introduction about the treatment given to the the perfection of the contract from the perspective of the private international law.

In this regard, to talk about the perfection of the international electronic contract is necessary to refer to the stages that must take place. The regulation of these stages can be found in diferent instruments related to the following legal areas: international general contracting, electronic commerce, general conditions of contract, and consumer contract. In each of those fields, there are instruments of secondary Community law and also treaty and transnational law, as well as national law.

In this context, it can be affirmed that, in the field of the PIL, the issue of the perfection of the international electronic contract is to determine the stages or levels in which it is carried out and, in particular, to indicate its legal regime.

In this way, there are three stages related to the perfection of the international electronic contract of the international electronic contract: first, the offer which is necessary because it represents one of the declarations of intent necessary for the perfection of the contract. The determination of the applicable law for the offer is a difficult matter because in this the moment the contract does not exist. For this reason, it

should be specified which regulation qualifies the content of the website to verify when faced with a binding offer, a mere advertising or an *invitatium ad oferendum*.

The second stage of the perfection of the international electronic contract of the electronic contract is the adhesion/acceptance of the general conditions of contract (GCC). In electronic contracts is common the use of these provisions, which need to be accepted for the contract is concluded. Third, the issues related to the control of the incorporation of these clauses in the electronic contracts should be noted. This stage is important because it is necessary to verify if the GCC have been accessible and understandable for the adherent, who has not had the opportunity to negotiate them.

To perform this control is necessary to study what legal regime is applied to the incorporation of the GCC due to the particularities in the field of the electronic contracting regarding the inclusion of these non-negotiated provisions.

The GCC have their own regulations, in the case of Spain, through the LCGC, which are applied in principle when the geographic requirements of the art. 3 of such rule are fulfilled. On the other hand, by being a matter related to the contract, its possible inclusion is also analyzed in the scope of the *lex contractus*. The result of this issue can be the possible contradiction and/or double regulation between the particular legal regime of the GCC and Rome I Regulation regarding any of the stages of perfection of the contract.

According the legal regime applicable to each stage, the electronic contract will have been perfected when all these stages have taken place. The legal relationship will be born regardless of whether it is a valid or effective contract. In the first case, the contract will have been perfected, but it will be null and void if any of the requirements for its validity have not been met, i.e., capacity, consent and lawful purpose. This situation may take place, for example, in the event that a concurrence between commercial intents, but one of the parties does not have capacity to contract.

In the second case, the contract will have been perfected, but it will not be effective and therefore does not have implications in the event that the contract suffers from certain

elements that prevent its effectiveness. In the case of electronic contracting, this condition may occur if mandatory information obligations of the principal have not been fulfilled. The contract could be perfected by the concurrence of offer and acceptance, but as the condition relating to information has not been fulfilled, the contract does not have implications.

In this way, in this work it is also discussed the importance of information obligations in electronic contracting as necessary requirements before and after the perfection of the contract. First, this information at the time prior to the perfection of the contract pursues that the customer can provide a free and duly formed consent. Secondly, this obligation is critical to prevent incidents caused by lack of information once the contract has been perfected. In this regard, some authors state that the consumers' right to information would be a necessary instrumental right to ensure the effectiveness of material or substantive rights of the contract.

The importance of information obligations in electronic contracting is based primarily on the fact that the legislator's aim is to provide legal certainty to these relationships developed electronically, with the aim of promoting the use of this way. For this reason and taking into account the content of the (EU) regulation on the subject, some of the rules governing the information obligations in electronic contracting may be considered as mandatory rules and should be applied regardless of the governing law of the contract, as discussed above.

On the other hand, regarding the effectiveness of the electronic contract is the right of withdrawal in the relationships with consumers. This power is related to the formation of the consumer's intent and therefore to the perfection of the contract, although it is exercised after its conclusion. This figure responds to the power of disassociation quickly and effectively of the electronic contract by the consumer, without having to resort to other general and legal channels such as nullity and voidability. In other words, in some cases, the consumer accepts the terms of the electronic contract because he has the power of disassociation from that, otherwise he would not accept and the legal relationship would not be perfected.

On the other hand, the final part of this research is about the international jurisdiction. The different stages of the perfection of the contract may lead to disputes which must be known by certain judicial authority. Thus, it is necessary to determine the competent Court to the various disputes that may be related: primarily, with the existence of the electronic offer. In an electronic contract, a dispute may arise because it is not clear whether the information contained on the website was considered an offer or not. This affects the perfection of the electronic contract because if the offer was not binding, the contract will not be perfected.

Secondly, some claims for payment may arise because the PSSI has not fulfilled the information obligations required in the ECD and their rules of transposition. In this case, the international jurisdiction should also be determined to know which judicial authority seizes this issue. In connection with this matter, it is particularly interesting the fact that, sometimes, the parties use the *prorrogatio fori* in order to prevent mandatory rules of third countries being applied. Finally, various judgments of the CIJ are analyzed on the choice of Court through non-negotiated provisions (GCC), and the advantages and disadvantages that raises this question from the perspective of PIL.

This research has used a diverse methodology based mainly on the study and analysis of a lot of bibliography coming from both national and international sources has been used, since it was of vital importance to study the perspective of different authors, mainly on the Law of the EU. In the same way, different Jurisprudence has been analyzed both from the CJEU and from different Courts of the Member States in order to verify how different issues related to electronic contracting have been solved that decisively influence this investigation. To this end, the research stays that this doctoral candidate has carried out at the University of Oxford and the Institute of Comparative Law of Lausanne in Switzerland, where she has been able to locate a large part of the references that have contributed to the realization of this thesis, have been very important. In the same way, attendance at the different national and international Congresses, Seminars and Seminars in which he has had the opportunity to participate during the realization of this doctorate has been of vital importance for the achievement of this research.

INTRODUCCIÓN

Las razones por las que se adquieren bienes y servicios a través de Internet están relacionadas con que este medio ofrece mayor comodidad y en algunas ocasiones el precio es inferior que si la compra se realiza a través de medios tradicionales[1]. Una de las etapas que constituyen la formación del contrato electrónico, como requisito necesario para la formación de este y en la que se centra el presente trabajo es el perfeccionamiento que tiene gran importancia ya que consiste en el intercambio de las voluntades negociales (oferta y aceptación).

A partir del momento perfectivo se generan obligaciones y derechos para las partes, de este modo, el perfeccionamiento es una fase intermedia en la formación del contrato, que constituye un punto de inflexión, como afirma Diez Pizaco, con respecto a las demás fases de celebración del contrato (preparación y ejecución)[2]. La determinación del momento de perfección del contrato electrónico puede plantear cierta complejidad en el entorno virtual, debido en primer lugar al propio medio a través del que se intercambian las voluntades negociales y en segundo extremo, al carácter internacional de muchas de las relaciones que se concluyen en Internet.

En este contexto, se utiliza la expresión comercio electrónico para aludir a todo negocio o transacción que se realiza utilizando la red como soporte o instrumento, así como a los actos necesarios para anunciarse en Internet[3]. El comercio electrónico es de gran importancia, incluso algunos autores afirman que "*estamos en presencia de una alteración contractual de similar importancia a la que se produjo con la sustitución de la tabla de piedra por el papiro y el pergamino por el papel*"[4]. La contribución que lleva

[1] Véase CHAFFEY, D., *E-Business and E- commerce managenment*, Prentice hall, Londres, 2003, pp. 25-34.
[2] Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2012, pp. 78-79.
[3] Véase BARRIUSO RUÍZ, C., *Interacción del Derecho y la informática*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 32-68.
[4] Véase ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 57. ss. 28-35.

a cabo el comercio electrónico debe complementarse con la armonización internacional de los principios básicos y reglas principales de este tipo de contratación, por ser una actividad transfronteriza y transcomunitaria, pilar de la globalización[5].

En el ámbito comunitario, Internet contribuye al mejor funcionamiento del mercado interior ya que el comercio electrónico tiene el potencial necesario para eliminar muchas barreras geográficas y logísticas que se oponen al Mercado Común[6]. De esta forma, las empresas establecidas en la UE atraen a clientes de terceros Estados y a su vez estas también pueden acceder a productos y servicios *online* de empresas ubicadas en otros países miembros de la UE.

El carácter transfronterizo del entorno virtual puede tener determinadas consecuencias jurídicas para el destinatario que éste no siempre conoce. Las situaciones privadas en el comercio electrónico están relacionadas especialmente con el DIPr. Esto es, se plantean, entre otras, cuestiones relativas al tribunal que resultará competente si surge una controversia en este tipo de relaciones jurídicas o qué ordenamiento se aplicará al caso. Es preciso determinar qué normas son económicamente eficientes, y en concreto, en relación con el DIPr, se trata de evaluar mediante las distintas técnicas de esta disciplina, las consecuencias de la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico a los contratos electrónicos[7].

De esta forma, es necesario predecir los posibles efectos de una norma proyectada, en este caso con el objetivo de promover la utilización del comercio electrónico buscando diseñar estructuras legales eficaces para conseguir los propósitos deseados, adoptando los

[5] Véase FLORES DOÑA, M.S., *Impacto del Comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, Edersa, Madrid, 2002, pp. 213 y ss.
[6] Véase FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores*, Comares, Granada, 2006, pp.2-4.
[7] Véase COSSIO DIAZ, J.R., *Derecho y Análisis Económico*, Fondo de Cultura Económica - ITAM. Sección de Obras de Política y Derecho, México, 2008, pp. 16-34; COOTER, R.; ACCIARRI, H.A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 29-44; KAPLOW, L; STEPHEN S. "Economic Analysis of Law", *Handbook of Public Economics*, A. J. Auerbach; M. Feldstein, eds. (Amsterdam, New York: Elsevier, 2002), vol. 3, cap. 25, pp. 1661-1784; COOTER, R.; ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 41-46.

medios necesarios[8]. Este objetivo debe aunar, por un lado, la celeridad propia de estas transacciones con la protección de los sujetos intervinientes. Para realizar esta labor, el sistema de DIPr debe proporcionar las garantías que permitan alcanzar la máxima seguridad jurídica en los contratos electrónicos[9].

Los estudios realizados hasta el momento en relación con la contratación electrónica a través de sitios web que disponen de TV, desde la perspectiva del DIPr no han sido tan importantes numéricamente hablando, aunque sí existen aportaciones relacionadas con esta cuestión de extraordinario valor[10].En cualquier caso el perfeccionamiento del contrato electrónico en relación con los diferentes ámbitos jurídicos que inciden en esta cuestión: contratación internacional general, comercio electrónico, CGC y contratación de consumo, no se había tratado con anterioridad desde la perspectiva del DIPr.

[8] Véase ACCIARRI, H.A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE - George Mason University, Law & Economics Center, Berkeley, USA, 2009, pp. 12-24; MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S., *Analyse Économique du Droit.* Dalloz, Methodes du Droit, Paris,2008, pp.47-52.

[9] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 48 y ss.; GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 87-154;*id*.*Contratación internacional y medidas de coerción económicas*, Eurolex, Madrid, 1993, pp. 44-59;PAZ-ARES, C., "Principio de eficiencia y Derecho privado", AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.

[10] Véanse entre otras, las siguientes obras en relación con esta cuestión: CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 24 y ss.; CASTELLANOS RUÍZ, E, "Las normas de Derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico", *CDT* (octubre 2009), vol. 1, n. º 2, pp. 134-159; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 127 y ss; *id*. "Servicios de la sociedad de la información y Derecho internacional privado: desarrollos recientes", C. Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 165-188;*id*."Marco regulador de la actividad internacional de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", J. Plaza Penedés (ed.), *Cuestiones actuales de Derecho y tecnología de la información y la comunicación*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 298-319;*id*. "Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas", *RCE*, n. º 20, octubre de 2001, pp.23-31; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., "Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas. (Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09)", *Noticias UE*, núm. 329 (2012), pp. 181-188; FALLON, M.; MEEUSEN, J., "Le commerce électronique, la Directive 2000/31/CE et le droit international privé, *RCDIP*, 2002, pp. 435-490; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *La contratación internacional…, op. cit.,* pp. 27-190; GILLIES L.E.,*Electronic Commerce and Private Law*, a *Study Electronic Consumer Contracts*,Markets and thelaw, England-USA, 2008, pp. 49-57; LARA AGUADO, A., "Formación del contrato electrónico", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 867-933.

Esta labor resulta ciertamente compleja, debido a la diversidad de fuentes, principalmente de carácter institucional, convencional, transnacional y estatal, cuya interacción plantea dificultades interpretativas y aplicativas. Este hecho se debe, en primer lugar a que las Directivas comunitarias regulan los citados ámbitos jurídicos desde un punto de vista horizontal, centrándose únicamente en las materias que son objeto de su regulación, mientras que estas normas afectan al perfeccionamiento del contrato electrónico, de forma interseccional. En segundo extremo estas normas de Derecho comunitario derivado no producen una unificación jurídica completa de los derechos estatales perviviendo así, incluso en sectores armonizados, problemas de ley aplicable[11].

En tercer término, en el ámbito de la contratación electrónica, como ocurre en otros sectores, surgen dificultades para compatibilizar los instrumentos de DIPr en el ámbito comunitario[12]. Estas, en el caso del perfeccionamiento del contrato electrónico internacional, se relacionan, con la distinta base jurídica de los instrumentos comunitarios que regulan un determinado sector material (Directivas) y los textos legales sobre cuestiones de DIPr (Reglamentos)[13]. Por otro lado, y pese a los esfuerzos del legislador comunitario por introducir en las normas de la UE elementos de DIPr, existe todavía una insuficiente política relacionada con esta disciplina[14].

---

[11] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., "La aplicación de las directivas comunitarias en materia de derecho privado a las situaciones transfronterizas", M. Moya Escudero; S. Sánchez Lorenzo (coords.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 179-204.

[12] Como afirma J. Basedow, puede darse el caso de determinadas disposiciones que regulen objetos similares en diferentes instrumentos de DIPr de la UE. Este hecho da lugar a la existencia de diferentes reglas o regulaciones sobre un determinado contenido, pero en la práctica su aplicación se solapa y esto puede ocasionar determinadas lagunas o inconsistencias que es preciso solventar, una vez que hayan sido identificadas (véase BASEDOW, J., "Kohärenz im Internationalen Privat-und Verfahrensrecht der Europäischen Union Eine einleitende Orientierung", *Research Paper, Max Planck Institute for Comparative and International prívate Law Research paper*, núm. 16/7, 2006, pp. 1-23).

[13]Véase DEARDS, E.; HARGREAVES, S., *European Union Law*, Textbook, Oxford, 2004, pp. 25-44.

[14]Véase BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", *RCADI,* t. 317 (2005), pp. 313-536; PUERTA DOMÍNGUEZ, E., *La Directiva comunitaria como norma aplicable en derecho*, Comares, Granada, 1999, pp. 3-93. Por otro lado, en relación con este tema está la uniformidad materialen Europa que como afirman M. Virgos y F.J., Garcimartín, es un fin bondadoso pero el egoísmo de los Estados miembros hace queno estén dispuestos a llegar hastaél. Entre otras causas se alega un argumento optimista, las bondades asociadas a la"competenciaentreordenamientos jurídicos". La diversidad permite que cadaEstado optepor las solucionesnormativas que mejor se adaptan a suscircunstancias sociales o económicas y, a su vez, ofrece unmenú a los operadoresdonde pueden escoger las normas que mejor satisfacen sus necesidadestransaccionales. Igual que es buena una diversidad de opciones en otros mercados (bienes, servicios, etc.), sería buena una diversidad deopciones en el mercadode productos normativos (Véase

En concreto, en la UE, la regulación del comercio electrónico se realiza a través de la Directiva de 8 de junio de 2000 sobre comercio electrónico (DCE)[15]. Esta norma está relacionada con el desarrollo económico y social en el espacio comunitario al garantizar la seguridad jurídica en las transacciones online. En cualquier caso, pese a su pretensión de armonización, entre las legislaciones de los Estados miembros siguen existiendo divergencias en las regulaciones internas en esta materia. Además, el momento del perfeccionamiento del contrato electrónico no se regula de forma concreta en la DCE ni en sus normas de transposición. Este hecho puede deberse, principalmente, a las diferentes concepciones que sobre el perfeccionamiento del contrato y sobre sus principales elementos (oferta y aceptación) existen en los diferentes Estados miembros, que dificulta, en gran medida, la unificación de la regulación en la materia[16].

Por el contrario, esta norma sí regula otras cuestiones, como son los deberes de información que han de cumplir los PSSI en el momento previo y posterior al perfeccionamiento del contrato electrónico y que pueden estar relacionados con sus vicisitudes[17].De un lado, esta información en el momento previo al perfeccionamiento del contrato persigue que el cliente al celebrar el contrato electrónico pueda otorgar un consentimiento libre y debidamente formado.

Por otra parte, este deber es determinante para evitar los incidentes causados por la falta de información una vez que el contrato se ha perfeccionado.En este sentido, puede afirmarse que el derecho a la información en la contratación electrónica sería un derecho de carácter instrumental necesario para asegurar la efectividad de los derechos materiales o sustantivos de la relación contractual.

VIRGOS SORIANO, M; GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *CESCO, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4/2004, pp. 4-5).

[15] *DO núm. L 178 de 17 de julio de 2000.*

[16] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional...", *loc. cit*., p. 15.

[17] Véase MESSINEO, F., *Manual de derecho civil y comercial*, tomo IV, EJEA, Buenos Aires, 1971, pp. 516 y ss. Según este autor, las vicisitudes del contrato son aquellas circunstancias y eventos que pueden influir sobre la suerte del mismo. En un primer grupo, se comprenden la invalidez en sus dos formas (nulidad y anulabilidad), la ineficacia y la rescindibilidad, que presuponen un contrato que sea, en algún modo, viciado, o no suceptible de producir efectos, por razones coetáneas a su nacimiento. En un segundo grupo, se comprenden aquellos efectos que, presupuesto un contrato válidamente constituido y eficaz, sobrevengan para alterar, de diversos modos, las relaciones entre los contratantes.

Por otro lado, relacionado también con dichas vicisitudes está el derecho de desistimiento ya que esta facultad afecta a la formación de la voluntad del destinatario de los SSI, aunque se ejercite después de la celebración de este[18]. Esta figura responde a la posibilidad de desvincularse del contrato electrónico de una forma rápida y eficaz sin tener que recurrir a otras vías generales y judiciales como pueden ser la nulidad o la anulabilidad[19]. Dicho de otro modo, en algunos casos, el consumidor, acepta los términos del contrato electrónico porque tiene la facultad de desvincularse de este, ya que en caso contrario, no aceptaría y la relación jurídica no se perfeccionaría.

Por otra parte, en los contratos electrónicos es frecuente la utilización de CGC, que han de aceptarse para que el contrato se entienda perfeccionado[20]. Estas cláusulas son redactadas por el empresario para incorporarlas en los contratos, sin posibilidad de que sus clientes puedan modificarlas o negociarlas[21]. Prevén muchos aspectos de la relación jurídica y su utilización facilita la perfección de un gran número de contratos en poco tiempo y con unos medios económicos reducidos.

Este hecho es útil para la minimización de los costes del empresario ya que permite ofrecer productos y/o servicios más baratos y agiliza el procedimiento de contratación[22]. Por este motivo, es habitual la utilización de estas cláusulas en los contratos electrónicos, y concretamente en los que se formalizan utilizando la TV. Estas CGC requieren un control de incorporación, previo al perfeccionamiento del contrato, relativo a los requisitos de accesibilidad y transparencia que deben de cumplir para ser válidas[23].

Las CGC, en la mayoría de los casos, tienen su propia regulación, en España a

[18] Véase SOSSA OLÁN, H., *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2015, p. 17.
[19] Véase PÉREZ MARÍN, M. A.,"El desistimiento en el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)", J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 45-49; RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 46-49.
[20] *Ibidem*, pp. 19-22.
[21] Véase, DI GIOVANNI, M., "Il contratto conclusso mediante compute ralla luce della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obligazioni contracttuali del 19 Giugno 1980", *Dtiritto del commerio internazionale*, 1993, p. 607.
[22] Véase GARCÍA RUBIO, M.P., "*Las condiciones generales…, loc. cit.* p. 22.
[23] Véase PAGADOR LÓPEZ, J., "La ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación", *Revista de Derecho de los Negocios*, 1997, núm. 9, 1998, pp. 1-34.

través de la LCGC, que se aplica, en principio, cuando se cumplan los requisitos espaciales del art. 3 de dicha norma[24]. Este hecho, como se analiza en el presente trabajo, puede plantear en la práctica una contradicción y/o doble reglamentación entre el régimen jurídico particular de las CGC (LCGC) y el Reglamento Roma I, en relación con la incorporación de estas cláusulas no negociadas al contrato electrónico[25].

En este contexto, y como se analiza *infra*, puede afirmarse que la cuestión del perfeccionamiento del contrato electrónico internacional consiste en el ámbito del DIPren determinar las etapas o estadios en los que se lleva a cabo y, en concreto, en indicar su régimen jurídico. Es necesario verificar qué normas resultarán aplicables a cada una de sus fases (oferta, adhesión y control de incorporación de las CGC) así como a otras cuestiones de gran importancia en este tipo de contratación como son los deberes de información y el derecho de desistimiento.

De esta forma, los litigios que se planteen en relación con el perfeccionamiento del contrato pueden ser diversos y estar relacionados con la existencia de la oferta y de la aceptación, el incumplimiento de los deberes de información previos y posteriores o el control de incorporación de algunas de las CGC, como puede ser el derecho de desistimiento, que también puede estar vinculado a otras controversias como pueden ser la falta de información y la reducción del plazo para desistir, etc.

Para poder dar una respuesta a estas cuestiones, es necesario determinar la CJI, labor que puede resultar compleja en determinados casos, debido al propio *petitum* de la demanda. En este trabajo se analizan los foros que pueden resultar más relevantes y eficientes para atribuir la competencia en las controversias relacionadas con esta fase del *iter* contractual al tiempo que se da cuenta de otros medios alternativos de resolución de disputas como son los *ODR*.

---

[24] Existen diversos comentarios de gran interés sobre este precepto, véanse, entre otros: VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.,"Artículo 3", A. Menéndez Menéndez; L. Diez-Picazo Ponce de León (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 179; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación", S. Espiau, (coord.)., *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons,Madrid, 1999, pp. 51-93.

[25] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit.*, p. 1078.

En todo caso, el presente trabajo no pretende dar una respuesta única e inequívoca sobre el momento del perfeccionamiento del contrato electrónico internacional, sino establecer algunas propuestas desde la perspectiva del DIPr sobre la regulación de esta cuestión.

CAPÍTULO PRELIMINAR

APROXIMACIÓN A LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

I.- ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. PRINCIPIOS RECTORES

1.- Elementos objetivos y subjetivos

En primer lugar, entre los elementos objetivos de la contratación electrónica está el mensaje de datos (MD). La definición se establece en la LMCE, art. 2 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*"[26].

Un MD contiene información con una declaración de voluntad que contiene la intención de quién la genera y firma y se caracteriza por ser objeto de tratamiento por medios electrónicos, ópticos o similares. Para que se trate de un MD es preciso que en este tratamiento se produzca la declaración de voluntad del emisor.[27].

El iniciador no tiene libertad para configurar el MD porque este se limita a la determinación del contenido de los huecos del MD ya que se requiere que sean completados para que el mensaje adquiera integridad. En relación con este elemento tienen especial importancia los EDI y los correos electrónicos como mensajes de datos que se utilizan en Internet[28].

---

[26] El término "información" es sustituido por el de registro electrónico o documento electrónico "electrónico record" en la *Uniform Electronic Transactions Act* (véase GABRIEL, H.D., "The New United States Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law", *Electronic CommerceRev. Dr. Unif.*, vol. 4, 2000, pp. 651.652).

[27] (véase ILLESCAS ORTIZ, R., *La contratación electrónica*…, *op. cit.*, pp. 32-40).

[28] Véase KING, C.; DALTON, C., *Security Architecture: Design, Deployment & Operations*, RSA Press, USA, 2001, pp. 102-106; SCHNEIER, B., *Secrets & Lies: Digital Security in a Networked World*, USA, Wiley, 2000, pp. 45-49.

Por una parte, el EDI es el intercambio de datos y documentos en Internet: órdenes de compra, facturas y notificaciones de cobro, en un formato estándar. Esta modalidad de MD es importante para este tipo de transacciones pero a diferencia de otros tipos de transacciones electrónicas facilita que la información estandarizada se intercambie de forma más fluida ya que este intercambio se realiza de forma automática sin tener que introducir de nuevo la información en cada operación[29].

De otro lado, otra modalidad de MD, es el correo electrónico que se trata de un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes mediante sistemas de comunicación electrónicos. Principalmente se usa este nombre para denominar al sistema que provee este servicio en Internet mediante el protocolo SMTP[30]. Este elemento también puede aplicarse a sistemas análogos que usen otros sistemas.

Para que sea posible el intercambio de correos electrónicos entre personas cada una debe tener una dirección de correo electrónico, que previamente habrá facilitado a quienes ofrecen el servicio de envío y recepción, esto es, los provedores de correo electrónico[31].

El segundo elemento objetivo en la contratación *online*, es la firma electrónica a través de la cual se atribuye origen personal y cierto a un MD. La firma digital se define en el art. 3 de la Ley, 59/2003 de 19 de diciembre de 2003, sobre firma electrónica como "*el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante*"[32.]

[29] Véase SCHNEIER, B., *Secrets & Lies: Digital Security…, op. cit.,* pp. 48-49).
[30] *Simple mail transfer protocol* o protocolo simple de transferencia de correo electrónico. Se trata de un protocolo de red basado en texto utilizado para el intercambio de mensajes de correo electrónico entre computadoras o distintos dispositivos (PDA´S, teléfonos móviles, etc.
[31] El correo electrónico fue un predecesor de Internet y fue crucial en la creación de este. En una demostración del *Massachusetts Institute of Techonology* de 1961, se permitía a varios usuarios ingresar a una IBM 7094 desde terminales remotas, y guardar archivos en el disco. Así aparecieron nuevas formas para compartir información. El correo electrónico empezó a emplearse en 1965 a través de una supercomputadora de tiempo compartido y en 1966 se había extendido rápidamente para utilizarse en las redes de computadoras. En 1971, Ray Tomlinson incorporó el uso de la arroba (@) como divisor entre el usuario de la computadora en la que se aloja el correo porque no existía la arroba (@) como divisor en ningún nombre ni apellido. En inglés la arroba se lee "at" (en) [véase GARCÍA VIDAL, A., "El acceso al comercio electrónico en Internet", Tato y Ángel Fernández-Albord (coords.), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p.102].
[32] *BOE* núm. 304 de 20 de diciembre de 2003.

Desde el punto de vista técnico, "*consiste en una secuencia de datos electrónicos (bits) que se obtienen mediante la aplicación a un mensaje determinado de un algoritmo (fórmula matemática) de cifrado asimétricos o de clave pública"*[33].

La firma electrónica tiene el mismo valor que la autógrafa para identificar a su autor. Desde el plano material, la firma digital está compuesta por una serie de caracteres que se encuentra al final del mensaje que se firma de forma digital. La firma electrónica no impide que el mensaje pueda ser leído por otras personas, ya que éste en principio, no tiene porque estar encriptado. En este sentido, ocurre igual que con la firma tradicional que puede ser vista por otras personas. Así pues, este elemento contituye un instrumento con la misma eficacia jurídica que la firma manuscrita en la mayoría de países[34].

A través de la firma digital pueden realizarse transacciones *online* entre diferentes sujetos ubicados en cualquier parte del mundo. Las funciones que ejerce son: en primer lugar, identificar y atribuir el mensaje y la información que este contiene; en segundo extremo, una función de privacidad; por último tiene una función de seguridad e integridad. En cualquier caso, existen sistemas de firma electrónica que no cumplen totalmente estas funciones. Así mismo, distintas tecnologías de firma determinan la eficacia jurídica de los documentos sobre los que se aplican. Entre estas, la más

[33] Véase PIETTE-COUDOL, T., *Échanges électroniques certification et securite*, Litec, Paris, 2000, pp. 25 y ss. El funcionamiento de este sistema puede explicarse de la siguiente manera: A es el emisor y signatario del mensaje y B es el receptor. A dispone del par de claves públicas y privadas y B dispone únicamente de la clave pública (que corresponde a la clave privada de A). Así pues, A aplica su clave privada sobre el mensaje y lo envía, con lo que el mensaje queda cifrado cuando B lo recibe, aplica la clave pública sobre el mensaje cifrado, haciéndolo legible de nuevo. Al aplicar esa clave, se pondrá de manifiesto si el mensaje ha sido alterado en lo más mínimo durante la transmisión. Si la clave pública que aplica B sobre el mensaje no se corresponde con la clave privada con la que A lo firmó, el mensaje no se abrirá. De esta forma, se sabe indubitadamente que A fue quien firmó el mensaje (así no puede negar su autoría) y que el mismo no fue leído ni alterado durante la transmisión (véase REYES KRAIT, A., *La firma electrónica y las entidades de certificación*, Porrúa, México, 2003, pp. 29-35).

[34] Además de España, multitud de países han adoptado normas reguladoras de la firma electrónica. En este trabajo destacamos las siguientes: Australia, *Electrónics Transactions Act*, 1999, (Act. núm. 162 of 1999 as amended); Canada, *Personal information Protection and electronic Documents Act* (PIPEDA), (S.C. 2000, C.5) and *Canada evidence Act* (R.S.C., 1985, C. C5); China, *Law of the people´s Republic of China on electronic Signature* (effectiva, April I, 2005); Costa Rica, *Digital Signature law*, 8454 (2005); India, *Information Techonology Act*, (ITA, 2000), Act. 20 of the *Indian Parliament* (núm. 21 of 2000) notificated on October 17; *Ireland, Electronic Commerce Act* 2000, (*ID* núm. 27 of 2000); Japan, *Law concerning electronic signatures and certification services*, (OD 24 of may 2000); Perú, Ley núm. 27269, Ley de firma y certificaciones digitales de 28 de mayo de 2000, DO núm 7279, de 28 de mayo de 2000; UK, *Electronic communications Act* 2000, (*www.legislation.gov.uk*).

[35] Véase PIETTE-COUDOL, T., *Échanges électroniques…, op. cit.,* pp. 35-38.

importante en la actualidad es la criptografía asimétrica que se basa en una infraestructura de clave pública (*ICP* o, en Inglés, *PKI*).

Ahora bien, pese a las similitudes que la firma electrónica presenta con respecto a la firma autógrafa, como indica Rafael Bonardell, entre ambas existen ciertas diferencias que conllevan tres consecuencias esenciales con respecto a la seguridad jurídica de este elemento de la contratación electrónica[35]: En primer lugar mientras que en la firma manuscrita no es necesaria una manifestación específica para adjudicar a la firma la posibilidad de representar el consentimiento a un texto escrito precedente. En el caso de la firma electrónica sí precisa de un acto de asunción por el sujeto que pretenda utilizarla. En segundo extremo, mientras que la firma manuscrita está unida a una persona, la firma electrónica puede separarse de su titular. De esta forma, es posible la apropiación por otro del mecanismo de creación de firma[36]. La tercera diferencia está vinculada a la temporalidad de la firma digital debido a la vulnerabilidad técnica y la escindibilidad entre sujeto y clave privada de firma, frente a la firma autógrafa que acompañan al sujeto al que pertenece de forma vitalicia.

En el ámbito comunitario, el Reglamento 910/2014 del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica establece una normativa para la firma electrónica en el espacio comunitario[37]. Esta norma pretende facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. A su vez mejora el marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, anteriormente creado por la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica a la que esta norma deroga.

[36] Véase BONARDELL LENZANO, R., "Bases para una reflexión sobre el valor de la firma electrónica", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 43, 2005, 133-174.
[37] *Ibidem.*

Con respecto a la regulación nacional sobre firma electrónica, la primera norma española sobre esta cuestión fue el RDL 14/1999 de 17 de septiembre sobre firma electrónica. La tramitación de esta norma se realizó con anterioridad a la aprobación de la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica. De esta forma, la transposición de esta normativa comunitaria al ordenamiento español se produjo *ex ante* aunque el Gobierno español se comprometió a tramitar la norma como Proyecto de Ley. En cualquier caso, esta iniciativa decayó al expirar el mandato de las Cámaras en marzo de 2000, y en diciembre de 2001 se elaboró el borrador del anteproyecto de Ley de firma electrónica.

De esta forma, se promulga la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de 2003, cuyo objetivo es principalmente modificar las cuestiones deficientes del Real Decreto-ley de 1999, adaptarse al marco legislativo de la Directiva comunitaria e introducir novedosos instrumentos, como el DNI electrónico. Según algunos autores, esta es la forma en la que debería haberse regulado esta cuestión desde el principio, evitando las diferencias con la norma comunitaria y los defectos producidos por la ausencia de debate parlamentario[38].

Asimismo, esta norma regula la validez de la firma electrónica y los requisitos que deben cumplir los prestadores de servicios de certificación. Otras normas relacionadas con la firma electrónica en España, que interesa destacar son: En primer lugar, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos[39].

Tiene como principal objetivo el desarrollo de una administración moderna, centrada en ofrecer un servicio lo más eficaz posible al ciudadano utilizando las tecnologías de la información. El impacto principal radica en el hecho de que transforma de facultativa en obligatoria la adopción de instrumentos para el desarrollo de la administración electrónica.

En segundo extremo, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, surge con el propósito de estimular la sociedad digital[40]. Para cumplir este objetivo, establece distintas medidas relacionadas con sectores

[38] *BOE* núm. 304 de 20 de diciembre de 2003.
[39] *BOE* núm. 150 de 23 de junio de 2007.
[40] *BOE* núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

importantes en la actividad económica, como son: servicios de comunicaciones electrónicas a consumidores, en los términos definidos en la Ley 32/2003 de 3 de noviembre de Telecomunicaciones[41]; servicios financieros destinados a consumidores; servicios de suministro de agua a consumidores; servicios de suministro de gas al por menor; servicios de suministro eléctrico a consumidores finales; servicios de agencia de viajes; servicios de transporte de viajeros por carretera, ferrocarril, por vía marítima, o por vía aérea y actividades de comercio al por menor.

De otro lado, destaca la orden de Hacienda para el uso de la firma electrónica en las relaciones tributarias, de 12 de mayo de 2003[42]. Esta Orden establece normas sobre el uso de la firma electrónica en las relaciones tributarias por medios electrónicos, informáticos y telemáticos con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. De forma similar la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluye en su articulado el régimen de incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva. En concreto, el art. 109 de esta norma establece el régimen especial de la firma electrónica de Notarios y Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles regulando los requisitos que la firma avanzada exige para las operaciones realizadas por estos profesionales[43].

En tercer término, los sistemas de información como elemento objetivo de la contratación electrónica: generan, envian, reciben, archivan o procesan mensajes de datos. Según el art. 4.1 b) de la Directiva 2016/1148 de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión se define a los sistemas de información como *"(...) todo dispositivo o grupo de dispositivos interconectados o relacionados entre sí en el que uno o varios de ellos realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos digitales (...)"*[44].

[41] En la norma aparecen referencias a estos términos entre otros en los siguientes preceptos: arts. 11,12,18,26,27,28,29,33,34,37,39, D.A. 5ª , 7ª y en el Anexo II.
[42] *BOE* núm. 116 de 15 de mayo de 2003.
[43] *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2001.
[44] *DO* núm. L 194/13 de 19 de julio de 2016.

Las actividades que realiza un sistema de información son básicamente cuatro: en primer lugar, *entrada de información*, a través de este procedimiento el sistema de información recopila los datos que necesita para procesarlos. Las entradas pueden ser manuales, cuando el usuario las proporciona directamente o automáticas cuando proceden de otros sistemas o módulos. Las unidades habituales de entrada de datos a los ordenadores, son: los puertos USB, las unidades de CD, los códigos de barras, los escáneres, los altavoces, los monitores sensibles al tacto, el teclado y el ratón, etc.[45].

En segundo extremo, los sistemas de información también se utilizan para almacenar información en archivos y para efectuar cálculos de acuerdo con una secuencia de operaciones preestablecida.

Por otro lado, el agente electrónico o programa también es considerado otro elemento objetivo en la contratación electrónica. Un ordenador está formado por un conjunto de mecanismos compuestos de material físico e intelectual. De esta forma, el *hardware* es un término genérico utilizado para designar a todos los elementos físicos que lo componen, es decir, gabinete, monitor, *mother board*, memoria RAM, etc. En tanto, el *software* es todo aquello que le proporciona a la computadora las instrucciones necesarias para realizar una determinada función. Entre ellos destacan el sistema operativo, juegos, controladores de dispositivos, etc[46].

Por otro lado, el agente electrónico es una aplicación de un programa informático que al ejecutarse hace que el ordenador responda de forma automática[47]. Las características de un agente electrónico son que no se utilizan para una sóla tarea sino que ellos mismos se activan; pueden estar en un servidor en estado de espera, preservando el contexto; pueden hacer que se ejecute un estado en un servidor sobre condiciones de

[45] Véase GROTH, D; SKANDIER, T., *Guía del estudio de redes,* Sybex, Madrid, 2005, pp. 56.64.

[46] El software puede ser software de base (system software) destinado a la memoria permanente del ordenador y el software de aplicación (application software) que permite la utilización del ordenador para trabajos concretos satisfaciendo la exigencia del empleador, pueden ser de aplicación común, diseñados para su utilización por un gran número de usuarios y de aplicación específica orientado a una aplicación concreta y a un usuario o grupo previamente definido (véase GALGANO, F., "*Lex mercatoria*, shopping del Derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 247, 2003, pp. 7-20; GAMELLA M., *La tecnología del software. Temática y situación en España*, Fundesco, Madrid, 1985, p. 15).

[47] Véase CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005, p. 132.

inicio; no requieren acción de los usuarios; pueden invocar otras tareas incluyendo comunicación[48].

Por último, las redes de transmisión de datos son dispositivos electrónicos que los contratantes utilizan para comunicarse y a través de los cuales manifiestan sus declaraciones de voluntad. A través de estos elementos se produce la perfección electrónica del contrato, en los sitios web activos, como se analizará *infra*. En la LGT se distingue entre red de telecomunicaciones (telefónica, Internet,…); red pública (directorio bibliotecario, por ejemplo), o red privada (Intranet). En la actualidad, las redes públicas están perdiendo importancia y se han sustituido por Internet.

A su vez, estas redes pueden ser de ámbito local (LAN) o de ámbito global (WAN)[49]. Las redes LAN son sistemas de interconexión entre ordenadores, situados a una distancia relativamente próxima, a través de los que se comparten información y recursos[50]. En cambio, las redes WAN, comprenden varias ubicaciones físicas, que provee de servicio a una zona, a un país o a varios continentes, estaría dentro de esta tipología una red que una varias redes locales, no estando sus miembros en una misma ubicación física[51]. Ha de indicarse en todo caso que, actualmente Internet proporciona conexiones de alta velocidad, de forma que un alto porcentaje de las redes WAN se fundan en ese medio, por lo que la necesidad de redes privadas WAN es reducida[52].

De otro lado, con respecto a los elementos subjetivos de la contratación electrónica, tienen gran importancia en este estudio ya que la ley aplicable y los Tribunales competentes podrán variar según las partes que intervengan en los contratos electrónicos. Debe mencionarse, en primer lugar, a los PSSI que la normativa comunitaria

[48] Véase POULLET, Y., *Le contra test conclus par des agents électroniques comerse électronique le temps de certitude*, Cahiers du Centre de recherches, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 132.
[49] *Ibidem*.
[50] Véase MORENO, P. C.; SANTOS GONZÁLEZ, J. C., *Sistemas informáticos y redes locales*, RA-MA, Madrid, pp. 152-161.
[51] Véase TANENBAUM ANDREW, S., *Redes de computadoras*, Pearson Educación, México, 2003, pp. 76-83.
[52] Véase SANTOS GONZÁLEZ, M., *Sistemas telemáticos*, CFGS, RA-MA, Madrid, 2007, pp. 26-33.

y nacional define como "*la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información"*[53].

El concepto de PSSI comprende a las físicas y jurídicas, cuya actividad económica desarrollada por cuenta propia tenga por objeto los SSI. De esta forma ha de delimitarse previamente el SSI es: "*Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, comprendiéndose en tal noción todos los servicios no remunerados por sus destinatarios en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de los mismos*"[54].

Se consideran PSSI, conforme a la LSSICE: "*Los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda, cualquier sujeto que disponga de un sitio en Internet"*.

Como se analizará en este trabajo, el PSSI tiene diversas obligaciones relativas a la información que ha de proporcionarse al destinatario de los SSI con carácter previo y posterior al momento de formación del contrato (art 10 y 11 DCE; 27 y 28 LSSICE). En este sentido este sujeto cobra una especial relevancia porque en torno a él confluye el cumplimiento de estos requisitos que incidirán en el perfeccionamiento del contrato electrónico[55].

En segundo extremo, el destinatario de los SSI es quien con el objetivo de obtener un SSI, accede a Internet[56]. Este sujeto podrá ser consumidor si actúa de forma independiente a su actividad profesional y siendo su contratante un comerciante o profesional si lo hace en el ámbito de su actividad profesional[57]. De esta forma un

[53] Dicha definición se recoge en el art. 2 b) de la DCE y en el apartado c) del anexo de la LSSICE.
[54] Definición recogida en el Anexo de la LSSICE. Este concepto es el utilizado por el legislador comunitario cuando define como destinatario del servicio *a cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente para buscar información o hacerla accesible* [art. 2 d) DCE].
[55] Existe diversa jurisprudencia relacionada con las obligaciones de los PSSI en la UE, destaca la Resolución alemana relacionada con la conocida página de subastas *Ebay*, Urteil von de 14 de febrero de 2008 (Az.: 2 HK o 175/07). Se trata de un caso de prestación de servicios a través de la página web de "*Ebay*", en la que el Tribunal concluye que los PSSI, deben cumplir sus obligaciones con la debida diligencia para prestar un adecuado servicio.
[56] Véase CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes…*, *op cit.*, pp. 93-149.
[57] Véase BERNADEU, L.; PACÍFICO M., "Internet et le ledroit…", *loc. cit*., pp. 32 y ss.; MORO ALMARAZ, Mª. J., "Servicios de la Sociedad de la Información y Sujetos Intervinientes", AAVV,

consumidor siempre será un destinario de un SSI pero un destinatario de un SSI podrá ser un consumidor pero también un profesional[58]. Este hecho en la práctica es de suma importancia ya que la reglamentación del perfeccionamiento del contrato varía en un caso u otro.

En otro orden de cosas, "*los destinarios de un SSI tienen derecho de acceso a la información del PSSI por medios electrónicos de forma permanente fácil y gratuita"* en los términos establecidos en los arts. 5 de la DCE y 10 de la LSSICE.

En tercer término, la DCE reconoce la condición de "consumidor" a la *"persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión"*. La LSSICE, considera que son consumidores las personas físicas o jurídicas en los términos establecidos en el artículo 1 dela LGDCU (*"las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden"*).

Por tanto, la definición de la LSSICE incluye en este concepto al usuario que adquiere bienes o servicios en el tráfico de su empresa, siempre que tales adquisiciones no se relacionen con el tráfico peculiar de las mismas[59].

Consumidores y Comercio Electrónico, Colex, Madrid, 2004, p. 133; CIACCI, G., *La firma digital, SoleMilán, Milán,* p. 200.

[58] Sin embargo, C. Vattier, parece interpretar que ninguna diferencia existe entre destinatario del servicio y consumidor y por lo tanto que el régimen de protección de éstos es extensible a aquéllos (véase VATTIER FUENZALIDA, C., "Responsabilidad Contractual y Extracontractual en el Comercio Electrónico", AAVV, *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002, p. 1185).

[59] Como señala S. Camacho Clavijo: esta inclusión en la definición de usuario de los SSI ocasiona inconvenientes en la interpretación de algunos artículos de la LSSICE, ya que debido a la ampliación del concepto de "consumidor" que preceptúa la norma española quedan incluidas personas no comprendidas en la definición de la DCE. Por ejemplo cuando la DCE permite al legislador español restringir el principio de libre prestación de servicios en materia de protección de consumidores. En este sentido, el art. 3.4 de la DCE establece que: *"Los Estados miembros podrán tomar medidas que constituyen excepciones al apartado 2 respecto de un determinado servicio de la sociedad de la información si se cumplen las condiciones siguientes: a) las medidas deberán ser necesarias por uno de los motivos siguientes: orden público (…), protección de la salud pública, seguridad pública incluidas la salvaguarda de la seguridad y defensa nacionales, protección de los consumidores, incluidos los inversores"* (Véase CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes…op. cit*., p. 134).

Por lo tanto, se aplica el concepto de "consumidor" que recoge la DCE que se limita a las personas físicas que actúan con un objetivo ajeno a su actividad profesional. Como se analizará *infra*, el concepto de consumidor establecido en la LSSICE no se sustituirá por la definición que aparece en la DCE, en todos los casos ya que la protección que la norma comunitaria otorga a los consumidores es de mínimos por lo que puede verse ampliada por la transposición que los Estados miembros hayan hecho de esta norma en el plano nacional.

2.- Principios rectores de la contratación electrónica

En primer lugar, uno de los principios que con más importancia incide en la regulación de la contratación electrónica es el principio de equivalencia funcional. Mediante este principio se atribuye eficacia jurídica a los actos formalizados por vía electrónica de manera que los mensajes y firmas electrónicas, tienen la misma relevancia que los instrumentos escritos[60].

La equivalencia funcional, trata de equiparar la contratación electrónica a la contratación realizada por medios tradicionales. En este sentido, tienen la misma eficacia jurídica los mensajes de datos electrónicos y las declaraciones de voluntad expresadas de manera escrita o tradicional[61].

Para que este principio opere con respecto a la contratación electrónica es necesario que esta se desarrolle con la seguridad y confianza jurídica requerida por la sociedad. De esta forma es preciso que se propongan garantías como en el caso de la contratación *of line* aunque en la contratación electrónica se verán reforzadas en determinados ámbitos como es el caso de la información proporcionada al destinatario de los SSI.

En relación con este principio, la LMCE, dispone en su art. 5, que: *"No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos"* Por su parte este principio también se materializó en

[60] Véase ILLESCAS ORTIZ, R., "La equivalencia funcional como principio básico del Derecho de la contratación electrónica", *Revista Aranzadi de Nuevas Teconologías*, núm. 1, 2003, pp. 19-31.
[61] Véase GILLIES L.E., *Electronic Commerce and Private Law… op. cit.,* pp. 17-18.

el art. 23 de la LSSICE: "*Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial*".

En segundo extremo, el principio de neutralidad tecnológica, guarda una estrecha relación con el anterior y establece que las normas jurídicas que regulen determinadas relaciones jurídicas tradicionales, deben ser neutrales para poder adaptarse a las mismas relaciones que se desarrollen por vía electrónica. Si no se cumple este objetivo de neutralidad, las regulaciones pueden tener un efecto negativo en el desarrollo de las tecnologías como medio para formalizar relaciones contractuales, esto es, las técnicas que no estén reguladas no podrían utilizarse con este fin.

El objetivo de este principio es poder regular tanto las tecnologías existentes en el momento de su promulgación como las que surjan en el futuro sin que tengan que modificarse continuamente para adaptarse a las novedades tecnológicas que con frecuencia surgen[62].

La legislación de CE es aplicable con independencia de la tecnología que se emplee para la comunicación y transmisión de la información, aunque este principio se vé alterado en ocasiones porque esta regulación en algunos casos está vinculada con una tecnología concreta, como ocurre en el caso de la FE[63].

En tercer término, el principio de inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos privados establece la necesidad de adaptar la normativa existente a la contratación electrónica, sin tener que alterar el Derecho que sería aplicable si estas

[62] En relación con este principio, véase la LMCE, epígrafe 8 de la guía para su incorporación al derecho interno y DELFINI, F., *Il comercio elettonico*, EGEA, Milán, 1999. p. 33.
[63] Véase entre otras las opiniones de los siguientes autores en estas obras: MADRID PARRA, A., "Aspectos Jurídicos de la identificación en el comercio electrónico", AAVV, *Derecho del Comercio Electrónico*, La Ley, Madrid, 2001, p. 203; GUISADO MORENO, A: "El Comercio electrónico y su disciplina ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", *Revista de Derecho de los negocios,* núm.145, octubre 2002, p. 43.

operaciones se realizaran fuera del entorno virtual. Una expresión de este principio, es la buena fe contractual que se erige como principio básico en la interpretación y ejecución de contratos de compraventa internacional, y constituye un fundamento esencial del régimen jurídico vinculado al intercambio de bienes y servicios.

En el caso de la contratación electrónica este principio está recogido en la DA 4ª de la LSSICE[64]. En estos contratos cobra aún más relevancia ya que en la mayoría de los casos las partes operan desde diferentes lugares geográficos, no se conocen y no es posible verificar de forma física los bienes que se están adquiriendo[65].

También es una manifestación de la inalteración del Derecho preexistente el principio de confianza mutuo que se establece, entre otras normas en el art. 1.1 de los PU: *"las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido"*, y en el art. 4.1 de la LMCE[66].

Debe mencionarse que los principios de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica e inalteración del Derecho preexistente están recogidos en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil de 30 de mayo de 2014[67]. Junto a una regulación general de la contratación electrónica esta norma recoge una novedad por la que se incluyen los contratos de servicios mercantiles dentro del "*mundo electrónico*", como aportación fundamental sobre esta cuestión. Esto es, el Anteproyecto establece en su artículado diversas normas relacionadas con contratos específicos para el ámbito electrónico[68].

Por último, el principio de regulación mínima establece que puede resultar contraproducente una regulación excesiva de la contratación electrónica, ya que este

[64] La DA 4ª de la LSSICE se refiere precisamente a la modificación operada por esta norma del art. 1262 del Cc y del art. 54 del CCom. Ambos preceptos, con esta nueva regulación, hacen alusión al principio de buena fe contractual.
[65] Véase CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes…op. cit.*, p. 54.
[66] Véase UNCETA LABORDA, M., *Los prinicpios de Unidroit. Nuevo instrumento del Derecho del Comercio internacional*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2004, pp. 45-47.
[67] Anteproyecto de Ley sometido a Dictamen del Consejo de Estado por orden de 31 de julio de 2014, núm. expediente 837/2014 (fecha de aprobación de 29 de enero 2015).
[68] En el artículado del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil se hace alusión en múltiples ocasiones a "los medios electrónicos", a continuación se citan sólo algunos ejemplos: Los arts. 212-217 regulan las "*comunicaciones por medios electrónicos*"; los arts. 231-259 establecen los requisitos para la convocatoria de la Junta General y la posibilidad de utilizar "*medios electrónicos*". Del mismo modo, la Subsección 6ª está relacionada con la adopción de acuerdos por escrito o por "*medios electrónicos*" (arts 231-273).

hecho puede ir en detrimento del buen funcionamiento de nuevas tecnologías que aparecen y cambian con cierta frecuencia. Un exceso de regulación en este ámbito puede ocasionar que las normas sean un impedimento para el correcto desarrollo del CE.

En relación con este principio existen diferentes posturas doctrinales. Por un lado, un sector que lo defiende, empresas dedicadas al CE, que apoyan una autorregulación exclusiva en este tipo de comercio. Un ejemplo es el *Global Business Dialogue on Electronic Commerce*, (foro mundial de estas empresas). De otro lado, un sector más moderado reconoce que es necesario evitar los obstáculos pero aceptando que es más conveniente una regulación global que diferentes regulaciones locales que estén desconectadas.

Por último, los que se oponen a este principio defiende que el Derecho facilita el CE, al crear condiciones eficaces y proporciona la seguridad jurídica necesaria en este medio, aunque sin emplear una excesiva regulación de acuerdo a los principios enunciados[69].

II. SITIOS WEB ACTIVOS Y PASIVOS. LA TIENDA VIRTUAL

1.- Diferencia en los procesos contractuales por vía electrónica en sitios web activos y pasivos

Un sitio web (*website*) es una colección de páginas web relacionadas y comunes a un dominio de Internet o sub-dominio en la World Wide Web (WWW). Existen diferentes tipos de sitios web dependiendo: en primer lugar, de su audiencia. De esta forma pueden crearse: sitios web públicos, dirigidos al público, en general, sin restricciones de acceso, o **s**itios limitados por el perfil de usuarios, que pueden acceder, Esto es, sitios cuyo acceso está restringido a una empresa u organización, que normalmente funcionan dentro de redes privadas.

En segundo extremo, en función de su dinamismo, pueden distinguirse: sitios web activos en los que el usuario puede modificar el contenido del sitio, que variará en función

[69] Véase TERCEIRO, J.B.; MATIAS, G., *Digitalismo. El nuevo horizonte Digitalismo, El nuevo horizonte sociocultural,* Taurus, Madrid, 2001, pp. 23 y ss.

de cada usuario y de sus objetivos. Normalmente, los sitios se generan cuando el usuario los solicita, personalizando la información que se le ofrece. Es decir, el usuario de estos sitios web puede interactuar, comprar productos y servicios, a través de una TV. Dentro de esta clasificación se encuentran también los sitios web pasivos, en los que los usuarios no pueden variar ni añadir nada al sitio, al encargarse de sus contenidos sus diseñadores de forma exclusiva. En este tipo de sitios web, normalmente sólo se encuentra información, o/y publicidad sobre una persona física o jurídica, sin que el usuario pueda comprar ni vender ningún producto o servicio, es decir no disponen de TV[70].

De acuerdo con lo expuesto, existen dos tipos de *websites*, aquéllas en las que sólo se da información, *banners*, etc (*websites* pasivas) y aquéllas, que también se denominan "centros comerciales virtuales" o *market place*, es decir *websites* activas[71].

En las primeras, la empresa da información sobre sus productos, marcas y precios, y en las segundas, pueden hacerse pedidos *on-line*, disponen de TV, de Intranet/extranet, acceso restringido a clientes, información del sistema de seguridad, etc. Por tanto, junto a la información sobre la entidad y los productos, se permite desarrollar la actividad comercial *on line*. Esto es, se trata de una *web* operativa para hacer la transacción, que precisa de un servicio externo especializado en hacerla. Sus características principales son: el gran número de posibilidades en su diseño y desarrollo. Además de la realización de compras a través de su TV, este tipo de sitios permiten un gran número de funcionalidades, tales como bases de datos, foros, contenido dinámico, etc.

Sin embargo, las *websites* pasivas se presentan sin movimiento y sin funcionalidades más allá de los enlaces, se construyen con el lenguaje HTML[72].

[70] Véase JABUREK, W.J.; WÖLFL, N., *Cyber-Recht*, Ueberreuter, Viena-Frankfurt 1997, pp. 15-36.
[71] Véase GÓMEZ VALENZUELA, E., "The development of contract…, *loc. cit*, pp. 124-129.
[72] Véase FONT, A., *Seguridad y certificación en el comercio electrónico*, Fundación Auna, Madrid, 2000, pp. 67-79.

Son muy sencillas de crear, aunque ofrecen pocas ventajas tanto a los desarrolladores como a los visitantes, ya que sólo se pueden presentar textos planos acompañados de imágenes y contenidos multimedia, como pueden ser videos o sonidos[73].

En cambio, en el caso de las *webistes* dinámicas o activas se incluyen efectos especiales o funcionalidades y, para ello, es necesario utilizar otros lenguajes de programación, aparte del simple HTML. De esta manera, estos sitios web son más complejos y versátiles. Sus principales características son ausencia de movimiento y funcionalidades, absoluta opacidad a los deseos o búsquedas del visitante a la página y están realizadas en lenguaje XHTML o HTML[74].

Para cambiar los contenidos del sitio es imprescindible acceder al servidor donde está alojado. De otro lado, el usuario no tiene ninguna posibilidad de seleccionar, ordenar o modificar los contenidos o el diseño de la *websites* y el proceso de actualización es lento, tedioso y esencialmente manual. No se pueden utilizar funcionalidades, tales como bases de datos, foros, TV, etc.

En relación con esta cuestón debe mencionarse en la actualidad el auge de la Web 2.0 que se trata de una evolución de las *websites* en la que los usuarios dejan de ser usuarios pasivos para convertirse en usuarios activos, que participan y contribuyen en el contenido de la red siendo capaces de crear, dar soporte, y formar parte de una sociedad y/o comunidades tanto a nivel local como global; que se informan, comunican y generan conocimiento y contenido[75].

La Web 2.0 se refiere al fenómeno social surgido a partir del desarrollo de diversas aplicaciones en Internet. El término establece una distinción entre la primera época de las *websites* (donde el usuario era básicamente un sujeto pasivo que recibía la información o la publicaba, sin que existieran demasiadas posibilidades para que se generara la

[73] Véase VAZQUEZ, C., *Comercio electrónico, firma electrónica y servidores: comentarios y anexo legislativo*, Dijusa, Madrid, 2002, pp. 30-37.
[74] Véase WARWICK, F. & BAUM, M.S., *Secure electronic commerce, Bulding the infrastructure for digital signatures & encryption*, Prentice hall, Madrid, 1997, pp. 45 y ss.
[75] Véase ANDERSON, P., "What´s web 2.0?" *JISC, Technology and Standars watch*, febrero, 2007, pp. 26-39.

interacción) y la segunda estaba relacionada con la revolución que supuso el auge de los blogs, las redes sociales y otras herramientas relacionadas[76].

Los teóricos de la aproximación a la Web 2.0 piensan que el uso de la web está orientado a la interacción y redes sociales, que pueden servir contenido que explota los efectos de las redes, creando o no webs interactivas y visuales. Es decir, los sitios Web 2.0 actúan más como puntos de encuentro o webs dependientes de usuarios, que como webs tradicionales.

En tercer término, dependiendo de su apertura, puede hacerse una distinción entre: sitios con estructura abierta, en las que todos los documentos disponen de su dirección y los usuarios pueden acceder a cualquier punto de la *website*; y sitios con estructura cerrada, que limitan el acceso a unos pocos puntos de entrada (incluso a uno sólo). También hay sitios con estructura semi-cerrada. En tal caso, se trata de una combinación de las dos modalidades anteriores, esto es, obliga a los usuarios a acceder por unos puntos específicos[77].

Por último, según los objetivos que se persigan con la creación de la *website* pueden encontrarse sitios comerciales, que se crean para promocionar los negocios con una clara finalidad económica. Su audiencia puede estar formada por clientes, inversores, empleados e, incluso, la competencia y los medios de comunicación. De otro lado, los sitios informativos tienen como finalidad principal distribuir información. La clasificación de este tipo de sitios depende del tipo de información que distribuyen.

En este sentido, puede tratarse de información relativa a cuestiones de ocio, en este caso estas *websites* no serán fáciles de crear ni de mantener y, a veces, seguirán reglas propias; ya que será más importante sorprender al usuario con innovaciones que mantener la consistencia y la estructura. De otro lado, si la información que pretende distribuir el sitio web está relacionada con la navegación, la finalidad principal será ayudar al usuario a encontrar lo que busca en Internet, en este grupo se sitúan los portales que comprenden prácticamente todo dentro del mismo grupo. Por último, pueden encontrarse *websites*

[76] Véase KAMEL BOULOS, M.N.; WHEELER, S., "The emerging web 2.0 social software", AAVV, *El professional de la información*, BMC Med, Lontres, 2007, pp. 95-106.
[77] Véase RIBAS ALEJANDRO, J, *Aspectos jurídicos…op. cit.,* pp. 45-47.

personales, que al igual que los anteriores, son un medio de expresión de su creador o creadores[78].

2. Sitios web activos y contratación electrónica

Una de las formas en las que en la actualidad se produce un gran número de contratos electrónicos es a través de sitios web activos, esto es, presionando en el icono de la computadora ("*ok*", "*aceptar*", etc) de que se trate.

Por este motivo resulta necesario estudiar el momento en el que se producen las manifestaciones de la voluntad (oferta y aceptación) de las partes contratantes, cuestión esta en la que se centra el presente trabajo desde la persepctiva del DIPr. El principio de la autonomía de la voluntad sigue siendo la base de todo acuerdo, lo que se modifica por los avances tecnológicos son las formas de manifestación de la oferta y de la aceptación[79]. La problemática surge en vista al grado de seguridad que brindan dichos recursos y la aceptación jurídica de los mismos ante un supuesto de incumplimiento contractual.

De esta manera, la voluntad de las partes de celebrar un contrato expresada a través de la aceptación de una oferta previamente realizada por un PSSI supondrá el perfeccionamiento del contrato electrónico. Esta cuestión a *priori* simple se puede tornar algo más compleja en la contratación electrónica. Es el caso de la aceptación de una oferta que se realiza a través de un sitio web, en el que además, en la mayoría de los casos hay que aceptar unas CGC para que se produzca el nacimiento de la relación jurídica.

Este trabajo se centra en las transacciones realizadas a través de sitios web activos que disponen de TV. En estos casos, se pone a disposición de los clientes a través del sitio web una seríe de información sobre los productos y servicios que se ofrecen, relacionada con imágenes sobre estos, se pueden leer sus especificaciones, y finalmente, adquirirlos. Este servicio otorga rapidez a la transacción en la compra, la posibilidad de hacerlo desde cualquier lugar del mundo y a cualquier hora del día.

---

[78] Véase MARTÍNEZ NADAL, A., *Comercio electrónico, Firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 45-48.

[79] Véase LAMBERT, J., "Formación de los contratos: comunicación de la oferta y la aceptación. La postura de la *Common Law* (derecho consuetudinario)", AAVV, *La validez de los contratos internacionales negociados por medios*, Editorial Universitaria, Madrid, 1989, pp. 48 y ss.

El pago de estos productos se realiza mediante tarjeta de crédito y el envío al cliente se efectúa por correo o agencia de transporte, aunque según el país y la TV puede haber otras opciones, como *Paypal*[80]. También suelen ofrecerse métodos de pago alternativos como la transferencia bancaria o el pago contra reembolso, este último suele llevar asociada una comisión en la mayor parte de las tiendas en línea que lo ofrecen. Por otro lado, debe indicarse que la mayoría de TV requiere la creación de un usuario en el sitio web a partir de datos como nombre, dirección y correo electrónico.

Debe indicarse que además de los medios tradicionales mencionados cada vez existen más formas virtuales de pago que de forma alternativa se utilzan en el entorno digital. Es el caso de lal *bitcoin* o moneda virtual y la tecnología *blockchain*, que significa cadena de bloques y que está relacionada con la primera[81].

En el caso del *bitcoin*, se trata de una moneda que como las habituales (euro, dólar, etc.) se utiliza para el intercambio de bienes y servicios. Su diferencia principal radica en su eficiencia, facilidad de intercambio y seguridad. Además esta divisa electrónica carece de emisores centrales. La tecnología *blockchaim* permite la transferencia de datos digitales con una codificación muy novedosa y de una forma segura. Se trata de una especie de libro de asientos contables donde figuran las entradas y salidas de dinero, por esta razón se dice que es un libro de acontecimientos digitales. Además otra gran diferencia es que para realizar estas transferencias no es necesario un intermediario.

3.- Proceso contractual de las subastas en línea

Los procesos contractuales de subastas en Internet se desarrollan a través de una plataforma que tiene varios objetivos: en primer lugar, someter a la puja de los potenciales compradores el producto que el vendedor pretende comercializar, a un precio mínimo y

[80] *PayPal* permite a las empresas o consumidores que dispongan de correo electrónico enviar y recibir pagos en Internet de forma segura, cómoda y rentable. La red de *PayPal* se basa en la infraestructura financiera existente de cuentas bancarias y tarjetas de crédito para crear una solución global de pago en tiempo real (*www.paypal.com/españa*) .

[81] La descripción expuesta se ha obtenido mediante la consulta de distintas páginas webs, como son: *www.academy.bit2me.com* y *www.inovation-hub.com*, así como de la obra: TAPSCOOTT, T., TAPSCOOT, A., *La revolución blockchaim*, Deusto, Madrid, 2017, pp. 32-41.

durante un lapso de tiempo determinado. En segundo extremo, asignar al comprador que haya realizado la puja más elevada el citado bien subastado cuando se trate de la modalidad de subasta "inglesa", o "ascendente", que es la más habitual en la práctica[82]. La puja se realiza a través del "clic de ratón" sobre un producto a un precio determinado.

En tercer término, el último de los pasos relacionados con las subastas en línea consiste en notificar al vendedor y al comprador para que, una vez realizada la transacción se pongan en contacto y se produzca la entrega del bien y el pago del precio respectivamente[83].

Resulta de interés destacar que la jurisprudencia alemana se ha pronunciado sobre las diferencias existentes entre las subastas tradicionales y las que se llevan a cabo por medios electrónicos. En este sentido, consideran que éstas últimas no son subastas propiamente dichas sino que se tratan de "ventas al mejor postor" que se efectúan por vía electrónica. Además según afirman los Tribunales alemanes, las subastas por Internet no están sujetas a las limitaciones físicas de espacio y de tiempo sino que éstas crean su propio plazo de duración durante el cual las personas interesadas pueden efectuar sus ofertas.

La mayor parte de las subastas que se realizan a través de Internet se organizan por terceros intermediarios que son los que prestan este SSI a través de las plataformas indicadas[84].

Es frecuente que la plataforma otorgue al comprador la opción de adquirir con mucha celeridad el bien en el que esté interesado, al precio indicado por el vendedor. Si algún comprador se decide por alguno de los productos ofertados, la subasta no comenzará o se interrumpirá en ese momento, al coincidir las condiciones ideales para el vendedor con las pretensiones del comprador. La plataforma suele tener una comisión sobre el precio de la operación que normalmente paga el vendedor.

---

[82] Véase GARCÍA MEXIA, P., *Derecho Europeo de Internet, hacia la autonomía económica y la globalidad geográfica*, Netbiblo, La Coruña, 2009, pp. 39-45.
[83] Véase ASENSI MERÁS, A., *Régimen jurídico de las subastas: las subastas electrónicas en particular*, Alicante, Universidad de Alicante, Enero, 2012, pp. 163 y ss.
[84] Véase GARCÍA MEXIA, P., *Derecho Europeo de Internet…, op. cit.,* pp. 41-45.

Pese a su particular funcionamiento, y cuando el comprador es consumidor, las plataformas electrónicas de subastas se asimilan jurídicamente a la contratación electrónica estándar. La diferencia consiste en que en este supuesto la plataforma, en lugar de estar alojada en el servidor del vendedor lo está en el servidor de la empresa de subastas. Esta diferencia no es tan importante jurídicamente, ya que al comprador se le facilita el acuse de recibo de su puja, como en las plataformas estándares, ya que en las subastas el número de compradores potenciales del producto será indeterminado y será necesario tal justificante para el comprador que resulte ganador de la puja[85].

Por tanto en estos casos, también han de cumplirse los requisitos de información posterior (acuse de recibo) establecidos en el art. 11 de la DCE. La protección de este precepto se basa en las distintas situaciones que pueden darse: en primer lugar que la subasta no comience o se interrumpa, en segundo extremo, si comienza los posibles adquirentes serán indeterminados en número por lo que han de tutelarse los intereses de todos ellos, mediante el mecanismo de protección que establece este precepto[86].

III.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y DIFERENCIACIÓN DE FIGURAS AFINES. BREVE PERSPECTIVA COMPARADA

1.- Delimitación del objeto de estudio. La noción de perfeccionamiento

A) En los ordenamiento internos

El objeto de estudio es el perfeccionamiento del contrato electrónico internacional, que presenta particularidades debido a la propia naturaleza del medio en el que se formalizan estas relaciones jurídicas. Además, estos contratos tienen la especialidad de que, en muchas ocasiones, operan con CGC que es preciso conocer y aceptar para que el contrato se perfeccione.

[85] Véase CORONIL JONSSON, A., PAMPILLON OLMEDO, R., "La iniciativa e-Europa: Una sociedad de la información para todos", J., Cremades, M.A., Fernández Ordoñez, R. Illescas (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, pp. 129-150.
[86] Véase GÓMEZ VALENZUELA, E., "Páginas web activas y pasivas…", *loc. cit*, pp.27-35.

El proceso formativo en la contratación electrónica suele coincidir con otro tipo de relaciones que nacen *ofline*. Por este motivo, es de interés analizar las distintas fases de celebración del contrato que están relacionados con conceptos tales como formación, nacimiento, conclusión, momento perfectivo, entre otros.

Según la doctrina mayoritaria en la vida del contrato se distinguen tres fases: En primer lugar, la generación, que comprende los tratos preliminares y el proceso interno de formación del contrato. En segundo extremo, la perfección que se determina por la concurrencia de voluntades de las partes y constituye por tanto el nacimiento del contrato a la vida jurídica. Por último, la consumación que se refiere al cumplimiento del fin para el que se constituyó el contrato o, lo que es igual, la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del mismo[87].

Para Diez-Picazo, más que distinguir en el *iter* contractual tres etapas, hay tan sólo dos que están separadas por un momento: el perfeccionamiento. La fase anterior a la celebración del contrato sería la de preparación o generación y la fase posterior sería la fase de consumación o ejecución[88].

Según el profesor Castán Tobeñas, la fase de generación "*comprende los tratos preliminares o el proceso interno de formación del contrato*"; la perfección es "*el nacimiento de este a la vida jurídica*" y la consumación comporta "*el cumplimiento del fin para el que se constituyó el contrato"* o, dicho de otro modo, la realización y efectividad de las prestaciones derivadas del mismo.

---

[87] Véanse las siguientes obras doctrinales en las que se distinguen estas tres fases en la celebración del contrato: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, t. III, última ed., Reus, Madrid, 2015, pp. 134-145; DIEZ PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil,* Tomo II, Tecnos, Madrid, 2012, p. 123; DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit.,* pp. 332-345. LA CRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II-1. º 4.ª ed., (revisada y puesta al día por G. García Cantero), Dikinson, Barcelona, 1985, pp. 53-67; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, 6ª ed. Barcelona, Bosch, 2006, pp. 53-59; ALBADALEJO, M., *Derecho Civil, Introducción y parte general*, 15ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, pp. 15-22; LALAGUNA DOMINGUEZ, E., "Sobre la perfección de los contratos en el Código civil", La Ley, núm. 2, 1989, pp. 1135-1154.; DE COSSIO, M.; CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I Parte general, obligaciones y contratos, Civitas, Madrid, 1977, p. 380; RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Elementos de Derecho Civil", J.L., De la Cruz Bermejo, (coord.) *Derecho de Obligaciones, vol. I, parte general, Teoría general del contrato*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, p. 375; CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albornotiana, Barcelona, 2003 p. 78.

[88] Véase DIEZ PICAZO, L., *Sistema de derecho…, op. cit.*, p. 123.

El TS, en su sentencia de 18 de enero de 1964 también se pronunció sobre las fases del contrato al expresar que "*en la vida del contrato existen tres fases o momentos principales, que son la generación, la perfección y la consumación, comprendiendo la primera los tratos, negociaciones o conversaciones preliminares, y cuando la voluntad consciente y libremente emitida, es aceptada por la persona a quien se dirige dicha declaración, se produce la perfección del contrato, el nacimiento de éste a la vida jurídica"*, como proclama el art. 1254 del Cc, del que se evidencia, según los arts. 1258 y 1262 que dicha perfección surge de las meras concurrencias de las dos declaraciones de voluntad bilaterales.

De esta forma, el perfeccionamiento del contrato es un momento intermedio en el que se produce el cruce de voluntades negociales, que determina la separación entre la fase anterior y posterior a la celebración del contrato. La perfección del contrato, en esencia indica por un lado, el instante en que se concluye el *iter formativo*; y de otro, el momento a partir del que el contrato existe y comienza a producir sus efectos[89]. En este sentido, el art. 1258 del Cc establece que: "*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*".

Según lo expuesto, una vez emitidas las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) y concurriendo ambas se entiende perfeccionado el contrato y surte efectos entre las partes[90]. Desde este momento en el que nace la relación jurídica obligatoria, los

[89] Véase LA LAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil...", *loc. cit.*, p. 1135.

[90] El contrato constituye un negocio jurídico de formación, cuyo contenido bilateral o plurilateral, o también en algunos casos unilateral, supone el resultado de la suma de tantas declaraciones como partes haya en aquel, con la finalidad de constituir, regular, o en su caso, extinguir una relación jurídica patrimonial [Véase la STS (Sala de lo Civil) de 26 de marzo de 1993 (*RJ* 1993/2395) que dispone en su Fundamento de Derecho 2º: *"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del iter formativo del contrato, el final de los actos preliminares al mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los elementos determinantes del objetivo y la causa, para que la posterior aceptación determine el concurso respecto de ellos, sin introducir modificación alguna que requiriese un nuevo acuerdo", teniendo que ser el consentimiento, tal y como señala la sentencia de este mismo Tribunal de 11 de abril de 1992 (RJ 1992/3993) libre y conscientemente emitido, manifestado por actos concluyentes expresos o tácitos, pero que afloren al exterior después de una deliberada decisión, existiendo el contrato solamente cuando confluyan o se aúnen dos voluntades sobre la cosa y la causa que han de constituirlo"*].

contratos no sólo obligan a las partes a cumplir lo pactado, sino también a cuanto se desprenda de la Ley, los usos y la buena fe (arts. 1262 y 1258 Cc)[91]. Este hecho tiene lugar con independencia de la forma en que se haya concluido resultando aptos para la manifestación de las declaraciones negociales todos los medios de transmisión electrónica de mensajes de datos en sentido amplio[92].

Dependiendo del tipo de contrato de que se trate, puede hablarse de diferentes modos de perfeccionamiento: en primer lugar, los contratos consensuales, como establece el art. 1258 del Cc, este tipo de contratos se perfeccionan por el mero consentimiento. Son ambas partes las que manifiestan su consentimiento mediante una declaración de voluntad orientada a dar vida al contrato. En segundo extremo, en los contratos reales junto con el consentimiento se requiere la entrega del bien, para que el contrato se entienda perfeccionado. Por último, en los contratos formales o solemnes el consentimiento de las partes ha de producirse cumpliendo ciertos requisitos formales que exige la ley, como por ejemplo, el otorgamiento de una escritura pública. No basta con manifestar el consentimiento, sino que es preciso hacerlo de una forma determinada.

Según esta clasificación y teniendo en cuenta el objeto de las transacciones que se realizan en el entorno electrónico, los contratos electrónicos serán consensuales ya que el perfeccionamiento se produce cuando las partes manifiestan su declaración de voluntad. Este tipo de contratos no suelen estar relacionados con derechos reales y tampoco precisan de solemnidades para su perfeccionamiento.

Por otro lado, debe indicarse que la perfección del contrato de la que se ha hecho alusión en el ordenamiento español es común en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En el sistema alemán, el art. 151 del BGB dispone que "*el contrato se*

[91] Véase la STS de 30 de mayo de 1996 *(RJ* 1996/3864*): "La doctrina científica y la jurisprudencia vienen exigiendo sin fisuras, que el concurso de la oferta y la aceptación como requisitos indispensables para la perfección del contrato, han de contener todos los elementos necesarios para la existencia del mismo, y coincidir exactamente en sus términos, debiendo constar la voluntad de quedar obligados los contratantes, tanto por la oferta propuesta, como por la aceptación correlativa a la misma; no pudiendo entenderse esta perfecta concordancia cuando tanto una como otra se dan de modo impreciso, reservado, condicionado e incompleto, o cuando lo que se formula es una contraoferta*".

[92] Véase ROGEL VIDE, C., "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", J.M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari (coord.) *Homenaje al profesor LLuis Puig i Ferriol*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2157; ARIAS POU, M., "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", *La Ley*, 2006, T. IV, pp. 1527-1535.

perfecciona con la aceptación de la oferta, sin necesidad de que se le notifique dicha aceptación al proponente, cuando tal notificación no se espera de acuerdo con el uso del tráfico, o su propio oferente a renunciado a ella"[93]. Con este planteamiento coinciden otras legislaciones como son la francesa y la italiana (arts. 1108 del Cc francés[94]; arts. 1321 y 1325 del Cc italiano).En concreto, el Cc italiano en su art. 1.321 dispone que el contrato:*"es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial* [95]*."*

En el caso de Portugal, el art. 234 de su Cc advierte que el contrato resultará concluido cuando *"(...) de la conducta de la contraparte pueda deducirse su intención de aceptar la propuesta*". De otro lado, en Derecho inglés, el contrato se perfecciona cuando la aceptación se comunica al oferente. Aunque la comunicación implica normalmente toma de conocimiento de la declaración comunicada, la aceptación es efectiva, cuando el oferente la ignora por causas imputables a él[96].

De otro lado, la idea de que el contrato se perfecciona por la confluencia de voluntades entre las partes también se ha plasmado en los arts. 861-864ª AGBGB austriaco[97]; en el art. 1 del Cc de obligaciones suizo[98] o en el art. 432 del Cc ruso[99]. De esta forma, podría afirmarse que el significado de perfeccionamiento del contrato es

[93] Publicación en la *Boletín del Reich* el 24 de agosto de 1896.Su redacción comenzó en 1881 y entró en vigor el 1 de enero de 1900. El BGB sirvió de fuente para la legislación civil de otros países de tradición continental tales como la República popular China, Japón, Corea del Sur, Taiwan y Grecia, entre otros.
[94] El Código de Napoleón o Código Napoleónico es el actual código civil de Francia. Se promulgó el 21 de marzo de 1804 y está aún en vigencia con posteriores modificaciones. Llamado también la Constitución civil de los franceses". Fue el pionero en la legislación universal y por la claridad y sencillez de su texto y la solidez de su contenido se transformó en el modelo de los sucesivos códigos civiles de más de veinticuatro naciones (Véase ARMINJON, NOLDE et WOLF, Traité de Droit Comparé, Tomo I, París, 1950, p. 163).
[95] R.D. 16 de marzo 1942, núm 262 *Approvazione del testo del Codice Civile.*
[96] Véase CHITTY, J., *Chitty on contracts-General Principles*, vol. I, Sweet & Maxwell, Londres, 1985, p. 41.
[97] El Cc de Austria es la codificación del derecho civil austriaco. Fue proclamado el 1 de junio de 1811 entrando en vigor para la totalidad del imperio austriaco de habla alemana. El 1 de enero de 1812 fue asumido por la República de Austria en 1918 y aplicado también en Burgenland desde 1922.
[98] Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907, entró en vigor en 1912.
[99]Ley núm 230-FZ adoptado el 24 de de noviembre de 2006 aprobado por el Consejo de la Federación de 8 de diciembre de 2006.

coincidente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en los sistemas del *civil law* y del *common law*[100].

La importancia fundamental del momento perfectivo, radica, en que a partir de este momento se determinan cuestiones como: exigibilidad de las prestaciones, hasta cuando pueden ser retiradas o revocadas la oferta y la aceptación, cual es la ley aplicable al contrato, el precio de mercado, la transmisión de los riesgos, la rescisión de los contratos, etc[101]. Además la perfección del contrato es relevante desde un punto de vista temporal. Debe pensarse en el caso de la oferta de contrato pendiente y aceptación por el destinatario, o en los casos de contratación entre ausentes, cuestiones que se abordan *infra*[102].

B) En Derecho internacional Privado

El objeto de estudio de este trabajo de investigación está relacionado con el propio carácter internacional que tienen, en muchas ocasiones los contratos electrónicos. En este sentido, el entorno virtual propicia la conclusión de contratos en los que el DIPr cobra gran importancia para regular determinadas cuestiones como el derecho aplicable o el Tribunal que resulte competente para conocer de las disputas que surjan[103].

En cualquier caso, algunas de las normas relacionadas con esta disciplina no otorgan una respuesta satisfactoria sobre la reglamentación de determinadas cuestiones que pudieran presentarse en una relación contractual electrónica, como es el momento de perfeccionamiento del contrato electrónico internacional[104]. En concreto, como se

[100] Véase LARA AGUADO, Mª.A., "La oferta y la aceptación contractuales…", *loc. cit.,* pp. 313-382.
[101] Véase LARA AGUADO, Mª. A., "Formación del contrato electrónico…", *loc. cit.,* p. 531.
[102] Véase DIEZ PICAZO, L., *Sistema de derecho…, op. cit.*, p. 123.
[103] Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2015, pp. 13-29; ESPINAR VICENTE, J.M., *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 22 y ss
[104]Sobre esta cuestión, véanse con detenimiento las siguientes obras: ORTIZ VIDAL, M.D., "Espacio judicial europeo y tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacional privado", *CDT* (marzo 2010), vol. 2, núm 1, pp. 376-402; GUILLAUME, F., *Droit international privé*, Neuchâtel, Helbing Liechtenstein, 2013, pp. 3 y ss; ESPINAR VICENTE, J.M., "De lo tradicional y de los nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo", *Cursos de derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Garteiz*, 2010, pp. 273-322; ARENAS GARCÍA, R., "El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes", *Cursos de derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Garteiz*, 2007, pp. 19-94; Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos," *Anales de la Academia Matritense del Notariado*,

expondrá *infra*, es lo que ocurre en el ámbito de la contratación internacional general con el Reglamento Roma I, que parte de la existencia del contrato. Este instrumento en su art. 10 se límita a mencionar dos cuestiones: validez y existencia del contrato, pero no se refiere a ninguna de las fases de celebración de este, y en concreto no habla de la ley reguladora del perfeccionamiento del contrato. De otro lado, en el específico ámbito de la contratación electrónica, la DCE tampoco se ocupa del perfeccionamiento del contrato electrónico.

Por otro lado, en diferentes instrumentos internacionales de derecho convencional, uniforme y transnacional, el perfeccionamiento del contrato electrónico sí se encuentra regulado, aunque en ocasiones, con diferente terminología.

En primer lugar, la CV sigue el modelo bilateral de concurrencia entre la oferta y la aceptación para el perfeccionamiento del contrato. En concreto, dedica su parte II a la "formación del contrato" (arts. 14 a 24). Estos preceptos se refieren a los requisitos que han de reunir la oferta y la aceptación para que el contrato se entienda perfeccionado. En concreto, el art. 24 de la CV establece que "(…) *la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual"*.

En segundo extremo, en los PU, sí se habla expresamente de perfeccionamiento en el Capítulo II sobre "formación y apoderamiento de representantes". En concreto, el art. 2.1.1 de los PU establece que "*el contrato se perfeccionamediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo*".

En tercer término, los PECL parecen alejarse de este esquema bilateral de concurrencia de voluntades negociales para el perfeccionamiento del contrato y establecen en su art. 2:101, que para que se perfeccione un contrato sólo hace falta la intención de las partes de vincularse jurídicamente y que alcancen un acuerdo suficiente.

Tomos XLV-XLVI, 2004/2005 y 2005/2006, Madrid, Colegio Notarial de Madrid/La ley, 2009, pp. 257-285.

De esta forma, según los PECL existen varias vías a través de las que se evidencia que el enfoque bilateral es limitado, ya que en muchas ocasiones los contratos comprenden operaciones de gran complejidad que precisan de un proceso de negociación, que a menudo se extiende en el tiempo. En este caso, también se utiliza el término perfeccionamiento para referirse a la concurrencia entre la oferta y la aceptación.

Por último, el MCR contiene las normas sobre perfección del contrato en el Cap. IV del Libro II, que sigue el modelo de formación contractual clásico, basado en el intercambio de la oferta y de la aceptación (sección II). Este instrumento se refiere al término "perfección", en la sección I sobre disposiciones generales el art. II.4: 101 del MCR, establece que la concurrencia de oferta y aceptación no es el único medio para la perfección del contrato[105]. Este precepto enuncia dos requisitos para que el contrato esté válidamente formado: en primer lugar que haya intención de establecer una relación jurídica vinculante y en segundo extremo que haya un acuerdo suficiente. Estos requisitos se determinarán según las declaraciones y la conducta de la parte que pretenda vincularse que puedan ser entendidas de este modo por la otra parte.

2.- Diferenciación de figuras afines

En los diferentes textos legales señalados *supra* tanto en el ámbito nacional como internacional aparecen varios términos relacionados con el perfeccionamiento del contrato como son: formación, existencia, nacimiento, conclusión, validez, etc. En las citadas normas, no se realiza una distinción terminológica entre las acepciones que para este momento de perfección del contrato se emplean; por el contrario, se utilizan en muchas ocasiones, de forma indistinta.

Este hecho, puede deberse a las escasas diferencias entre estos términos, que en ocasiones son difíciles de percibir, motivo por el cual, el legislador ha excluido la realización de una delimitación entre estas figuras afines.

En todo caso es preciso realizar una diferenciación entre los términos utilizados habitualmente por la normativa y por la doctrina para hablar de perfeccionamiento del

[105] Véase SCHULZE, R., *Common Frame of Reference…, op. cit.*, pp. 95-125.

contrato, a fin de delimitar el objeto de este estudio y evitar posibles confusiones terminológicas.

En este sentido, resulta de interés destacar que según Diez Picazo y Gullón con la expresión "*formación del contrato*: *se comprenden los actos o series de actos que preceden o pueden preceder a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esta finalidad*"[106]. Las partes, por el hecho de haber tratado preliminarmente la formación de un contrato, no quedan obligadas a concluirlo. De este modo, el perfeccionamiento forma parte de la formación del contrato, pero ambos términos no se identifican.

De otro lado, cuando se habla de existencia del contrato, se hace alusión a que han de darse varios requisitos para que el contrato "exista". En concreto en el ordenamiento español "hay contrato" cuando se da, el consentimiento, el objeto y la causa (1261 Cc). Estos son los requisitos esenciales del contrato y su concurrencia es necesaria para que el contrato exista[107]. En primer lugar, el consentimiento hace referencia a la voluntad de las partes y comprende dos aspectos diferenciados, el relativo a la capacidad para consentir y el que se refiere a la prestación del consentimiento[108].

En segundo extremo, el objeto del contrato es la realidad social, representación común de las partes, sobre la que recae el consentimiento[109]. Por último, la causa del contrato, hace alusión al fin que se persigue en cada contrato[110].

En estrecha relación con la existencia del contrato se encuentra la validez. Para que el contrato sea válido, las partes contratantes han de ser legalmente capaces, es decir, han de tener capacidad legal para poder obligarse. En segundo extremo, el consentimiento

---

[106] Véase DIEZ PICAZO, L; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil…*, *op. cit*. p. 64.
[107] Véase PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho…, op. cit.,* pp. 53-59.
[108] *Ibidem*, p. 57.
[109] Véase VAZQUEZ DE CASTRO, E., *Ilicitud contractual, supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 28 y ss.
[110] Esta es la definición seguida por el TS que considera la causa en su aspecto objetivo como "*el fin que se persigue en cada contrato, sin que este motivo pueda ser identificado con los motivos individuales o psicológicos de las partes. Sin embargo, en determinados supuesto estos motivos personales deberán ser tenidos en cuenta, sobre todo para poder apreciar la ilicitud de la causa cuando aquellos motivos se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc. Y sobre todo cuando dichos motivos han sido reconocidos por ambas partes y pueden considerarse incorporados a la situación inspirada del negocio*".

otorgado como requisito para que el contrato exista, debe prestarse libre de vicios. Por último, el objeto sobre el que recae el contrato ha de ser lícito.

En el ámbito de la contratación electrónica, el art. 23 de la LSSICE, aborda el tema de la validez y eficacia del contrato tomando como referencia el principio de equivalencia funcional. De esta forma, según este precepto "*este tipo de contratos producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez*".

Aunque relacionado con esta cuestión, el perfeccionamiento no se identifica con la validez sino que se refiere al momento de la celebración del contrato en el que concurren las declaraciones de voluntad de las partes (oferta y aceptación). Se trata de una fase o estadio relativo a la celebración del contrato. En concreto, el perfeccionamiento hace alusión al momento a partir del cual el contrato vincula a ambas partes (cuestión temporal)[111].

De esta forma, ambas acepciones no coinciden y por tanto tienen diferentes significados en relación con la formación del contrato. Puede ocurrir que el contrato se haya perfeccionado por el concurso de voluntades de las partes pero que no sea válido porque no se den algunos de los requisitos anteriormente mencionados. En estos casos, el contrato electrónico será nulo aunque se haya perfeccionado.

Del mismo modo, la eficacia del contrato no coincide con el momento perfectivo debido a qué la primera tiene como consecuencia que el contrato no alcance los efectos previstos por las partes o establecidos por la ley. De esta forma, los casos de ineficacia son aquellos supuestos en que determinadas carencias del contrato tienen como consecuencia que éste no tenga efectos. Entre estos se encontrarían: desistimiento unilateral, mútuo disenso, resolución por incumplimiento, acaecimiento de la condición resolutoria, falta de acaecimiento de la condición suspensiva, rescisión, revocación, etc. Estos hechos pueden producirse aunque el contrato se haya perfeccionado, y tendrán como consecuencia que el mismo sea ineficaz[112].

[111] Véase ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, *Introducción…op.cit,* pp.15-22.

[112] Para realizar estar afirmaciones con respecto al diferente significado de validez e ineficacia, se ha seguido la "teoría de las vicisitudes del contrato", de MESSINEO, F., *Manualde derecho civil…, op. cit.*,

Con respecto a los términos nacimiento y conclusión, debe indicarse que coinciden con el perfeccionamiento del contrato porque se refieren al mismo momento temporal (concurrencia de voluntades negociales) a partir del cual el contrato genera derechos y obligaciones para las partes. De hecho, la doctrina que ha tratado el tema del perfeccionamiento del contrato, se refiere a estos términos de manera indistinta, de lo que puede deducirse su coincidencia[113].

De esta forma, en el presente trabajo, se hará alusión a la "perfección del contrato electrónico internacional" para referirse al momento en el que concurren la oferta y la aceptación en este tipo de relaciones. Este estudio se centra en "el perfeccionamiento del contrato electrónico en el sistema español de DIPr"; esto es, el sistema de identificación del régimen de los contratos internacionales que aplicarán las autoridades y tribunales españoles. Ahora bien, este régimen será similar al de otros países de la UE, por lo que las afirmaciones que se hagan con respecto a esta cuestión pueden tomarse en cuenta en otros sistemas de DIPr de la UE[114].

---

pp. 516 y ss; aunque debe indicarse que algunos autores, adoptan una postura contraria, entendiendo que ambos términos se identifican, al menos en la práctica. En este sentido puede citarse a Casanueva Sánchez quien fundándose en la opinión de Diez Picazo: *señala que la diferenciación sustancial de estos términos se basa en la procedencia del defecto: intrínseca o extrínseca. Este autor indica que la distinción terminológica entre ambos conceptos carece de relevancia práctica cuando se habla de negocio jurídico. Esta afirmación se debe a que el negocio inválido es siempre ineficaz; y el ineficaz es realmente inválido, debido a que el acuerdo que no puede alcanzar los resultados buscados, no sirve para lo que se pretendía. Así que consecuentemente no es válido porque se produce un fallo en la causa, en el porqué de su creación, faltando con ello uno de los requisitos esenciales de todo negocio jurídico. Pretender lo contrario es rebuscar más allá de la lógica fundamental y de la claridad que debe rodear los conceptos del Derecho. Inválido e ineficaz son por ello conceptos sinónimos en cuanto hagan referencia a la ausencia de validez o de obtención de efectos del negocio, se refieren exactamente a la misma hipótesis. Así realmente la gran mayoría de la doctrina los usa como términos sinónimos o, sino es así, utilizan uno de ellos para referirse a la cuestión, ignorando el otro, dando a entender que no aceptan la dualidad terminológica derivada de la atribución de diferentes significados a los dos términos. Además, ni el Código civil ni las leyes especiales conocen de tal distinción, la cual no ha pasado tampoco a la jurisprudencia ya que tanto el uno como la otra utilizan los dos términos de modo indistinto. De cualquier modo esta polémica surge únicamente en cuanto al uso de los términos invalidez e ineficacia. Esto es, los dos sirven indistintamente para designar el mismo fenómeno: el choque entre lo previsto en el negocio y la legalidad* (DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit*., pp.18 y ss).

[113] Véase DIEZ PICAZO, L; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil…*, *op. cit*. p. 64; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho…, op. cit.,* pp. 53-59; ORTIZ BLANCO, G., "Las categorías de la ineficacia en el Derecho Civil", Revista Mexicana de Derecho, 2006, pp. 87-131; OSSORIO, J., Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones y contratos, Comares, Granada, 1985, pp. 28 y ss; VAZQUEZ DE CASTRO, E., *Ilicitud contractual, supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 28 y ss.

[114] Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Diversification, spécialisation, flexibilitation et matérialisation des régles de Droitinternational privé", *RCADI*, 2002, vol. 287, pp. 289-376.

3.- Especialidades en el caso de la contratación electrónica

A) Contratación entre presentes y ausentes

Una de las distinciones que tradicionalmente se emplean en el ámbito contractual es aquella que diferencia los contratos celebrados entre presentes y entre ausentes (*inter absentes*)[115]. En relación con el tema de estudio, debe indicarse que la necesidad de conocer el momento de perfeccionamiento del contrato es común a todos los contratos celebrados a distancia. Para esta labor, es necesario acudir a las reglas clásicas de formación de los contratos, aunque en el caso de la contratación electrónica, su aplicación puede hacer precisa la adaptación de estas normas.

Resulta de interés analizar si la contratación electrónica se trata de una contratación entre presentes o ausentes ya que esta cuestión podrá incidir en el momento del perfeccionamiento del contrato. Esto es, en los contratos celebrados entre presentes, el perfeccionamiento se produce de manera instantánea y sin embargo en la contratación entre ausentes la determinación del momento de perfeccionamiento no siempre está tan clara, máxime si se tratan de contratos electrónicos.

Con respecto al término "ausentes", debe precisarse qué se refiere al hecho de que una persona esté separada de la otra, o aunque estén presentes no tienen opción de dialogar por diferentes causas (un ejemplo sería la utilización de un cajero automático)[116].

Por otra parte, deben diferenciarse *los contratos entre presentes de formación instantánea o sucesiva* y los *contratos entre ausentes de formación instantánea o sucesiva*. A estos últimos, la mayoría de la doctrina los designa contratos entre *ausentes o contratos por correspondencia*[117].

[115] En el ámbito nacional, no están de acuerdo con esta terminología Rovira Mola, A., y Palomar Baró, A., "Problemas de contratación entre personas distantes…", *loc. cit*., p. 149, que entienden que el término ausentes goza de un sentido jurídico concreto y definido, no referido precisamente a la perfección del contrato, sino a la situación de ausencia legal (arts. 181 a 198 del Cc), por lo que propugnan emplear mejor la expresión entre personas distantes para designar los supuestos en los que las partes se encuentran alejadas entre sí.
[116] Véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *Perfección del contrato celebrado…, op. cit.*, pp. 69-128.
[117] *Ibidem*.

Los *contratos entre presentes de formación instantánea* se producen cuando los contratantes se encuentran en una situación en que las declaraciones de voluntad se realizan de forma simultánea. En este caso se dá una coincidencia espacial y temporal de las partes cuando expresan sus voluntades negociales, y no suelen generar dudas por motivo del momento perfectivo. En cambio en los *contratos entre presentes de formación sucesiva* existe un intervalo temporal entre el encuentro de declaraciones de voluntad.

De otro lado, *la contratación entre ausentes de formación instantánea o sucesiva,* se refiere a los contratos en los que no existe presencia física entre los contratantes. En la mayoría de casos hay un lapso de tiempo entre la concurrencia de la oferta y de la aceptación (*formación sucesiva*)[118]. Cuando en estos contratos se produce una coincidencia de voluntades negociales *instantánea* hay una equiparación en este tipo de relaciones a la contratación entre presentes aunque las partes no se encuentren físicamente en el mismo lugar.

Los pasos que se siguen en la contratación entre ausentes son: en primer lugar, el destinatario recibe una oferta de un producto o servicio a través de un medio escrito, oral o visual, con indicación del precio y del resto de las condiciones de la oferta contractual. En segundo extremo, con el conocimiento de esta explicación el destinatario efectúa su pedido. En tercer término, el destinatario recibirá el producto o servicio en la dirección que ha suministrado al empresario comerciante.

Dentro de este tipo de contratos puede hablarse de: contratos por correo, por catálogo, contratos a través de e-mail, contratos por teléfono (tanto los que utilizan una teleoperadora como un sistema automático de contratación), contratos por televisión, contratos por radio, contratos mediante el uso de instrumentos informáticos o telemáticos *websites* activas-TV), etc[119].

---

[118] Véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *Perfección del contrato celebrado…, op. cit.*, pp. 69-128.

[119] Esta afirmación se realiza teniendo en cuenta la doctrina de Diez Picazo, que considera que este tipo de relaciones contractuales son a distancia siempre que la comunicación no sea simúltanea (véase VATTIER FUENZALIDA, C., "Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual", AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, t. II, pp. 3214 y ss).

La forma de contratación entre presentes y ausentes ha hecho que surjan distintas teorías que emplean: por un lado el criterio de la distancia física entre los contratantes o bien la distancia física y el medio empleado para manifestar la voluntad; y por último, hay otra teoría que se basa en el período que transcurre desde que se emite la declaración hasta que se recibe[120].

De esta forma, en primer lugar, según *la teoría de la oralidad* el teléfono y la radio son los únicos medios para que pueda tener lugar una contratación entre presentes. A través de ellos, se tiene conocimiento de la conclusión del contrato de forma instantánea para las dos partes, debido a la oralidad y comunicación inmediata de estos medios; otros, sin embargo, son considerados contratos entre ausentes (telex, fax o correo electrónico), ya que carecen de la citada oralidad. El régimen jurídico de estos contratos es semejante a los realizados por correspondencia postal.

En segundo extremo, la *teoría del proceso de comunicación ininterrumpido*, considera los contratos entre presentes como aquellos en los que los contratantes utilizan un medio que posibilita la comunicación de forma ininterrumpida para realizar el intercambio de las voluntades negociales. En este supuesto, no son posibles, la retirada o revocación de la oferta ni de la aceptación, por otro medio, sin que haya llegado a su destino, con anterioridad estas declaraciones. Esta es la postura de, entre otros autores, Diez-Picazo y Gullón, por la que afirman que los contratos concluidos por teléfono, radio, fax o telex pueden compararse a los que se realizan entre partes que están presentes en relación al momento de su nacimiento[121].

---

[120] Véase OSSORIO, J., *Lecciones de Derecho Civil…, op. cit.*, pp. 87 y ss.

[121] Sin embargo, estos autores señalan que: *"(…) en los casos en que el contrato venga celebrado por telex, solo se considerarán como contratos entre presentes si ambas partes se encuentran simultáneamente en cada uno de los extremos de la comunicación. Esta última matización puede hacerse extensible a los medios como el fax, teléfono, correo electrónico (siempre y cuando su calidad permita una comunicación instantánea); por lo que personalmente las partes, o sus representantes, deberán encontrarse presentes, al mismo tiempo, en cada uno de los extremos de la transmisión".* (Véase DIEZ PICAZO, L. GULLÓN, A., *Sistema de derecho Civil*…, *op. cit.*, pp. 45 y ss.).

Del mismo modo, en el caso de la contratación electrónica, si la comunicación entre las partes se produce de forma instantánea, como se expuesto *supra*, se considerará una contratación entre presentes. En caso contrario, si la contratación se da de forma sucesiva, lo que sucederá, por la propia naturaleza del contrato en la mayoría de los casos, (sobre todo cuando se contrata a través de TV) se tratará de una contratación entre ausentes[122].

Esta es la postura seguida por autores como P. A. De Miguel Asensio que destaca la rapidez como una nota característica fundamental en el intercambio electrónico de datos en la SSI[123]. En cualquier caso, según este autor, no siempre estos contratos van a realizarse de un modo simultáneo sino que este hecho dependerá de la técnica empleada[124]. En relación con este tema sostiene Feldstein de Cárdenas que el contrato internacional celebrado por medios electrónicos podrá ser considerado entre presentes o entre ausentes, según existan o no respecto al momento de perfeccionamiento del contrato, simultaneidad o instantaneidad entre la oferta y la aceptación[125].

Por último, puede tenerse en cuenta, una última teoría, de carácter subjetivo y menos extendida en la actualidad debido a las nuevas técnicas de comunicación que establece que sólo existirá contrato celebrado entre presentes, cuando las partes lo estén físicamente[126].

Por tanto, puede afirmase que no existe un criterio inequívoco para calificar la contratación electrónica como una contratación entre ausentes o presentes, entre otras cuestiones dependerá de la técnica de contratación utilizada[127]. De esta forma, en el caso de los contratos electrónicos celebrados a través de TV, en los que se centra este trabajo, existe una oferta publicada en un determinado sitio web que es aceptada por el cliente con el objetivo de adquirir el bien o servicio de que se trate. En estos casos, el perfeccionamiento del contrato no se produce de forma instantánea, sino que es necesario

[122] Véase FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L., *Contratación electrónica internacional*, Eumed, Buenos Aires, 2006, pp. 59 y ss.
[123] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit*., 915-916.
[124] *Ibidem*, p. 916.
[125] Véase FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L., *Contratación electrónica…, op. cit.,* p. 60.
[126] Véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *La perfección del contrato…*, *op. cit*. p.220.
[127] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica…", *loc cit.*, pp. 22 y ss.

que el cliente visualice la oferta, lea la información del sitio web y se adhiera (acepte) las CGC que regularán los términos del contrato.

En cualquier caso, la consideración de la contratación electrónica como una modalidad tradicional entre presentes o ausentes es insuficiente para dar una respuesta concreta a la determinación del momento del perfeccionamiento del contrato electrónico desde la perspectiva de DIPr, entre otras razones, porque esta forma de contratación tiene especialidades que dificultan esta labor de calificación.

En este sentido, en algunos casos, la contratación electrónica se asemeja a la modalidad de contratación entre ausentes y por tanto, le son de aplicación las normas previstas en los distintos sistemas jurídicos para estos supuestos. En otras ocasiones, en cambio, se entiende que el medio utilizado es tan rápido que, se trata de una modalidad de contratación entre presentes al poder celebrarse el contrato con carácter inmediato. En tercer extremo, se ha indicado que se tratará de una u otra modalidad de contratación en atención al criterio (espacial o temporal) que se utilice.

En cualquier caso, conviene destacar que si se determina que el contrato electrónico es un contrato entre ausentes, lo que dependerá de las variables expuestas, entre las que destacan la inmediatez en la concurrencia de voluntades, será necesario concretar el momento del perfeccionamiento del contrato para lo que a su vez existen diversas teorías (que si bien se enuncian en este apartado se analizarán de forma más detenida *infra*): la teoría de la emisión o declaración según la cual el contrato se perfecciona cuando el aceptante emite su declaración; la teoría de la expedición o remisión, que considera este momento perfectivo cuando el aceptante emite su declaración y la envía al oferente; la teoría de la recepción, según la cual el contrato se perfecciona cuando el oferente recibe la aceptación y la teoría del conocimiento que considera que el contrato se perfecciona cuando la aceptación es conocida por el oferente[128].

[128] Véase las diferentes aportaciones de estos autores en relación con las distintas teorías existentes sobre el momento de perfección del contrato entre ausentes: DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil…, op. cit.,* p. 369; MARCO MOLINA, J., "Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección del contrato: la aproximación entre el civil y el *Common law*, en las nuevas leyes o codificaciones del

De esta forma, dependiendo de la teoría que el ordenamiento jurídico de aplicación recoja, el contrato electrónico se entenderá perfeccionado en un momento u otro.

B) Perfeccionamiento del contrato electrónico entre ausentes (Directiva 2000/31/CE y ordenamientos comunitarios)

En el ámbito de la contratación electrónica, pueden señalarse diversos instrumentos, que recogen las teorías sobre el perfeccionamiento del contrato entre ausentes.

En primer lugar, la DCE opta por la teoría de la recepción, armonizando a este respecto las disposiciones de los Estados miembros de la UE, esto es, oferta y aceptación se entienden recibidas cuando entran en el círculo de la otra parte. Así el art. 11 de la DCE establece que: *"Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos."*

Debido al enunciado genérico de este precepto, la DCE no aclara la cuestión del momento en el que se entiende perfeccionado el contrato electrónico, porque no puede saberse con certeza cuando tienen acceso las partes a estas declaraciones de voluntad. De esta forma, el art. 11 de la DCE sólo prevé una obligación de información por parte del empresario, que consiste en la entrega al contratante de un acuse de recibo de la operación (información postcontractual).

A continuación, se destaca la transposición que de la DCE han realizado algunos de los Estados miembros en relación con la determinación del momento del perfeccionamiento del contrato electrónico, teniendo en cuenta las diversas teorías mencionadas sobre la contratación entre ausentes. Como se ha destacado en la introducción, esta norma tiene especial relevancia para el presente estudio ya que su objetivo es la creación de un marco jurídico a escala europea en el sector del comercio electrónico.

---

contrato, *RDP*, mayo-junio, 2008, p. 11; MARKESINI, B.; UNBERATH, H., JOHNSTON, A., *The German Law of contract. A comparative Treatise*, 2nd ed., Oxford & Portland, Oregón, 2006, p. 55.

En el caso de España, la transposición de la DCE se realizó mediante la promulgación de la LSSICE[129].

En relación con el momento de perfección del contrato debe citarse el art. 28.2 de la LSSICE, que establece: *"Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia, desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones".*

Antes de la entrada en vigor de esta norma, la doctrina ante la decisión de qué regla debía aplicarse para determinar el momento de conclusión de los contratos electrónicos en los contratos entre ausentes optaba mayoritariamente por aplicar la regla de la recepción. De esta forma, se entendía perfeccionado el contrato cuando la aceptación llegaba al círculo de intereses del oferente, además existía una diversidad de regímenes dependiendo de la naturaleza civil o mercantil del contrato[130].

La DA cuarta de la LSSICE suprimió la citada diversidad de regímenes sobre la perfección de los contratos entre ausentes modificando los arts. 1262 del Cc y el art. 54 del Ccom, que en la actualidad son prácticamente idénticos en su contenido.

La nueva redacción de ambos preceptos consagra una misma regla general con relación al perfeccionamiento de contratos mercantiles y civiles celebrados a distancia con independencia de que el medio de comunicación utilizado sea de comunicación instantánea o ininterrumpida; si bien, con una excepción aplicable a los contratos electrónicos concluidos mediante dispositivos automáticos. Según estos artículos, el contrato se perfecciona cuando el oferente conoce la aceptación o desde que el aceptante se la haya remitido sin que pueda ignorarla aquel sin faltar a la buena fe. De esta forma, el ordenamiento español, acoge la teoría de la cognición pero matizada para la perfección de los contratos celebrados a distancia. En este sentido, se aplica la posición que adoptó

[129] *BOE* núm. 166 de 12 de julio de 2002.
[130] Véase ILLESCAS ORTIZ, R. *La contratación electrónica…,op. cit*…, p. 54.

tanto la doctrina como la jurisprudencia en torno a la redacción originaria del art. 1262 Cc, antes de la citada reforma[131].

Con respecto al ordenamiento alemán, el BGB establece que la aceptación de una oferta entre ausentes no tiene que efectuarse inmediatamente, sino en el momento que se puede exigir "*bajo circunstancias normales*"[132]. Esto es, según el art. 130 del BGB, el acceso de una declaración de voluntad entre ausentes presupone que ésta llegue al ámbito de influencia del destinatario[133]. No es decisivo el conocimiento de la declaración por la persona a la que se dirige sino que basta con la posibilidad de que este pueda conocerla.

Según este precepto, en el Derecho alemán, se aplica el criterio de la recepción para determinar el momento de perfección en la contratación entre ausentes. Se entiende que una declaración llega a su destinatario y éste tiene acceso a la misma cuando se trata de una relación espacial en la que depende del destinatario tomar conocimiento de la misma. De esta forma, en dicho ordenamiento la parte que expide la comunicación debe soportar el riesgo de dicho envío hasta que se entienda que en circunstancias normales el destinatario pueda tener constancia de la aceptación. Si la recepción de la declaración

[131] Los autores B. González Pérez y J. Alguer, fueron quienes propusieron por primera vez en la doctrina la necesidad de atemperar la teoría de la cognición para que no condujera a resultados injustos en aquellos supuestos en que el oferente se mantuviera por causas a él únicamente imputables en la ignorancia de que se había producido la aceptación (véase PEREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER J., *Traducción y notas de Derecho español, Tratado de Derecho Civil*, T. I, II, Primera parte, 15ª revisión por Nipperdey H.C., Bosch, Barcelona, 1981, p. 241). De otro lado, algunos autores afirman que aparentemente se establece el criterio del conocimiento completando el de recepción. Pero en realidad lo que se hace es fijar como criterio esté último, dado que por mayor amplitud engloba al primero. Parece que se está estableciendo por medio de una perífrasis la teoría de la recepción, porque no se puede ignorar aquello que se tiene al alcance de la mano, o aquello que se puede conocer con una mínima diligencia; esto es, lo que ha llegado o ha sido puesto a disposición del destinatario (véase: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.A., "La perfección del contrato electrónico" A. Salas Carceller (dir.), *La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio electrónico*, Consejo General del poder judicial, Madrid, 2007, p. 183; ESTUPIÑAN CACERES, R., "La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos", *La Ley*, año XXIII, núm. 5615, de 19 de septiembre de 2002, p. 3; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil…, op. cit*., p. 77; DIEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil…, op. cit.*, p. 68).

[132] Véase LARENZ, K., *Tratado de Derecho Civil Alemán-Derecho Civil*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 572.

[133] La reforma del BGB se realizó por la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz). Véase la traducción de VIVES MONTERO, M.ª L.,"Traducción de la Reforma 2002 del BGB", ADC 2002, pp. 1229-1310; FUENTESCA, C., "La reciente reforma del BGB a través de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones que entró en vigor en Alemania el 1 de enero de 2002", ADC, núm. 8, 2003, pp. 203-211.

dependía de una actuación del destinatario y este no realiza la misma de forma imprudente, el emisor tiene que remitírsela de nuevo, en su caso por vía judicial. Si no hay reacción del destinatario, este está obligado en virtud del art. 242 del BGB, a aceptar los efectos de la declaración desde el momento en que se le remitió ppor primera vez[134].

Como señala S. Camacho es normal que se utilice este modelo, también, en las declaraciones negociales realizadas *online* y asimilar el buzón electrónico del destinatario con el buzón postal, considerándolo por consiguiente como el ámbito de influencia del destinatario. De este modo, en el Derecho alemán la contratación electrónica se considera entre ausentes cuando no existe capacidad para negociar y existe una expresión directa de la voluntad[135].

En cualquier caso dependerá de la técnica de comunicación utilizada, por ejemplo si la técnica utilizada para contratar es chat o videoconferencia, suele considerarse una contratación entre presentes, debido a la inmediatez.

La transposición de la DCE se llevó a cabo en Alemania a través de la modificación del art. 312 del BGB. Según este art. el pedido y el acuse de recibo se consideran recibidos cuando las partes a las que se dirigen los puedan recoger en circunstancias normales[136]. La declaración llega a su destinatario y éste tiene acceso cuando en circunstancias normales, dependa del destinatario tomar conocimiento de ésta, esto es, cuando la declaración entra en su sistema de información. Para considerar que ha sido recibido, no se exige la recuperación del mensaje de datos por el destinatario. Como

[134] Véase MIQUEL SALA, R., "El Derecho contractual alemán", S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Contractual comparado…, op. cit*., pp. 285-313.
[135] Véase BERNHARD Z., ZÜRN, M., "Verrechtlichung im Internet: Icann und die globale Regulierung des domain name System mit Recht und Macht", Entwickcklung und Frieden band 18, pp. 1-12.
[136] Véase CAMACHO CLAVIJO, S., *Formación del contrato…op. cit*. p. 309-312; En relación con esta cuestión presenta relación el caso núm. 2 HK O 9431/01, de 7 de mayo de 2002, Jur PC-Internet Zeirschrift für Rechtsinformatik, JurPC Webdok 158/2003 disponible en (*www. jurpc.de.*). Resulta de interés el comentario de la resolución de VEN-ERIK, H., "Die Elektronische Willenserklärung", *Computer und Recht* núm. 10, 1994, p. 597. Esta sentencia, entre otras, considera equivalente a la recepción la entrega de un mensaje en la dirección de correo electrónico de una de las partes prescindiendo de si las partes han tenido acceso al mensaje de datos o no.

afirma la jurisprudencia alemana, cuando se utiliza un medio de comunicación electrónico en un contrato se acepta su acceso permanente al medio[137].

Por su parte, en el caso de Francia, la jurisprudencia considera que es necesario tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para determinar el momento de perfección de los contratos entre ausentes. Actualmente, en los países de la UE existe un movimiento importante de reforma del Derecho de los contratos y de las obligaciones que también afecta a Francia y que tiene como obetivo facilitar el funcionamiento del mercado interior y de las operaciones transfronterizas. En Francia se acomete la modernización del Derecho de los contratos, tomando en consideración la tradición nacional, representada básicamente por la doctrina del Tribunal de Casación, como los Proyectos europeos e internacionales y el Derecho comparado[138].

En concreto, el capítulo II sobre formación del contrato contiene una sección novedosa para el *Code* sobre el proceso de conclusión del contrato. Este tema no está tratado en la mayoría de los códigos decimonónicos, en concreto se incluye, en la regulación propuesta, las siguientes cuestiones: *Las negociaciones (subsección 1); la oferta y la aceptación (subsección 2), se opta por la teoría de la recepción para la perfección del contrato entre ausentes; la promesa unilateral y el pacto de preferencia (subsección 3) y el contrato celebrado por vía electrónica (subsección 4).*

Por otro lado, la Ley francesa de transposición de la DCE (Ley francesa para la confianza en la economía numérica) de 21 de junio de 2004, llega a una tipificación legal del régimen jurídico del comercio electrónico, y con él, del contrato electrónico[139]. En

[137] Véase CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La reforma del Derecho de los contratos en Francia", *ACD*, t. LXV, 2012, fasc. IV, p.1.
[138] Al efecto [véase (*http://cnb.avocat.fr/Projet-de-reforme-du-droit-des-contrats-un-texte-equilibre-elabore-en-concertation-con-forme-a-la-pratique_a525.html*); y Chambre de commerce et d'industrie de Paris, "Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires: Réaction de la CCIP à la consultation de la Chancellerie de juillet 2008" (*www.etudes.ccip.fr/archrap/pdf08/reforme-droit-descontrats-kli0810.pdf*)].
[139] Véase CHITTY, J., *Chitty on contracts…, op. cit*., p. 40.

concreto, su art. 1362-2 establece: "*Para que el contrato sea concluido válidamente el destinario de la oferta debe haber tenido la posibilidad de verificar los detalles de su pedido y el precio total, y de corregir eventuales errores, antes de confirmar para emitir su aceptación". "El autor de la oferta debe acusar recepción sin retraso injustificado y por vía electrónica del pedido que le ha sido remitido*".

Esta norma reconoce el pedido como una aceptación de la oferta realizada en el sitio web y elimina toda reseña a la exigencia de confirmación de la aceptación por el aceptante. Además se regula como prueba del contrato el acuse de recibo, careciendo de relevancia, en relación con la perfección del contrato celebrado. En este sentido el contenido está armonizado con el de la DCE que suprimió la confirmación final, aunque sí que estableció la exigencia del acuse de recibo de la aceptación.

De otro lado, en el Derecho inglés, el contrato se perfecciona cuando la aceptación se comunica al oferente. La comunicación, implica normalmente toma de conocimiento de la declaración comunicada, pero la aceptación es efectiva cuando el oferente la ignora por causas únicamente imputable a él. Esta regla de aplicación general presenta una importante excepción: la *mail box rule o posting rule*. En el caso de aceptación enviada por correo, la perfección del contrato se da cuando la carta es depositada en el buzón, en la oficina de correos o entregada a un empleado autorizado para recibir cartas, incluso en el caso de que la carta no llegue o se pierda.

La *mail box rule* opera cuando: en primer lugar, en los casos en los que el oferente y la persona a quien se realiza la oferta se hallan separados por distancia apreciable. En segundo extremo, cuando el oferente no haya estipulado lo contrario al emitir su oferta, y en tercer término cuando las circunstancias sean tales que resulta razonable para la persona que recibe la oferta contestarla por correo. Esta regla se ha aplicado también a las aceptaciones comunicadas por telegrama[140].

En los contratos celebrados a través de sitios web activos, se entiende que es aplicable la regla general de la comunicación[141]. Esta solución fue recogida por la norma

[140] Véase LAMBERT, J., "Formación de los contrato…", pp. 59 y ss; ALPA, G; DELFINO, R., *Il contrato nel Common Law Inglese*, Edam, Padova, 1997, p. 44.
[141] Véase LAMBERT, J., "Formación de los contrato…", *loc cit.*, p. 69.

que transpone al ordenamiento inglés la DCE, esto es, en el Reglamento 2013/2002 de Comercio Electrónico, que entró en vigor el 21 de agosto de 2002 (*Electronic Commerce Regulations* 2002)[142.]. Esta norma establece la aplicación de la teoría de la comunicación de la aceptación para la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato electrónico realizado a través de un sitio web, con la particularidad de que el pedido y el acuse de recibo se presumirán recibidos por el destinatario cuando las partes a quienes se dirigen puedan acceder a ellos. La contratación por correo electrónico se excluye expresamente de la aplicación de este precepto. Esta exclusión pone de manifiesto que se trata de una de las excepciones reguladas por la *mail box rule*.

Por último, se hace alusión al caso del ordenamiento italiano, en el que la transposición de la Directiva se realizó mediante el Decreto legislativo núm. 70 de 9 de abril de 2003 relativo a algunos aspectos jurídicos del servicio de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico, en el mercado interno[143]. Es interesante destacar como esta norma en su art. 13 establece que las disposiciones sobre conclusión de contratos, son de aplicación también cuando el destinatario de un bien o servicio de la SSI solicite el pedido por vía electrónica.

En el Cc italiano, al igual que ocurre en el ordenamiento español, el conocimiento de la aceptación es decisivo ya que el contrato queda concluido en el momento en el que el oferente tiene conocimiento de la aceptación (art. 1326). El Cc italiano establece una presunción *iuris tamtum* según la cual la aceptación se supone conocida cuando llega a la dirección del destinatario, excepto en el caso, en el que a éste le haya sido imposible conocerla por motivos ajenos a él (art. 1335 Cc). En la contratación a través de sitios web activos esta norma prevé que el pedido y el acuse de recibo se reciben cuando las partes a las que van dirigidas tengan acceso a estos[144].

Teniendo en cuenta las diferentes teorías acogidas en algunos de los ordenamientos de la UE puede afirmarse que no existe un criterio uniforme para

[142] *Statutory Instruments* 2002 núm. 2013, (*www.legislationgov.uk*).
[143] *GazzettaUfficiale* núm. 87 del 14 aprile 2003 - Supplemento Ordinario n. 61, (*www.camera.it*).
[144] Véase GOMEZ VALENZUELA, E., "Formación del contrato electrónico y negocios internacionales: carencias y retos en la normativa comunitaria", *Derecho de los* negocios, (LA *LEY*), núm. 2, diciembre, 2013, pp. 1-17.

determinar el momento de perfeccionamiento del contrato en los contratos entre ausentes[145]. Los países del *Common Law* adoptan la teoría de la expedición o *mail box rule*, mientras que los países pertenecientes al sistema continental europeo optan por la teoría de la recepción o del conocimiento según los casos. En cualquier caso, como se ha indicado *supra*, existen diversas técnicas para la perfección de contratos electrónicos en los que la manifestación de las voluntades negociales se producirá: a través de sitio web, correo electrónico, chat, videoconferencia, etc. Estos medios técnicos utilizados también condicionan la calificación de la contratación electrónica entre ausentes o entre presentes.

C) Regulación en el Derecho convencional, uniforme y transnacional

Con respecto a las diferentes teorías seguidas por los instrumentos de Derecho convencional, uniforme y transnacional sobre el perfeccionamiento del contrato, en primer lugar la CV adopta, al igual que la DCE, la teoría de la recepción (arts. 15.1 y 18.2). Estos preceptos establecen que las declaraciones de voluntad, oferta y aceptación, respectivamente, surtirán efectos cuando lleguen a su destinatario. Sobre este particular, según el art. 24 de la CV se entenderá que una manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

En tercer lugar, los PU también coinciden en esta teoría de la recepción con las anteriores normas citadas. Su art. 2.6 establece que "*la aceptación de la oferta produce efectos cuando la manifestación de asentimiento llega al oferente*" (art. 2.6).

Por su parte la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales en su art. 10 determina el momento y lugar en que los mensajes electrónicos se entienden enviados o recibidos siguiendo similares criterios a los de la LMCE[146].

De esta forma, con respecto a la teoría que determina el momento de la perfección del contrato puede afirmarse, que es común en la mayoría de los instrumentos

[145] Véase LARA AGUADO, M. ª.A., "Formación del contrato…", *loc. cit.*, pp. 531 y ss.
[146] Ambas normas se encuentran disponibles en (*www.uncitral.com*).

internacionales recoger la teoría de la recepción, aunque en algunos supuestos con matices. Este es el caso de la LMCE, que en su art. 15 regula las cuestiones relativas al tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos, disponiendo criterios que determinan el momento de emisión y recepción de los mensajes de datos. Esta norma establece que el contrato electrónico se perfecciona, "(*...) en el caso de que el oferente y el receptor no hayan convenido otra cosa, cuando el mensaje entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador u oferente"* (art. 15 LMCE).

Por último según el MCR siguiendo la teoría de la recepción se considerará que "*la declaración de voluntad es accesible al destinatario cuando sea accesible para esté en el lugar y forma en los que el destinatario pueda razonablemente esperar que será accesible"* [arts. II. I: 106 (4), c) y d) del MCR][147].

De lo expuesto, puede afirmarse que aunque no existe un criterio unánime, en la mayoría de las legislaciones de diferentes países, entre ellos la española, y algunos de los instrumentos internacionales (CV, PU, LMCE, MCR, etc) se ha seguido la teoría de la recepción.

4.-Perfeccionamiento del contrato electrónico: aproximación

Como se ha expuesto *supra*, en los contratos electrónicos que se formalizan a través de sitios web activos el perfeccionamiento no se produce de forma instantánea, motivo por el cual es necesario hablar de diferentes fases o etapas para que esta fase del *iter* formativo tenga lugar.

En primer lugar, con respecto a la oferta, debe indicarse que es la primera de las fases del perfeccionamiento del contrato ya que para que este se produzca es preciso la concurrencia de las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) que constituyen los elementos de este momento temporal que da lugar al nacimiento del contrato a la vida jurídica. La oferta se trata de una propuesta que una de las partes dirige a otra para celebrar con esta un contrato y que en el caso de la contratación electrónica aparece en un sitio web a través de la que se pretende comercializar bienes o servicios[148]. En este contexto

[147] Véase PERALES VISCASILLAS, P., "La formación electrónica del contrato en el *Common Frame of Reference", RCE*, 2009, núm. 100, pp. 21-43.
[148] Véase LARA AGUADO, A., "La oferta y la aceptación contractuales…", *loc. cit.*, pp. 3.

es preciso determinar si la información que aparece en un concreto sitio web es una oferta vinculante.

En segundo extremo, ha de darse la aceptación-adhesión de las CGC, en las que figuran, la mayoría de los términos del contrato, relacionados con la forma de entrega, el pago, el derecho de desistimiento, los gastos de envío, etc. La mayoría de estos contratos operan con este tipo de cláusulas, que tienen su propio régimen jurídico que es necesario determinar.

En tercer término, y también relacionadas con las CGC se encuentra otra fase necesaria para que tenga lugar el perfeccionamiento del contrato electrónico como es el control de incorporación. Esta etapa se refiere al control de los requisitos relativos a la accesibilidad y la transparencia de estas estipulaciones.

Por otro lado, además de las fases señaladas, existen determinadas cuestiones que revisten gran importancia en relación con el momento perfectivo. En primer lugar, los deberes de información que el PSSI ha de proporcionar a los destinatarios de los SSI. Con carácter previo al perfeccionamiento del contrato es necesario que el PSSI proporcione cierta información al destinatario de los SSI sobre distintas cuestiones relacionadas con el propio proceso de contratación que este ha de conocer con carácter previo a la perfección del contrato (art. 10 DCE; art. 27 LSSICE).

Del mismo modo, una vez concluido el contrato, el PSSI también ha de confirmar que ha recibido la aceptación mediante el envío de un acuse de recibo (art. 11 DCE; art. 28 LSSICE). Como se expondrá *infra*, los deberes de información en la contratación electrónica tienen gran importancia ya que cumplen una función instrumental al ser necesarios para asegurar la efectividad de los derechos materiales o sustantivos de la relación contractual.

En segundo extremo, el derecho de desistimiento también cobra gran importancia en el contexto de la contratación electrónica por la propia naturaleza de estas transacciones en las que los clientes sólo tienen acceso al producto a través del catálogo visual que se pone a su disposición a través de la TV. Esta facultad está vinculada al

perfeccionamiento porque puede condicionar en gran medida la aceptación por parte del destinatario de los productos y servicios de la SSI que tiene la posibilidad de dejar el contrato sin efectos sin necesidad de justificar causa alguna[149].

Cada una de estas cuestiones pueden tener un régimen diferente en DIPr, qué es preciso determinar, porque sólo en el caso de que se cumplan los requisitos establecidos en las normas aplicables a estas fases o estadios se producirá el perfeccionamiento del contrato electrónico internacional.

IV.- EL ELEMENTO EXTRANJERO EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El uso de las nuevas tecnologías es un recurso clave que permite la realización de transacciones a través de Internet. Esta vía supone un nuevo escenario para los operadores económicos que facilita la formación de contratos de diversa índole. Este medio de comunicación e intercambio de voluntades negociales tiene un carácter internacional innato. Su utilización hace posible el contacto entre diferentes agentes: empresas, consumidores, administraciones, etc., situados en cualquier parte del mundo[150].

A través de este canal, es posible la formación de relaciones internacionales, ya que personas de diferentes Estados pueden entrar en contacto. Por este motivo, puede afirmarse que Internet se caracteriza por su masividad y accesibilidad universal ya que se trata de una red abierta con la que puede accederse a un sitio web desde cualquier lugar, a cualquier hora[151].

Otra característica de Internet, estrechamente vinculada con su carácter internacional es la deslocalización de este medio debido a que: en primer lugar, en la mayoría de los casos, no es posible conocer el recorrido de la información que circula por

[149] Véase SAINZ-CANTERO CAPARRÓSM. B., "El Desistimiento *ad nutum* en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias", *AC*, núm. 9, mayo de 2008, pp. 29-44.
[150] Véase BATALLA TRILLA, A., *Contratación electrónica…, op. cit.,* pp. 51-56.
[151] Véase ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica..., op. cit*., pp. 45-48.

la red[152]. En segundo lugar, la localización de los sujetos que operan en Internet es desconocida, ya que pueden conectarse desde cualquier lugar. Por último, en ocasiones, el acceso a la red puede hacerse de forma anónima, es suficiente contar con una dirección electrónica en algún portal de acceso masivo[153].

En efecto, la mayoría de las operaciones que se realizan en Internet son internacionales, ya que existen uno o más elementos extranjeros, que hace necesario la regulación por el DIPr. Para la identificación del elemento extranjero en este tipo de relaciones *online* resulta de interés reseñar la cita de J. Maury según la cual, la concurrencia de cualquier elemento extranjero sería suficiente para afirmar la existencia de un "*rapport international*" que reclama la intervención del DIPr[154].

En este contexto, debe destacarse que el DIPr constituye un sector del ordenamiento jurídico nacional cuyo objeto es la regulación de las situaciones jurídico privadas internacionales[155]. Esto es, según los profesores J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo: *"aquellas relaciones jurídicas que ponen en relación distintos sistemas jurídicos, básicamente estatales"*[156].

Por otro lado, como afirma S. Álvarez González existe cierto consenso en considerar que el DIPr "*se ocupa de los problemas provocados por la internacionalidad de las situaciones privadas*"[157]. El legislador nacional, debido a las peculiaridades que presentan las situaciones con elementos de extranjería, diseña un sector del ordenamiento específicamente dedicado a abordar y resolver estas cuestiones[158].

---

[152] Véase MADRID PARRA, A., "El negocio jurídico electrónico", *RCE*, junio de 2002, núm. 28, pp. 35 y ss.
[153] Véase SCOTTI, L.B., "Contratos internacionales celebrados a través de medios electrónicos, ¿Cuál es la ley aplicable?", *Anuario Argentino de Derecho internacional*, XIX, 2010, pp. 47-99.
[154] Véase MAURY, J., "Règles générals des conflits de lois", *RCADI*, t. 57, 1936-III, p. 375.
[155] Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Diversification, spécialisation…",*loc. cit*., pp. 9-426.
[156] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado…, op. cit.,* p. 27.
[157] Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Derecho internacional privado y Derecho privado europeo", S. Sánchez (coord.), *Derecho privado Europeo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 158.
[158] Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Objeto del Derecho internacional privado", *ADC*, XLVI, 1993, pp. 1, 109-1, 151.; KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994, pp. 10-85; KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, Munich, Verlag CH Beck, 1995, pp. 1-104.

Existen tantos sistemas jurídicos como países en el mundo, cada sistema está delimitado por las fronteras del Estado, su ámbito de vigencia espacial. Las leyes, la costumbre, la jurisprudencia, etc, circunscriben su vigencia al territorio del Estado donde se han promulgado, sin embargo esta limitación no es absoluta[159]. El DIPr surge debido a la presencia de ciertas circunstancias de vinculación entre la hipótesis legal de la norma jurídica de un Estado y una situación de hecho que reúne los extremos fácticos previstos en dicha regla jurídica[160]. Este hecho se materializa en la aplicación del Derecho extranjero en otro Estado sobrepasando los límites territoriales del sistema al que pertenece.

El DIPr es la disciplina a la que le corresponde determinar la norma jurídica aplicable en una relación jurídica que admite la posibilidad de regirse por normas de varios países y si tal situación puede estar regida por normas de naturaleza civil, mercantil, etc. Este puede ser el caso de muchos de los contratos que se perfeccionan a través de medios electrónicos. En este contexto, al DIPr le corresponde determinar cual de las partes en la relación jurídica ha de asumir el coste-riesgo de la internacionalidad[161].

Las actuales exigencias relacionadas con esta forma de contratación a través de medios electrónicos hacen necesario diseñar una nueva realidad jurídica[162]. En este contexto, puede hablarse de las reglas del DIPr pero no sólo desde el tradicional ámbito de las técnicas conflictuales sino también considerando las nuevas tendencias hacia la especialización. La manifestación más importante de estas nuevas técnicas se refleja en

---

[159] Véase AGUILAR NAVARRO, M, *Derecho internacional privado*, tomo 1, vol. 1, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1962, pp. 19-55; *id* "Droit international public et droit international privé", Paris, *Mélanges offerts a Jacques Maury*, vol, I, 1960, pp. 3-25; *id.* "Revisión metodológica en el Derecho internacional privado", núm. 13, *REDI*, 1960, pp. 455-480; *id.Lecciones de Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, t.18, 2, 2nd., pp. 1963-1964.

[160] Véase AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho internacional Privado…, op. cit.* p. 53.

[161] Los criterios generales de imputación de riesgos derivados de la pretendida eficiencia del DIPr, como se expone más detenidamente *infra*, responden a la idea de que los riesgos se deben imputar a aquella parte que pueda sobrellevarlos a un menor coste (*cheapest risk berarer*) siempre que la identificación de esa parte y su imputación no implique, a su vez, un coste mayor. El *cheapest risk bearer* es aquella parte en la transacción que pueda prevenir/soportar el riesgo, en cuestión, a un menor coste ya que tiene una ventaja comparativa en la prevención o en la asunción de los riesgos (véase GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales* de Vitoria-Gasteiz, 2001, pp. 87-154).

[162] Véase ULRICH JESSURUN D´OLIVEIRA, H., "The EU and a metamorphosis of private international law", *Essays in honor of Sr. Peter North*, Oxford, 2002, pp. 111 y ss.

las instituciones internacionales para la integración económica y política regional, como es el caso de la UE. Esta situación permite constatar la existencia de dualidades inherentes al DIPr en el contexto jurídico de los ordenamientos estatales y en el contexto del ordenamiento internacional. Este hecho, hace necesario la convivencia dentro de un mismo sistema de reglas que proceden de diversas fuentes[163].

En primer lugar, se toma en consideración el Derecho de otros Estados europeos para la elaboración del propio; en segundo extremo se elaboran instrumentos que tratan de regular las relaciones contractuales europeas como los PECL o el MCR[164].

De otro lado, como es sabido, en el Derecho comunitario conviven distintas normas que provienen de fuentes autónomas y derivadas que hacen preciso que todos estos instrumentos estén coordinados de una forma eficaz[165]. Para ello es necesario una aproximación de los Derechos materiales internos que actuarán de forma complementaria a los instrumentos existentes. En este sentido, como señalan entre otros autores, P.A. De Miguel, la fórmula legislativa comunitaria más importante para la superación del carácter nacional de las reglas de derecho privado es la armonización[166]. La técnica normativa básica para acometer esta tarea es la Directiva (art. 189 TCE) que propicia la unificación legislativa en el ámbito jurídico privado en determinadas materias[167]. En el contexto de la contratación electrónica destaca la DCE en la que la prestación de los SSI ha sustituído

[163] Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Diversification, spécialisation, flexibilitation…", *loc. cit.* p. 72-73.

[164] Véase BASEDOW J., "Un Droit commun des contrats pour le marché commun", *RIDC*, vol. 50, 1998, pp. 17-20; "The Renascence of Uniform Law: European Contract Law", *Legal Studies: The Journal of the Society of Public teacher of law*, vol. 18, 1998, pp. 121-145. Este autor destaca la importancia de la uniformización no legislativa del Derecho, que tiene lugar al margen de la intervención de los Estados. En el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, como es el caso de la contratación electrónica en muchos casos, están presentes diferentes elementos que pueden promover la uniformización jurídica sin la intervención estatal, son los casos de los PECL y de los Principios UNIDROIT (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El lento camino hacia la…, *loc. cit.*, pp 260 y 261).

[165] Véase ROBLES VELASCO, L.M., "El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción?", *RIDR*, octubre, 2010, pp. 56-90.

[166] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Integración Europea y Derecho internacional privado", *RDCE*, 1997-2, pp. 413-445.

[167] Las Directivas como instrumento de la europeización legislativa, van unidas a cierta inseguridad jurídica. Esto se debe a que no excluyen el pluralismo normativo sino que su nivel de definición es muy variable. Pueden darse diferencias en las distintas transposiciones que de las Directivas hagan los Estados miembros, además en algunos casos pueden producirse ciertos retrasos en dicha transposición (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Integración Europea…", *loc. cit.*, pp. 413-445).

el criterio clásico del lugar de prestación del servicio por el del lugar de desarrollo de la actividad económica[168].

En cualquier caso, pese a los esfuerzos de las instituciones y organizaciones internacionales, en particular los emanados de la UE, con el objetivo de coordinar las regulaciones de las situaciones jurídicas privadas de carácter internacional, la unificación del Derecho privado no es una realidad completa en la actualidad[169]. Es importante destacar que, como ocurre en el caso del perfeccionamiento del contrato electrónico existen cuestiones cuya regulación es interseccional al estar relacionadas con diferentes materias, reguladas en el ámbito comunitario (Directivas) de forma horizontal. Por este motivo, en la práctica puede resultar difícil encontrar soluciones satisfactorias para determinadas situaciones, es el caso de las controversias que puedan suscitarse en relación con alguna/s de las cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento del contrato electrónico internacional.

[168] Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, *con esta preferencia por el principio del país de origen se produce una quiebra general del principio de territorialidad del Derecho público de la economía* (véase CALVO CARAVACA, A-L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de Leyes…op. cit.*, pp. 34-35).

[169] Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C., "El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos," *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomos XLV-XLVI, 2004/2005 y 2005/2006, Colegio Notarial de Madrid/La ley, Madrid, 2009, p. 260.

CAPÍTULO PRIMERO

PERSPECTIVA DE DERECHO MATERIAL Y CARÁCTER INTERSECCIONAL DE LA REGULACIÓN DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

I.- PERSPECTIVA DE DERECHO MATERIAL

1.- Libertad de forma en la contratación electrónica

La dinámica contractual propia del *iternegotialis* en el entorno electrónico se basa en la emisión y recepción de declaraciones electrónicas que las partes intercambian hasta llegar a la perfección del contrato. De esta forma, puede afirmarse que los efectos jurídicos de las declaraciones de voluntad emitidas por las partes con el fin de preparar y celebrar un contrato son los mismos, independientemente de que aquellas se efectúen por medios orales, escritos o electrónicos. Por este motivo, el concurso de la oferta y la aceptación de las partes sobre la cosa y la causa del contrato también constituyen las declaraciones de voluntad propias del *iter negocial* en el entorno electrónico.

Por otra parte, ha de señalarse que la validez y eficacia de las declaraciones electrónicas se consagra en normas de ámbito internacional y comunitario, como son las procedentes de UNCITRAL y de las instancias comunitarias. En el ámbito UNCITRAL, la LMCE aborda esta cuestión, estableciendo la validez y eficacia de las declaraciones de voluntad emitidas por las partes electrónicamente (en forma de mensajes de datos); así como los plenos efectos jurídicos de los contratos cuya formación se ha producido mediante el intercambio de tales mensajes electrónicos. Esta norma sienta un valioso precedente, ya que pese a no tener carácter vinculante, su importancia es indiscutible como instrumento de unificación internacional del comercio.

Por otro lado, debe recordarse, que en estrecha relación con el principio de libertad de forma está el ya mencionado principio de equivalencia funcional. En este sentido, el art. 6 de la LMCE recoge la noción de documento escrito, estableciendo que "*cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que contiene éste es accesible para su ulterior*

consulta". De este modo, podemos entender el mensaje de datos por su definición contenida en la misma Ley, entendida como "*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 telefax*".

Para equiparar los efectos jurídicos de un documento contenido en soporte papel a un documento electrónico, debe existir la posibilidad de recuperar el mensaje, de forma que su contenido sea accesible posteriormente y reconocido por los contratantes o por terceros. Con este requisito se da cumplimiento a la exigencia solicitada para los documentos tradicionales de duración en el tiempo[170]. También será necesario comprobar los requisitos de validez, en concreto que las declaraciones no estén viciadas, para que el documento electrónico sea equiparable a un documento tradicional y tenga los efectos pretendidos por la parte que manifiesta su voluntad.

En materia de prueba, el art. 9 de la LMCE establece que "*la información presentada en un mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria*". La expresión "*debida fuerza probatoria*" de este artículo, hace referencia a la fuerza relacionada con su configuración. Se trata de una prueba con carácter relativo ya que no se le puede dar primacía respecto de otras configuradas en soporte papel[171].

Asimismo, el MCR también contiene algunas normas relacionadas con la libertad de forma en la contratación electrónica. En concreto, se hace referencia al contrato electrónico, en el Libro I (Disposiciones Generales). El art. I-I: 106(5) del MCR conceptúa el término electrónico: *"como aquél que se relaciona con la tecnología electrónica, digital, magnética, sin cable, óptica, electrómagnética y otras capacidades similares"*. Por su parte, el art. II: 107 hace alusión a que "*la noticia puede darse de*

[170] Véase LARA AGUADO, Mª, A., "Formación del contrato electrónico…", *loc. cit.*, pp. 485-547.

[171] Un planteamiento similar contiene el Modelo Europeo de Acuerdo de EDI elaborado por la Comisión Europea (*DO* L 338/98). Se trata, también de un instrumento no vinculante, pero que los operadores económicos pueden adoptar como derecho convencional que rija la formación y efectos de los futuros contratos que celebren De acuerdo con lo establecido en el art. 3.1 del citado Modelo Europeo, a cuyo tenor "*las partes con la intención de que este acuerdo resulte legalmente vinculante, renuncian expresamente a hacer uso de cualquier derecho a interponer una acción tendente a invalidar un contrato celebrado mediante el uso de EDI de conformidad con las condiciones establecidas en el Acuerdo basándose únicamente en el hecho de que se celebró mediante el uso del EDI"*.

cualquier forma que resulte apropiada según las circunstancias" [art. II.-I: 106 (2) del MCR].

En este sentido, en el MCR, también se realiza una delimitación del concepto de escrito, concretamente el pfo. 1º del art. I-I: 105 establece que se trata de *"cualquier declaración que esté en forma textual, papel u otro medio duradero y en caracteres directamente legibles*.

Con respecto a la firma, establece este texto en su art. I-I: 106, que no es necesaria para la perfección del contrato, pero establece, en todo caso, el significado de la misma. En el caso de la firma electrónica afirma en su pfo. 3º: "*Que por firma electrónica se entiende cualquier dato en forma electrónica que está anexada o asociada de forma lógica con otros datos electrónicos, y que sirve como método de autentificación*". De otro lado, la firma electrónica avanzada se define "*como aquella que está unívocamente ligada al firmante, que es capaz de identificar al firmante, que está creada usando medios que pueden ser mantenidos bajo el control único del firmante y que están ligados a los datos a los que se refiere de tal manera que cualquier cambio subsiguiente puede ser detectado*", art. I-I: 106, pfo. 4 del MCR.

En relación con la prestación del consentimiento en la contratación electrónica debe indicarse que éste puede manifestarse a través de la firma electrónica. El Reglamento sobre firma electrónica garantiza la conservación a largo plazo de la información, es decir, la validez jurídica de la firma electrónica y los sellos electrónicos durante períodos de tiempo prolongados, garantizando que se puedan validar independientemente de la evolución futura de la tecnología. Esta norma dirige un llamamiento a los Estados miembros para que reconozcan eficacia jurídica tanto a la firma electrónica avanzada como a la firma electrónica sencilla.

Con respecto a la normativa española, la LFE fue la primera norma que reconoció los efectos jurídicos de la firma electrónica, al establecer en su art. 3.4 que la aplicación de una firma avanzada a un mensaje de datos *"tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel"*. Es evidente que, aun cuando se admita que el citado precepto está haciendo referencia a la firma y no al documento electrónico que la incorpora, no deja de

ser cierto que está afirmando la equivalencia de ambos instrumentos electrónicos con sus homólogos escritos.

De otro lado, debe mencionarse el acierto de la LSSICE, pues no se limita a establecer la equivalencia de los "contratos", sino que en términos más amplios consagra la equivalencia de los "documentos" en general[172]. Puede afirmarse, que tanto el ordenamiento jurídico nacional, como el comunitario, otorga validez y eficacia a las declaraciones efectuadas por los operadores económicos a través de medios electrónicos, ya se trate de oferta, contraoferta o aceptación; y con independencia, asimismo, de que aquéllas se realicen vía correo electrónico, a través de la aceptación en un sitio web o vía EDI.

De esta forma, el consentimiento que se presta en los contratos electrónicos no difiere del que debe proporcionarse en otros ámbitos fuera de Internet sólo cambia la forma a través de la que se presta el consentimiento[173]. De acuerdo con el principio de libertad de forma, en la práctica se admiten medios como el telégrafo, el télex, el fax o incluso el correo electrónico para expresar el consentimiento[174].

La validez del documento electrónico se admitió en el ordenamiento español por primera vez en el ordenamiento español, en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, en su art. 45.3 que dispone: "*Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u*

[172] En efecto, ya se hizo referencia al art. 23.3 de la LSSICE, a cuyo tenor, "*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*". Es importante también, la EM de esta Ley (apartado IV), donde, como ya anticipamos, se afirma la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de "forma escrita".

[173] Véase BARNÉS VAZQUEZ, J., "Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético", *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 7, pp. 233-272.

[174] Véase PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho Civil…, op. cit.*, pp. 53-59.

otras leyes"[175]. De otro lado, en materia probatoria, en los casos de documentos privados se admite según el art. 578 de la LEC, en relación con el art. 1225 del Cc que el documento electrónico tiene igual valor que la escritura pública entre las parte que lo suscriban.

El documento electrónico se admite en los países que tienen un sistema de libre apreciación de la prueba[176]. Este es el supuesto de España, donde el juez le debe otorgar la fuerza probatoria y los efectos después de valorar y comprobar su autenticidad (art. 609 de la LEC).Por tanto, no ha de rechazarse la autenticidad del contrato y su existencia sino está firmado en papel por las partes.

2.- Perfección del contrato electrónico

A) Momento de perfección del contrato electrónico

Como se ha indicado *supra,* existen tres fases relacionadas con la celebración de los contratos. En primer lugar, la fase de formación o generación se trata de una fase donde se incardina la responsabilidad *in contrahendo* o previa a la formación del contrato en sentido estricto. En segundo extremo, el perfeccionamiento del contrato que coincide con la concurrencia de las voluntades negociales. Por último, la fase de ejecución supone la finalización del contrato. Como se ha expuesto, Diez Picazo, afirma que en realidad existen sólo dos fases en la celebración del contrato que denomina generación y ejecución. Como fase intermedia a estas dos existe un punto de inflexión que se denomina "perfección del contrato"[177].

Con referencia a la fase de formación o generación del contrato, Diez Picazo distingue entre los contratos de formación instantánea o sucesiva: los primeros son aquellos cuya preparación es obra de un solo acto de los otorgantes, que no ha sido

[175] *BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.
[176] Véase BERGSTEN, E., GOODE, R.M., "Legal Questions and problems to be overcome", Thomas, H.B., Wheble, B.S., *Trading with EDI: The Legal Issues*, London IBC Financial Books, 1989, p. 147.
[177] Véase GINSBURG, J.C., "Global Use, Territorial Rigths: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure", *Journal of the Copyright Society of the USA*, 1995, vol. 42, pp. 318-338; "The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change", *RCADI*, 1998, vol. 273, pp. 243-405.

precedido por ningún otro acto, son contratos que no precisan de una elaboración o discusión[178]".

En cambio, son contratos de formación sucesiva las operaciones de cierta importancia en las que los contratantes precisan un período de tiempo para deliberar las condiciones y para establecer, partiendo de sus posiciones iniciales, el acuerdo al que han llegado. De un modo más preciso, dentro de la concepción de formación sucesiva del contrato, han de situarse solo los casos en los que la contratación se confirma a través de un proceso de formación, teniendo en cuenta las ideas de proceso y procedimiento como realización de actos que se realizan a través de una normal sucesión para obtener un efecto jurídico determinado.

A su vez, la aceptación sucesiva puede ser de dos tipos, puede ser sucesiva como consecuencia de la voluntad de las partes o por hallarse los contratantes en lugares distintos. En este sentido se sitúa la contratación electrónica donde el oferente espera la aceptación del contrato, que se materializa con la pulsación en el icono correspondiente "ok", "aceptar".

Por lo expuesto, puede indicarse que para que el contrato se perfeccione es preciso que la aceptación se declare a quien ha formulado la oferta y que no cambie los términos de esta[179]. Además, es necesario que la aceptación se produzca con anterioridad a que la oferta sea revocada o se extinga. Por tanto, la perfección del contrato determina la existencia del mismo y, por consiguiente, el nacimiento de los derechos y obligaciones que a partir de ese momento resultan exigibles por las partes contratantes. La perfección es la finalización del *iter* formativo del contrato y está sometida a la regla de la consensualidad[180]. Como por ejemplo recoge el art. 1450 del Cc con respecto a la compraventa. Existen en el ordenamiento jurídico español excepciones a esta regla

[178] Véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil…, op. cit.,* pp. 341-345.
[179] Véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *La perfección del contrato…op. cit*. p. 201.
[180] Art. 1450 Cc "La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado." Este precepto pone de manifiesto la consensualidad como base del sistema jurídico español.

general con respecto a los contratos reales, que se perfeccionaran con la entrega de la cosa (arts. 1740, 1758 y 1863 Cc).

En España, el Cc habla del contrato en el art. 1.254, pero no ofrece una definición de contrato. Siguiendo a Díez Picazo, puede afirmarse que: "*aunque la declaración que realiza el citado precepto no tenga los caracteres lógicos de una definición acabada, al menos brinda una idea precisa de lo que es el contrato, alrededor de la cual habrán de girar las indispensables consideraciones que quieran hacerse de esta institución"*.

La formación del contrato, históricamente, se determina dependiendo de los distintos criterios que establece cada legislación. Cabe distinguir tres[181]: en primer lugar, un criterio formalista, que exige formas externas para la existencia del contrato. En segundo extremo, un sistema espiritualista que consagra el principio de libertad de contratación. Por último un sistema ecléctico en el que el consentimiento de las partes basta para formar el contrato.

Este último es el sistema seguido por el ordenamiento jurídico español que preceptúa en el art. 1255 del Cc el principio de autonomía de la voluntad como la opción de que las partes contratantes establezcan las normas que rigen sus relaciones jurídicas privadas. Este principio tiene una vigencia distinta según las diversas materias jurídicas, es el caso del Derecho de familia, en que existen importantes limitaciones a este respecto. El principio de autonomía de la voluntad cobra mayor importancia en el derecho de obligaciones.

La vigencia y límites de este principio se consagran en este precepto: "*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral ni al orden público*"[182].

[181] Véase DIEZ-PICAZO, L., *Los principios de derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp.29-34.

[182] En el Cc existen otros artículos que sirven para desarrollar estos límites genéricos: el art. 1102 del Cc sobre la nulidad de la renuncia a la exigibilidad anticipada del dolo; el art. 1116 del Cc en el que se regulan las condiciones opuestas a las buenas costumbres y prohibidas por la ley anula la obligación de que de ellas depende; el art 1275 del Cc por el que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, etc (*Ibidem*, pp. 29-34).

Los principios de buena fe y confianza mutua delimitan además la legalidad de los acuerdo en cualquier relación contractual. Esta limitación interviende en el momento en los que se fija el contenido del contrato y también en su ejecución. Estas limitaciones están impuestas con la finalidad de proteger a los contratantes, sobre todo a los que ocupan una posición más débil en la relación, como es el caso de los consumidores o usuarios. En relación con esta cuestión es necesario hacer alusión de forma especial a los contratos de adhesión, por tener una especial importancia en el ámbito de la contratación electrónica como se ha señalado[183].

Si bien es cierto que el contrato se rige de acuerdo con los pactos que hayan realizado las partes, con respecto a la concreta formación de la relación contractual, como se ha expuesto *supra*, existen distintas teorías dependiendo de las diversas fases de la relación negocial. En primer lugar, puede hacerse referencia a la teoría de la declaración, también denominada teoría de la emisión. Esta teoría tiene su fundamento en que el contrato se perfecciona en el lugar y la fecha en que se emitió la aceptación[184].

En la doctrina española Sánchez Román se muestra partidario de esta teoría, ya que como sea "*la causa única que puede producir el vínculo, es la voluntad del aceptante; y no cabe que sea el mero conocimiento que de la aceptación tenga el proponente*". Dejar la perfección del contrato supeditado a la toma de conocimiento de la aceptación por parte del oferente supondría, en su opinión, consagrar la teoría del arrepentimiento en los contratos, lo cual no resulta coherente, ya que nadie puede ir en contra de sus propios actos[185].

Aunque, en opinión de Diez Picazo, se trata de una teoría rigurosamente consecuente con el punto de partida dogmático, pues, si el consentimiento contractual se manifiesta simplemente a través de la concurrencia de la oferta y aceptación parece que no debe exigirse nada más que exteriorizar dicha aceptación; y, asimismo, presenta la ventaja de la celeridad, pues asimismo permite al aceptante iniciar la ejecución del

[183] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica…", *loc. cit.*, pp. 7 y ss.
[184] Véase ROVIRA MOLA, A., PALOMA BARO, A., "Problemas de la contratación entre personas distantes", *ADC*, 1958, vol. 11, núm. 1, pp. 158.
[185] Véase SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil, T. IV Derecho de Obligaciones. Derecho de la Contratación*, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, p. 244.

contrato de inmediato ante la certeza de que ya ha concluido por la manifestación de voluntad del aceptante; presenta, sin embargo, graves inconvenientes[186].

El citado autor señala que esta postura hace caso omiso del carácter recepticio de las declaraciones contractuales, no resultando suficiente la mera emisión de la aceptación, pues, en caso contrario, el oferente vendría obligado en virtud de una declaración que no puede conocer[187]. Asimismo, no parece adecuado que el contrato se perfeccione en la esfera exclusiva del aceptante, ya que el aceptante puede negar la existencia de su declaración y al oferente, por ende, le resultaría prácticamente imposible demostrar su existencia y el momento de su emisión. Supone, en esencia, esta teoría que la aceptación escrita pero aún no enviada al oferente es ya efectiva, con los problemas probatorios que ello implica, y sobre todo, en los términos expuestos, porque el oferente queda vinculado sin saberlo[188].

En segundo extremo, la teoría de la expedición o teoría de la remisión, establece que para que el contrato se perfeccione es necesario que la declaración de voluntad en la que se manifiesta la aceptación, se expedida al oferente, esto es que el aceptante haga lo posible para que ésta llegue a su destinatario[189].

Esta teoría presenta como ventaja sobre la teoría de la emisión, que es fácil probar la salida de la declaración de voluntad del ámbito de control del aceptante; sin embargo, no deja de presentar algún inconveniente, como el que no parece muy prudente entender que el contrato se ha perfeccionado por la simple expedición de la aceptación. Esto es, puede producirse la situación extrema que por cualquier causa no imputable al aceptante,

---

[186] Véase DIEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Tecnos, Barcelona, 1997, pp. 49-57.

[187] En el mismo sentido, ROGEL VIDE, C., "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2003, pp. 429-446. Este autor afirma que "*si la esencia del contrato consisten la concurrencia del consentimiento, esta teoría lo hace cierto cuando señala que desde el momento que el aceptante consiente hay contrato*"

[188] Véase DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil…,op. cit*., p. 370; Véase STS (Sala de lo civil), de 24 de noviembre de 1998, (*ROJ* 1998/8756).

[189] Véase ROVIRA MOLA, A., PALOMA BARO, A., "Problemas de la contratación…", *loc. cit.*, pp. 160 y ss.

su declaración no se haya recibido por el oferente porque, por ejemplo, se pierde por el camino, y a pesar de esto, las partes estarían vnculadas por esta cuestión[190].

De entenderse, no obstante, concluido el contrato, el aceptante tendría que probar la expedición de su declaración. Asimismo, de considerarse que el contrato se perfecciona una vez que se expide la aceptación, sería imposible al aceptante retirarla, lo que no resulta lógico, pues, la regulación postal permite al remitente la recuperación de la correspondencia antes de que llegue a su destino[191]. En todo caso, el aceptante no se despoja definitivamente de la aceptación, dado que puede ordenar su retención o pedir su restitución, mientras aquella no llegue a su destinatario.

En tercer extremo, la teoría de la recepción es aquella que entiende que el contrato electrónico se perfecciona cuando la aceptación llega al domicilio o circulo de intereses del oferente[192]. A diferencia de la teoría de la emisión y expedición presenta la ventaja de que respeta el carácter recepticio de las declaraciones de voluntad; y aunque es la más seguida en la doctrina, sin embargo, tampoco está exenta de críticas, pues la conclusión del contrato se hace depender de un hecho material, como es que el oferente haya recibido respuesta del destinatario de la oferta. Además en este supuesto no se da una autentica coincidencia de consentimientos y la declaración de voluntad recibida puede ser afirmativa o negativa. Por este motivo, sostener que el contrato se ha formado porque ha llegado la declaración no tiene sentido ya que en este caso, la formación del contrato dependería de una cuestión estrictamente material[193].

Por último, la teoría del conocimiento o teoría de la información; señala que el contrato se perfeccione cuando el oferente recibe la declaración de voluntad de aceptación y tiene conocimiento de la misma.[194] El fundamento, de esta teoría se relaciona con un principio general que se aplica a todos los contratos, según el cual la declaración de

[190] Véase CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*…, *op. cit*, p. 248.
[191] Véase ROGEL VIDE, C., "Momento y lugar de perfección de los contrato electrónicos", *Anuario de propiedad intelectual*, núm. 2002, pp. 233-250.
[192] Véase LARA AGUADO, M.A., "La oferta y la aceptación contractuales…", *loc. cit*., pp. 315-329.
[193] Véase RODIERE, R., *La formation du contrat*, A. Pedone, Paris, 1976, pp. 32 y ss.
[194] Véase ROVIRA MOLA, A., PALOMA BARO, A., "Problemas de la contratación…", *loc. cit.*, p. 161.

voluntad es completa y eficaz cuando ha llegado al otro contratante y no existiría ninguna razón para cambiar esta regla en los contratos entre ausentes.

La teoría del conocimiento presenta frente a la teoría de la emisión, la ventaja de que el oferente no queda obligado en tanto no se conozca la declaración de voluntad del aceptante sin saberlo, aunque no está tampoco exenta de inconvenientes[195]. Por una parte, como la toma de conocimiento de la aceptación se produce en el ámbito subjetivo del oferente, no puede determinarse con toda seguridad el momento de perfeccionamiento del contrato. De esta manera, no es sencillo probar cuando ha tenido el oferente conocimiento de la aceptación. En todo caso si que puede probarse cuando se envió, e incluso cuando se recibió por el destinatario, pero resulta complicado determinar cuando la conoció el oferente[196].

En relación con esta teoría debe señalarse que para ser consecuente con la igualdad de las partes, para estimarse concluido el contrato, la misma exigencia de conocimiento de la aceptación por parte del oferente, debería requerirse también al aceptante[197]. De esta forma, será necesario hacer posible que éste tuviera noticia de la llegada de su aceptación a conocimiento del oferente y así sucesivamente, lo que como determina Ramella supondría un continuo intercambio de voluntades recíprocamente conocidas, para considerar que el contrato se ha perfeccionado, lo que imposibilitaría la conclusión del contrato entre personas distantes[198].

Como se ha indicado *supra*, en el caso de los contratos electrónicos la DCE opta por la teoría de la recepción. Esta norma, en su art. 11 se encarga de despejar otro interrogante de vital importancia al descartar la teoría del conocimiento (oferta y

[195] Véase GONZÁLEZ GONZALO, A., *La formación del contrato…, op. cit.,* p. 124.
[196] En Italia, opera la teoría del conocimiento relativa a la perfección del contrato electrónico. En este sentido se pronuncian varias sentencias: Tribunale di Messina, Sez., 1 de 6 de diciembre de 2007; Cassazione civ. Sez. III, 1º giugno 2006, n. 13132; Cassazione civ. Sez. III, 22 gennaio 2002, n. 707; Cassazione civ. Sez. III, 16 gennaio 2002, n. 407.
[197] Véase PERALES VISCASILLAS, P., "La formación electrónica del contrato en el Draft Common Frame of Reference*", RCE*, 2009, núm. 100, pp. 21-43.
[198] Véase RAMELLA, A., *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, seguido de un estudio referente a la legislación española por BENITO, L., Madrid, Hijos de Reus Editories, 1897, p. 184.

aceptación se entienden recibidas cuando las partes las conocen) (…). *"Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos."* Pese a establecer cuando se considerá recibida la confirmación, no resulta claro, por el propio entorno electrónico, en que momento las partes pueden tener acceso a la misma. Además la norma comunitaria no aclara en que momento se entiende perfeccionado el contrato electrónico.

Antes de la entrada en vigor de esta norma, la doctrina ante la elección sobre que teoría había de aplicarse en relación con el momento del perfeccionamiento del contrato electrónico optaba mayoritariamente por la aplicación de la regla de la recepción, entendiendo perfeccionado el contrato cuando la aceptación llegada al círculo de intereses del oferente. En el ordenamiento jurídico español a la perfección de los contratos electrónicos les resultan de aplicación los arts. 1262 del Cc y el art. 54 del CCom, respectivamente dependiendo de que se tratase de un contrato civil o mercantil[199].

Hasta la aprobación de la LSSICE existieron dos posiciones relacionadas con el momento de perfección del contrato. Por un lado, la de la Comisión general de Codificación y el Ministerio de Justicia en la que no se establecía regla específica para los contratos electrónicos, sino que se modificaban los arts. 1262 del Cc y 54 del CCom dotándoles de una redacción suficientemente amplia como para comprender aquéllos y basada en la regla de la cognición matizada en los términos ya expuestos; de otra parte, la del Ministerio de Ciencia y Tecnología que pretendía establecer para los contratos electrónicos una regla similar a la del art. 54 del CCom[200].

Al final la solución a esta cuestión es intermedia, se unifica la redacción de estos preceptos consagrando la teoría de la cognición matizada, salvo para los contratos

[199] Véase ILLESCAS ORTIZ, R. *La contratación electrónica…,op. cit*, p. 54.
[200] Véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGUEAL, M.A., "Comentario al art. 1262 del CC. Tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico", *AC*, núm. 10, 2003, pp. 259-271.

celebrados por dispositivos automáticos donde se opta por la teoría de la recepción por considerar perfeccionado el contrato desde que se manifiesta la aceptación.

Por tanto, cuando resulte aplicable la ley española, en virtud de estos preceptos el contrato se considerará concluido en el momento en el que el oferente conozca la aceptación, o bien desde que habiéndoles remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. En este sentido se entiende que la recepción del mensaje de datos se produce cuando las partes puedan tener acceso al mismo, que técnicamente ocurre cuando el mensaje entra en el dispositivo utilizado por el sitio web para recibir comunicaciones. Esta solución regirá tanto en la contratación civil como en la mercantil, con independencia del medio utilizado para la transmisión de las declaraciones de voluntad.

B) Lugar de celebración del contrato electrónico

La determinación del lugar de celebración del contrato electrónico, plantea bastantes dudas, entre otros motivos, porque no existe una posición pacífica, como se ha expuesto *supra*, a la hora de considerar que se trata de una modalidad de contratación entre presentes o entre ausentes.

Para la identificación del lugar de celebración del contrato electrónico resulta indiferente el lugar de ubicación del servidor informático de la empresa que realiza la oferta. En este sentido, de acuerdo con la OCDE, la presencia informática, incluso masiva con ofertas y promociones de tipo comercial, no equivale a la existencia de establecimiento[201].

Resulta interesante señalar la posición de la jurisprudencia alemana en algunos casos en los que los titulares de la marca registrada pretendían el cese del uso de un "*domain name*" en Internet coincidente con el nombre o marca registrada. Los Tribunales alemanes se alejaron de la objeción de que la infracción se produce fuera de las fronteras (en el país en el que se establece el proveedor de servicios).

Por el contrario, se considera que la infracción tiene lugar en el lugar en el que el medio es puesto en conocimiento de las partes y en el que la transmisión se recibe. Cuando

[201] *(http://www.oecd.org).*

la infracción se comete por "*mass media*", se considera que el lugar de comisión no es sólo el de la publicación o difusión.

Por su parte, los tribunales norteamericanos, con carácter general, entienden a efectos de jurisdicción que la mera tenencia de un "*domain name*" con publicidad accesible en la red equivale a publicitar por correo en el lugar de destino de la publicidad[202]. En este sentido, en la contratación electrónica, parece que al menos en principio, la localización del servidor de la empresa para determinar el lugar donde se entiende celebrado el contrato resulta irrelevante[203].

Para determinar el lugar en el que se ha celebrado el contrato, autores como B. Luciana establecen la opción de equiparar las extensiones geográficas (*es; fr; de; uk; br*, etc.) de los nombres de dominio a los territorios estatales. Debe destacarse que esta posibilidad tiene una dificultad en relación con los sitios webs con extensiones genéricas, especialmente, los *.com*[204]. De otro lado, en muchos Estados, aún se puede obtener una extensión geográfica nacional sin que haya que justificar ningún tipo de matriculación o registro físico en ese país. Además, una dirección electrónica puede ser provisional por lo que no siempre puede equipararse a un establecimiento físico. En este sentido, el responsable de un sitio web puede cambiar de prestatario y consecuentemente modificar fácilmente la localización en cualquier momento[205]. Por este motivo, la dirección web no puede ser por sí sola el lugar de establecimiento del PSSI[206].

En este sentido, la DCE en su Considerando 19 dispone: *"Se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la*

---

[202] Véanse los siguientes casos: F. Supp. 2d 1145 (E.D. Mo., Feb. 12, 1999); Case No. 00-CV-4882 (FB), 2002 U.S. Dist. Lexis 1129 (E.D.N.Y., January 22, 2002); WIPO Case No. D2005-0751 (WIPO, Sept. 22, 2005); 469 F.3d 534, No. 05-2359 (6th Cir. November 27, 2006), resoluciones comentadas por HART J.D., *Internet law: a field guide*, Bloomberg BNA, Lewiston, NY, 2008, pp. 12-26.

[203] Véase CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.* pp. 58-83.

[204] Véase LUCIANA SCOTTI, B., "Contratos internacionales celebrados a través de medios electrónicos, ¿Cuál es la Ley aplicable?", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XIX, 2010, pp. 47-99.

[205]Véase CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción…,* p. 27.

[206] Véase VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", *Revista de la Contratación electrónica*, núm. 4, 2000, pp. 25-67, AAVV, "Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el ciberespacio", *Derecho de los Negocios*, abril, 2000, pp. 1-26.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica".

Por su parte, este mismo criterio ha sido recogido, entre otras, por la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales en su art. 6, "*1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar*". *2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse éste. 3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual"*[207].

De otro lado, el lugar de celebración del contrato, en el caso de la legislación española, se recoge en el art. 29 de la LSSICE que distingue la contratación que se realiza por empresas o consumidores. Los contratos electrónicos con empresas, se entienden realizados en el lugar donde se encuentra el establecimiento del PSSI. En los contratos electrónicos celebrados con consumidores, existe una presunción en el art. 29 de la LSSICE de que el contrato se celebra en el lugar de la residencia habitual del consumidor. Se trata sólo de una regla interpretativa para que resulte más sencillo concretar el lugar

[207] En relación con este precepto el art. 10 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, establece que, *"la comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en el que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en el que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en lo dispuesto en el art. 6"*.

de celebración del contrato, cuando la formalización de esta se realiza por vía electrónica[208].

También es importante citar con respecto al lugar de celebración del contrato el art. 1262 del Cc, que fue modificado tras la promulgación de la LSSICE y establece que en los casos de contratos entre ausentes el lugar de celebración será aquel desde el que se hizo la oferta.

3.- Deberes de información en la contratación electrónica

A) Deberes de información en la Directiva 2000/31/CE y en la Ley 34/2002

a) Requisitos de información previos

Los deberes de información previos a la contratación electrónica sobre los que el PSSI debe informar al usuario del sitio web donde comercializa sus bienes y/o servicios se establecen en el art. 10 de la DCE. La transposición de este precepto al ordenamiento español se produce a través del art. 27 de la LSSICE.

Antes de analizar las obligaciones de información previa contenidas en el art. 27 de la LSSICE, debe aclararse que los PSSI tienen otras obligaciones de información impuestas por esta norma. De esta forma, el art. 9 de la LSSICE regula "*(…) el deber de los PSSI de comunicar al Registro Mercantil en el que se encuentren inscritos (o a aquél otro Registro Público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad) al menos un nombre de dominio o dirección de Internet que, en su caso, utilicen para su identificación en Internet"*.

Esta obligación se extiende a la cancelación o sustitución, con la excepción de que esta información esté consignada en el correspondiente Registro. Por otra parte, conforme al art. 10 de la LSSICE, los PSSI también: "*(…) deben disponer de medios electrónicos, que permitan acceder de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a determinada*

[208] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., "Las normas de Derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico", *CDT*, (octubre 2009), vol. 1, n. º 2, pp. 134-159.

información que permita identificarles adecuadamente y que incluya, entre otros extremos, su nombre o denominación social, su domicilio, sus datos registrales y su número de identificación fiscal"[209].

Ahora bien, con respecto a los deberes de información previos que el PSSI debe de cumplir, según lo preceptuado en el art. 27 de la LSSICE ha de mencionarse una primera obligación relacionada con los trámites para la contratación, el archivo y accesibilidad del contrato, los medios técnicos para la detección y corrección de errores y los idiomas en que puede formalizarse el contrato; y en segundo lugar, la contenida en el artículo 27.4 de la LSSICE, relativa a las CGC que regulen el contrato.

Según lo dispuesto en el art. 27.1 de la LSSICE, el PSSI "*debe informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos: los trámites que debe seguir el destinatario para celebrar el contrato; si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible por el destinatario; los medios técnicos que se ponen a disposición del destinatario para identificar y corregir los posibles errores que pueda cometer en la introducción de los datos; y la lengua o lenguas entre las que el destinatario pueda elegir para la formalización del contrato"*.

Según el art. 27.3 de la LSSICE estos deberes de información no se aplicarán si ambos contratantes así lo acuerdan siempre que no sean consumidores. También se excepcionan los contratos realizados a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente (cuando estos medios no se empleen exclusivamente para evitar el cumplimiento de esta obligación).

[209] Véase MADRID PARRA, A., "El negocio jurídico electrónico…",*loc. cit*., pp. 35 y ss; MATEU DE ROS, R. "Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", MATEU DE ROS, R., LÓPEZ- MONÍS GALLEGO, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 150 y ss.

Estas obligaciones de información complementan (no sustituyen) a otros que en materia de información establezcan otras normas. La finalidad de estos deberes de información del art. 27.1 de la LSSI es conceder mayor protección a los destinatarios de los SSI que celebren contratos *click-wrap,* sobre todo en el caso de los consumidores (para los cuales, como se ha expuesto, no puede prescindirse contractualmente dicha disposición).

La preocupación del legislador comunitario y nacional, es el insuficiente conocimiento que pueden tener los usuarios acerca de la contratación electrónica. Este hecho, puede situarlos en una situación de indefensión cuando contratan a través de un sitio web. En este sentido, la propia EM de la LSSICE destaca el afán de la Ley por "*proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet*".

Por otro lado, el art. 27.4 de la LSSICE establece que: "*con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el PSSI debe poner a disposición del destinatario las CGC a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario"*.

Como se expondrá en este trabajo existe la necesidad de coordinar esta norma con la regulación sobre CGC, contenida en la LCGC, debido a que esta tiene diversos requisitos informativos previos a la contratación que han de observarse para que las CGC se consideren correctamente incorporadas al contrato. Estos requisitos de incorporación, como se analizará *infra*, están relacionados con la accesibilidad de las CGC y con la necesidad de que estas se redacten de forma clara y comprensible para los adherentes (art. 5 LCGC).

El art. 27.4 de LSSICE también es una norma de control de incorporación pero no se refiere a los requisitos de transparencia de las CGC sino a la obligación de que el PSSI ponga a disposición de los destinatarios las CGC de manera que puedan almacenarse y reproducirse por estos (accesibilidad).

b) Información posterior: acuse de recibo

La DCE configura el acuse de recibo como una obligación de información postcontractual. De esta forma el art. 11 de la DCE establece que "*1. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes: el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica; se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos (…)*".

Esta norma obliga a los Estados a otorgar efectos jurídicos a los contratos realizados electrónicamente y establece una regulación armonizada de algunos aspectos del comercio electrónico[210].

La obligación de expedición del acuse de recibo en la contratación electrónica presenta una excepción en los casos de relaciones contractuales entre empresas. En estos supuestos, se admite el pacto en contra del envío del acuse de recibo. Este envío del acuse de recibo tampoco se requiere cuando el contrato se celebra por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente. Éste es, asimismo, el criterio adoptado por el legislador comunitario en el art. 11.1 de la DCE, que resulta impreciso ya que no se especifica el plazo en el que debe enviarse el acuse de recibo al aceptante.

Esta cuestión, se resuelve en el ordenamiento español en la LSSICE. De esta forma, el art. 28 de la LSSICE impone al oferente "*(…) la obligación de enviar al aceptante un acuse de recibo en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la aceptación o, alternativamente, una confirmación*". Se pretende facilitar al aceptante la prueba sobre la existencia del contrato, obligación que el oferente puede cumplir por cualquiera de los dos procedimientos anteriormente mencionados.

Podría llegarse a la conclusión de que, por el simple hecho objetivo del depósito

[210] Véase MELCON SÁNCHEZ-FRIERA, C., Las transacciones comerciales en la red, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2012, pp. 1-30; MORO ALMARAZ, Mª. J., "Servicios de la Sociedad de la Información…", *loc. cit*., pp. 133 y ss; RAMOS SUAREZ, F., "La seguridad en el comercio electrónico…", *loc. cit*., pp.126 y ss.

en el buzón del servidor de correo electrónico del destinatario, éste ya lo ha recibido. El legislador comunitario está pensando en el depósito de los mensajes en buzones electrónicos, por ser la solución más simple, aunque no sea la más favorable para el destinatario del mensaje. Cabe sostener que el acuse de recibo de una declaración electrónica de naturaleza negocial surte efectos en el momento en el que llega a la persona que emitió dicha declaración. En la contratación electrónica, este momento coincide con aquel en el que dicho acuse es recepcionado por el equipo electrónico del sujeto que emitió la declaración[211].

De esta forma, la DCE, permite diseñar un modelo de contratación electrónica en tres fases: la primera es la de un empresario, que ofrece por medios electrónicos, por ejemplo a través de una TV, la venta de un bien o la prestación de un servicio (oferta contractual). La segunda, la de un consumidor (u otro empresario), que realiza un pedido por medios electrónicos (aceptación de la oferta). Y, la tercera en la que el primer empresario debe enviar un acuse de recibo de la aceptación que el consumidor (o el segundo empresario) envió[212].

Será conveniente, por otro lado, no confundir este acuse de recibo con el registro electrónico que el sistema de información puede realizar en relación con el envío de una declaración de voluntad a su destinatario, o el aviso de transmisión que en este sentido pueden proporcionar los llamados proveedores de servicios intermediarios[213].

Ha de señalarse que ni la práctica del acuse de recibo ni la de la confirmación podrán evitar el uso fraudulento del nombre, equipos electrónicos o firma electrónica. En cualquier caso, se reducirán los riesgos de fraude toda vez que incrementan las posibilidades de las partes de comprobar la verdadera procedencia y/o alcance de las

[211] A tenor de lo establecido en el art. 28.2 LSSICE, *"(...) en el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en el que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones (...)"*.

[212] Véase CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes…, op. cit.,* pp. 337-346.

[213] Siendo el acuse de recibo una declaración expresa que procede del destinatario de la declaración, su eficacia probatoria es superior a la del archivo. De ahí que el acuse de recibo sea una práctica generalizada no sólo en entornos electrónicos abiertos, sino también en los cerrados, siendo posible, además su generación automática (como consecuencia de unas determinadas pautas de actuación previamente suministradas al sistema de información para que éste opere *ad hoc*).

declaraciones negociales que reciben por vía electrónica. Además, estos instrumentos proporcionan pruebas sobre el envío y recepción de las declaraciones propias del *iter* contractual (propuestas, ofertas o contraofertas contractuales, así como la aceptación de las mismas por la contraparte), aportando certeza y confianza a la contratación electrónica[214].

Resulta difícil determinar el momento de conclusión del contrato, dada la previsión del art. 11.1 b) de la DCE. Esta norma, establece la obligación de enviar un acuse de recibo, pero no regula si es determinante para que la operación se entienda válidamente celebrada. Tampoco precisa a partir de qué momento se entiende que la parte a la que va dirigida la confirmación puede tener acceso a esta. Por este motivo, la parte que ha de recibir la confirmación sólo sabrá que tiene acceso a ella al recibirla, lo que puede suceder horas o días después de que sea accesible.

El cliente que reacciona ante un sitio web comercial lo hace, en la mayoría de ocasiones, aceptando las CGC mediante un *click*). La DCE denomina a este acto "pedido", lo que implica una modificación terminológica, pues la propuesta de la Comisión Europea preveía el término "aceptación" para el mismo acto. Además, la propuesta hablaba también de la "oferta" de un PSSI. Para la comisión era relevante regular las declaraciones dentro del sistema contractual y, al mismo tiempo, fijar de manera vinculante el momento preciso de la contratación por Internet[215].

Finalmente, no puede materializarse esta idea en la DCE, porque no existe en la UE ninguna calificación unitaria del contenido de un sitio web comercial. Según la propuesta de la Comisión, un sitio web constituiría ya una oferta contractual. Si bien, en muchos casos no lo es sino que se trata de una "invitación para contratar".

En la práctica, la omisión del acuse de recibo, en los supuestos en que es obligatorio, no impedirá la perfección del contrato, ya que esta confirmación poscontractual tiene un mero valor probatorio según la DCE[216]. En todo caso, el destinatario de los bienes o servicios electrónicos podrá ejercer las acciones legales

[214] Véase A. GARCÍA VIDAL., "El acceso al comercio electrónico…"*loc. cit*., pp. 102 y ss.
[215] Véase ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación…*, *op. cit.*, pp. 29-31.
[216] Véase DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado…, op. cit*., pp. 915-920.

oportunas por el incumplimiento de este deber de información. Del mismo modo, desde el punto de vista administrativo, los PSSI podrán ser sancionados por no expedir el acuse de recibo cuando sea necesario[217].

De esta forma, la falta de regulación por la DCE del momento de perfeccionamiento del contrato puede deberse a diversas razones: en primer lugar a la diferente regulación que sobre el perfeccionamiento del contrato puedan tener los Estados miembros[218]. Debe tenerse en cuenta que en función de cada ordenamiento, lo que se ha calificado como oferta puede ser una "*invitatio ad offerendum*", y lo que se considera aceptación puede tratarse simplemente de la conformidad previa. De ahí que la versión final de la DCE, con pretensión de neutralidad, se limite a hablar de la "realización de un pedido", sin calificar jurídicamente las actuaciones y declaraciones de las partes. Este hecho conlleva la indeterminación normativa del momento en el que se considera concluido el contrato electrónico[219].

En segundo extremo, como se ha indicado *supra*, mientras que en algunas ocasiones este tipo de relaciones contractuales se consideran realizadas entre presentes (debido a la rapidez con la que se efectúan), en otras, se consideran como una contratación entre partes ausentes. Por este motivo, la DCE difícilmente podía adaptar su contenido a la regulación establecida en los sistemas de los diferentes Estados miembros respecto a esta cuestión[220].

En relación con esta cuestión, resulta de interés destacar que la LMCE establece la posibilidad de condicionar la eficacia de las declaraciones negociales electrónicas a la recepción del acuse de recibo. Esta opción se prevé cuando éste haya sido exigido por una de las partes, en cuyo caso no se considera enviada la declaración electrónica hasta que no se reciba por el emisor de ésta el correspondiente acuse de recibo[221].

---

[217] El art. 38.3 f) de la LSSICE califica como grave la infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de enviar acuse de recibo al destinatario, en los casos en que fuese necesario.
[218] Véase GÓMEZ VALENZUELA, E; GARCÍA CABRERA L., "Normativa comunitaria y exportación online de aceite de oliva: Problemas existentes y posibles soluciones", *Revista Aranzadi de Nuevas Tecnologías*, núm. 35, 2014, pp. 158-166.
[219] Véase GRUNDMANN, S., "Das Internationale Privatrecht…", *loc. cit,* p. 451.
[220] Véase SPINDLER, G., "Die E-Commerce-Richtlinie", *loc. cit...*, p. 107.
[221] En efecto, a tenor del art. 14.3 de la LMCE, "(…) *cuando el iniciador haya indicado que los efectos del*

B) Regulación en el Derecho transaccional y en otros instrumentos

En este apartado se destaca el deber de información contractual en varios instrumentos europeos, como son el MCR y los PECL, así como en la PMCC, que si bien no son específicos de la contratación electrónica pueden aplicarse a este tipo de transacciones.

En primer lugar, en el MCR el Derecho de información se regula en el art. 3:105. (3). En este precepto, se enumeran una serie de deberes de información que han de cumplirse con carácter previo a la celebración del contrato. El incumplimiento de estos deberes puede ocasionar el desistimiento por parte del aceptante siempre que se notifique según el art. II.- 5: 103 (tiempo de espera). El MCR generaliza el deber de información precontractual en la contratación de bienes y servicios.

En segundo extremo, en los PECL se regulan las consecuencias de que la información proporcionada en un determinado contrato sea incorrecta (art. 6:106). Según este precepto, la parte que haya aceptado la conclusión de un contrato en el que la información proporcionada por el oferente es errónea tendrá derecho a reclamar los daños derivados de esta actuación. Este hecho podrá entenderse cuando la información para la conclusión del contrato induzca a error a la parte a la que fuera destinada[222].

En tercer término, debe destacarse que en enero de 2009 se publicó por el Ministerio de Justicia la PMCC que se inspira, en muchas cuestiones, en algunos textos europeos como es el caso de los PECL. Por razones cronológicas, la Comisión General de Codificación no pudo tener en cuenta el MCR[223].

---

mensaje de datos estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que el mensaje de datos no ha sido enviado en tanto no se haya recibido el acuse de recibo".

[222] Como advierte S. Sánchez Lorenzo, esta inspiración aparece en el Anexo final de la PMCC. En este sentido el art. 1.278 de la PMCC reproduce el art. 5: 101 de los PECL de forma casi literal Por su parte el art. 1.279 de la PMCCse presenta de forma similar a los arts. 5: 102 de los PECL; II 8: 102 (1) del MCR; 4.3 de los PU y 8 y 9 de la CV (véaseSÁNCHEZ LORENZO, S, "La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos", ALBIEZ DORMHAN, J.K., *Derecho europeo y modernización…, op. cit.*, p. 759).

[223] En cualquier caso, en el futuro, si la Comisión general de codificación quiere seguir con esta iniciativa de reformar el libro IV o cualquier otra institución, intentando armonizar el Cc con el Derecho contractual europeo, deberá tener en cuenta los últimos textos europeos que se hayan promulgado (véase ALBIEZ DORMHAN, K.J., ,"La necesaria influencia …" *loc. cit.*, p. 23).

En la actualidad, el Derecho contractual necesariamente debe tomar en cuenta la importancia de regular el deber de información precontractual. Esta obligación constituye un instrumento para el buen funcionamiento del mercado[224]. En la PMCC el deber de información precontractual está recogido, por la necesaria armonía con el Derecho comunitario, en la contratación con consumidores, pero no aparece regulado como un deber específico en la parte dedicada a "las negociaciones" en la que se limita a exigir que "las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe".

En relación con el tema objeto de estudio el art. 1268 de la PMCC, introduce una importante novedad con respecto a los Derechos de información previos y posteriores en relación al Derecho comunitario y europeo. Este precepto establece que: "1. *Quien con la finalidad de celebrar contratos a distancia se valga de técnicas de comunicación electrónica deberá poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación, mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado y de modo permanente, fácil y gratuito, información clara sobre los siguientes extremos: a) Los distintos trámites que sea preciso seguir para celebrar el contrato b) La lengua o lenguas que hayan de utilizarse. c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos. d) La forma en que en su caso vaya a archivarse el documento electrónico y aquélla en que resulte accesible.*

Deberá también tener a disposición del destinatario las condiciones generales a que debe sujetarse el contrato de manera que pueda almacenarlas y reproducirlas.

[224] En este sentido, R. Bercovitz destaca que la finalidad fundamental de este derecho es la de "*proteger al consumidor frente a su falta de conocimiento directo de lo adquirido en el momento de aceptar la propuesta contractual y perfeccionar la compraventa*", aunque advierte que también puede cumplir otras funciones [Véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Comentario a los arts. 40 a 48", R. Bercovitz Rodriguez-Cano; J. Leguina Villa (coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 698-735]; De otro lado, autores como M. Pasquau, advierte que el déficit de información y de reflexión son elementos que, en realidad, de un modo u otro concurren en casi todas las modalidades de contratación con consumidores, ya que "se tratará siempre de una relación contractual asimétrica, en la que los consentimientos de ambas partes (empresario o profesional, y consumidor) no son homologables" [véase PASQUAU LIAÑO, M., "Las ventas a distancia (arts. 38 a 48)", J.L. Piñar Mañas, E. Beltrán Sánchez, (dirs.), *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 297-363].

Las disposiciones del presente artículo no excluyen la aplicación de lo Previsto en el artículo anterior cuando uno de los contratantes sea un consumidor (…)"

De lo anterior se desprende que el art. 1268 de la PMCC prácticamente se identifica con el art. 27 de la LSSICE. Sin embargo en el siguiente párrafo se introduce la novedad que antes se apuntaba con relación al derecho de desistimiento del destinatario. Este hecho es importante ya que que si la modificación operada en el Derecho de consumo sobre este particular ya amplía el plazo de desistimiento a los 14 días, en este caso se supedita el cómputo de este plazo al cumplimiento del mencionado deber de información previo en la contratación electrónica.

Esto es, la importancia de los deberes de información según la PMCC es tal, que si no se cumplen no se inicia el cómputo del plazo para desistir del contrato y por tanto dejarlo sin efectos[225].

C) Especialidades en la contratación electrónica de consumo

Los deberes de información en los contratos celebrados con consumidores, presentan la especialidad de tener una regulación propia, establecida en la Directiva 2011/83/UE y en la Ley 3/2014[226]. La Directiva 2011/83/UE enumera en su art. 6 la información que ha de facilitarse a los consumidores en los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil. Este es el caso de los contratos electrónicos en los que intervienen este tipo de sujetos. En el ordenamiento español, de forma similar a la regulación establecida en la Directiva, la información que con carácter previo debe facilitarse al consumidor en el caso de ventas a distancia o fuera de

[225] El derecho de desistimiento, como se analizará *infra*, se establece en la normativa que regula esta figura, entre las que destaca la Directiva 2011/83/UE como un instrumento de protección del consumidor, que se acentúa en el caso de los contratos celebrados a distancia, véase ALVAREZ MORENO, M.T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 217-219; CLEMENTE MEORO, M. E., "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2006, núm. 16, pp. 163-184. Del mismo modo, J.J. Marín López destaca que la utilidad teórica del derecho de desistimiento consiste en que "el comprador puede desvincularse del contrato si la cosa que le entrega el vendedor no coincide con la que él esperaba legítimamente a la vista de la información proporcionada por el vendedor", pero en la práctica no es exactamente así, habida cuenta de que "el comprador puede desistir del contrato aunque la cosa coincida enteramente con la oferta en la propuesta de contratación", (véase MARÍN LÓPEZ, J.J., "Comentario a los arts. 38 a 48…", *loc.cit.*, p. 325).

[226] *DO* L 304/64 de 22 de noviembre de 2011 y *BOE* núm. 76 de 28 de marzo de 2014.

establecimientos mercantiles se establece en el art. 97 dela LGDCU. La modificación de este precepto se realizó por la Ley 3/2014 que transpuso el contenido de la Directiva 2011/83/UE al ordenamiento español.

De esta forma, si el PSSI decide comercializar sus productos en Internet, y dirige su oferta, entre otros, a los consumidores que residan en España debe saber que deberá informar sobre las siguientes cuestiones[227]: "*las características de los bienes o servicios, los datos del empresario , entre otros nombre y dirección; el precio total de los bienes o servicios, incluidos impuestos; duración del contrato; el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato; la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación, información sobre el derecho de desistimiento; un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes; la existencia de asistencia postventa al consumidor y usuario; la existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso*"[228].

Como puede comprobarse algunos son similares a los que establece la normativa específica sobre contratación electrónica y otros son generales para cualquier tipo de contrato que se celebre *ofline.* Este hecho se debe a que dicha regulación no está prevista únicamente para los contratos electrónicos celebrados con consumidores sino para cualquier tipo de contrato a distancia o celebrado fuera de establecimiento mercantil.

El art. 98 dela LGDCU que traspone el contenido del art. 8 de la Directiva 83/2011/UE, establece los requisitos formales que ha de contemplar el empresario cuando facilita al consumidor la información anteriormente enumerada (art. 97 de la LGDCU).

---

[227] Véase HÖHNE, M., *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität*, Max Planck-Institut, Mohr Siebeck, Hamburgo, 2016, pp. 47-85.

[228] De otro lado, el art. 97 de la LGDCU enuncia determinadas cuestiones sobre las que debe de informarse al consumidor cuando proceda: "*(…) sobre la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario; la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables; toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer; la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo".*

Esta ha de proporcionarse de acuerdo a la técnica de comunicación y en la lengua utilizada para celebrar el contrato. Como se analiza *infra*, esta cuestión plantea algunas peculiaridades con respecto a la forma de pago, que ha de estar claramente definida según esta regulación en el caso de los contratos electrónicos.

Con respecto a los requisitos formales sobre la información que ha de proporcionar el empresario en los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimientos mercantiles, como se ha indicado *supra*, la Directiva 2011/83/UE también contempla las exigencias necesarias para realizar esta labor. En concreto, para el caso de la contratación electrónica es de interés el art 8.3 de la Directiva 2011/83/UE. Este precepto establece que: "*los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar, al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas"*. El fundamento del art. 8.3 de la Directiva 2011/83/UE radica en el hecho de que un contrato electrónico entre un comerciante y un consumidor no se puede concluir si el comerciante no garantiza que el consumidor es consciente de la obligación que está asumiendo, antes de realizar el pago[229].

El legislador español, en su transposición, mediante la Ley 3/2014 que modifica el TRLDCU, concretamente en su art. 98.3 realiza una transcripción idéntica del art. 8.3 de la Directiva 2011/83/UE[230]. Sin embargo, a diferencia de la norma española, existen ordenamientos europeos que al transponer este precepto introducen una garantía adicional, en materia de información para los consumidores que contratan a través de Internet. Es el caso de Alemania, que en el art. 312 (párrafos 3 y 4) del *BGB* asegura una protección eficaz de los consumidores con respecto a la cuestión de las actuaciones ilícitas en la contratación electrónica[231]. Estas pueden producirse en sitios web que están

[229] Véase SUQUET CAPDEVILA, J., "The Eropean legal framework on consumer online dispute resolution (ODR)", AAVV, *Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruylant, Bruselas, 2015, pp. 162 y ss.
[230] Véase SIEBER, U., "EuGH: Einbeziehung von AGB durch "click wrapping", *Multimedia und Recht*, 8/2015, pp. 515-516.
[231] *Ibidem*, p. 195.

diseñados para llevar a la conclusión de contratos sin que el consumidor sea consciente de la obligación de pago que genera la aceptación de las CGC[232].

De esta forma, el ordenamiento alemán obliga a que en los contratos electrónicos se identifique (claramente), mediante el uso de un botón, la obligación de pago, de forma que este debe estar etiquetado para que no genere confusión alguna. La solución del botón (*Buttonlösung*) tiene como objeto no sólo identificar el momento en el que se hace el pago sino también que el consumidor pueda saber en qué momento se completa la compra. Por este motivo, para que el PSSI cumpla con la obligación prescrita por el art. 312 (pfos 3 y 4) del *BGB* es necesario identificar claramente en el botón si su pulsación constituye el último paso para concluir la operación[233].

De otro lado, en relación con la necesidad de que la cuestión relativa al pago del producto o servicio objeto del contrato se identifique claramente pueden presentarse cuestiones que dificulten el cumplimiento de este requisito relacionadas con el idioma. Además, la traducción de una determinada expresión puede ser diferente en el Estado del PSSI y en el del consumidor. En este sentido se pronuncia el Considerando 15 de la Directiva 2011/83/UE estableciendo que "*la presente Directiva no debe armonizar los requisitos lingüísticos aplicables a los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico respecto a la información de los contratos y las cláusulas contractuales*".

De esta forma, puede afirmarse que el legislador comunitario dota de libertad a los Estados miembros con respecto a los requisitos relacionados con el idioma de la

[232] Véase HOFFMANN, J., "Die Buttonlösung bei grenzüberschreitnden Vertragsschlüssen", *IPRax*, núm 35 mayo-junio de 2015, pp. 193-197.

[233] Esta solución del botón es aplicable a los casos de consumidores alemanes (profesionales establecidos en Alemania o actividad dirigida de algún modo a este país). Es cierto que según el art. 6 del Reglamento Roma I en los contratos celebrados con consumidores es posible la elección por las partes de la ley aplicable al contrato, pero siempre que no mermen las normas imperativas del estado de residencia del consumidor, en este caso el art. 312 del BGB. De esta forma, los PSSI que entre otros mercados dirijan sus ofertas a Alemania, deben de considerar entre los requisitos formales de información que han de facilitarse a los consumidores que la obligación de pago sea fácilmente identificable, según establece la normativa alemana enunciada (véase SONNTAG M., *Einführung in das Internetrecht*, Linde, Viena, 2014, pp. 45-47).

información que han de facilitar a los consumidores[234]. En este sentido, es interesante destacar que debido a la libertad que tienen los Estados en esta materia el botón de pago puede aparecer etiquetado en otro idioma diferente al del consumidor que accede al sitio web[235].

Por tanto, los obstáculos lingüísticos existentes relativos a la solución del botón se dan por la falta de regulación por la Directiva 2011/83/UE de este extremo, motivo por el cual, el botón del pago puede aparecer etiquetado en diferentes idiomas y con diferentes nomenclaturas. En cualquier caso, la importancia radica en el hecho de que la obligación de pago aparezca bien identificada[236].

4.- Desistimiento en la contratación electrónica de consumo

A) Regulación comunitaria del desistimiento: Directiva 2011/83/UE

El derecho de desistimiento se da cuando el consumidor decide revocar libremente su declaración de voluntad sobre el contrato sin alegar causa alguna y sin ningún coste[237]. El derecho de desistimiento no impide el perfeccionamiento del contrato electrónico que se dará cuando se completen cada una de las fases señaladas *supra*, atendiendo al régimen jurídico expuesto en cada uno de los casos. Ahora bien, si una vez perfeccionada la relación contractual electrónica el consumidor ejerce su derecho de desistimiento, el contrato se dejará sin efectos[238]. Por este motivo, se puede hablar de esta facultad como

[234] Véase AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 170- 178.
[235] *OLG Hamm MMR* 2014, 534 (citada y comentada por HOFFMANN, J., "Die Buttonlösung bei grenzüberschreitnden…, *loc. cit*.", p. 196).
[236] A modo de ejemplo, en relación con la solución del botón se puede citar el sitio web de la empresa *Amazon (www.amazon.com).* En este sitio web el botón para completar el proceso de pedido dice: "*Haga su pedido*". Según J. Hoffman, al que se sigue en este apartado sobre la *buttonlosüng,* en este caso, al no haber una referencia explícita a la creación de una obligación de pago, tal formulación no cumple con los requisitos de la legislación de Alemania. Por este motivo, si la citada empresa se dirige al mercado alemán, el contrato aunque se hubiese perfeccionado por darse todas las fases necesarias, podría ser ineficaz, Para evitar este tipo de situaciones, la empresa que decida comercializar sus productos, entre otros, en el mercado alemán, a tenor del art. 312.3 del BGB debe utilizar una redacción clara en el apartado (botón) del sitio web relativo al pago, para indicar que se dirige a la conclusión de un contrato en el comercio electrónico y que implica el pago del bien o servicio (LG München I BeckRS 2014, 12699, *Amazon Prime-Mitgliedschaf*).
[237] Véase ÁLVAREZ MORENO, M. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales,* Edersa, Madrid, 2000, pp. 16-22.
[238] Art. 68.1 LGDCU.

una vicisitud del contrato o un suceso que si se produce afecta a la relación contractual ya que provoca su ineficacia[239].

La regulación del derecho de desistimiento, al tener especial relevancia en los contratos de consumo se encuentra principalmente en la Directiva 2011/83/UE (arts. 9-16), que lleva a cabo una armonización plena de este derecho en el seno de la UE[240]. En relación con el desistimiento, la LGDCU, modificadapor la Ley 3/2014 (arts. 68-79), también introduce modificaciones con respecto a esta cuestión, para adaptar el contenido de la norma comunitaria. Estas normas establecen el régimen general en la materia, que sólo se aplican en defecto de disposiciones específicas.

Las principales modificaciones introducidas por la citada Directiva comunitaria y que han sido incorporadas al Derecho español mediante los citados preceptos son[241]: en primer lugar, se establece un régimen unitario para los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y para los contratos celebrados a distancia. En segundo extremo, con respecto al plazo, se establece un período de desistimiento de 14 días naturales, aplicable también a estos dos tipos de contratos.

En tercer término, se introduce un modelo armonizado de formulario de desistimiento y se contempla la posibilidad de cumplimentar y enviar electrónicamente el documento de desistimiento o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del comerciante (arts. 68-70 de la LGDCU). Del mismo modo, se establece un plazo máximo de 14 días para que el comerciante, en caso de desistimiento, reembolse al

[239] En relación con el derecho de desistimiento, como se ha señalado, es interesante la STJUE de 3 de noviembre de 2004 (As. C-16/03) en el caso *ebay.de*. La cuestión que se analizaba era hasta qué punto las empresas (no otros consumidores) que utilizan como plataforma de ventas, el sitio de subastas electrónicas de *e-bay*, debían respetar el derecho de desistimiento del consumidor. En este caso, el TJUE decidió que sí se debía permitir al consumidor desistir del contrato. Entiende el Tribunal que las subastas por Internet difieren sustancialmente de las llevadas a cabo fuera de Internet, en éstas, es el vendedor quien decide, una vez que el comprador ofrece una determinada cantidad por el bien o servicio, y después de que el vendedor le hubiera instado a ello; en las subastas electrónicas, en cambio, quien decide, a través de la puja que remite mediante el *clic* del ratón y siempre que ésta sea la más alta, es el comprador. El TJUE entiende que las restricciones a este Derecho no operarán en la mayoría de los casos, porque cualquier excepción al mismo debe interpretarse de forma restrictiva[239].

[240] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., Derecho privado…, *op. cit.*, p. 929.

[241] Véase BERMUDEZ BALLESTEROS, M.S., "El Derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, n. º 1, 2012, pp. 61-79.

consumidor los pagos recibidos (art. 70 LGDCU)[242].

El Título III (arts. 102 a 108), incorpora las normas de los arts. 9-16 de la Directiva 2011/83/UE, a establecer un régimen muy detallado del derecho de desistimiento en relación con tales contratos que son aplicables a los contratos electrónicos de consumo, con excepción de los casos establecidos en el art. 103 de la LGDCU[243].

El derecho de desistimiento como vicisitud del contrato celebrado con consumidores esta relacionado con las cualidades personales del contratante, cuando precisamente el marco en el que se desenvuelve es, por lo general, el de la contratación en masa[244]. Esta facultad está relacionada con la formación de la voluntad del consumidor y por tanto con el perfeccionamiento del contrato, aunque se ejercite después de la celebración de este[245]. Esta afirmación se deriva de la finalidad que tiene esta figura que responde a la facultad del consumidor de desvincularse del contrato de una forma rápida y eficaz sin tener que recurrir a otras vías generales y judiciales como pueden ser la nulidad o la anulabilidad[246]. Dicho de otro modo, el consumidor acepta los términos del contrato electrónico porque tiene la facultad de desvincularse de este, de forma que, en algunos supuestos, si no contara con esta opción, no aceptaría y por tanto la relación jurídica no se perfeccionaría[247].

---

[242] Véase LLORENTE SAN SEGUNDO, I., "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre Derechos de los consumidores", *CDT*, octubre de 2013, vol. 5, n. º 2, pp. 373.

[243] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., Derecho privado…, *op. cit.*, p. 930.

[244] Como se ha señalado *supra*, este Derecho de desistimiento está regulado en el Cc español en diferentes figuras contractuales.

[245] Véase MARÍN LÓPEZ, M.J., "Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo", *Diario La Ley*, n.º, 7696, septiembre de 2001, pp. 24-49.

[246] Sobre la nulidad o la anulabilidad de los contratos pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial…*, *op. cit*., pp. 27-32; DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil…, op. cit*., pp. 120 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J y otros, *Elementos de Derecho Civil…, op. cit*., pp. 25-36; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil…, op. cit.,* pp. 43-58; SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.), *Curso de Derecho Civil…, op. cit.,* pp. 41-44.

[247] Al ejercer el Derecho de desistimiento el consumidor manifiesta que no quiere seguir vinculado al contrato (véase DÖNMEZ, Z., *Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertragen*, PL, Academic Research, Frankfurt am Main, 2015; MARÍN LÓPEZ, M.J., "Los derechos del consumidor...", *loc. cit*., p. 25. ÁLVAREZ MORENO, M. T., *El desistimiento unilateral…, op. cit.,* pp. 14 y ss.; BERMUDEZ BALLESTEROS, M.S., "El Derecho de desistimiento...", *loc. cit.*, pp. 61-79; DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, 2/2009, pp. 1-22; LLORENTE SAN SEGUNDO, I., "La adaptación de la normativa…", *loc. cit.*, pp. 371-397).

En especial, en el contexto de la contratación electrónica, debe indicarse, además, que el desistimiento responde a razones jurídicas y económicas ya que pretende incentivar el consumo, facultando a los consumidores que se vinculan a una relación contractual, a desligarse posteriormente sin alegar causa alguna. De esta forma, como señala R. Zimmermann, cobran importancia las cuestiones políticas que justifican este derecho de desistimiento del consumidor con el fin de incentivar la contratación en concretos ámbitos económicos como es el electrónico[248]. La necesidad de mitigar la desigualdad del consumidor y su consiguiente posición de inferioridad basada en las diferentes circunstancias de la contratación electrónica justifica este derecho, aunque este hecho tenga como consecuencia la derogación del principio de la fuerza obligatoria del contrato[249].

De esta forma, la diferente posición del consumidor en la contratación electrónica, hace que se den dudas acerca de la decisión de aceptar una oferta que ve en Internet y que puede ser: captada, forzada poco madurada, influenciada, etc., debido a los métodos o técnicas "agresivas" empleadas por la otra parte[250]. Pero también merecen especial consideración las previsiones de los autores que defiende el derecho de desistimiento desde la perspectiva del consumidor, justificando el mismo como una posibilidad concedida a este para proteger su patrimonio. El objetivo es que la parte débil del contrato

[248] Véase ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 248-254.
[249] Véase DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, 2/2009, p. 7-8.
[250] Véase BOTANA GARCÍA, G.A., "Protección de consumidores y comercio electrónico…", *loc. cit*., p. 134; ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho Mercantil* (tomo I), Ariel., Madrid, 2009, p. 791; MASSAGUER J, Artículo: "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm 27, 2010, pp. 20-21; SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*, Pirámide, Madrid, 2012, p 44. Por el contrario en la actualidad algunos autores afirman que la garantía del Derecho de desitimiento abre oportunidades para un comportamiento oportunista del consumidor y que estas posibilidades deben restringirse. En este sentido existe tesión entre el consumidor oportunista y la eficacia del Derecho de desistimiento. En este sentido al diseñar el derecho de revocación se puede aumentar su efectividad limitando el comportamiento oportunista del consumidor, este hecho se hace desde la perspectiva del DIPr como se expondrá *infra* protegiendo al consumidor pasivo, esto es en el ámbito del comercio electrónico aquél al que se le ha dirigido la oferta electrónica. Esta cuestión repercute tanto en el ámbito de la ley aplicable como de la CJI en los contratos electrónicos de consumo en los que se ejerza el Derecho de desistimiento. Algunas formas de disuasión del ejerccio del desistimiento para los consumidores oportunistas son los costes que conlleva esta facultad que en algunos casos podrán ser asumidos por estos. Por otra parte el empresario tiene Derech a retener la cuantióa objeto del precio hasta que no se devuelva el producto. Del mismo modo la conducta oportunista del consumidor puede ser prevenida y sancionada por demandas contra el consumidor (véase HÖHNE, M., *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen…, op. cit.,* pp. 47-85.

pueda reflexionar sobre si puede hacer o no frente a las obligaciones asumidas y valorar el coste económico del bien o servicio adquirido con la finalidad última de evaluar la viabilidad económica de los vínculos asumidos[251].

Esto es, en la contratación electrónica, el usuario no tiene oportunidad de ver (físicamente) el producto objeto del contrato, además, las condiciones de este le vienen impuestas por el empresario sin posibilidad de negociación alguna. En este contexto, puede ocurrir que el consumidor manifieste su aceptación porque, en primer lugar, dispone de la información (legalmente exigida) previa y posterior a la contratación electrónica y, en segundo extremo, porque dispone de la facultad de dejar sin efectos el contrato previamente perfeccionado (derecho de desistimiento), en un determinado periodo de tiempo. De esta forma, puede ocurrir que si el usuario no dispusiera de estos derechos (información y desistimiento) no aceptaría el contrato y por tanto este no podría perfeccionarse[252].

En otro orden de cosas, ha de advertirse que si bien en este apartado se aborda la cuestión relativa al desistimiento en los contratos electrónicos celebrados con consumidores, en los contratos celebrados entre profesionales las partes también podrán, en determinados casos, acordar la posibilidad de desistir del contrato[253]. Además, en ocasiones, en los contratos electrónicos, las CGC que aparecen en el sitio web del oferente, entre las que suele incluirse la facultad de desistir del contrato se establecen de forma general para la contratación B2B y B2C. Si bien algunas empresas indican expresamente que el derecho de desistimiento sólo opera en el caso de contratos celebrados con consumidores[254].

En cualquier caso, como se ha indicado, en la actualidad, y pese a que el

[251] Véase BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho del desistimiento del consumidor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 28-39; ÁLVAREZ MORENO, M.T., *El desistimiento unilateral…, op. cit.,* pp. 46-51.
[252] Véase SIRVENT GARCÍA, J., El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica", *Perspectivas del Sistema Financiero. El Consumidor en la Contratación Bancaria Electrónica*, número 96, año 2009, pp. 35-49.
[253] En relación con este tema, en el caso de España, el Cc regula el derecho de desistimiento en varias figuras contractuales (en el contrato de mandato hay que tener en cuenta la renuncia del mandatario y la revocación del mandante, art. 1732 del Cc; en el de sociedad cabe la disolución por voluntad o renuncia de uno de los socios, arts. 1700.4º y 1705 del Cc).
[254] Véase DÖNMEZ, Z., *Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertragen…*, *op. cit.*, pp. 5-43.

desistimiento puede estar presente en los contratos B2B, el régimen unitario y general de esta figura se circunscribe en el ámbito de la UE a la protección de los sujetos que tienen la condición de consumidores. El hecho de otorgar más relevancia a las razones de política jurídica o a las razones de política económica, tiene influencia en la determinación del ámbito de aplicación (personal) del derecho de desistimiento. Si prevalecen las razones estrictamente jurídicas, el derecho de desistimiento ha de estar limitado a los contratos en los que ha de reforzarse la posición contractual del consumidor para garantizar la correcta formación del consentimiento al aceptar una determinada oferta contractual.

Si por el contrario, priman las razones de política económica que conforman la facultad de desistir para salvaguardar el patrimonio del deudor y su posible sobreendeudamiento, sería lógico ampliar el ámbito de aplicación más allá de los contratos de consumo.

B) Plazo de ejercicio y deber de información

Para todos los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento, el art. 9 de la Directiva 2011/83/UE fija un plazo de desistimiento de catorce días naturales y aclara el momento en el que se inicia el plazo y que en su cómputo no se incluye el día en el que se produzca el suceso o se realice el acto a partir del cual debe contarse el plazo. En los contratos de servicios, el plazo es de catorce días contados a partir de la celebración del contrato. Por su parte, en los contratos de venta, el plazo empieza a contar a partir de que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados (y, en concreto, del último bien si se trata de entregas múltiples).

Para que comience a contar el plazo de 14 de días es necesario que el comerciante haya facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento. Como se ha expuesto *supra*, en el art. 6 de la Directiva 2011/83/UE se regulan los requisitos de información para los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimientos mercantiles. En concreto, el art. 6.1 h) de la Directiva 2011/83/UE establece que ha de informarse: "*cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los*

procedimientos para ejercer ese derecho de conformidad con el artículo 11, apartado 1, así como el modelo de formulario de desistimiento reproducido en el anexo I, letra B".

De esta forma, en la contratación electrónica con consumidores es preciso informar sobre este extremo, cuando exista esta facultad, ya que la Directiva 2011/83/UE exceptúa determinados supuestos en los que no podrá desistirse del contrato (art. 16), en estos casos, obviamente, no es preciso informar sobre el derecho de desistimiento[255].

En relación con el desistimiento en los contratos electrónicos es importante el régimen de esta facultad con respecto a la comercialización a distancia de servicios financieros, contenido principalmente en la Directiva 2002/65/CE y en la LCDSF en el ámbito nacional[256]. Esta norma en su art. 10 establece un plazo de 14 días naturales en los que el consumidor puede desistir del contrato. Cuando se haya ejercido el derecho de desistimiento en relación con un determinado contrato y se haya vinculado otro contrato a distancia de servicios financieros prestados por el mismo proveedor o en virtud de un

[255] Estas excepciones son: a) contratos de servicios una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y con el reconocimiento por su parte de que es consciente que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el comerciante, habrá perdido su derecho de desistimiento; b) el suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el comerciante no pueda controlar y que puedan producirse durante el período de desistimiento; c) el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados; d) el suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez; e) el suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega; f) el suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisociable con otros bienes; g) el suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el comerciante no pueda controlar; h) los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el comerciante presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento deberá aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales; i) el suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega; j) el suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones; k) los contratos celebrados mediante subastas públicas; l) el suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un período de ejecución específicos; m) el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento.

[256] *DOCE* núm. L 271 de 9 de octubre de 2002; *BOE* núm. 166 de 12 de julio de 2007.

acuerdo con él se prevé que también dicho contrato adicional quedará resuelto, sin penalización alguna.

Los plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento no empezaran a contar hasta que no se reciba la información relativa a la posibilidad que tiene el consumidor de desistir del contrato. En relación con la información sobre el desistimiento, es interesante señalar las consecuencias jurídicas que tiene la omisión de este deber en relación con el cómputo del plazo para ejercer esta facultad de desistir del contrato. En concreto, el art. 10 de la Directiva 2011/83/UE establece que "*si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 9, apartado 2"*.

De otro lado (...) *si el comerciante ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1 en el plazo de 12 meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 9, apartado 2, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información*".

Es importante que el empresario tenga en cuenta esta cuestión e indique la información correcta desde el principio en su sitio web, adaptándose a la normativa que esté en vigor en cada momento. En caso contrario, el consumidor puede exigir que se amplíe el plazo para ejercer este derecho de conformidad con el art. 10 de la Directiva. En la actualidad, si bien los sitios web suelen informar sobre esta facultad, en algunos casos, no ofrecen una información correcta y esta no está adaptada a la Directiva 2011/83/UE sobre todo en relación con el actual plazo para el ejercicio de este Derecho, que se ha ampliado con respecto a la anterior regulación[257].

[257] Con respecto a esta cuestión se pronunció el TJUE si bien en relación con la Directiva 85/577/CEE. sobre protección de los consumidores en contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, normativa que fue derogada, entre otras, por la Directiva 2011/83/UE. Concretamente resulta de interés la sentencia de 10 de abril de 2008, *Hamilton*, C-412/06. En el supuesto, el Tribunal nacional alemán, planteó al TJUE, con relación a los arts. 4 apdos. 1 y 5 y el art. 5, relativos a la obligación de informar acerca del derecho de desistimiento y el plazo del mismo, si una vez ejecutadas todas la prestaciones a cargo de ambas partes contratantes es posible el ejercicio del derecho de desistimiento. Como señala el propio Tribunal, el efecto principal del ejercicio del derecho de desistimiento es dejar sin efecto la relación jurídica que vincula

En relación con esta cuestión, debe mencionarse la Propuesta de anteproyecto de Ley de Modernización del Cc que establece determinadas cuestiones sobre el Derecho de desistimiento y los deberes de información en el ámbito de la contratación electrónica. En concreto, el art. 1268 de este anteproyecto transcribe el contenido del art. 27 de la LSSICE pero con algunas novedades relacionadas con el Derecho de desistimiento. Este precepto establece que hasta que no se facilite toda la información enunciada en este apartado (información previa al contrato) el plazo para el desistimiento (si lo hubiere) no empezará a contar.

De esta regulación se desprende la importancia que el legislador otorga por un lado a los deberes de información previos, en la contratación electrónica que se han analizado *supra* y que pueden considerarse si se dan las condiciones analizadas como normas imperativas en diferentes ámbitos (interno, europeo e internacional) y su relación con el derecho de desistimiento[258].

Debe destacarse que a diferencia de lo que ocurre con la obligación relacionada con la confirmación del pedido o información posterior al perfeccionamiento regulada en el art. 11 de la DCE, en el caso del Derecho de desistimiento, la Directiva 2011/83/UE no contempla este deber de información. Esto es, una vez que el consumidor haya comunicado el desistimiento del contrato; ya sea mediante el envío del formulario previsto en el anexo I, letra B o por otra vía, (e-mail), la empresa no está expresamente obligada por esta norma a confirmar que se ha recibido tal solicitud de desistimiento del contrato. Esta cuestión podría haber sido prevista junto con las demás relativas a la

al consumidor con el empresario, por lo que su razón de ser se justifica precisamente en cuanto existan prestaciones pendientes a cargo de ambas o algunas de las partes. De otro lado, esta Sentencia en su apartado 32, recoge el criterio de la conocida sentencia Schulte, As. C-350/03 de 25 de octubre de 2005 afirmando que el objeto principal de la Directiva 85/577CEE era la protección del consumidor contra el riesgo que se deriva de la circunstancia que rodean la celebración del contrato fuera de los establecimientos comerciales. Y que en el supuesto de no haber sido debidamente informado sobre la existencia del derecho de desistimiento, es conforme a la Directiva que las legislaciones nacionales admitan dentro de un plazo, la posibilidad de ejercicio de dicho desistimiento aún cuando haya finalizado la ejecución completa del contrato, tanto para contratos cuya prestación principal sea la entrega de un bien o la prestación de un servicio, bien de ejecución inmediata dilatada en el tiempo.

[258] Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., "La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contrato", J.K.Albiez Dormhan (dir.), *La europeización de las reglas de interpretación de los contratos*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 155-167.

información sobre el desistimiento por el legislador comunitario en el art. 6 de la citada Directiva con el objetivo de otorgar, más certeza jurídica para el consumidor sobre esta facultad. Este hecho sería de gran utilidad, principalmente, en los contratos electrónicos en el que las partes están en distintos lugares y no siempre va a estar claro que el empresario haya recibido la solicitud de desistimiento del producto o servicio.

Por último, con respecto al plazo para ejercer el Derecho de desistimiento, cabe destacar la STJUE de 3 de noviembre de 2004 (As. C-16/03) en el caso ebay.de. En este asunto, el Tribunal europeo analizaba la cuestión relativa a determinar hasta qué punto las empresas (no otros consumidores) que utilizan como plataforma de ventas, el sitio de subastas electrónicas de e-bay, debían respetar el derecho de todo consumidor a desistir del contrato sin justificación alguna en el plazo previsto en la normativa europea o bien no hacerlo, por estimarse que las subastas por Internet constituyen, "subastas", en el sentido de dicha normativa sobre compraventa a distancia, lo que excluiría la aplicación del referido derecho de desistimiento[259].

El TJUE se inclinó a favor de la primera opción: en primer lugar, porque las subastas por Internet difieren sustancialmente de las llevadas a cabo fuera de Internet, en éstas, es el vendedor quien decide, una vez que el comprador ofrece una determinada cantidad por el bien o servicio, y después de que el vendedor le hubiera instado a ello; en las subastas electrónicas, en cambio, quien decide, a través de la puja que remite mediante el clic del ratón y siempre que ésta sea la más alta, es el comprador [260].

Por este motivo, el comprador merece, en este caso, la protección reforzada del derecho de desistimiento, porque, no sólo ha podido llegar a dar su consentimiento, presionado por la duración limitada de la subasta en línea; sino que, ya que el perfeccionamiento del contrato no precisa de acto suplementario alguno del vendedor, es necesario que aquél tenga la posibilidad de ponderar, durante el periodo de tiempo legalmente establecido si la decisión de compra fue aceptada o no. Asimismo, el TJUE concluye que el derecho de desistimiento se orienta a la protección del consumidor,

[259] Véase DÖNMEZ, Z., *Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertragen*, PL, Academic Research, Frankfurt am Main, 2015, p. 115.
[260] DÖNMEZ, Z., Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertragen…, *op. cit*., pp. 115-120.

porque cualquier excepción al mismo debe interpretarse de forma restrictiva. Siendo a la vez cierto que cualquier consumidor en estas circunstancias, al estar sometido a iguales riesgos, merece la misma protección que otro que hubiera celebrado un contrato de compraventa a distancia.

C) Ejercicio y efectos del desistimiento en la contratación electrónica: restitución y costes

Según el art. 11, el consumidor podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra b de esta norma; o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato. El consumidor debe ejercer su derecho de desistimiento dentro del plazo señalado en el art. 9.2 y 10 de la Directiva 2011/83/UE, dependiendo de los casos.

Los efectos del desistimiento como señala el art. 12 de la Directiva 2011/83/UE están relacionados con la extinción de las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento.

La Directiva 2011/83/UE en su art. 13 señala que el empresario está obligado a reembolsar todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido catorce días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor. El empresario deberá efectuar el reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso[261]. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el art. 13.2 de esta Directiva dispone que en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.

[261] En el Derecho comparado merece especial mención la normativa alemana que ha sido objeto de crítica por algunos autores ya que permite al empresario retener el reembolso del precio hasta que el consumidor pague los gastos de la devolución que le correspondan (arts. 356 Abs. 3 BGB n. F).

Por último, en los contratos de venta, hay que destacar que el empresario tiene un derecho de retención del reembolso hasta que se cumpla una de estas condiciones: haber recibido los bienes o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, salvo que el empresario se haya obligado a recoger el mismo los bienes (art. 13.3 Directiva 2011/83). Lo dispuesto en este apartado es una novedad, positiva, si bien es preciso hacer una observación.

Si se relaciona la previsión de que el derecho de retención termina cuando el consumidor presente prueba de haber devuelto los bienes, con las reglas que determinan la responsabilidad del consumidor en el artículo 14 de la Directiva 2011/83/UE, puede ocurrir que el empresario deba restituir el precio antes de haber examinado los bienes[262]. En este caso, puede plantearse un problema si el valor de los bienes ha disminuido como consecuencia de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento[263].

Por otro lado, los únicos costes en los que puede incurrir el consumidor son los que deriven de haber seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la menos costosa, ya que, como se ha indicado, el comerciante no está obligado a reembolsar esos costes adicionales (art. 13.2). Así como los derivados directamente de la obligación del consumidor de entregar los bienes al comerciante en el plazo de 14 días desde que comunica su decisión de desistir (art. 14).

Además, este precepto incorpora reglas específicas para los casos en los que ya se ha prestado parte del servicio al consumidor y aquellos en los que se ha producido una disminución del valor de los bienes. La Directiva no contempla el derecho del consumidor a reclamar por duplicado el importe adeudado en caso de que el empresario no proceda al reembolso en el plazo estipulado. El comerciante tiene Derecho a retener el reembolso

[262] Véase CARRASCO PEREZA, Á. "Costes del desistimiento en la venta a distancia", *AJ*, núm. 802/2010, Editorial Aranzadi, pp. 24-37.

[263] A mayor abundamiento consultar la STJCE (Sala Segunda) de 20 de enero de 2005. Asunto Johann Gruber contra Bay Wa AG. (TJCE 2005\24). Así como AÑOVEROS TERRADAS,BEATRIZ, *Los Contratos de Consumo Intracomunitarios*, *op. cit*., pp. 83 y ss; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R. DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Jurídicos*, IUSTEL, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2007, pp. 29-48.

hasta la devolución efectiva de los bienes o prueba de devolución de los mismos por parte del consumidor, salvo que el propio comerciante se haya ofrecido a recogerlos.

Es importante señalar que según el art. 14.1 pfo 2º de la Directiva 2011/83/UE, la devolución ya no es gratuita para el consumidor sino que este soportará los costes directos de la devolución de los bienes, salvo que el comerciante los haya asumido expresamente o que el consumidor no haya sido informado de que debía pagarlos.

Según el art. 14 de la Directiva 2011/83/UE, el consumidor, salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, deberá devolverlos sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de catorce días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de catorce días naturales[264]. El consumidor sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, a no ser que el empresario haya aceptado asumirlos o no haya informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes[265].

El consumidor sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento. El consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento (art. 14.2 Directiva 2011/83).

Por último, en relación con los efectos del desistimiento ha de señalarse que el consumidor abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del

[264] Como puede observarse la regulación comunitaria no distingue entre desistimiento y devolución, de esta forma las empresas que ofrecen sus productos en Internet, en la mayoría de los casos, tampoco hace distinción alguna entre estos dos términos y los utiliza de forma indistinta (Véase BELZKOUZOVA, A., *Widerrufsrecht bei Internetauktionen…, op. cit.*, pp.57-39).

[265] La referencia a qué únicamente puede imputarse al consumidor el coste directo de la devolución de las mercancías fue considerada por el TJUE una excepción taxativa según la normativa anterior a la Directiva 2011/83/UE. Esta afirmación se hacía ya que en caso de desistimiento, la Directiva 97/7/CE imponía al proveedor una obligación general de restitución que comprendía no sólo el precio pagado por el consumidor sino todas las sumas abonadas por el consumidor con ocasión del contrato, sea cual sea la causa de su abono incluyendo los gastos causados por la conclusión, ejecución y extinción del contrato. De esta manera no se pueden imputar los gastos de envío de los bienes al consumidor en caso de que éste ejercite su derecho de desistimiento (*STJUE* de 15 de abril de 2010 *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH*, C-511/08, aps. 43-44, 46, 52 y 59; véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit*., p. 933).

servicio en el momento en que el consumidor haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato.

En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio (art. 14.3 Directiva 2011/83/UE). Por último, en el apartado 4 del art. 14 se establece que el consumidor no asumirá ningún coste en determinados contratos de prestación de servicios o suministros cuya ejecución comience durante el periodo de desistimiento, si el empresario no ha facilitado información, o si el consumidor no ha solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el periodo de desistimiento o no ha dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes del periodo de catorce días naturales, o si no es consciente de que con la ejecución renuncia al derecho de desistimiento.

5.- Fases del perfeccionamiento del contrato electrónico

A) La oferta en la contratación electrónica

a) Elementos de la oferta

La oferta se trata de una propuesta que una de las partes dirige a otra para celebrar con esta un contrato[266]. Se trata de una declaración contractual, a través de la cual el contrato estará formado cuando se produzca la aceptación de la citada oferta. En el ordenamiento español para que una declaración emitida por una de las partes en el contrato se considere oferta debe tener los requisitos esenciales del contrato de forma que pueda quedar perfeccionado con la sola aceptación del destinatario (art. 1261 Cc).

La oferta contractual ha de emitirse con la intención de obligarse, este elemento subjetivo es igualmente requerido en la contratación electrónica[267]. En el caso de la oferta que se realiza a través de Internet, la diferencia reside en el medio a través del que el contratante oferente realiza la oferta, pero la finalidad es la misma que en otras

[266] Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit.,* pp. 126-132.
[267] Véase CAMARA LAPUENTE, S., *Comentarios a las Normas…, op.cit.,* p. 55.

modalidades de contratación *of line*[268]. Del mismo modo, la oferta ha de ser clara y precisa de manera que, como se ha indicado *supra*, baste la aceptación de la otra parte para que el contrato se perfeccione.

En el caso de la contratación electrónica debe tenerse en cuenta que conforme al art. 5 de la DCE, los Estados deben garantizar que el PSSI (el oferente en la relación contractual) permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente a una serie de datos. De otro lado, los Estados miembros garantizarán que cuando los SSI hagan referencia a precios, éstos se indiquen claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular, si están incluidos los impuestos y los gastos de envío. Con respecto al Derecho español, la LSSICE no regula los requisitos de la oferta para que tenga validez jurídica, se limita a regular el tiempo de vigencia de esta, con remisión a la legislación específica (art. 27.3).

En el ámbito de la contratación electrónica la oferta se configura de un modo similar en los distintos ordenamientos jurídicos, pero existen divergencias en algunos de sus elementos. De esta forma, el Derecho inglés requiere que la oferta sea comunicada conteniendo términos suficientemente claros. A tenor de la mera provisión de información o la presentación de productos y precios en un escaparate no constituyen una oferta válida[269]. Sin embargo, las conclusiones son diferentes en el caso de máquinas automáticas[270].

b) Validez y vigencia de la oferta. Revocabilidad y retirada

Debe indicarse que la oferta es válida y produce sus efectos durante el tiempo en el que el oferente la mantenga. Puede ocurrir que en la propia oferta se indique el plazo de su duración, por cuanto se extinguirán los efectos si no se acepta en el plazo prescrito.

[268] La oferta electrónica está ampliamente admitida en la práctica. Veáse los siguientes asuntos del TJUE Lämmerzahl, C-241/06, EU: C: 2007:597, apartados 50 y 51, y Comisión/Irlanda, C-456/08, EU: C: 2010:46, apartados 51 y 52). En relación con esta cuestión dice el art. 27.3 de la LSSICE: "*(…) Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio…*".

[269] Resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, [*Harvey v. Facey*] (1893); Fisher v. Bell (1961) (*www.lexjuris.com*).

[270] Resolución del Tribunal Superior de Justicia [*Thornton v. ShoeLane Parking Ltd*., 1971] (*www.lexjuris.com*).

El oferente está obligado a mantener la oferta durante el plazo indicado, transcurrido el mismo sin haberse aceptado la oferta caducará. Cuando en la oferta no se exprese la duración, el oferente podrá modificarla siempre que esta no haya sido aceptada. En cualquier caso, el oferente debe actuar de buena fe, comunicando al destinatario la citada modificación que este podrá aceptar o no.

En el caso de España, existe la presunción de revocabilidad de la oferta, aunque sin llegar a considerar como revocable incluso aquélla que específicamente se formula como irrevocable[271]. En cambio, en el ámbito internacional existen diferencias con respecto a esta cuestión. En primer lugar, existen sistemas que establecen que el oferente no podrá revocar la oferta hasta que el destinatario la haya rechazado o haya dejado transcurrir sin aceptarla el tiempo suficiente para considerar razonable la revocación. Este es el caso del BGB alemán (arts. 145-149); y en segundo extremo, los que consideran que la oferta es revocable mientras el contrato no se haya perfeccionado (Sistema del Derecho Francés y de todos los Códigos de tradición Latina).

Por su parte, el sistema italiano, tiene un matiz ya que si el aceptante ha emprendido de buena fe la ejecución del contrato antes de haber tenido conocimiento de la revocación, el proponente ha de indemnizarle los gastos y las pérdidas sufridas por la iniciada ejecución (art. 1328 Cc)[272].

De otro lado, en el Derecho inglés se considera que, en ausencia de un contrato que prevea la irrevocabilidad de la oferta ésta puede ser revocada, incluso aunque en la propia oferta se indique su carácter irrevocable[273].

---

[271] En otros sistemas germánicos, se asume como principio la irrevocabilidad desde la redacción de la oferta, manteniéndose incluso un plazo mínimo de vigencia de la misma cuando no se ha establecido nada expresamente. En el caso de que se haya establecido un plazo de aceptación, en la mayoría de los sistemas se presumirá que la oferta es irrevocable en ese plazo, A salvo que se haya explicitado la revocabilidad en la propia oferta, que sería una solución para evitar posibles controversias en relación con este tema (Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea", *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, 2011 (29), pp. 67-89).

[272] Véase FERRI, L., *Commentario al Codice civile.* Legittimari, Bologna, Zanichelli,1981, p. 28.

[273] Véase AAVV, S. Sánchez Lorenzo (coord.), *Cláusulas en los contratos…, op. cit*., pp. 31 y ss; SÁNCHEZ LORENZO, S., "El derecho contractual inglés", S. Sánchez Lorenzo (coord.), *Derecho contractual comparado*…, *op. cit*., pp. 169-202.

En cualquiera de los sistemas mencionados, en todo caso, es necesario que el oferente se obligue a mantener la oferta por un tiempo determinado, la revocación carece de efecto durante ese plazo.

Todo lo expuesto es aplicable al contrato electrónico con algunas variaciones que no modifican las cuestiones esenciales sobre validez vigencia y revocabilidad de la oferta contractual. Además la propia LSSICE en su art. 27.3 se pronuncia sobre la vigencia de la oferta estableciendo que: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio*".

De esta forma, la duración de la oferta electrónica se supedita, en primer lugar a que el oferente en el ejercicio de su autonomía de la voluntad haya fijado un plazo determinado en la propia oferta. En segundo extremo, si no se ha especificado esta cuestión, la oferta será válida durante el tiempo en el que los destinatarios puedan acceder a la misma, esto es, el periodo de tiempo que esté publicada en el sitio web del oferente y que sea accesible.

De esta forma, de acuerdo con lo que establece el art. 27.3 de la LSSICE se establece que la oferta contractual electrónica expuesta en un sitio web puede sujetarse a plazo, en el caso de que tenga un plazo fijo, será indefinida en tanto no sea revocada por el oferente, consistiendo la revocación en el acto presunto consistente en retirarla de forma que el público no pueda tener acceso[274].

c) Contenido del sitio web. Oferta y publicidad

Con respecto a la calificación del contenido de un sitio web se plantean cuestiones que es necesario tratar en el presente trabajo. Como se ha expuesto *infra*, para la formación del contrato electrónico es preciso la concurrencia de dos elementos: oferta y aceptación. Por esta razón es preciso distinguir cuando se está ante una oferta o si se trata de simple publicidad, *invitation ad offerendum*, etc. En este sentido, una de las

[274] Véase FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *La contratación electrónica…,op. cit.* pp. 101 y ss.

dificultades que pueden plantearse es la no concurrencia entre lo que se publicita y el objeto real que constituye la oferta[275].

De otro lado, la publicidad privada que se utiliza cuando se opera en Internet puede impedir, en ocasiones, el debido control externo sobre el tipo de oferta que se presente. Las autoridades nacionales e internacionales advierten del riesgo de este tipo de ofertas que conllevan un enriquecimiento rápido, trabajo a distancia, etc, pues constituyen en ocasiones actividades fraudulentas[276].

En relación con esta cuestión debe indicarse que la invitación para contratar "*invitatium ad oferendum"* sucede cuando la parte que toma la iniciativa en la negociación contractual no formula una verdadera oferta sino que invita a otros a que la formulen[277]. Por ejemplo, las manifestaciones hechas en los catálogos, los bienes de consumo expuestos en un supermercado, no son verdaderas ofertas sino que constituyen una invitación a contratar. Esta invitación a contratar es especialmente importante en la contratación electrónica, ya que la red se presenta como un atractivo lugar para fijar publicidad, bien a través de catálogos en TV o a través de *links* que llevan a otras páginas que ofrecen bienes de consumo.

Se ha venido aceptando en los sistemas del *Common Law* que la publicidad de un producto o servicio no satisface los requisitos esenciales de la oferta y se califica, por este motivo, como una mera invitación a negociar[278]. El principio se ha aplicado con éxito al comercio electrónico y es hoy generalmente aceptado en dichos sistemas que la presentación de productos o servicios en un sitio web constituye una I*nvitatium ad Offerendum*. A pesar de ello, puede establecerse una importante excepción en Derecho Inglés, por equiparación con las máquinas automáticas, en los casos en que un sistema informático pueda proveer directamente el servicio objeto del contrato (descarga de una

[275] Véase WANG, F.F., "E-confidence: Offer and acceptance in online contracting", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 22, núm. 3, November 2008, pp. 271-278.
[276] Véase RAMOS SUAREZ, F., "La seguridad en el comercio electrónico…", *loc. cit*, pp. 127-134.
[277] Véase SÁNCHEZ LERIA, R., "Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno derecho contractual europeo", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Julio, 2014, pp.1-32.
[278] Véase las siguientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia [Fisher v. Bell, 1961 y Partridge v. Crittenden, 1968 (*www.legislaw.com*)].

canción). Esta excepción ha sido tenida en cuenta en las *Electronic Commerce Regulations*, que transponen la DCE en el Reino Unido.

Este no es el caso del sistema español, en el que es comúnmente aceptado por la doctrina que una oferta puede estar dirigida al público siempre y cuando "contenga todos los elementos esenciales del contrato". Esta situación hace posible que la presentación de un determinado producto o servicio en un sitio web constituya una oferta válida en España y se considere una simple invitación a negociar en Inglaterra y EEUU[279].

Para poder calificar el contenido de un sitio web es necesario diferenciar entre publicidad y oferta. Además resulta preciso determinar los efectos jurídicos que tiene la publicidad en Internet, esto es, si produce efectos vinculantes y si cabe exigir responsabilidad jurídica por incluir anuncios que contengan publicidad ilícita de terceros, entre otras cuestiones[280]. De esta forma, los operadores jurídicos deben conocer los límites normativos aplicables a la publicidad en Internet, con la finalidad de utilizar las herramientas promocionales y comerciales de forma adecuada.

En el caso de España, la Ley 34/1988 de 11 de noviembre General de publicidad, establece en su art. 2 el concepto de publicidad y de destinatario[281]. Por publicidad se entiende" toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". Se consideran destinatarios "las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance".

El negocio jurídico electrónico basa su modelo publicitario en la Web y en los recursos que Internet ofrece, este hecho presenta diferencias respecto a la publicidad que se realiza por medios tradicionales. De esta forma, la oferta electrónica puede presentar más información ya que los lenguajes de última generación permiten, además, visualizar el objeto del contrato (producto/s o servicio/s) desde cualquier perspectiva e interactuar

[279] Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., "El derecho contractual inglés…",*loc. cit*., pp. 139-216.
[280] Véase MARÍN PEIDRO, L., *Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, Fundación retevisión, Madrid, 2000, pp. 111-170.
[281] *BOE* núm. 274 de 15 de Noviembre de 1988.

interviniendo en sus características (color, medidas, etc). Por este motivo, resulta más fácil para el PSSI distorsionar intencionadamente algún elemento para potenciar sus características, hecho que puede inducir o provocar errores, en algunos casos, de forma fraudulenta o engañosa[282]..

En relación con los formatos publicitarios *online*, merece especial interés hacer alusión a los *banner* y a los *spam*. En primer lugar, el término *banner* tiene procedencia inglesa y se podría traducir como estandarte o tira anunciadora. La empresa norteamericana HotWired Network, inventó el *banner* como formato publicitario en 1994. En la actualidad se asocia a la idea de "ventana" que se abre mientras se navega en Internet, para invitar a visitar un sitio web donde aparece información sobre un determinado producto o servicio. En ocasiones, el *banner* puede conducir a una página de registro (*landing page*)[283].

Pueden citarse otros formatos publicitarios similares a los *banner* que se diferencian principalmente por cuestiones técnicas de tamaño (porque tienen posición fija en la página y son de notificación automática) serían: los de formato expandible, los de formato flotante, los de formato integrado, los medio *banner*, los *megabanner*, los rascacielos, los *interstitials*, *layer*, etc.

De otro lado, existen técnicas publicitarias en las que los banners y resto de formatos publicitarios *online* pueden tener cabida atendiendo a diversos factores. Entre dichas técnicas, cabe destacar las de: "Social Ad" (o *Social Advertising*), "Viral Ad", "Event Ad", "Gift Ad" (publicidad de *Widget/aplicación*), "Page Ad, "Website Ad, "House Ad". También debe destacarse la publicidad contextual (*Targeted Advertising*)

[282] Con respecto a este tipo de publicidad, como el TJUE ha establecido en varias ocasiones incumbe al órgano jurisdiccional nacional verificar el posible carácter engañoso de una denominación, de una marca o de una indicación publicitaria, tomando en consideración la expectativa que presumiblemente tiene el consumidor MEDIO, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. STJCE (Sala primera) de 4 de abril de 2000, Asunto V*erein Gegen Unwesen in Handel und Gewerber Köln* contra *Adolf Darbo AG* (STJCE 200/70).

[283] Véase RAUSEL KÖSTER, C., "La publicidad en la web: hacia el patrocinio y el banner narrativo audiovisual", *Questiones publicitarias*, vol. I, núm. 9, 2004, pp. 103-127.

que viene segmentada al contenido del perfil o sitio Web en el que se está mostrando, o de acuerdo a los intereses del usuario[284].

En segundo extremo, las comunicaciones electrónicas comerciales no deseadas ni solicitadas por el receptor de las mismas se denominan *spam*[285]. Estas formas de publicidad, deberían tratar de evitarse de forma efectiva mediante los instrumentos legales oportunos. Para regular las comunicaciones comerciales no deseadas, se establecieron principalmente dos procedimientos: El *Opt-in*, que sólo permite enviar comunicaciones comerciales que previa y expresamente hayan sido solicitadas, quedando prohibidas el resto. Este procedimiento es el que se contemplaba en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones Electrónicas[286] que se deroga mediante la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), que mantiene este procedimiento[287]. De otro lado el procedimiento *Opt-out*, sólo permite comunicaciones comerciales, si se permite que el destinatario del mismo pueda excluirse del envío.

Este instrumento, como su antecesor señala que sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de correo electrónico con fines de venta directa y llamadas automáticas sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax, respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo (art. 13)[288]. De esta forma, las comunicaciones comerciales deben cumplir los siguientes requisitos exigibles a los PSSI: En primer lugar, que las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales, etc, así como las personas físicas o jurídicas en nombre de las que se hagan dichas comunicaciones serán claramente identificables y accesibles. En segundo extremo, que la

[284] *Ibidem*, pp. 115-120.
[285] Véase ARMSTRONG, S., *La publicidad en internet*, Deusto, Bilbao, 2002, pp. 110-123.
[286] *DOCE* L 201 de 31 de julio de 2002.
[287] COM/2017/010 final - 2017/03 (COD).
[288] Véase GRUNDMANN, S., "Das Internationale Privatrecht, der E-Commerce-Richtlinie-was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts un warum?" *Rabels Zeitschrift fürausländiches und internationals Privatrecht*, Band 67 (2003), Heft 2 (April), pp. 425-498.

comunicación comercial no solicitada por correo electrónico, que esté permitida en su territorio sea identificable de manera inequívoca como tal en el mismo momento de su recepción[289].

En este sentido, la LSSICE en su art. 20 también regula el tema de las comunicaciones comerciales. Esta norma introdujo algunas novedades tras ser modificada por la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones. Esta norma opta porque las comunicaciones comerciales puedan identificarse instantáneamente como tales, y prohíbe su remisión por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya dado su consentimiento. Con esta regulación, se persigue erradicar la práctica del envío indiscriminado de mensajes publicitarios por medios electrónicos a destinatarios de correo electrónico o de otros dispositivos electrónicos equivalentes.

Como se ha expuesto, en principio está prohibido el envío de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónicos equivalentes. Estas comunicaciones estarán permitidas si hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. Además se elimina la obligación de incluir al comienzo del mensaje la palabra "publi" o "publicidad" (art. 20.1 LSSICE)[290].

En relación con esta cuestión es importante resaltar la SAN de 15 de junio de 2011. La AN interpreta que en el caso de que un usuario recibiese varias comunicaciones comerciales de un tercero sin haber otorgado su consentimiento previo y expreso pero sin oponerse al tratamiento, sólo sería sancionable la primera de las comunicaciones comerciales que se hubiere enviado, ya que al no haberse opuesto a la recepción de las siguientes comunicaciones comerciales la AN considera que el usuario habría otorgado

[289] En cuanto a las profesiones reguladas, el art. 8 de la DCE establece que "*Los Estados miembros garantizarán que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información, facilitado por un miembro de una profesión regulada, condicionado al cumplimiento de normas profesionales relativas, en particular, a la independencia, dignidad, y honor de la profesión, el secreto profesional y la lealtad hacia clientes y colegas*. *Sin perjuicio de la autonomía de los colegios y asociaciones profesionales, los Estados miembros y la Comisión fomentarán que estos establezcan códigos de conducta comunitarios para determinar los tipos de información que puedan facilitase a efectos de comunicación comercial*".

[290] (*Roj*: SAN 2521/2015).

su consentimiento de forma tácita. En este sentido, pueden plantearse dudas porque el art. 21 de la LSSICE establece la prohibición del envío de comunicaciones comerciales sin consentimiento expreso. Sin embargo la AN no tiene tan claro que el consentimiento tenga que ser expreso[291].

Otros preceptos de la LSSICE relacionados con esta cuestión, que han sido modificados por la LGT son el art. 38.3 b) sobre el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico; el art. 38.4 d) sobre las infracciones que son consideradas muy graves por esta norma. Este precepto, después de la modificación, recoge entre este tipo de infracciones aquellas en las que no se haya prestado el consentimiento anteriormente mencionado; el art 43.1 de la LSSICE, por su parte, modifica las sanciones impuestas por las infracciones que se califican como muy graves por el art. 38. 4 d) de la LSSICE.

Además, según las normas mencionadas, los Estados tomarán las medidas adecuadas para garantizar que sin cargo alguno, no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa sin el consentimiento del abonado. Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se pone fin a tales comunicaciones[292].

[291] Debe tenerse en cuenta que en algunos casos de *spam*, al ejercitar el rechazo al tratamiento de datos mediante los procedimientos sencillos y gratuitos habilitados para ello por el PSSI; o al ejercitar la opción que preceptivamente deben ofrecer los PSSI para que los destinatarios puedan revocar el consentimiento que hubieren prestado, se puede incurrir en el efecto inverso de activar más los correos basura. Es decir, que cualquier respuesta al correo con spam puede generar más *spammer* puesto que se indica con ello, indirectamente, que la cuenta es operativa.

[292] En este sentido el Landgericht Hamburg ha llegado a una importante conclusión en una Resolución de 21 de abril de 2015 en relación con una extensión para navegadores en el procedimiento *(AD BLOCK PLUS)*. Esta extensión permite a los usuarios que la instalan filtrar los banners publicitarios durante su navegación web. Varias agencias de publicidad (periódicos) iniciaron acciones judiciales porque entendían que esta aplicación les perjudica. Al final no se le da la razón a las agencias de Internet, ya que el Tribunal de Hamburgo entiende que el usuario tiene libertad de decisión sobre si ser o no impactado por publicidad durante su navegación a través de Internet. Para ello, es preciso que el usuario haya sido informado de manera clara y precisa sobre las funcionalidades de la extensión mediante la aceptación de los términos y condiciones y la política de privacidad de la misma. (*www.letslaw.com*).

En Europa, la Comunicación de 22 de enero de 2004 de la Comisión sobre el *spam*, abunda en la misma idea. En el sentido de que las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico son elevadas a pesar del requisito relativo al consentimiento previo. Para hacer realidad la "prohibición del *spam*" enumera una serie de acciones encaminadas a completar la normativa de la UE: el cumplimiento efectivo de la legislación de los Estados miembros y las autoridades públicas, en las soluciones técnicas; la autorregulación por parte de la industria y en la sensibilización de los consumidores. Por otro lado, EEUU, dentro de un enfoque legal distinto al europeo, regula a través de la Ley federal *Can-Spam Act*, de 1 de enero de 2004 entre otras el *opt-out* en las comunicaciones comerciales y la utilización de falsas direcciones de expedición[293].

B) Aceptación en la contratación electrónica

a) Requisitos de la aceptación electrónica

La respuesta a una oferta ha de ser especialmente cuidadosa cuando lo es de una autentica oferta; esto es, cuando se trata de una declaración suficientemente precisa y en la que se indica el propósito de que el oferente quede vinculado en el caso de aceptación. En este supuesto, la aceptación implicará la perfección del contrato, discutiéndose únicamente si tal perfección se producirá en el momento de la emisión de la aceptación

[293] No obstante, la efectividad de las disposiciones legales indicadas en la actualidad está condicionada al hecho de que en muchos casos los correos *spam* se encuentran fuera de la jurisdicción y legislación española por proceder de otros países. De otro lado, esta normativa se incumple en múltiples ocasiones, por lo que las medidas que deben adoptarse deberán de ejecutarse de la forma más eficaz posible por las autoridades competentes. Debe resaltarse asimismo que debido a la frecuente utilización de Internet con fines publicitarios, puede percibirse, en determinados casos, cierta falta de control que facilita los supuestos de aparición de publicidad ilícita En el ámbito de las relaciones *online* resulta más complejo realizar un control exhaustivo de estas actividades que se enmarcan fuera de la Ley debido, entre otros motivos, a cuestiones técnicas. Con respecto a esta cuestión, el art. 3 de la LGP 34/1988, determina que es ilícita la publicidad que: "a) *(…) que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores; c) La publicidad subliminal; d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios*.

o en el de la recepción de la misma, y debatiéndose también sobre los efectos de la retirada de la oferta y de la aceptación[294].

Con respecto a la aceptación por vía electrónica, debe destacarse que la DCE no regula de forma expresa esta cuestión limitándose a establecer la obligación de emisión de la declaración postcontractual una vez que se haya realizado el pedido en su art. 11. Por este motivo, y atendiendo al principio de equivalencia funcional, es necesario remitirse a lo establecido para la contratación que se realiza por medios tradicionales. En este sentido se entiende que la declaración de voluntad ha sido emitida y es válida con el pedido del aceptante emitido por vía electrónica. Mediante esta declaración se acepta la oferta realizada entendiéndose en este momento perfeccionado el contrato electrónico[295].

De otro lado, en la LSSICE el art. 28.2 establece que se ha producido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. Esta presunción se refiere a las obligaciones que este precepto establece para cumplir con la obligación posterior al contrato. En este sentido, la aceptación producirá plenos efectos si de cualquier otro modo se ha exteriorizado la declaración de voluntad y el contrato podrá considerarse celebrado en los casos en que se utilicen procedimientos automáticos de contratación.

Como se ha indicado *supra* puede ocurrir que la aceptación se produzca a través de la firma digital en cuyo caso la diferencia con la contratación *online* estará limitada a una simple cuestión de prueba. En otros casos la aceptación se producirá a través de los sitios web activos con el *clik wrap agreement*, en cuyo caso la aceptación se producirá por la mera presión en el icono correspondiente con la expresión "acepto", "ok", u otra equivalente que exprese aceptación de una forma indubitada.

[294] Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit.,* pp. 120-165.
[295] Véase KABRE, W.D., *La conclusion des contrats électroniques, étude de droits africains et uropéens*, L' Harmattan, Paris, 2013, pp. 261-250.

b) Diferencia entre aceptación y contraoferta

La aceptación puede realizarse sin que medie declaración alguna, por medio de la ejecución de actos inequívocos que muestran la aceptación de la oferta. Así se admite en varios derechos y también en textos internacionales de referencia como es la CV (art. 18) y en el MCR (art. II. 4:204) sobre contratos comerciales internacionales. En este sentido, es posible que en virtud de los usos que las partes tuvieran establecidos entre ellas el contrato se entienda perfeccionado por el comienzo de su ejecución, incluso sin comunicación al oferente[296]. Aunque tales usos no existan, cualquier acto del que se derive la aceptación debería ser admitido como tal (a salvo siempre de que en la oferta se establezca una forma específica para la aceptación o un medio determinado para transmitirla). Este acto debe ser comunicado al oferente, al menos cuando tal perfección depende de la recepción de la aceptación o de su conocimiento por parte del oferente[297].

La primera opción señalada (art. 1.1.2.1 PU) implica una aceptación de la oferta; simplemente se manifiesta el acuerdo sobre lo propuesto por el oferente y, como se ha dicho, esta declaración implicará la perfección del contrato, bien en el momento en el que se emita, cuando se remita al oferente, en el momento en el que éste la reciba o cuando tenga conocimiento de ella.

De otro lado, se estará ante una contraoferta cuando las modificaciones de la oferta que se proponen son sustanciales, esto no supone una aceptación de la oferta. Así se prevé en los PU (art. 2.1.11). "*La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta".* También debe mencionarse el art. 19.1 del CV que se pronuncia del mismo modo sobre la contraoferta.

[296] Véase CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato…, op. cit.,* pp. 67-83.
[297] Véase LAMBERT, J., "Formación de los contratos…", *loc. cit*, pp. 54-63.

En caso de que las modificaciones no sean sustanciales y se pretenda realmente que la declaración suponga una aceptación de la oferta que perfeccione el contrato, no se entenderá esta propuesta de cambios como una contraoferta[298]. En este caso, el oferente podría manifestar sin demora que la modificación introducida, sí tiene carácter sustancial con lo que se impedirá la perfección del contrato. Por último, el rechazo de la oferta implicará en la mayoría de los supuestos la caducidad de la oferta; aunque existen casos en los que se ha mantenido que en los casos de ofertas irrevocables durante un plazo la emisión de un rechazo no supone la caducidad de la oferta, pudiendo el destinatario aún tras el rechazo aceptar la oferta[299].

La aceptación de una oferta, se trata de la manifestación del consentimiento del destinatario a los términos en que ha sido formulada aquélla y de la manera requerida o autorizada por el oferente. Por este motivo para que el contrato pueda estar válidamente celebrado se exigirá, en la mayoría de los sistemas jurídicos, la coincidencia total entre la oferta y la aceptación. Esto es, la aceptación debe coincidir con los términos de la oferta exactamente y debe emitirse antes de que la oferta caduque[300].

La aceptación que modifica la oferta no puede considerarse aceptación de la oferta inicial sino que es una contraoferta, es decir una oferta que hace el destinatario, quedando extinguida la primera. La contraoferta que se limita a modificar algunos aspectos no esenciales de la oferta anterior normalmente se considera que se trata del mismo contrato en formación y no de otro distinto. La doctrina y jurisprudencia mayoritarias siguen una posición basada en que la modificación a la propuesta comporta una alteración sustancial y constituye contraoferta[301]. En el caso de la contraoferta, se invierten las posiciones contractuales, el oferente inicial se convierte en aceptante de la contraoferta, pudiendo también rechazar la celebración del contrato o contraofertar de nuevo[302].

---

[298] Véase LARA AGUADO, Mª. A., "La oferta y la aceptación contractuales…", *loc. cit.*, pp. 355-380.
[299] Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit.,* pp. 126-132.
[300] Véase DIEZ PICAZO, L., GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 109 y ss.
[301] El TS en diversas sentencias como la del 14 de marzo de 1973 y la de 7 de julio de 1981, que establece que "*no es posible la existencia de aceptación cuando, en los casos debatidos, se formulan modificaciones o alterando la propuesta o sometiéndola a condición*". (*ROJ* 89/1973) y (*ROJ* 129/1981).
[302] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "La adaptación de los contratos en el comercio internacional" *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2007, pp. 71-93.

Una cuestión que debe destacase es la posición en la que queda la oferta inicial cuando en el curso de la formación del contrato se produce una contraoferta. Diez Picazo sostiene que la contraoferta comporta rechazo de la oferta y supondría su caducidad, en aras a proteger la libertad individual y favorecer a las partes[303]. Según el ordenamiento español, la aceptación es revocable antes de que llegue a conocimiento del oferente (art. 1262 Cc). En caso de fallecimiento o incapacidad del aceptante antes de que el contrato quede perfeccionado, la declaración de voluntad deviene ineficaz y no obliga al aceptante ni a sus herederos[304].

c) Retirada y revocación de la aceptación

Debe destacarse que la aceptación, igual que la oferta, es susceptible de ser retirada. Esta posibilidad operará tan solo hasta el momento en el que el contrato se perfeccione, por lo que si la perfección se produce con la emisión de la aceptación no sería posible ya su retirada[305].

Si en cambio, la perfección no se da hasta que el oferente reciba o tenga conocimiento de la aceptación, es posible la retirada de la aceptación con la condición de que dicha retirada llegue al oferente con anterioridad o simultáneamente a la aceptación. Se trata de una posibilidad reconocida en el Derecho español y en otros sistemas jurídicos[306].

Por otro lado, con respecto a la posibilidad de que el aceptante revoque su declaración de voluntad, sería posible, cuando no se haya producido todavía la perfección del contrato. Si se hubiese dado la concurrencia entre oferta y aceptación tendría que hablarse de resolución o desistimiento en los casos previstos por la ley. Con relación a esta cuestión, existen principalmente dos posiciones doctrinales. En primer lugar, la postura defendida por el profesor J.Mª Manresa que se fundamenta en que entre la

[303] Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit.*, p. 199.
[304] Véase DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil…op. cit.*, pp. 112-120.
[305] *Ibidem*, p. 152.
[306] Por ejemplo art. 1328 del Código Civil italiano o art. 130 BGB alemán (véase LARA AGUADO, A., "Formación del contrato electrónico…", *loc. cit.*, pp. 485-547).

aceptación y la perfección del contrato debe existir un lapso de tiempo[307]. La aceptación no es inmediatamente sucesiva, en ciertos casos a la oferta, lo que puede ocurrir en los supuestos en que los contratantes no están presentes. Según este autor, el aceptante queda vinculado por su declaración al entender que conociendo el aceptante la conformidad de voluntades, debe comenzar a vincularle la obligación que es resultado de tal conformidad.

En relación con esta cuestión, Puig Brutau defiende otra postura que considera que el aceptante puede revocar la aceptación antes de que ésta llegue al conocimiento del oferente[308]. A favor de esta postura debe indicarse que las razones de protección de la seguridad del tráfico que son predicables para el oferente en contra de la libre revocabilidad, no lo son para el aceptante ya que la declaración de éste no crea apariencia ni confianza alguna hasta que llega a conocimiento del oferente, en cuyo caso se produce el concurso de voluntades y por consiguiente el perfeccionamiento del contrato[309].

En el caso de los contratos electrónicos a través de TV debe indicarse que la aceptación, normalmente de las CGC, coincide, en muchos casos, con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Por este motivo, en el entorno virtual la revocación de la aceptación y el desistimiento del contrato prácticamente se identifican. Esta puede ser la causa de que en muchos sitios web no se distinga entre estas dos cuestiones utilizándose de forma indistinta en los formularios que se ponen a disposición

[307] Véase MANRESA, J.M. ª, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, vol. II, Barcelona, Reus, 1950, pp. 365 y ss.

[308] Véase PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho Civil…*, *op. cit.*, pp. 53-59.

[309] Con respecto a la revocación de la aceptación contractual en otros países, destacan los casos de Italia y Suiza. El Código Civil italiano en sus art. 328.2 permite la revocación de la aceptación siempre que llegue a conocimiento del oferente antes que la aceptaciónCódigo Civil italiano art. 1 y 328.2, pp.5-20 (véase PERLINGIERI, P., *La formazione dei contratti commerciali*, Universita degli Studi di Camerino, Camerino, 1976, pp. 23-70). Similar postura adopta el Código suizo de las obligaciones en su art. 9.2 que permite la revocación de la aceptación no sólo si llega al poderdel destinatario antes, sino también si llega al mismo tiempo que laaceptación, o si, habiendo llegado posteriormente, es comunicada aldestinatario antes que éste tenga conocimiento de la aceptación [véase CORNU, G.D. (dir.) et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 2005, p. 970]. De otro lado, en el Derecho francés la aceptación contractual se configura de una forma muy similar al ordenamiento español. La aceptación debe limitarse a aceptar los elementos de la oferta, si no es así y esta se supedita a cualquier tipo de modificación se estará ante una contraoferta. Por su parte, los arts. 2.9 y 2.10 de los PU respectivamente reconocen la aceptación del contrato y la posibilidad de retirarla siempre que se informe al oferente antes o simultáneamente a la aceptación pudiendo utilizar para este fin un medio más expedito.

de los clientes para ejercer dicha facultad[310]. La utilización del término "revocación" para referirse a la facultad de "desistir", esto es, de dejar sin efecto el contrato electrónico se encuentra de forma bastante generalizada en los sitios web alemanes ya que esta es la acepción que utiliza el Derecho alemán, concretamente el art. 13 del BGB, que transpone el contenido de la Directiva 2011/83/UE, ampliando el plazo para ejercitarlo a 14 días[311].

C) Adhesión de las condiciones generales de la contratación

a) Especialidades en la contratación electrónica

Como es sabido, las CGC son redactadas por el empresario para incorporarlas en los contratos, sin posibilidad de que sus clientes puedan modificarlas o negociarlas. Prevén muchos aspectos de la relación jurídica y su utilización facilita la perfección de un gran número de contratos en poco tiempo y con unos medios económicos reducidos. Este hecho es útil para la reducción de los costes del empresario ya que permite ofrecer productos y/o servicios más baratos y agiliza el procedimiento de contratación[312]. Por este motivo, es habitual la utilización de estas cláusulas en los contratos electrónicos, y concretamente en los que se formalizan utilizando la TV.

Las CGC se identifican fundamentalmente por tres elementos: en primer lugar, la predisposición por una de las partes, al tratarse de cláusulas preparadas previamente por un profesional predisponente para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad. En segundo extremo, la ausencia de negociación individual, de modo que el adherente solo puede aceptarlas, y por tanto concluir el contrato, o rechazar la contratación. En tercer término, están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Las características y ventajas con respecto a la rápidez y eficiencia en la contratación

[310] Algunos ejemplos de sitios web que no distinguen entre ambas facultades son las siguientes:*www.spotsnapr.com*; *www.techtarget.com*; *www.shein.com*;*www.boulevard.com*; *www.laredoute.com*;*www.m.thomann.de*;*www.backmitra.es*;*www.kaercher.com*;*www.silver-to-go.com*; *www.labiosthetique.es*.

[311] Traducción disponible en *www.m.thomann.de*.

[312] Véase GARCÍA RUBIO, M.P., "*Las condiciones generales…"loc. cit.* p. 22.

repercuten en el hecho de que estas cláusulas sean utilizadas en muchos contratos electrónicos[313].

La adhesión se refiere al propio acto en el que se "aceptan" las condiciones (firma o *click* en el caso de la contratación electrónica). La peculiaridad que presenta esta fase en la contratación electrónica es que el momento de adhesión (aceptación de las CGC) coincide en muchas ocasiones con el perfeccionamiento del contrato. Esto es, la mayoría de los contratos electrónicos se formalizan a través de sitios web activos en los que es preciso aceptar las CGC mediante un *click*, para que el contrato se entienda válidamente celebrado.

Como se analiza *infra*, estas cláusulas no negociadas antes de ser aceptadas están sometidas a un control sobre su accesibilidad y transparencia (control de incorporación). Esto es, antes de que se produzca el acto de la adhesión/aceptación tendrá que verificarse que las CGC cumplen con los requisitos establecidos en la regulación que les sea aplicable, en todo caso, no se entiende este control si no es porque a continuación es previsible una adhesión.

b) Adhesión y aceptación de la oferta ¿una misma cuestión?

Como se ha indicado, en la contratación electrónica es habitual que la adhesión a las CGC coincida con el momento de aceptación contractual ya que estas estipulaciones recogen, en muchos casos, todos los extremos del contrato, sin perjuicio de que pueda haber condiciones particulares, que sí se hayan negociado entre las partes.

El hecho de que todos los términos del contrato se recojan en las CGC supone que cuando se aceptan estas condiciones que tienen un carácter general y que regulan todos

[313] Véase GÓMEZ VALENZUELA, E., "Condiciones Generales de la contratación electrónica para la exportación de los aceites de oliva", Esteban G. (coord.), *Internacionalización del sector oleícola a través de la Tecnología de la Información*, Comares, Granada, 2015, pp. 32.51.

los aspectos de la relación jurídica se estarían aceptando los términos del contrato (el contenido de la oferta)[314].

Por tanto, se daría en este momento la concurrencia de voluntades negociales necesaria para que el contrato esté perfeccionado, sin perjuicio de que en la contratación electrónica existen otras fases y requisitos que habrán de completarse para el nacimiento de la relación jurídica[315].

En cualquier caso, podría ocurrir que el régimen jurídico aplicable al perfeccionamiento del contrato no coincida en un contrato electrónico con la adhesión por diversas razones. En primer lugar, puede darse el caso, de que el contrato tenga además de las CGC, condiciones particulares, que también haya que aceptar. Por tanto, el perfeccionamiento requerirá tanto la aceptación de las CGC como de las particulares[316].

Este es un supuesto, que normalmente no se produce en la contratación electrónica a través de sitios web activos, ya que en la mayoría de los supuestos en estas páginas se opera (únicamente) a través de cláusulas predispuestas por el oferente que no han sido negociadas por las partes. En segundo extremo, puede ocurrir que en un sitio web deba pulsarse primero el icono de "acepto las condiciones generales de la contratación", pero la página requiere más pasos en el proceso de compra (un último ok-aceptación de la operación-de la oferta contractual), aunque la aceptación-adhesión de las CGC ya se ha realizado con anterioridad.

Por estas razones, la adhesión de las CGC no siempre podrá identificarse con la aceptación contractual, aunque, en la mayoría de los casos, sí coincidirán ambos elementos en la contratación electrónica que opera a través de estas estipulaciones no

[314] Véase ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Thonson-Civitas, Navarra, 2009, pp. 45- 78.
[315] Véase en la doctrina, en partícular, ARROYO AMAYELAS, E., "Formación y perfección del contrato", S. Cámara Lapuente (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 29 y ss; BERROCAL LANZAROT, A.I., "Perfección del contrato en la Ley 34/2002…", *loc. cit.,* pp. 3-102; CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato…, op. cit.*, pp. 25-34; GUISADO MORENO A., *Formación y perfección…, op. cit.,* pp. 35 -59; LAMBERT, J., "Formación de los contratos…", *loc. cit,* pp. 48 y ss; LARA AGUADO, M.A., "La oferta y la aceptación contractuales…", *loc. cit.,* pp. 313 y ss; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Marcial Pons, Barcelona, pp. 38-51.
[316] Véase ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 32-68.

negociadas. Esto es, la adhesión o aceptación de la incorporación de las CGC y la propia aceptación contractual coincidirán en un mismo acto (y momento temporal) en la contratación electrónica. Este hecho, como se analizará *infra* tiene consecuencias con respecto al régimen jurídico aplicable a esta fase del perfeccionamiento del contrato electrónico.

Como afirma la profesora G. Esteban de la Rosa, con respecto a la adhesión, en los contratos electrónicos que se realizan a través de dispositivos móviles de última generación se tiene en cuenta la procedencia del número de teléfono móvil (por ejemplo si es español) o en el caso de las tabletas la dirección IP con la que está vinculado dicho dispositivo[317]. Debe indicarse que los teléfonos inteligentes pueden conectarse a Internet a través de diferentes conexiones (p.ejemplo WIFI o 3G-4G) según la compañía telefónica-tarifa de datos). En este caso, al teléfono se le asigna una dirección IP.

De esta forma, la tarjeta *sim* no ubica el teléfono inteligente en un lugar. Por ejemplo, una persona de Francia puede estar en España con un teléfono inteligente donde tenga insertada su tarjeta francesa. Si compra a través de su dispositivo móvil a través de Internet (ya sea wifi, o 3G-4G), se le asigna una dirección IP que lo ubicará en España y por tanto la adhesión al contrato que haya realizado con CGC ha tenido lugar en territorio español. Este hecho, como se analiza *infra* tiene importantes implicaciones en relación con el régimen jurídico del perfeccionamiento del contrato

D) Control de incorporación de las condiciones generales de la contratación

a) Requisitos de incorporación

Como se ha expuesto *supra,* el control de incorporación de las CGC se refiere a los requisitos formales necesarios para que las CGC vinculen a las partes tales como que se haya facilitado una copia de las mismas, que puedan reproducirse o almacenarse, que se informe de su existencia, etc.

En el ámbito nacional la regulación de esta fase se realiza a través de la LCGC,

[317] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional…", *loc. cit.,* pp. 21-22.

que exige que estas estipulaciones sean conocidas o, cuando la contratación no sea escrita, como ocurre en la contratación electrónica, exista la posibilidad real de ser conocidas. De esta forma, el art. 5.1 de la LCGC establece para que las CGC queden incorporadas al contrato, la necesidad de que el adherente acepte su incorporación al mismo y este sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las CGC incorporadas y el predisponente debe informar al adherente expresamente acerca de la existencia de estas cláusulas y facilitarle un ejemplar de las mismas.

Cuando el contrato tenga que formalizarse por escrito (supuestos en los que el predisponente solamente entrega un justificante de la contraprestación recibida) se requiere que este publique las CGC en un lugar visible dentro del lugar donde haya de otorgarse el contrato. De esta forma deben insertarse en la documentación del contrato o garantizarse de cualquier forma al adherente la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido antes de la celebración del contrato (art. 5.2 LCGC).

De otro lado, y en el caso concreto de los contratos electrónicos, según el art. 5.3 de la LCGC, "*En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma*".

De esta forma, el control de incorporación tiene a la protección de la propia adhesión utilizando controles de redacción de las cláusulas y de su propia accesibilidad. De esta forma, es necesario que la redacción de estas condiciones se ajuste a los criterios de concreción, claridad, transparencia y sencillez (art. 5.4 LCGC). Del mismo modo, se asegura que no se incorporen al contrato las *cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles* [art. 7 b)] salvo, respecto de estas últimas, cuando se hayan aceptado por escrito por el adherente y cumplan la normativa específica que establezca en su ámbito expresamente normas sobre transparencia[318].

[318] Por tanto, la aceptación por escrito admite las condiciones que se hayan dictado de acuerdo a sus normas sobre transparencia contractual, pero no así con respecto a las ilegibles, oscuras, ambiguas o incomprensibles en sí mismas. Como especialidad, la infracción de estas reglas determina, no la aplicación de la regla general de interpretación "*contra proferentem*" del art. 1288 Cc, sino la falta de incorporación

De otro lado, también con carácter previo, debe garantizarse el acceso del adherente a las CGC, como única forma de salvaguardar la única autonomía de que goza éste, su "libertad de contratar". Por ello, tampoco se entienden incorporadas al contrato como CGC aquéllas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando esto sea necesario [art. 7 a) LCGC].

b) Artículo 27.4 de la Ley 34/2002

En relación con las CGC en los contratos electrónicos ha de recordarse que éstas deben poder almacenarse y reproducirse (art. 27.4 LSSICE). Además, estas condiciones deben ser aceptadas expresamente antes de que el proceso de compra se complete (procedimiento "*clic-wrap*"). Es decir la venta no se completa si el destinatario de los SSI no ha aceptado previamente las CGC.

Con este objetivo, el sitio web tiene un mecanismo que consiste en que el cliente tiene que aceptar las CGC a través de una pestaña, que se activa por este (por ejemplo: "*acepto las condiciones del presente servicio*"). Sino se activa esta pestaña, el PSSI, en principio, no puede completar la compra.

En la contratación electrónica con CGC, como se ha mencionado, deben poder almacenarse o reproducirse estas cláusulas por el adherente. Esta previsión, de gran importancia, está recogida en el art. 27.4 de la LSSICE, "(*...) Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario*".

(de acceso) de estas al contrato. El TS afirma que la interpretación sobre la oscuridad, ambigüedad o incomprensibilidad de la cláusula se reserva a los Tribunales cuyo "*criterio ha de prevalecer, salvo que se alcance un resultado absurdo, arbitrario, ilógico o que infrinja preceptos legales*" (véase ALFARO AGUILA REAL, J., "El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación", *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, n. º 67, 1997, pp. 859 y ss).

Del tenor de este artículo se desprenden los requisitos que han de darse para la incorporación de las CGC en la contratación electrónica. En primer lugar, se establece la obligatoriedad de que las CGC se pongan a disposición del destinatario con carácter previo al momento de contratación. Es decir, el adherente debe tener la oportunidad de conocer estas cláusulas con antelación a la ejecución del contrato. En segundo extremo, no basta con que el destinatario conozca las CGC sino que estas deben poder almacenarse y reproducirse por este[319]. Esto es, el PSSI debe poner a disposición del destinatario las CGC en un soporte que permita su almacenamiento. El precepto menciona también la posibilidad de que estas puedan ser reproducidas porque pueden darse CGC en la contratación que se realice por vía telefónica.

En la práctica este requisito legal se materializa mediante diversas técnicas. En primer lugar, las CGC están disponibles en el sitio web, ya que que son condiciones predispuestas cuya finalidad es ser aplicadas a una pluralidad de contratos *online*. En este sentido el destinatario podrá cortar y pegar las CGC, lo que posibilita su almacenamiento.

En segundo extremo, en ocasiones, en el momento de incorporación de las CGC, se pone a disposición del cliente el documento electrónico, donde se plasman las citadas condiciones, en un formato que posibilita su almacenamiento. Por último, es práctica habitual que las CGC, que previamente se han aceptado por el cliente para formalizar el contrato sean enviadas a este de forma conjunta con el acuse de recibo o confirmación postcontractual que exige el art. 28 de la LSSICE (transposición del art. 11 de la DCE).

De esta forma, el PSSI envía mediante *el método de comunicación a distancia utilizado* (normalmente a través de email) el acuse de recibo al destinatario. Esta confirmación, en ocasiones se acompaña de las CGC que rigen el contrato, esto es: plazo de entrega, derecho de desistimiento, pago del precio, etc.

Debe indicarse que, en la actualidad, este requisito no está expresamente regulado en la LCGC debido a la modificación del art. 5.4 de la LCGC que con anteriodidad sí imponía esta condición de forma expresa en la contratación electrónica. Este artículo establecía que *''en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que*

[319] Véase DOLMETSCH, R., *E-procurement*, Addison-Wesley, Münich, 2000, pp. 61-112.

conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma".

El art. 5.4 de la LCGC y el RD 1906/1999[320] de 17 de diciembre fueron derogadas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGCU[321].Como se expone a continuación, mediante esta ley se transpone al Derecho español la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores[322]. Esta Directiva, *deroga la normativa europea sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*[323].

Debe mencionarse que pese a las iniciales intenciones del legislador español, el RD 1906/1999 se alejaba del mandato legal al regular otros aspectos, que no respondían expresamente a la remisión reglamentaria del art. 5.4 de la LCGC. De hecho, se recogía un requisito que no contempla la LCGC en su conjunto consistente en "*el deber de información previa, como mínimo en los tres días naturales anteriores a la celebración del contrato*" (art. 2 del RD 1906/1999).

Además, en su articulado, pese a no ser el objetivo del RD se agrupaban cuestiones que representaban en gran medida la transposición al ordenamiento español de la también derogada Directiva 97/7/CE (fundamentalmente en el art. 4 del RD)[324]. Existía, del mismo modo, cierta contradicción con la LOCM, pese a ser está una norma de rango superior al RD. Por este motivo, la regulación establecida en esta norma presentaba cierta

[320] *BOE* núm. 313 de 31 de diciembre de 1999.
[321] *BOE* núm. 76 de 28 de marzo de 2014.
[322] *DO* L núm. 304/64 de 22 de noviembre de 2011.
[323] Concretamente se deroga por esta norma la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia, muy importante hasta este momento en el ámbito de la contratación electrónica.
[324] Véase PARDO GATO, J.R. *Las páginas web como soporte…*, *op. cit,* p. 81.

complejidad por unir diversos contenidos cuya licitud no estaba clara, por los motivos expuestos[325].

En este sentido, aunque el RD 1906/1999, pudo suponer un avance importante para la adaptación del Derecho Español a la contratación electrónica, adolecía de importantes defectos desde dos puntos de vista[326]. Por un lado, porque contradecía normas de rango superior que afectaban a la misma materia, en el caso de la LOCM, la contratación a distancia. En segundo extremo, no se trataba la cuestión relativa al momento de perfección del contrato electrónico, cuestión esta que si se remitía para su desarrollo reglamentario por el art. 5.4 de la LCGC.

En todo caso, el art. 27.4 de la LSSICE está relacionado con otros preceptos de la LCGC como es el caso del art. 5.2. Este precepto establece la obligación de poner a disposición las CGC de cualquier forma que el adherente pueda conocerlas antes de que el contrato se perfeccione. Mientras que está última norma tiene un carácter general y opera en todos los contratos que tengan este tipo de cláusulas no negociadas, en el caso del art. 27.4 de la LSSICE, esta obligación sólo se contempla en la contratación electrónica. Además, este último precepto es más concreto ya que precisa la forma en la que el adherente puede conocer las CGC, esto es, teniéndolas en cualquier momento disponible mediante su almacenamiento o reproducción. De esta forma, de una primera aproximación entre estas dos regulaciones (LSSICE y LCGC) parece que pueden complementarse en relación con el necesario control de incorporación que ha de hacerse a las estipulaciones no negociadas que rigen la mayoría de los contratos electrónicos.

c) Perspectiva material comparada

En el contexto europeo destacan distintas regulaciones relativas al control de incorporación de las CGC que presentan algunas diferencias con respecto a la Ley rectora de las CGC en España (LCGC). A modo de ejemplo, se dará cuenta de las principales cuestiones relacionadas con los requisitos para la inclusión de este tipo de cláusulas en los ordenamientos: alemán, portugués e italiano para verificar las diferencias con el

[325] Véase PAGADOR LÓPEZ, J., "Requisitos de incorporación…" *loc. cit.*, p. 247; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado…*, *op. cit*. p. 318.
[326] Véase GARCÍA RUBIO, M.ª P., *Las condiciones generales …loc. cit*., p. 30.

régimen establecido por la Ley española y comprobar la importancia de la determinación de la Ley aplicable a este control de incorporación.

En primer lugar, con respecto a la regulación de las CGC en el ordenamiento alemán cabe mencionar la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre (*AGB Gesetz del BGB*) que da lugar a los arts. 305 a 310 del BGB que regulan el control de incorporación y de contenido con relación a estas cláusulas[327].

En el Derecho alemán, el control de incorporación de las CGC, se encuentra regulado en los arts. 305 a 306 del BGB. El art. 305 del BGB establece los rasgos característicos que conforman las CGC entre los que enumera la predisposición y la utilización en una pluralidad de contratos. Carece de relevancia en esta regulación que las cláusulas constituyan una parte del contrato formalmente separada o estén recogidas en el mismo documento contractual, sin que quepa la existencia de CGC cuando las cláusulas contractuales hayan sido negociadas individualmente por las partes[328].

El art. 305 en sus apartados 2 y 3, así como en los párrafos siguientes, regula los requisitos que deben cumplir las cláusulas para entenderse incorporadas al contrato, tanto en general como en ciertos casos especiales. Este precepto hace referencia a normas tales como la prevalencia de los acuerdos individuales; la no inclusión de clausulas sorprendentes y ambiguas; la interpretación *contra proferentem;* así como las consecuencias jurídicas en el caso de no incorporación de una cláusula y su régimen de ineficacia[329].

---

[327] La *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht* entró en vigor el 1 de enero de 2002. La ley fue publicada el 29 de noviembre de 2002 en el Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblat*t). Con relación a la integración de la AGB Gesetz en el Cc alemán, (véase BASEDOW, J., "Kommentierung zu Vor § 305, Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen", *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck, Münich, 2012, pp. 1083-1190. En relación con la traducción al español de estos preceptos se ha seguido a VIVES MONTERIO, M.L., "Traducción de la Reforma 2002 del BGB", *ADC*, vol. 55, núm. 3, 2002, pp. 1229-1310).

[328] Véase HENSEN, U.B., *AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG. Mit kommentierten Vertragstypen, Klauseln und speziellen AGB-Werken*. 11. Auflage. Verlag Otto Schmidt, Köln 2011, pp. 41 y ss; LINDACHER, W., *AGB-Recht. Kommentar*. 6. Auflage. Verlag C. H. Beck, Münich, 2013, pp. 45-59.

[329] Véase ALBIEZ DOHRMANN, K. J., "La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado", S. Sánchez Lorenzo; M. Moya Escudero (ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa,* Dykinson, Madrid, 2003, p. 318.

En concreto, el art. 305.2 del BGB exige que (…) *se tenga en cuenta la discapacidad corporal del consumidor*. Resulta llamativo que la normativa alemana, a diferencia de la española o la portuguesa, no haya considerado necesario establecer requisitos concretos para las CGC entre empresarios, sobre todo teniendo en cuenta que sí establece un control de contenido para estas transacciones. Esta exclusión de los empresarios en los arts. 305.2 y 3 del BGB en relación con el art. 310. 1 del BGB puede deberse a las prácticas y usos comerciales de los diversos sectores económicos[330].

En relación con esta cuestión es importante recordar que en el caso concreto de la contratación electrónica existen normas que establecen la obligación para el PSSI de poner a disposición del destinatario las CGC de forma que puedan ser archivadas y reproducidas. Esta regulación se establece por la obligada transposición de la DCE, en concreto en el art. 312, e) del BGB que transpone el contenido del art. 10.3 de la Directiva. Este precepto, como se ha expuesto *supra*, en el caso del ordenamiento español se ha transpuesto a través del art. 27.4 de la LSSICE.

Con respecto al deber del predisponente de las CGC de garantizar la comprensión de estas cláusulas no negociadas a favor del adherente, el art. 305 del BGB no se refiere de modo expreso a esta transparencia formal. Ahora bien, el art. 307.1 del BGB en el que se formula el *Transparenzgebot* (teniendo en cuenta la jurisprudencia alemana posterior a las sentencias del BGH de 24 de noviembre de 1988 y 17 de enero de 1989) tiene características particulares relacionadas con los requisitos de transparencia de la Directiva 93/13/CE. En concreto, hay que el art. 307 del BGB se vincula al control de contenido abusivo (*Inhaltskontrolle*) a diferencia del art. 305 que se relaciona con el control de incorporación (*Einbeziehung in den Vertrag*), este precepto hace referencia tanto a la buena fe como al perjuicio desproporcionado (*Transparenzgebot)*[331].

En cualquier caso, la jurisprudencia alemana ha contribuido a la elaboración de

[330] Veáse ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Las condiciones generales...", *loc. cit*., pp. 753-867. En cualquier caso, resulta necesario que se asegure este control también en la contratación con CGC entre empresarios. Los principales textos europeos establecen este requisito con independencia de los sujetos intervinientes en este tipo de contratos (arts. 2: 104 de los PECL; art. 9:103 del MCR).

[331] Véase LAMARCA I MARQUÈS, A., "La ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *InDret*, 01/2002, pp. 1-10.

este deber de transparencia como una categoría autónoma, que lo ha definido como un deber impuesto por la buena fe al predisponente, de describir los derechos y obligaciones de las partes del contrato de la manera más clara posible. Este deber se concreta en una obligación de claridad, comprensibilidad, perceptibilidad e inequivocidad en la redacción de las CGC[332].

En segundo extremo, en Portugal, el Decreto Ley núm. 446/85 de 25 de octubre regula el régimen de las condiciones generales de la contratación[333]. Además de esta Ley es de interés la Ley sobre cláusulas contractuales generales: Ley núm. 29/81, de 22 de agosto, que se ha modificado en diversas ocasiones, la última por la Ley n. º 47/2014, de 28 de julio)[334].

La lei de cláusulas contratuais gerais de 1985 otorga una protección tanto a los consumidores como a los empresarios en esta fase del perfeccionamiento del contrato[335]. Esta norma no es, por tanto, una ley de protección sólo del consumidor en la medida en que el legislador prescinde de cualquier criterio personal, definiendo el ámbito de aplicación en relación con una situación y no con la persona[336].

---

[332] Véase PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Navarra, 2004, p. 32. En caso del control de incorporación en la contratación electrónica, existen distintas sentencias. Algunos ejemplos son: la sentencia del TS de 1 de diciembre de 1989 (*Az.*: 6 V 10/89), en la que el Tribunal afirmaba que la persona que opta por un sistema de comunicación en particular, en el fondo es también responsable del hecho de que puede aceptar declaraciones entrantes sobre este sistema· De otro lado, la sentencia del TS de 10 de noviembre de 1995 (*Az.*: 2º 60/94), trata también el tema de las CGC, cuando se presentan en un dispositivo móvil y no aparecen automáticamente sino que han de visualizarse a través de un enlace. El Tribunal en esta ocasión concluye en que estas cláusulas son válidas siempre que puedan imprimirse. Ambas sentencias pueden consultarse en *(http://www.bmj.bund.de)*, es el sitio web del Ministerio Federal Alemán de Justicia. Se publican las iniciativas legislativas federales en materia de derecho privado y también dispone de una base de datos jurisprudencial.

[333] *DL* núm. 446/85, de 25 de octubre.

[334] *DL* núm. 169/96 de 22 de agosto yn. º 143/2014 de 28 de julio.

[335] Véase SOUSA RIBEIRO, J., *Cláusulas contractuais geris e o paradigm do contrato*, Facudade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990, pp. 183-184; CONVERTI, L.R. "Il decreto-legge portghese núm. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dellésperienza occidentale nei settore della tutela del consumatore" *Rivista di Diritto civile*, anno, 34, núm. 4, luglio-agosto 1988, p. 95. Pese a la influencia de la legislación alemana, la legislación portuguesa sobre CGC se diferencia en algunos puntos de aquella. Por ejemplo, en el derecho portugués no existe una gran diferencia entre los regímenes aplicables a los contratos según los sujetos intervinientes, mientras que en el Derecho alemán, como se ha señalado *supra*, no se establece un control de incorporación de las CGC, en los contratos celebrados entre empresarios, el Derecho portugués otorga protección tanto a los empresarios como a los consumidores.

[336] Véase MATO PACÍN, M.N., "El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho comparado y europeo", *CDT*, (octubre 2015), vol. 7, núm. 2, pp. 263-264.

Para el legislador portugués es necesario garantizar el acceso a las CGC, sin embargo, no regula la cuestión relativa a la transparencia (formal) de estas estipulaciones[337]. Al igual que ocurre en la legislación alemana no existe una referencia expresa en la norma portuguesa a la necesidad de que el adherente pueda comprender el contenido de las CGC. Resulta llamativo el silencio de los legisladores alemán y portugués en este sentido si se tiene en cuenta, como se ha señalado *supra*, que precisamente el mandato expreso de la Directiva 93/13/CEE no se refiere al requisito de la accesibilidad sino de la transparencia (art. 5 Directiva 93/13/CEE)[338].

Por una parte, el art. 1 del Decreto Ley 446/85, al señalar lo que podrían denominarse como rasgos definitorios de las cláusulas contractuales generales, hace referencia a las partes intervinientes de forma genérica como "proponente" y "destinatario", menciones que se repiten a lo largo de todo el texto, junto con el término "adherente"[339].

Por su parte, los arts. 4 a 9 del Decreto Ley 446/85, establecen las reglas relativas a la inclusión de las cláusulas contractuales generales en los contratos, disponiendo el primero de ellos que éstas se incluyen en los contratos singulares por la aceptación. Esta aceptación deberá entenderse hecha con observancia de la obligación de comunicación íntegra a los adherentes de forma adecuada y con la antelación suficiente para que pueda ser conocida por estos (art. 5); la obligación de información y aclaración de todos los aspectos razonablemente solicitados (art. 6).

De esta forma, el Decreto portugués regula de forma separada, por un lado, el deber de comunicación de las CGC a los clientes y por otro el deber de información del predisponente, que como se ha indicado, está obligado a aclarar todas las cuestiones razonables solicitadas por los futuros adherentes (art. 6.2). Con respecto a la prueba sobre la accesibilidad de las CGC, corresponde al predisponente demostrar que el adherente ha podido conocer las cláusulas y su contenido[340].

---

[337] *Ibidem*, p. 264.
[338] Véase PAGADOR LÓPEZ, "La ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales...", *loc. cit*., pp. 1-34.
[339] *Ibidem*.
[340] Véase ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Las condiciones generales...", *loc. cit*., p. 753.

De otro lado, el Decreto Ley n. º 446/85 también establece la preferencia de las cláusulas específicamente acordadas sobre cualesquiera generales (art. 7); entendiéndose excluidas, según el art. 8, aquellas cláusulas que no cumplan con estas obligaciones entre otras.

Este control de incorporación es completado con una serie de reglas de incorporación e integración de las cláusulas (arts. 10 y 11) y por un control de contenido que combina dos criterios: un principio general de buena fe seguido de dos catálogos de claúsulas absolutas o relativamente prohibidas[341].

De otro lado, y ya de forma específica los arts. 17, 18 y 19 de esta ley, sin perjuicio de la aplicación de otras normas de control, están destinados expresamente a la regulación de las relaciones entre empresarios mediante la utilización de cláusulas contractuales predispuestas (art. 17). Según esta norma los sujetos protegidos son los empresarios o profesionales liberales que contratan en el ámbito de su actividad específica[342].

En tercer término, en el Derecho italiano, destaca principalmente el art. 1341 de su Cc que instaura un control para las CGC que es meramente formal. Este artículo establece que las CGC "s*on eficaces frente al otro si en el momento de la celebración del contrato éste las ha conocido o las habría debido conocer de acuerdo con la diligencia media*". Este control de incorporación en el Derecho italiano se establece con independencia de que el adherente sea un consumidor o usuario o un profesional.

Han sido la jurisprudencia y la doctrina las que, posteriormente han precisado el significado de dicha expresión a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la norma[343]. El control al que hace referencia este precepto se basa en el conocimiento de

[341] Con respecto al primero de los casos, el art. 15 de la Ley establece la prohibición de las "*cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fe*".Con el objetivo de facilitar la aplicación de esta norma, el legislador aporta dos criterios: por una parte, la confianza suscitada entre las partes, por otra, el objetivo que las partes pretenden conseguir a través del negocio. En segundo extremo, con respecto a los catálogos que completan el listado general, a modo de ejemplo contienen estipulaciones contractuales que violan el principio de buena fe (véase LEITE CONVERTI, L.R., "Il decreto-legge portoghese n. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dell'esperienza occidentale nei settore della tutela del consumatore", *Rivista di Diritto Civile*, anno, 34, núm. 4, julio-agosto 1988, p. 95).

[342] Véase SOUSA RIBEIRO, J., *Cláusulas contractuais geris…, op. cit.,* pp. 183-184.

[343] En este sentido, en el ordenamiento italiano, las CGC se caracterizan por la predisposición unilateral y las características de generalidad, uniformidad y rigidez de las cláusulas predispuestas (véase GALGANO, F., *I grande orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, núm. 28, Padova, Cedam, 1996, pp. 1

las CGC por el adherente que es necesario para que dichas cláusulas sean eficaces[344]

En el ámbito del comercio electrónico, el art. 12.3 del Decreto legislativo núm. 70 de 9 de abril de 2003 establece la obligación de que el destinatario de los SSI tenga a su disposición las CGC, de forma que pueda almacenarlas y/o reproducirlas. De esta forma, en este tipo de contratos, se establece esta obligación como transposición del art. 10.3 de la DCE.

De otro lado, el art. 1341.2 del Cc italiano requiere un requisito especial con respecto al consentimiento contractual. Se parte de esta forma de un *plus* respecto a la normal diligencia exigible "in contrahendo", consistente en una especial asunción documental de tal clausulado[345]. De otro lado, el segundo apartado del art. 1341 de la norma italiana introduce lo que se han llamado "*clausole vessatorie*", una serie de cláusulas que, por ser especialmente gravosas para el adherente, no tendrán efecto si no son específicamente aprobadas por escrito[346]. Este precepto está previsto para la contratación mediante la suscripción de formularios preparados para el propósito de regular ciertas relaciones contractuales de una manera uniforme, respecto a los que se prevé una regla de prevalencia de las cláusulas añadidas a estos formularios sobre los términos originales de los mismos cuando sean incompatibles con ellos[347].

---

y ss; VALLE, L., *Comentario articolos 1341 e 1342 codice civile, annotato, con la giurisprudenza*, Utet Giuridica, Torino, 2006, pp. 1120 y ss).

[344] Articolo 1341.1º Codice Civile: "*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell´altro, se al momento della conclusione del contrato questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conocerle usando l´ordinaria diligenza*".

[345] Véase VALLE, L., *Comentario articolos 1341 e 1342 codice civile…, op. cit.,* p. 1122.

[346] Las cláusulas a las que hace referencia el artículo 1341.2º son, entre otras, cláusulas de limitación de responsabilidad, de terminación del contrato, de limitación de la facultad de oponer excepciones, cláusulas que restringen la libertad contractual en relaciones con terceros o cláusulas de prórroga tácita. Tras una discusión doctrinaria acerca del carácter taxativo o no de este elenco de cláusulas, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han entendido que tiene carácter taxativo y no ejemplificativo. A modo de ejemplo, Sentencia Cass. Civ. Sez. I, 19 de marzo de 2003, núm. 4036, *Giustizia Civile, Massimarioannotato della Cassazione*, 2003, núm. 1, pp. 553-554. Veánse distintos comentarios de esta Resolución en, Césaro, E. (dir.), *Le condizioni generali…, op. cit*., pp. 89 y ss.; PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto…, op. cit*., pp. 207 y ss.; CENDON, P.; BALDASSARI, A., *Codice civile…, op. cit*., p. 1587; VALLE, L. "Commentario articolos 1341…", *loc. cit.*, p. 1122; MATO PACÍN, M.N., "El control de contenido...", *loc. cit.*, p. 235.

[347] Véase ZACCARIA, A., "Commentario articolo 1342"; AAVV, *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2008, p. 1420; PATTI, S., *Le condizioni generali di contratto*…, *op. cit.*, p. 665. Este autor entiende que este artículo se centra, no en un problema de formación del contrato, sino de interpretación del mismo.

De esta forma, la normativa italiana sobre control de incorporación de las CGC regulada en estos preceptos se limita a los requisitos formales indicados y su ámbito de aplicación subjetivo incluye cualquier tipo de contratante, esto es, tanto contratos con consumidores como contratos entre empresarios, sin que sea necesaria, además, la debilidad económica de una de las partes. Así, se entiende que es suficiente con que uno de los contrayentes haya predispuesto las CGC a las que se haya adherido el otro contratante[348].

En este caso, como ocurre en la regulación alemana y portuguesa, no se regula el requisito de la transparencia (material), sólo se presta atención a los requisitos de accesibilidad. Estos ordenamientos distan de la regulación española que si recoge este deber en el actual art. 5.4 de la LCGC y las consecuencias de su incumplimiento, en el art. 7.2 de la LCGC. De esta forma, en la práctica, puede existir una diferencia importante relacionada con el Derecho aplicable a esta fase del perfeccionamiento del contrato electrónico, debido a que las exigencias con respecto a la redacción de estas CGC distarán dependiendo de la Ley aplicable a esta cuestión.

En cualquier caso, la protección que dispensa el ordenamiento italiano, en relación con el control de incorporación de las CGC se complementa con la previsión del artículo 1370 de Cc que recoge la regla *contra proferentem*[349]. Como señala S. Sánchez Lorenzo, esta máxima constituye un elemento importante tanto en los sistemas internos como internacionales, según la cual, las cláusulas insertadas en los contratos con CGC o en modelos o formularios predispuestos por uno de los contratantes se tienen que interpretar, en caso de duda, a favor del otro (adherente)[350].

Esta norma está recogida en otros textos legales como es el caso de la Directiva 93/13/CEE, en concreto el art. 5 (frase segunda), establece que "*en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el*

[348] Véase CESARO, E., (dir.), *Le condizioni generali*…, *op. cit.*, p. 80.
[349] Esta regla de origen romano, también denominada"*interpretatio contra stipulatorem*" ha constituido un instrumento eficaz para proteger a quien no pueden negociar el contenido de las cláusulas. Esta regla imperante en la hermenéutica contractual es una consecuencia del principio de buena fe en materia de contratación (véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Las condiciones generales…", *loc. cit*., pp. 383-384).
[350] Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., "La interpretación del contrato", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho Contractual comparado…, op. cit.,* pp. 235-283.

consumidor". El art. 6.2 LCGC de un modo similiar enuncia: "*(…) Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente*."

Por su parte, el art. 5 AGB-G optó por la misma regla en su art. 5:*"las dudas en la interpretación de las condiciones generales de la contratación perjudicarán al predisponerte"*. De un modo similar el Decreto- Ley portugués de 1985 reguló en el art. 11.2 la siguiente regla interpretativa: *"En caso de duda, prevalecerá el sentido más favorable al adherente"*[351].

II.- ÁMBITOS JURÍDICOS EN EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO. DELIMITACIÓN NORMATIVA

1.- Contratación internacional en general

A) Reglamento Roma I

a) Ámbito de aplicación

A través de Internet, es posible la conclusión de contratos entre sujetos desde cualquier Estado de forma inmediata, de manera que como se ha indicado, esta vía de intercambio de voluntades negociales afecta especialmente al DIPr. Una de las funciones de esta disciplina es determinar el Derecho aplicable a las situaciones jurídico privadas con elemento extranjero como son muchas de las que se generan a través de Internet.

En este contexto es necesario tener en cuenta, entre otros instrumentos, el Reglamento 593/2008 de 17 de junio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En el Reglamento Roma I, la determinación del ámbito de aplicación temporal, espacial y material, junto a las cláusulas de compatibilidad, han sido clave para entender que el referido sistema constituye el marco general de Derecho aplicable a las obligaciones contractuales de los Estados parte y, en cierto modo, por tanto, del Derecho de la UE[352].

[351] Véase ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Las condiciones generales...", *loc. cit*., p. 760.
[352] Véase LEIBLE, S., "La propuesta para un Reglamento Roma I: Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568.

El Reglamento Roma I se aplica desde el 17 de diciembre de 2009. Su aplicación tiene lugar con independencia de que la ley designada sea o no la de un Estado parte y cualquiera que sean los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídica (art. 2)[353]. Esto quiere decir que se trata de un instrumento *erga omnes* con una aplicación universal. La mera interposición de la demanda ante el tribunal de un Estado miembro (a excepción de Dinamarca) es suficiente para que el Reglamento Roma I se aplique como régimen jurídico del contrato objeto de la controversia.

De esta forma, el Reglamento Roma I está previsto tanto para relaciones intracomunitarias como situaciones extracomunitarias que tengan alguna vinculación con la UE. La aplicación *erga omnes* del Reglamento Roma I, esta justificada por la continuidad, simplificación y dificultades de delimitación, ya que el "mercado interior" puede estar presente en diversas circunstancias y no únicamente en los supuestos en los que los contratantes se establezcan en Estados contratantes[354].

En este sentido, debe indicarse que a diferencia de las Directivas, el Reglamento Roma I se aplica a cualquier internacional internacional extracomunitario, que relacione a un Estado parte con un tercer Estado incluyendo los supuestos en los que el Mercado Único no quede afectado[355]. Este carácter universal se ve acentuado por el art. 81 del TFUE en la medida en que su aplicación es precisa para evitar la inseguridad jurídica y la complejidad vinculada a la existencia de normas de conflicto específicas para las situaciones intracomunitarias, en concreto cuando sea ineludible para el correcto

[353] Uno de los rasgos más característicos del Reglamento Roma I, al igual que en el caso del CR es su carácter *erga omnes*. Esta aplicación universal del texto del CR no fue bien entendida por los tribunales, pues en algunos casos, dejaron de aplicar el texto uniforme argumentando que uno o todos los contratantes no tenían residencia habitual en alguno de los Estados parte del Convenio (véase STSJ, Madrid, de 7 de octubre de 1999; sobre el carácter *erga omnes*véase, JAYME, E.; KOHLER, C. "Europaisches Kollisionsrecht 2003: der Verfassungskonvent und das Internationale Privat-und Verfahrensrecht", *IPRax*, 2003, p. 486 y ss).

[354] El carácter *erga omnes* de este instrumento ya fue establecido por su antecesor, el Convenio de Roma (véase SKASPI, J., "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 as a "Model" of Internacional Legal Regulation of Obligations in Domestic Legal Systems, with Special Regard to the Polish Law", *YBIL* (1994), pp. 283 y ss).

[355]Véase PERNER, S., "Das Internationale versicherungsvertragsrecht nach Rom I", *IPRax* 2009, Heft 3, pp. 218 y ss; LEIBLE, S., "La propuesta para un Reglamento Roma I: Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El lento camino hacia la europeización del Derecho…"*loc. cit.*, p. 282.

funcionamiento del mercado interior[356]. De esta forma, el Reglamento Roma I es un valioso instrumento para las operaciones comerciales internacionales que con su carácter armonizador confiere seguridad jurídica en parcelas de suma importancia en el ámbito económico.

El Reglamento Roma I se aplica: "*a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. No se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas, ni a la prueba y proceso. También se excluyen del ámbito de aplicación de este Reglamento las obligaciones en relación con: el estado civil y la capacidad de las personas físicas; las relaciones familiares; los regímenes económicos matrimoniales; los instrumentos negociables, como las letras de cambio, cheques y pagarés; el arbitraje y la elección del tribunal competente; el Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas; la obligación de un mandante o empresa frente a terceros; los trusts; los tratos previos a la celebración de un contrato; los contratos de seguros, excepto los que se definen en el artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida*"[357].

En este trabajo se analizará si el Reglamento Roma I otorga una respuesta satisfactoria sobre el momento de perfeccionamiento del contrato electrónico internacional. En el ámbito de la contratación electrónica, como se ha indicado *supra*, opera el principio de equivalencia funcional, por el que la normativa aplicable a la contratación *offline* regula también los contratos *online*. En el caso de los contratos electrónicos lo que se modifica es la vía a través de la que se presta el consentimiento y en algunos casos, el medio por el que se distribuyen los productos, que se realiza *on-line*. En este sentido, los contratos electrónicos, están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I[358].

[356] En opinión de De Miguel Asensio, este precepto al añadir "en particular" parece admitir la adopción de este tipo de medidas sin requerir una justificación específica de que resulten necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *http: //pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, entrada de 10 de diciembre de 2009).

[357] *DO* núm. L 345 de 19 de diciembre de 2002.

[358] Diversos autores, hablan de la aplicación del Reglamento Roma I a los contratos electrónicos (veáse entre otros: CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.,* pp. 58-83; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet…,op. cit.*, pp. 1053-1056; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *La contratación internacional por vía electrónica…, op. cit.,* pp. 54-

b) Base jurídica. Transformación del Convenio de Roma en Reglamento

El Reglamento Roma I tiene su base jurídica en el art. 81 del TFUE, con el Tratado de Ámsterdam las disposiciones sobre conflicto de leyes se regían en primer lugar por el art. 61 del TCE[359]. Dicho precepto establecía que para cumplir con el objetivo de alcanzar el espacio de libertad, seguridad y justicia en toda la UE, se hacía necesario adoptar medidas que contribuyeran a la cooperación judicial en materia civil.

Una de estas medidas pretendía promover la unificación normativa en materia conflictual, así lo estipulaba el apartado b) del art. 65 del TCE*: "Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán: (...) b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción...*". Este hecho se produce, entre otras razones, porque los Convenios internacionales no respondian a las necesidades específicas, derivadas del hecho de que en la CE se estaba produciendo una harmonización del derecho privado sustantivo unificado[360].

De esta manera, estas dos disposiciones, arts. 61 y 65 del TCE (que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa corresponden al art. 81 TFUE) fueron los principales motores del nuevo DIPr de la UE, que se materializó en un nivel supranacional Euro-paises[361]. Sobre la base del art. 81 del TFUE seintrodujo un elemento de flexibilidad coherente con la práctica previa de las instituciones comunitarias al adoptarse el

71; RODRIGUEZ BENOT, A., "La contratación electrónica en el tráfico externo", L. Cotino Hueso, *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 181-199).

[359] El Artículo 61 TCE rezaba de la siguiente manera: "*A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará: (...) c) Medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65*".

[360] Véase BASEDOW, J., Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, J. F., Baur; H.P Mansel (cords.), *Systemwechsel im europäischen kollisionsrecht*, CH Beck, Münich, 2002.

[361] Véase ALVAREZ RUBIO, J.J., "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", *REEI*, 2008, pp.8 y ss.

Reglamento Roma I, y varios Reglamentos más en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil[362].

El Convenio de Roma regulaba la tradicional técnica de la norma de conflicto bilateral que resultaba en algunos casos incompatibles con las nuevas regulaciones de la UE (Reglamentos), en cuanto estos utilizan una técnica unilateral. Por este motivo era precisa una transformación en instrumento comunitario, que garantizara la normalización del DIPr en los Estados miembros, asignando al Tribunal de Justicia la competencia para interpretar sus normas. De esta forma se facilita que las normas de conflicto se apliquen de forma uniforme en los Estados miembros. La Comisión eligió como instrumento el Reglamento, en primer lugar para garantizar que su entrada en vigor se produjera de forma directa y en segundo extremo para asegurar la aplicación obligatoria de sus disposiciones ya que este instrumento no tiene las incertidumbres y tardanzas relacionadas con la transposición de las Directivas[363].

La cuestión de una modernización del Convenio de Roma contribuyó a una mayor aproximación entre los Derechos sustantivos de los Estados miembros pero sus

[362] Véase LEIBLE, S., "Die europäisierung des internationalen privat- und prozessrechts: kompetenzen, stand der Rechtsvereinheitlichung und perspektiven", S. Sánchez; M. Moya (Eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 13-38.De esta forma vieron la luz los Reglamentos: núm. 1347/2000 de 29 de mayo del 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOCE* 338 de 23.12.2003); Reglamento núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000 de "Quiebra" sobre procedimientos de insolvencia(*DOCE* n° L 160 de 30 de junio de 2000); Reglamenton° 1206/2001, sobre "Obtención de pruebas "relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil de 28 de mayo de 2001 (*DOCE* n° L 174 de 27 de junio de 2001); Reglamento núm. 44/2001 de 22 de diciembre de 2000sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* núm. L 12/1, de 16 de enero de 2001); el Reglamento Roma núm. 864/2007 de 11 de julio de 2007relativo a la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*DOCE* L 199/40 de 31 de julio de 2007).

[363] En todo caso, diversos autores señalan que la unificación conflictual operada por el Reglamento Roma I es incompleta. En concreto, Pietro Franzina afirma que: "*la obra de unificación normativa realizada por este instrumento es incompleta desde un punto de vista material, porquealgunas categorías de relacionescontractuales quedan excluidas de su esfera de aplicación. Es incompleta desde un punto de vista temporal, porque las disposiciones del Reglamento sólo se aplicarán a loscontratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 y también desde un punto de vista geografico, porque un Estado miembro de la CE, Dinamarca, no está vinculado por elnuevo Reglamento. Y es incompleta también desde un punto de vista que se podría definir operacional, porque la aplicación concreta del Reglamento implica la necesidad de afrontar algunas cuestiones como la del tratamiento procesal de la ley extranjera aplicable, por ejemplo que no encuentran respuestas explícitas y exhaustivas en el mismo Reglamento"* (véase FRANZINA, P., "Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materiacontractual", *CDT*, Marzo 2009, vol. 1, núm.º 1, pp. 92-101).

soluciones deben plantearse como una vía complementaria y no como una alternativa a los otros medios que permitan garantizar un desarrollo armonioso de las relaciones jurídicas en la UE[364]. De esta forma, el Reglamento Roma I unifica las normas de Derecho aplicable a los contratos, excluyendo los aspectos materiales aunque consta de ciertas orientaciones de tipo sustantivo[365].

En cualquier caso, la generalidad del Reglamento Roma I no puede solucionar los requerimientos específicos del Mercado Único relacionadas con su reglamentación en DIPr en sectores determinados de la contratación[366]. Esto es lo que ocurre precisamente en el caso de la contratación electrónica y en concreto en relación con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Esta cuestión se tratará de forma más detenida en el capítulo segundo de este trabajo.

c) Relación del Reglamento Roma I con otros instrumentos de Derecho comunitario: Directiva 2000/31/CEE

La introducción del DIPr al sistema jurídico propio de la UE ha producido en los últimos años la aparición de una variedad de instrumentos que contienen una gran incidencia en la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales. La relación del Reglamento Roma I con estos instrumentos está basada en el "principio de especialidad", amparando la aplicación de instrumentos jurídicos de la UE que de manera específica incorporen la designación de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

El art. 23 del Reglamento Roma I establece que el Reglamento no afecta "*la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales*." Por lo tanto, estas normas de Derecho de la UE, al ser más especificas, deberán prevalecer sobre las disposiciones contenidas en el Reglamento Roma I. Ahora bien, debe indicarse que la

[364] El propio Convenio de Roma en su art. 20 contemplaba las necesidades de regulación que podrían surgir en el ámbito comunitario, al dar preferencia a las normas de ley aplicable que pudieran emanar de los actos de las Comunidades Europeas (véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., "La aplicación de las Directivas comunitarias…", *loc. cit.*, p. 180).
[365] Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C., "El lento camino hacia la europeización…", *loc. cit.*, p. 282.
[366] De hecho las incoherencias en la reglamentación se han producido en las materias que se regulan tanto en el Reglamento Roma I, como en el Derecho derivado comunitario (veáse FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Comunitarización del derecho internacional…", *op. cit.*, pp. 598).

DCE no contiene normas relativas al conflicto de leyes. Este particular ha generado un arduo debate entre la doctrina del que se da cuenta *infra*.

En cualquier caso, y al margen del art. 23 del Reglamento pueden darse situaciones en las que ambas normas, Reglamento Roma I y DCE necesiten de una coordinación, precisamente. Este hecho se da porque si bien la DCE no contiene mandato conflictual alguno, sí establece delimitadores espaciales que han de tenerse en cuenta para su aplicación. Por este motivo, en la práctica pueden darse resultados contradictorios que es necesario solucionar.

Esta situación se produce, entre otras razones por la distinta base jurídica de ambas normas. Mientras que el Reglamento Roma I, como se ha expuesto, se constituye en base al art. 81 TCE como una técnica de reglamentación indirecta con el objetivo de crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia y en concreto para unificar la normativa sobre el conflicto de leyes en la UE. La DCE se trata de una técnica de reglamentación directay como otras normas de Derecho derivado de origen comunitario, pretende la unificación legislativa residual en un concreto ámbito jurídico privado, como es el comercio electrónico[367]. Esta norma se basa en las orientaciones de la Comunicación de la Comisión, relativa al comercio electrónico, cuyo objetivo era la creación de un marco jurídico coherente a escala europea en este sector.

Con esta norma se intenta prescindir del exceso de regulación, basandose en las libertades del mercado interior, tomando en consideración los escenarios comerciales, otorgando una protección eficaz a los objetivos de interés general. Entre las características de la DCE está la voluntad de eliminarción de las diferencias jurisprudenciales de los Estados miembros, creando una contexto de seguridad que ofrece confianza a las empresas y a los consumidores.[368]

B) Convenio de Viena sobre compraventa

El número de Estados ratificantes de la CV; su aplicación generalizada por árbitros y jueces; la propia invocación como Derecho aplicable por las partes en los

[367] Véase LEIBLE, S., "Die europäisierung des internationalen…", pp. 13-38.
[368] Véase BARRIUSO RUIZ, C., *Contratación electrónica*, Madrid, Dykinson, 2006, p.42.

contratos de compraventa, hace preciso plantear si este Convenio habría de aplicarse a los contratos de compraventa internacional *online*[369].

La finalidad de esta Convención es prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercancías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones. Este instrumento nace porque el contrato de compraventa es el fundamento del comercio internacional en todos los países, con independencia de su nivel de desarrollo económico o de su tradición jurídica. Por este motivo, esta Convención es uno de los instrumentos más importantes en el comercio internacional[370].

Este instrumento se aplica en primer lugar, cuando las normas de DIPr preven la aplicación de la ley de un Estado contratante (art. 1.1 CV). En estos casos, la CV se

[369] Para un estudio en profundidad de los antecedentes históricos y normativos del CV, véase ADAME GODDARD, J., "La Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías en el Derecho mexicano", *Revista de Derecho Privado* (México), enero-abril 1990, pp. 15-16; *id*., "Introducción a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", *Revista de Derecho Privado*, (México), mayo-agosto 1990, pp.165-166; CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 152-153; CAMPUZANO DÍAZ, B. *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías (Estudio de su aplicación y de sus relaciones con la norma de conflicto y la Nueva Lex Mercatoria)*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2000, pp. 45-61; CASTELLANOS RUIZ, E., *Autonomía de la voluntad y Derecho Uniforme..., op.cit*., pp. 18-26; ESPLUGUES MOTA, C. *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 269-270; GUARDIOLA SACARRERA, E., *La compraventa internacional. Importaciones y exportaciones*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 18-20; OLIVA, BLÁZQUEZ, F., *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 25-26;

[370] El éxito de la CNUDMI al preparar una Convención más ampliamente aceptable quedó demostrado por el hecho de que entre los 11 Estados originales para los que el 1 de enero de 1988 entró en vigor la Convención figuraban Estados de todas las regiones geográficas, todas las etapas de desarrollo económico y todos los principales sistemas jurídicos sociales y económicos. Los 11 Estados originales eran: Argentina, China, Egipto, E.E.U.U., Francia, Hungría, Italia, Lesotho, Siria, Yugoslavia y Zambia. En la actualidad forman parte del Convenio más de setenta países. Además de los ya mencionados, Alemania, Armenia, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burundi, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Finlandia, Gabón, Georgia, Grecia, Guinea, Honduras, Iraq, Islandia, Israel, Japón, Kirguistán, Letonia, Líbano, Liberia, Lituania, Luxemburgo, Mauritania, México, Moldova, Mongolia, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, República Árabe Siria, República Checa, República de Corea, Rumania, San (*www.uncitral.org*).

aplique de forma indirecta porque resulta aplicable la ley de un Estado contratante o porque las partes así lo hayan convenido[371].

En segundo extremo la CV se aplica en aquellos contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes miembros de la Convención. En estos supuestos, la CV se aplicaría directamente, sin tener que acudir a las normas de DIPr para la determinación de la ley aplicable al contrato. Esta circunstacia otorga certeza y previsibilidad a los contratos de compraventa internacional. Debe destacarse que esta condición de aplicación no resulta tan fácil de interpretar en el entorno virtual, debido a que los contratantes no siempre conocen cual es el domiclio de la parte con la que contrata[372].

La CV excluye de su ámbito de aplicación: las compraventas de productos para uso personal o familiar (art. 2), salvo que el vendedor no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de esa circunstancia. De este modo, estaría excluido del ámbito de aplicación de la CV el comercio electrónico B2C. El motivo principal de esta exclusión es evitar un eventual conflicto entre las normas de la CV y las leyes que protegen a los consumidores[373]. También están excluidas de la aplicación de este instrumento las compraventas de servicios ya que se refieren concretamente a productos, bienes y mercaderías (art. 3).

De otro lado, resulta complicado entender dentro de la noción de mercaderías a determinados bienes inmateriales que conforman el objeto más habitual en las operaciones *online*t. Es el caso de los programas, grabaciones musicales, libros

[371] En este sentido se pronuncian varios autores, entre ellos CARBONE, S.M., "L, ámbito di applicazione ed i criteri interpretative della Convenzione di Viena sulla vendita internazionale", *RDIPP*, 1980, núm. 3, pp. 513 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, R., "La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato", *Derecho de los negocios*, núm. 16 (enero de 1992), pp. 1 y ss; PELICHET, M., "La vente internationales de marchandises et les conflits de lois", RCADE, T. 201 (1987-I), pp. 9 y ss; PILTZ, B., "El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías", *La Ley*, núm. 3063 (7 de agosto de 1992), pp. 1 y ss; SIEHR, K., "Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (The United Nationas Sales Convention and its international Sphere of Application)", *RabelsZ*, 1988, pp. 587 y ss.

[372] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado…, op. cit*., pp. 894-895.

[373] Véase VAZQUEZ LÉPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 110.

electrónicos, susceptibles también de ser transmitidos en soporte material[374]. En este sentido, algunos autores afirman que debe incluirse en el concepto de mercadería *todos aquellos bienes en formato electrónico que son susceptibles de ser transmitidos en soporte material* (por ejemplo CD – ROM o a un dispositivo USB)[375].

Sin embargo, no se incluirían en el ámbito de aplicación de la CV, las transacciones que consistan en la cesión de derechos de explotación de una creación intelectual o la cesión o licencia de derechos de propiedad industrial o *know-how*[376]. Tampoco se incluirían los contratos de distribución de programas de ordenador y los de cesión de uso por tiempo limitado. Por otro lado, este instrumento se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías que se concluyen por medios electrónicos pero que se ejecutan *offline* (comercio indirecto).

Por otro lado, debe indicarse que la CV regula sólo algunos aspectos de la compraventa: "*la formación del contrato y las obligaciones entre vendedor y comprador (art. 4), excluyendo expresamente aspectos tales como la apreciación de la validez del contrato (art. 4.a), los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías (art. 4.b), y la responsabilidad civil del vendedor por los daños causados por las mercancías vendidas (art. 5)"*. Además sólo se aplica a compraventas internacionales, y exclusivamente las de mercaderías, no quedando todas las mercancías incluidas[377].

Con respecto a la aplicación de la CV a los contratos electrónicos debe mencionarse la primera opinión consultiva del 15 de agosto de 2003 del Consejo Consultivo de la Convención (CV –AC) a solicitud de la ICC que trataba sobre la

---

[374] Véase PERALES VISCASILLAS, M. ª P., "El contrato de compraventa internacional de mercaderías", *(www.cisg.law.pace.edu)*.

[375] Véase BASEDOW, J. "Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*". Uniform Law Review* núm. 4, 2007.

[376] Véase AUDIT, B., *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J, 1990, pp. 17 y ss.

[377] Véase GARRO, A.M., PERALES VISCASILLAS, M.P., "Opiniones del Consejo consultivo de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, *ADC*, vol. 61, núm. 3, 2008, pp. 1389-1471; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…op.cit*., pp. 917-918. De otro lado, según Siegfried Eiselenlas disposiciones y principios subyacentes a la CV constituyen un cuerpo normativo suficientemente robusto y flexible para dar respuesta adecuada a los cambios y desafíos impuestos por las nuevas formas de comunicación en la celebración de compraventas internacionales (véase EISELEN, S. "Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980", The EDI Law Review, vol. 6, 1999, pp. 21-46).

compatibilidad del texto de la CV con las comunicaciones electrónicas. Esta opinión analiza los preceptos de este instrumento en los que de alguna manera pueden tener incidencia las comunicaciones electrónicas. De forma general, según esta opinión consultiva la CV puede compatibilizarse con los nuevos medios electrónicos, y para ello, sugiere la forma en que éstos se podrían acomodar a su texto. Así, por ejemplo,"*el CV–AC respecto del art. 11, interpretó que el contrato podrá celebrarse o probarse por medio de comunicación electrónica ya que estima que al no exigirse ninguna forma en este precepto, la CV permite a las partes celebrar contratos electrónicamente".*

En relación con el art. 13, interpretó que el término "*por escrito*" también incluye los medios de comunicación electrónicos susceptibles de ser recuperados en forma tangible. Es decir, el prerrequisito de "*por escrito*" se satisface siempre que la comunicación electrónica sea capaz de cumplir las mismas funciones que un mensaje en papel: la posibilidad de guardar (recuperar) el mensaje y entenderlo (comprenderlo)[378].

Asimismo, el CV–AC interpretó, adecuando a los nuevos medios de comunicación, los siguientes términos empleados por la CV: "*llega*", "*llegada*", "*envío*", "*verbal*", "*comunica*", "*comunicación*", "*medios de comunicación instantánea*", "*aviso*"[379].

Finalmente, cabe resaltar que la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales en su art. 20.1 establece que sus disposiciones "*serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte: ... (...).Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980).*"

[378] Véase SCOTTI, L.B, "Contratos celebrados por medios electrónicos, ¿cuál es el derecho aplicable?", (*www.derechointernacional.net*), pp. 1-33.
[379] Véase FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., SCOTTI, L. B., "La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica", *Revista Científica de UCES*, núm. 11, 2007, pp. 59-90.

C) Principios UNIDROIT

La idea originaria de crear normas uniformes relativas a los contratos comerciales internacionales surgió en 1968, en una reunión que tuvo lugar en Roma para la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT[380]. En cualquier caso, fue varios años después (1971) cuando el Consejo Directivo de UNIDROIT incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos.

En 1980 se creó un grupo de trabajo, constituido por representantes de distintas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Los trabajos de elaboración de los PU culminaron en 1994 con la publicación de los *Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*. En el año 2001 se publicó la segunda versión de la traducción oficial al idioma español, realizada por el profesor Alejandro Garro[381].

Los PU, tratan de regular cuestiones relativas a los negocios internacionales, en concreto tratan de dar solución a las deficiencias sobre el derecho aplicable a estas relaciones contractuales[382]. Estos instrumentos no fueron creados para constituir un modelo de cláusulas contractuales para ningún convenio en concreto sino que se utilizan para enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes.

Los PU se dividen en siete capítulos con un total ciento veinte artículos, con disposiciones aplicables a todo el *iter contractus* desde su nacimiento hasta su conclusión mediante el cumplimiento o incumplimiento del mismo. Entre los distintos temas tratados en estas normas están las cuestiones relativas a la formación y validez del contrato que nos interesan especialmente en este trabajo, así como cuestiones sobre su interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento.

Las reglas contenidas en los PU pueden utilizarse con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el ámbito del comercio

[380] Véase OVIEDO ALBÁN, J., "UNIDROIT y la Unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales", AAVV, *La compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, pp. 1-38.
[381] La versión oficial junto con los comentarios pueden consultarse en (*www.unidroit.org*).
[382] Véase BONELL, M.J.,"The Unidroit principles and transational law", (*www.unidroit.org*).

internacional. De esta forma, se trata de solventar la cuestión relacionada con la determinación de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales[383].

La utilización de estos Principios tiene un carácter potestativo, es decir, se aplican cuando los contratantes lo acuerdan y si estos acuerdan que su contrato se rije por los "*principios generales del derecho*" la "*lex mercatoria*" o expresiones semejantes[384].

Los PU pueden constituir una solución a una cuestión controvertida cuando no se pueda determinar cuál es el derecho aplicable a un contrato[385]. Asimismo, son de utilidad para la interpretación de instrumentos internacionales de derecho uniforme y servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional[386].

Según Maria del Pilar Perales, "*uno de los propósitos que guió a los redactores de los PU, fue el de reducir las posibles incertidumbres en torno a la ley aplicable al contrato, unida a la idea de constituir un cuerpo normativo independiente de la procedencia jurídica, económica o política de los contratantes*"[387].

Debe indicarse también que el límite que encuentran *Los Principios* está formado por las normas imperativas nacionales e internacionales[388]. En este sentido el artículo 1.4 dispone que "*estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado*".

Con respecto al ámbito de aplicación según lo dispuesto en su Preámbulo, "*los Principios son aplicables a los contratos mercantiles internacionales, en aquellos*

---

[383] El Preámbulo de los principios establece que "*Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales*".En el comentario oficial al preámbulo se anota: "*Los Principios constituyen un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional.*"

[384] Artículos 1.5, 1.7, 3.19, 5.7 (2), 7.4.13 (2), 7.1.6.

[385] Véase OVIEDO ALBÁN, J., "UNIDROIT y la Unificación del derecho…", *loc. cit,* p. 7.

[386] Véase PERALES VISCASILLAS, M.ª P., "El contrato de compraventa…", *loc. cit,* pp. 21-30.

[387] *Ibidem.*

[388] A pesar de que los *Principios* han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato. Comentario al preámbulo en la edición del Ministerio de Justicia [Véase *Oviedo Albán, J, "*La unificación del derecho privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales", (*www.cisg.law.pace.edu*)].

eventos en los que las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales conforme a éstos, inclusive tratándose de contratos nacionales"[389].

Pueden utilizarse como modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los *Principios* se utilizan para la regulación de contratos concretos y en la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales[390]. Aunque el fundamento principal de los PU es la regulación de contratos mercantiles internacionales.

Los PU delimitan el tipo de negocios jurídicos a los cuáles se aplican al utilizar el término contratos mercantiles,dándole un sentido amplio a la expresión "mercantilidad" que no se limita a la tradicional discusión sobre su naturaleza civil, o mercantil, sino que buscan comprender el mayor número de operaciones mercantiles posibles. Podría afirmarse que los Principios han dejado además a un lado los criterios "*objetivo,*" y "*subjetivo*" para la determinación de la naturaleza mercantil de ciertos actos jurídicos para que puedan aplicarse tanto en aquellos países cuyas regulaciones mercantiles acogen el criterio objetivo, como aquellos que adoptan el subjetivo.

A pesar de que la finalidad de los Principios es incluir el mayor número posible de operaciones económicas, se han excluido expresamente las "*de consumo,*" entendiendo por tales (según el comentario al Preámbulo contenido en los *Principios*), "*las que son*

[389] El comentario oficial dispone: "*La restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los cotratos "mercantiles" no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter "civil" y "mercantil" de las partes y/o de los negocios jurídicos. No se trata de condicionar la aplicación de los Principios al carácter formal de comerciantes (comer Çants, Kaufleute) que puedan tener las partes o la naturaleza mercantil del contrato*" (véase VEILLARD, I., *Le caractère général…, op. cit*., p. 25).

[390] La profesora M. P. Perales Viscasillas en este sentido afirma que los PU hablan de contratos mercantiles, pero sin especificar que contratos quedarán incluidos en su ámbito. Lo cual es problemático porque, de una parte, existen legislaciones con una doble regulación de los contratos según su naturaleza civil o mercantil - por ejemplo la española (arts. 325 y 326 C.COM.), mientras que, de otra, algunas legislaciones tratan de forma unitaria a los contratos - por ejemplo, la italiana, y la suiza -, sin perjuicio, de la existencia de algunas reglas especiales aplicables, la mayor parte de las veces, a los contratos mercantiles [véase PERALES VISCASILLAS, M. P. "El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT", *Pace Law School Institute of international comercial law*, disponible en (*www.cisg.law.pace.edu*)].

celebradas por aquella persona que, en su actividad contractual, no efectúa un acto de comercio, ni obra en ejercicio de su profesión"[391].

Sin embargo, según autores como Oviedo Alban la distinción entre operaciones de consumo y su limitación frente a otras operaciones económicas no fue acertada. Podía haberse aprovechado la ocasión, e intentar una fórmula que unificara los actos mercantiles con los actos civiles, para comprender todo tipo de operaciones económicas y no distinguir entre operaciones civiles y mercantiles[392].

Por otra parte, no debería existir objeción al hecho de poder aplicar los PU a otro tipo de operaciones, ya que loa mismos Principios establecen que "*las únicas limitaciones que podrían establecerse en su empleo serían las dispuestas por las normas imperativas que regulen los estatutos nacionales de los consumidores. Sobre este punto, debe destacarse que el comentario al Preámbulo de los PU va acorde con la exclusión hecha en la CV de las compraventas de consumo".*

Con respecto a la "internacionalidad", los PU, no acogen de forma clara criterio alguno para el establecimiento de la internacionalidad del contrato[393]. El carácter internacional de los contratos mercantiles es amplio ya que sólo se excluyen las relaciones contractuales carentes de todo elemento internacional. Esto es, cuando los elementos principales del contrato estén relacionados con un solo país. En todo caso, debe recordarse que en el comentario al Preámbulo, se establece que éstos deben ser interpretados de la manera más amplia posible[394].

---

[391] Véase OVIEDO ALBAN, J. "Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías", Mayo, 2001, *Pace Law School Institute of International Commercial Law* (*www.cisg.law.pace.edu*).

[392] *Ibidem.*

[393] En el comentario al preámbulo se afirma: "El carácter "*internacional*" de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales, como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca "*vínculos estrechos con más de un Estado," "Implique una elección entre leyes de diversos Estados*" o "*afecte los intereses del comercio internacional"*. Los *Principios* no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de *internacionalidad* de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad.

[394] Dentro de un contrato puede haber varios criterios que permitirían pensar en su carácter internacional, tales como: la nacionalidad de las partes intervinientes, la ubicación de los bienes objeto del contrato, el

De lo expuesto, se desprende que los PU pueden aplicarse a la contratación electrónica siempre que no intervengan consumidores. De hecho este instrumento resulta relevante, entre otras cuestiones, en la regulación de los elementos del perfeccionamiento del contrato electrónico, como se expondrá *infra*.

Algunos autores como De Miguel Asensio, afirman que los PU son útiles, especialmente cuando los contratos forman y ejecutan a través de Internet[395]. Esta afirmación se basa en el carácter transfronterizo de estas actividades que dificultan la vinculación del contrato con un determinado ordenamiento. También es importante el hecho de que en los PU, los conflictos de intereses específicos de la contratación internacional (en este caso electrónica) son objeto de mayor atención que en las legislaciones nacionales[396].

En esta línea, el empleo de los PU en la configuración del régimen jurídico de los contratos internacionales aparece típicamente subordinado a que las partes en uso de su autonomía hayan acordado someter el contrato a los Principios o a la *lex mercatoria* (y el intérprete, con frecuencia un órgano arbitral, acuda a los Principios como expresión de la *lex mercatoria*)[397].

lugar de celebración, el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento, el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes, el transporte del mismo. En torno a lo anterior la ley regula los siguientes aspectos: la capacidad de las partes contratantes, los requisitos de forma del contrato, la naturaleza y efectos del contrato, la ejecución del contrato, etc. (véase AGUILAR NAVARRO, M, *Lecciones de Derecho internacional privado,* Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, pp. 24-31; ALVAREZ GONZÁLEZ, S., "Objeto del Derecho internacional privado…, *loc. cit*., pp. 12-16; CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado,* vol. II, Comares, Granada, 2018, pp. 1048-1051); FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado…, op. cit.,* pp. 27-47). En el caso de los contratos electrónicos estos criterios clásicos quedan en muchas ocasiones desvirtuados debido a que no se puede localizar la relación electrónica en un concreto espacio físico.

[395] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…" op. cit*., p. 873.

[396] Véase SCOTTI, L.B, "Contratos celebrados por medios…", *loc. cit*., p. 30.

[397] Véase ROMANO, G.P., *Le choix des principes Unidroit par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives*, Lausana, Publications of the Swiss Intitute of Comparative Law, 2007, pp. 35-57.

D) Principios europeos de Derecho contractual y Marco Común de Referencia

En el Derecho europeo transnacional destacan varios instrumentos que son de interés en la regulación del perfeccionamiento del contrato electrónico internacional, como son los PECL y el MCR.

Con respecto al ámbito de aplicación espacial de estos instrumentos ha de advertirse que es exclusivamente europeo y, por tanto, rigen únicamente en aquellas relaciones contractuales que se susciten en el interior de la UE.

En primer lugar, con respecto a los PECL, debe indicarse que la experiencia más antigua relativa a la unificación del Derecho de los contratos, data de 1980. En este año, un grupo de profesores encabezados por O. lando, elaboraron un conjunto de "*principios comunes*" en los países de la UE relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento y a algunas otras cuestiones concretas, como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes, estos son los PECL[398].

La estructura de los PECL incorporan en primer lugar, reglas fundamentales y generales del derecho contractual para Europa que deben aplicarse cuando las partes se refieran expresamente a ellos a la hora de elegir el Derecho aplicable (art. 1.101. 2º), cuando no sometan el contrato a una determinada ley estatal o, simplemente, cuando las partes acuerden que el contrato se rija por los principios generales del Derecho, la lex mercatoria o una expresión similar (art. 1101.3º). En segundo lugar, pueden servir de

[398] La traducción del título plantea la conveniencia de referirse al Derecho europeo de contratos o al Derecho europeo de los contratos. La versión francesa de estos principios, en la edición de LAMBERTERIE, ROUHETTE, TALLON, *Les principes du droit européen du contrat*, La Documentation française, París 1997, utiliza en el título el singular para traducir el término "*contract law*", pero al mismo tiempo en el artículo 1:101(1), para la misma expresión "*contract law*", opta por la variante en plural "*droit descontrats*". En castellano, la traducción en singular "*Derecho europeo del contrato*" no parece responder a la expresión habitualmente utilizada por la doctrina española para referirse a esta materia. La expresión más frecuente es la de Derecho de contratos", paralelamente al Derecho de obligaciones"(véase DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil…, op. cit.,* pp. 40 y 136). Este autor utiliza y destaca al mismo tiempo el concepto del "*Derecho de la contratación*" (p. 137 últ. *op. cit*.) y su importante significación en el ámbito de la protección de los consumidores. De esta forma, "*el Derecho de la contratación*" en el sentido mencionado por Díez Picazo debe quedar comprendido por los PU y el tenor de los mismos sugiere la voluntad de que se apliquen a todo tipo de contratos en el ámbito del Derecho privado.

modelo para futuras leyes nacionales que se elaboren en el ámbito europeo. Por último, su aplicación es pertinente para llenar las eventuales lagunas del Derecho aplicable (art. 1101.4º).

Los PECL, no se limitan a plasmar el estado de la práctica sino que incorporan importantes dotes de "desarrollo progresivo", de técnicas innovadoras en el sector de los contratos internacionales. Por este motivo, no pueden considerarse propiamente como "la máxima expresión de la *lex mercatoria*" con independencia de que incorporen un importante volumen de usos y costumbres internacionales del comercio internacional. Se estructuran por artículos a los que acompañan unos comentarios para su explicación.

Los PECL constituyen un material imprescindible para los operadores jurídicos en orden a la interpretación del Derecho contractual europeo común procedente tanto del Derecho comunitario como del Derecho de los Estados miembros. Además estos Principios son compatibles con otros instrumentos para la unificación como son la CV. Pese a esta afirmación, algunos autores han criticado los PECL que defienden frente a estos la necesidad de un "Código Civil" que supone la materialización de un sector académico que siempre defendió la existencia de un texto común aplicable a todos los Estados de la UE [399].

Por eso consideran que la formulación de una serie de "principios" en materia contractual es inoperante porque tales postulados únicamente tienen sentido dentro de un sistema consolidado y porque las diversas interpretaciones sobre los mismos, que en ocasiones provoca inseguridad jurídica desaparecería. Por este motivo, además de la iniciativa de O. Lando surgieron otras alternativas que afirman que la elaboración de los PECL podría tacharse de estéril porque estos sólo tienen sentido dentro de un determinado "sistema jurídico". Pese a esta corriente doctrinal de los partidarios del Cc europeo, existen algunos detractores que aunque no descartan las soluciones clásicas del DIPr abogan por la bondad de las soluciones basadas en los principios[400].

[399] Véase PLAZA PENADÉS, J., "Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo", *Derecho patrimonial europeo* (Monografía asociada a la Revista de Derecho patriomonial), Cizur Menor Thonson/Aranzadi, Navarra, 2003, p. 315.

[400] Véase BONELL, M.J., "The need and possibilities of a Codified European COntract law", *Europa e diritto privato*, 1998-1, pp. 171 y ss.

Estos principios generales aspiraban a convertirse en el punto de partida del proceso de codificación del derecho contractual europeo que en la actualidad no ha culminado[401]. Su objetivo es armonizar las diferencias propias, en materia contractual, del sistema del *Common Law* y de los sistemas continentales en el espacio comunitario. Estos principios, al igual que los demás instrumentos de Derecho transnacional mencionados, contienen reglas esenciales para el objeto de este estudio.

En segundo extremo, con respecto al MCR ha de indicarse que el Proyecto de elaboración de este isntrumento comenzó en 1989, en esta fecha el Parlamento Europeo planteó la creación de un Código Civil Europeo. En el año 2007, como resultado del trabajo de dos grupos de expertos, *el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group*) se publicó una primera versión del texto y la segunda en 2009.

El MCR está basado en gran medida en los PECL y contiene una serie de principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo que pretenden tener una implicación práctica, dejando de ser un trabajo puramente académico[402].

El propósito de la elaboración del MCR era crear un "instrumento opcional" a nivel europeo, sin pretender imponer una codificación forzada del Derecho contractual europeo. Así, por ejemplo, las partes, en el momento de concluir un contrato, tendrían la posibilidad de optar por la aplicación de las reglas contenidas en este instrumento en vez de seguir las prescripciones estrictas del DIPr.

Con esta posibilidad se pretende evitar que las partes litigantes deban someterse a la aplicación de un ordenamiento jurídico desconocido y disponible solamente en un idioma que esa parte no domina a alto nivel[403].

---

[401] Véase WICHARD, J. C., "Kodifikation des Internationalen Privatrecht", *IPRax*, vol. 37, núm. 2, 2017, pp. 119-135.

[402] Véase BASEDOW, J., "Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*"*, *Uniform Law Review*, vol. 4, 2007, pp. 730-766; *id*., "Un Droit commun des contrats pour le marché commun", *RIDC*, vol. 50, 1998, pp. 17-20.

[403] Véase KADNER GRAZIANO, T., *Europäisches vertragsrecht*, Baden-Baden, Helbing, Berlin, 2008, pp. 497-501.

Pese a que esta configuración como "instrumento opcional" era la idea inicial, lo cierto es que finalmente el MCR tiene similitudes con un Código civil. En relación al Derecho de contratos, el MCR contiene reglas para varios tipos contractuales, contemplando cuestiones como la conclusión del contrato[404].

De otro lado, se tratan materias relativas a las obligaciones de las partes, ya sean contractuales o pre-contractuales y se regulan, entre otros, el contrato de compraventa, el de arrendamiento y el de servicios[405].

El MCR se edifica a partir de cuatro principios: libertad, seguridad, justicia y eficiencia. Además, a diferencia de otros modelos predecesores, como los PU, que comprenden temas de teoría general del contrato, incluye, además de principios y normas de la teoría general, una parte sobre contratos en particular y otras materias específicas[406].

Con respecto a la contratación electrónica, el MCR contiene algunas normas relacionadas con la utilización de los medios electrónicos. En concreto, se hace referencia al contrato electrónico, en el Libro I (Disposiciones Generales). El art. I-I: 106 (5) del MCR conceptúa el término electrónico: *"como aquél que se relaciona con la tecnología electrónica, digital, magnética, sin cable, óptica, electrómagnética y otras capacidades similares"*. Por su parte, el art. II: 107 hace alusión a que "*la noticia puede darse de cualquier forma que resulte apropiada según las circunstancias*" [art. II.-I: 106 (2) del MCR]. Esta cuestión está relacionada con el principio de libertad de forma[407].

---

[404] Véase GROTHE H., "The Common Frame…", *loc. cit*., p. 15.

[405] Véase HESSELINK, M.W., "Condification and Europeanisation in the Netherlands", S. Vogenauer, ; S., Weatherill,, *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford an Portland, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 52-57.

[406] Estas disposiciones específicas se distribuyen así: Libro I. Disposiciones generales; Libro II. Contratos y otros actos jurídicos; Libro III. Obligaciones y derechos; Libro IV A. Compraventa; Libro IV B. Arrendamiento de bienes muebles; Libro IV C. Servicios; Libro IV D. Contratos de mandato; Libro IV E. Agencia comercial, franquicia y distribución; Libro IV F. Contratos de préstamo / crédito; Libro IV G. Garantías personales; Libro IV H. Donación; Libro V. Gestión de negocios ajenos; Libro VI. Responsabilidad extracontractual; Libro VII. Enriquecimiento injustificado; Libro VIII. Adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles; Libro IX. Garantías reales sobre bienes muebles y Libro IX. *Trust*.

[407] *Draft Common Frame of Reference* (*Outline Edition*), prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European contract law.

En este sentido, en el MCR, también se realiza una delimitación del concepto de escrito, concretamente el pfo. 1º del art. I-I: 105 establece que se trata de *"cualquier declaración que esté en forma textual, papel u otro medio duradero y en caracteres directamente legibles"*. Asimismo, este texto transnacional contiene algunos preceptos relacionados con el perfeccionamiento electrónico que serán expuestos de forma más detenida en el capítulo segundo de este trabajo. En concreto, este texto establece que la concurrencia de oferta y aceptación no es la única vía de formación de contrato. Esto es, según el MCR, la existencia de una intención suficiente de las partes dirigida a la consecución de un negocio que resulte vinculante conllevaría la formación del contrato[408].

En todo caso, debe advertirse que el MCR no es en la actualidad un instrumento directamente vinculante para los jueces, sino que, se trata, como los PU, de un instrumento de *soft law*, pero en este caso, en el ámbito de la UE[409].

[408] La parte del MCR sobre formación de contratos está inspirada en la CV y en los Principios UNIDROIT (véase PERALES VISCASILLAS, P., "Comentarios a los principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional", Madrid, Aranzadi, 2003, pp. 107-166; LEGRAND, P., "Sens et non-sens dún Code civil européen", *Revue internationale de Droit compare*, 2001, pp. 489-500).

[409] Fuera del ámbito europeo existen recientes inciciativas de *soft law* como es el caso de los Principios OHADAC en algunos países latinoaméricanos. La OHADAC aborda exclusivamente la finalidad de armonizar el Derecho de los países caribeños en el marco de las transacciones exclusivamente comerciales (B2B), y en consecuencia se halla más cerca del punto de partida de los Principios UNIDROIT, sin las servidumbres que conllevó para los PECL redactar un sistema de Derecho contractual que había de servir asimismo para los contratos con consumidores. Por otra parte, estos principios en relación con elMCR, abiertamente inspirado, como se ha indicado en la idea de un código civil europeo, acentuó la ruptura del diálogo entre los sistemas continentales y el *Common law*, bien visible en el sentido de un Libro III dedicado a una categoría de "Obligaciones", una especie de declaración de guerra al Derecho inglés y a los propios PECL. Estas experiencias deben ser tenidas en cuenta por la OHADAC, se trata, en suma, de respetar el principio del máximo consenso, que debe a su vez guiarse por una serie de principios: a) no redactar normas que puedan resultar culturalmente inaceptables o incómodas para una parte o un juez de un determinado sistema jurídico; b) crear reglas novedosas únicamente en la medida en que supongan resolver problemas comunes a todos los sistemas, facilitando el tráfico comercial internacional y la seguridad del comercio; c) respetar la regla del mínimo común denominador cuando las divergencias se presenten como insalvables. La versión definitiva de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales fueron aprobados en el Congreso ACP Legal de Pointe-à-Pitre/Jarry el 21 y 22 de septiembre de 2015. En la actualidad, las partes contratantes pueden incorporar las reglas de dichos Principios en sus contratos. Dado que es previsible que los Principios puedan ser completados o revisados en años futuros, se aconseja que en la cláusula de elección de dichos Principios OHADAC se haga referencia a la versión "(2015)".Debe indicarse que este instrumento se configura de forma similar a los Principios OHADA en África cuya organización está conformada en su mayoría por muchas ex colonias francesas que en vez de recurrir al derecho francés, decidieron buscar la asesoría de UNIDROIT (y, por tanto, la inspiración en los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales) para la redacción de su Ley Uniforme sobre Derecho de Contratos (véase VAQUERO LÓPEZ, C. "La armonización del Derecho de los contratos por la OHADA", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado…, op. cit.*, pp. 479-569).

Las partes contratantes podrán acudir en virtud de la autonomía de la voluntad a este instrumento para regular determinadas cuestiones de la relación contractual, en este caso electrónica. Además, como ya ha sucedido con instrumentos de esta naturaleza, sirve como modelo legislativo y fuente para decisiones judiciales[410].

2.- Contratación electrónica

A) Debate suscitado en torno a la "*Autorregulación de la Red versus necesario marco normativo*"

Debido a la naturaleza del comercio electrónico no siempre ha estado clara la necesaria regulación de las relaciones que se desarrollan por este medio. Cuando surgieron las primeras operaciones en la "red", varios autores, en concreto Johnson y Post en el año 1996 propugnaron que "*la única estructura de poder en Internet fuera la que su operadores protagonizan (autogobierno")*[411]. Al no existir una "central", ni una sede o dirección, Internet parecía impermeable a cualquier intento de control normativo desde una Instancia central.

Una relevante y lógica consecuencia de esa descentralización es además el hecho de que en el seno de la Red desaparece el concepto de frontera geográfica. Esta visión de autorregulación de la red, tuvo respuesta en el inicio de un debate que dura hasta la actualidad, entre los juristas especializados en Internet[412].

En el fondo, la cuestión no radica en el hecho de si el ciberespacio es o no "un lugar". Debe recordarse, que Internet puede ser contemplado y conceptuado desde múltiples perspectivas, no sólo la "espacial". Por este motivo, debe tenerse en cuenta no sólo desde el punto de vista de las circunstancias espaciales o temporales, sino también

[410] Véase EUGENIO ÓLIVERM L., "Principios de Derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado", *Revista de Llengua i Dret*, núm. 42, 2004, pp. 21-35.
[411] Véase JOHNSON, D.R., POST, D.G., "Law and Borders: the rise of law in cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, pp. 1367-1402.
[412] Véase GARCÍA MEXÍA, P., *Derecho Europeo de Internet…, op. cit.* pp. 15-19; BARNÉS VÁZQUEZ, J., "La internet y el derecho: Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético", Cuadernos de derecho judicial, núm.6, 1997, pp. 233-241; ZITTRAIN, J., "The Future of the Internet and How to Stop It*"*, *Yale UniversityPress*, (April 14, 2008), pp. 21-38.
[413] Véase PRICE, M.E.; VERHULST, S.G., *Selft-Regulation and the Internet*, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, pp. 3-27.
[414] Véase LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 41-49.

como fenómeno de gran importancia política, social, económica, cultural o tecnológica[413]. En este sentido, gran parte de la doctrina se declina hacia la opción de que la "red" puede y debe quedar sujeta al Estado y al Derecho, en este sentido, autores como Lessig, comenzaron por negar que el ciberespacio fuera irregulable[414].

Pese a estas afirmaciones, existen autores que se han pronunciado sobre las ventajas que tendría la creación de un *corpus normativo* que estaría constituido por un aún inexistente conjunto de reglas transnacionales de comportamiento que se ha venido denominando de diversas formas: *lex electrónica*[415],*lex informática*[416], o *lex mercatoria* del ciberespacio.

Las ventajas de este conjunto de reglas según A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, serían diversas: en primer lugar, se proporcionarían soluciones directas e inmediatas, escapando a la complejidad del mecanismo del método de atribución[417]. En segundo extremo, se trataría de un sistema auténticamente internacional y por tanto válido para todos los países. En tercer término sería un cuerpo normativo creado *ex novo* para una realidad también novedosa, y además en constante formación (lo que permitiría adaptarse con rápidez a los nuevos fenómenos tecnológicos) hallándo en el juez virtual el órgano sancionatorio propio y ajeno; por último garantizaría la máxima libertad de expresión y de comunicación en la red, disminuyendo la tutela de los derechos de la propiedad interlectual e industrial, de los derechos de la personalidad, etc.

---

[415] Véase GAUTRAIS, V.; LEFEBVRE, G; BENYEKHLEF, K., "Droit du commerce electronique et norms applicable: l´émergence de la lex electronic", *RDAI/IBLJ*, 1997, núm. 5, pp. 547-583: ZAMORA GADOT, F.J., "Hitos del sustrato social y económico del Derecho internacional privado", *RGD*, núm. 667 (ABRIL DE 2000), p. 4476.

[416] Otros autores como Reidenberg califican como "*Lex informática*" no sólo la legislación positivizada por los Estados, sino también "el diseño de red y los estándares, así como las configuraciones de sistema" (véase REIDENBERG, J.R., SCHWARTZ, P., *On-line services and data protection law: regulatory responses*, Office of official publications of the European Commission, 1998, pp. 21-28).

[417] Véase CALVO CARACAVA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de Leyes…, op. cit*., p. 15.

Por otro lado, el principal inconveniente con respecto a la autoregulación de las relaciones que se desarrollan por vía electrónica es que la soberanía de los Estados sigue constituyendo en la actualidad un firme postulado en las relaciones internacionales en una sociedad globalizada[418].

De otro lado, otros autores como P. Mankowski afirman que la existencia de una *cyberlaw* es inconcebible y una de las razones es la necesaria protección de los consumidores y la existencia de normas internacionales en este sentido cuya regulación debe reservarse al DIPr[419]. Por tanto, defienden la necesidad de un marco jurídico que permita dar confianza a los actores implicados, Este se encuentra conformado, entre otras normas por la DCE.

Esta norma, pese a haber contribuido en la regulación del comercio electrónico, no permite conseguir todos los objetivos relacionados con la creación de un régimen regulador uniforme sobre esta cuestión en la UE. Este hecho se debe, entre otros motivos, a su indefinición, al objeto de conseguir el consenso de los Estados miembros, y tiene como consecuencia una diversidad legislativa en las normas de tranposición. La falta de concreción de la DCE está relacionada, entre otras cuestiones, con el momento de perfeccionamiento del contrato electrónico, que no encuentra una respuesta satisfactoria en esta norma[420].

B) Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico

a) Antecedentes

La regulación del comercio electrónico en la UE se enmarca en una política mucho más amplia, en relación con la sociedad de la información, relacionada con las

[418] Véase RODRIGUEZ BENOT, A., "La contratación electrónica…"*loc. cit.,* pp.198-199.
[419] Véase MANKOWSKI, P., "Wider ein transnationales Cyberlaw Oder: Von der fortbesthehenden Bedeufung des Internationalen Privatrechats bei Internet- Sachverhaften", *A/P (Archive für Presserecht)*, 30 (1999), p. 138.
[420] Véase JONES, R., MOORE, R., "Introduction: An uncomfortable marriage: The challenges "new" technology is posing to "old" or established legal concepts?"*International Review of Law Computers & Technology*, 23, núm. 1-2, March-July 2009.

telecomunicaciones[421]. Como primera aproximación a Internet y al comercio electrónico, la Comunidad Europea elaboró una serie de comunicaciones al respecto. En julio de 1994, la Comisión elaboró un plan de acción titulado: "*La vía europea hacia la sociedad de la información*". Posteriormente, lanzó la Comunicación: "*Europa en primera línea en la sociedad de la información global: plan de acción evolutivo*".

La expresión "comercio electrónico" aparece por primera vez en una iniciativa comunitaria en la Comunicación "*Iniciativa europea de comercio electrónico*", del 16 de abril de 1997. También esta es la primera oportunidad en la que la Comisión se plantea la posibilidad de elaborar una regulación comunitaria comprensiva de los distintos aspectos jurídicos del comercio electrónico. A tales efectos, la Comisión señaló cuatro principios a ser tenidos en cuenta al momento de establecer un marco legislativo en la materia: 1) "*No regular por regular*", en consonancia con el principio de subsidiariedad, 2) "*Cualquier reglamentación debe basarse en todas las libertades del mercado único*", 3) "*Toda reglamentación ha de tener en cuenta las realidades comerciales*" y 4) "*Toda reglamentación debe satisfacer objetivos de interés general de manera efectiva y eficaz*", como el derecho a la intimidad, la protección del consumidor y la amplia accesibilidad a las redes.

[421] Este régimen regulador se inició con la comunicación de la Comisión, de 10 de noviembre de 1999: *"Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados*" [COM (1999) 539 final, 10 de noviembre de 1999].Otras normas comunitarias relacionadas con la contratación electrónica son la Directiva marco 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (*DO* L108/33 de 24 de abril del 2002); de autorización 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (*DO* L 108/21 de 24 de abril de 2002); Directiva de acceso 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas (*DO* L 108/17 de 24 deabril de 2002); Estas tres Directivas han sido modificadas a su vez por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (*DO* L 337 de 18 de diciembre de 2009). De otro lado, las dos normas comunitarias que restan por enumerar serían: la Directiva de servicio universal 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (*DO* núm L 108/51 de 24 de abril de 2002); y la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa a la protección de los datos personales y la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas *DO* núm.L 201 de 31 de julio de 2002. Estas dos últimas normas han sido modificadas por la Directiva 2009/136/CE de 25 de noviembre de 2009 (*DO* núm. L 337 de 18 de diciembre de 2009). Como puede observarse, el carácter fragmentario de la normativa es un elemento común en la regulación comunitaria y en la regulación nacional del contrato electrónico. A continuación se destacan algunos de los aspectos más importantes de las principales normas mencionadas.

El 14 de febrero de 1998, la Comisión emitió la Comunicación "*Globalización y Sociedad de la información. La necesidad de reforzar la coordinación internacional*" y el 17 de junio de 1998, aprobó la Comunicación "*Comercio electrónico e imposición indirecta*".

En este contexto, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva para armonizar determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior el 23 de diciembre de 1998. Mientras tanto, en diciembre de 1999 se adoptó la comunicación "*eEurope – Una Sociedad de la información para todos*", que fue acogida favorablemente por el Consejo Europeo que, en marzo de 2000, fijó un nuevo objetivo estratégico de la Unión para la próxima década: "convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo".

El 28 de febrero de 2000, el Consejo Económico Financiero de la Unión Europea adoptó la Posición común 22/2000, con la abstención de la delegación de Bélgica, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, con la finalidad de crear un marco jurídico simple y coherente para el desarrollo del comercio electrónico en el mercado único.

Finalmente, el 8 de junio de 2000, la UE, después de un arduo debate interinstitucional entre el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión, aprobó la Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en especial el comercio electrónico en el mercado interior (libre circulación y libertad de establecimiento), con diversas modificaciones respecto del texto original.

b) Delimitación material, espacial y temporal

La DCE se basa en las orientaciones de la Comunicación de la Comisión, relativa al comercio electrónico, cuyo objetivo era la creación de un marco jurídico coherente a escala europea en este sector[422]. La estrategia consiste en evitar un exceso de

[422] Véase ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 41-48.

reglamentación, para ello la norma se inspira en las libertades del mercado interior, teniendo en cuenta las realidades comerciales, y se propone dar una protección eficaz a los objetivos de interés general. La DCE se caracteriza también por la voluntad de eliminar disparidades en la jurisprudencia de los Estados miembros, creando una situación de seguridad que favorezca la confianza de consumidores y empresas[423].

En primer lugar, el ámbito de aplicación material de la DCE incluye: los SSI relativos al mercado interior; el establecimiento de los PSSI; las comunicaciones comerciales; los contratos por vía electrónica; la responsabilidad de los intermediarios; los códigos de conducta; los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios; los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros (art. 1.1 DCE). La DCE completa el ordenamiento jurídico comunitario aplicable a los SSI, con respecto a la protección, en particular, de la salud pública y de los intereses del consumidor.

Con respecto a las materias excluidas del ámbito de aplicación de la DCE, el art. 1.4 establece que esta norma no se aplicará: en materia de imposición; a cuestiones relacionadas con SSI incluidas en las Directivas 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas y en la Directiva 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, respectivamente[424].

Asimismo este precepto excluye del ámbito de aplicación de la DCE: a) las actividades de los Notarios o profesiones equivalentes en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública; b) la representación

[423] Véase DESANTES REAL, M., "La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios de la sociedad de la información", R. Mateu de Ros; J.M Cendoya (coords.), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 323-338; URRUTIA, M., "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", *RCE*, 2000, núm. º 4, pp. 25-67.

[424] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (*DO* núm. L 282 de 23 de noviembre de 2011), esta norma fue modificada por el Reglamento 1882/2003 sobre la adaptación a la Decisión 1999/468/CE del Consejo de las disposiciones relativas a los comités que asisten a la Comisión en el ejercicio de sus competencias de ejecución previstas en los actos sujetos al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado CE (*DO* núm. L 284 de 31 de octubre de 2003); Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones (*DO* núm. *L* 24 de 30 de enero de 1988).

de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales; c) actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas.

En segundo extremo, en relación con la delimitación espacial de la norma, el art. 3 de la DCE relativo al Mercado interior, regula el importante aspecto de la aplicación de la ley del país de origen, dentro del denominado ámbito coordinado, que está definido y determinado en el art. 2 g) de esta norma. Del mismo modo, la DCE prohíbe a los Estados miembros restringir la libertad de prestación de estos servicios de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado (art. 3.2); salvo que se trate de medidas necesarias por motivos de orden público, protección de la salud pública o protección de los consumidores y respeten los demás requisitos impuestos en los apartados 4 y 5 del art. 3 de la Directiva. Según el art. 3.3 de la DCE, no se aplicarán los apartados 1 y 2 de ese precepto a las materias enumeradas en el anexo de la DCE, que quedan excluidas del impacto de la ley de origen.

Estas excepciones al principio del país de origen como ley aplicable son las relativas a los derechos de autor, derechos afines, así como los derechos de propiedad industrial; la emisión de moneda electrónica por parte de instituciones a los que los Estados miembros hayan aplicado una de las excepciones previstas en el apartado 1 del art. 7 de la DCE; el apartado 2 del art. 44 de la Directiva 85/611/CEE[425]; el art. 30 y Título IV de la Directiva 92/49/CEE[426]; Título IV de la Directiva 92/96/CEE[427]; arts. 7 y 8 de la Directiva 85/337/CEE[428]; y art. 4 de la Directiva 90/619/CEE[429]; la designación de los Tribunales competentes; las obligaciones contractuales en caso de que las partes hayan

[425] Directiva 85/337/CEE del Consejo de 27 de junio de 1985 (*DO* núm. L 175 de 5 de julio de 1985).
[426] Directiva 92/49/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (*DO* núm. L 228 de 11 de agosto de 1992).
[427] Directiva 92/96/CEE del Consejo de 10 de noviembre de 1992 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (*DO* núm. L 360 de 9.12.1992).
[428] Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (*DO* núm. L 175 de 5 de julio de 1985*).*
[429] Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (*DO* núm L 330 de 29/11/1990*).*

elegido la legislación aplicable; las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores; la validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria; la licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico.

Estas excepciones fueron uno de los puntos de debate más importantes en la Proposición de la DCE, sobre todo por la conexión de este instrumento comunitario con las normas de DIPr[430]. De esta forma, se acude en el texto a una posición intermedia, especificando las excepciones al art. 3 apartados 1 y 2. Estas excepciones tienen un claro alcance, por ejemplo, en materia del derecho de los consumidores en los contratos celebrados por éstos, en conexión con el art. 6 del Reglamento Roma I[431].

En este caso, el principio de que la ley aplicable sea la del país de origen, como se expondrá *infra*, quiebra, entre otras razones, por existir normas especiales en el Reglamento Roma I sobre la protección de los consumidores. De esta forma, la DCE, como principio general no debe afectar a las normas de DIPr existentes. Estas sólo podrán decaer, cuando vayan en contra de los principios rectores de la Directiva, determinados en el ámbito coordinado (art. 3.2 DCE)[432].

[430] Vínculado al principio del país de origen se encuentra la regla de reconocimiento mutuo que opera inicialmente como un mecanismo pragmático que impulsa y fortalece la integración económica en la UE. Este principio implica que una situación jurídica válidamente creada en la UE o una resolución judicial o extrajudicial dictada por la autoridad de un Estado miembro de la UE sea tratada como si se hubiera celebrado en el Estado miembro en el que se solicita su reconocimiento. La situación jurídica creada en el Estado miembro de origen se exporta, al Estado miembro de destino para que la autoridad de éste le conceda el reconocimiento (ORTIZ VIDAL, M.D., "El principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la UE y los límites a la libre circulación, ¿mecanismo conciliador en tiempos revueltos?, *RDC*, vol. II, número 3, 2015, pp. 177-197; GARDEÑES SANTIAGO M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999, pp. 54-65).

[431] Véase MANKOWSKI, P., "Das Herkunftslandprinzipals Internationales Privatrech der e-commerce-Richtlinie",*ZVglRWiss*, vol. 100, 2001, pp. 137-181, pp. 138-144; THÜNKEN, A., "Die EG-Richtlinieüber den elektronischen Geschäftsverkehrund das international Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs", *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 15-22, pp. 21-22.

[432] B. Mathieu afirma que la regla del mercado interior no tiene incidencia sobre la designación de las reglas aplicables, función esta que corresponde a las normas de DIPr (MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 59-64).

En relación con esta cuestión, resulta de suma importancia reseñar que del tenor del art. 3 de la DCE podría deducirse, que contiene una norma de conflicto oculta o implícita. Esta cuestión tendría trascendencia en la determinación del ordenamiento que regula el perfeccionamiento del contrato electrónico en el interior de la UE, con independencia de donde se encuentre el cliente que lo celebra. En relación con este tema, se desarrolló también un importante debate del que cabe dar cuenta[433]. Este se refiere a si esta norma impone, al fijar la referencia a la ley del país de origen, una solución conflictual, que implicaría la sustitución de las reglas de conflicto, normalmente aplicables por una regla específica que establecería como aplicable la ley del país de origen (primera interpretación).

En relación con este debate, se destacó que la remisión a la regla del país de origen, respecto de la actividad internacional de los PSSI, no estaría exenta de dificultades ya que, entre otras cuestiones, para los destinatarios de los servicios, la determinación del lugar de origen podría resultar compleja en determinadas ocasiones[434]. Este riesgo trata de evitarse con las obligaciones de información general impuestas a los PSSI (arts. 5 DCE y 10 LSSICE). Este criterio puede mermar la seguridad jurídica en las relaciones que se desarrollan *online* ya que los países con menos restricciones con respecto al establecimiento pueden resultar más atractivos para que se establezcan los PSSI.

Una solución conflictual supondría que la ley aplicable al conjunto de las cuestiones incluidas en el ámbito coordinado de la Directiva en relación con la prestación de SSI en el ámbito de la UE por una empresa establecida en un Estado miembro sería sólo la ley del país de establecimiento. Este hecho, exigiría el desplazamiento de las

[433] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas", *RCE*, n. º 20, octubre de 2001, pp. 23-31; MANKOWSKI, P., "Internet und Internationales Wettbewerbsrecht", *GRUR Int*, 1999, pp. 909-921; FEZER, K.H. y KOOS, S., "Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzipund die E-commerce Richtlinie", *IPRax*, vol. 20, 2000, pp. 349-354; AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip...", *loc. cit.*, pp. 837-838; OHLY, A., "Herkunftslandprinzipund Kollisionsrecht", *GRUR Int*, vol. 50, 2001, pp. 899-908, pp. 902-903, este autor, pone de relieve que la norma sí tiene un cierto alcance conflictual pues determina el ordenamiento (el de origen) con el que debe ser contrastada la ley normalmente aplicable.

[434] Véase DE BOTTINI, R., "La Directive commerce électronique du 8 juin 2000", *MC*, núm. 449, 2001, pp. 368-373, p. 370; y Comisión Europea, "Comunicación sobre comercio electrónico y servicios financieros", de 26 de enero de 2001, pp. 2 y ss.

normas sobre ley aplicable relevantes y su sustitución por una regla de conflicto que determine la aplicación de la ley del país de origen[435].

Según una segunda interpretación, avalada por el TJUE, la DCE no impone una remisión conflictual[436]. Sus objetivos son alcanzables asegurando que la ley aplicable designada por las normas de conflicto resulta desplazada por la legislación del país de origen cuando aquélla imponga restricciones no previstas en la ley de origen y que resulten contrarias al mandato de la DCE. Según esta postura, el art. 3.2 de la DCE no exige una solución conflictual sino que sólo impone la no aplicación de las normas de la ley designada por las reglas de DIPr que restrinjan la libertad de prestación de servicios de la SSI de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado.

De otro lado, la ausencia de una regla conflictual en la Directiva, no excluye que para que el principio del país de origen pueda materializarse en la práctica algunas legislaciones nacionales que han transpuesto la DCE establecen criterios específicos e imperativos relativos a su ámbito de aplicación espacial relacionados con la aplicación de estas normas a los PSSI establecidos en el territorio de estas normas, es lo que ocurre en el caso de España según el art. 2 de la LSSICE (art. 2).

Según el profesor P. A. De Miguel, una interpretación sistemática del principio de origen del art. 3 de la DCE, del art. 1.4 de la DCE, del párrafo 23 del preámbulo de la DCE, y el alcance del principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior, conllevan que pueda afirmarse que el art. 3 de la DCE no impone un mandato conflictual. De acuerdo con esta interpretación, los tribunales han de aplicar la ley designada conforme a las normas generales de DIPr, si bien las disposiciones de ese ordenamiento serán desplazadas (por las del estado miembro de establecimiento del PSSI) en la medida en que su aplicación resulte contraria a las exigencias del derecho de la UE, por imponer

---

[435] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Directiva sobre el Comercio Electrónico…", *loc. cit.*, p. 4; *id Derecho Privado…, op. cit.*, p. 540.

[436] Con respecto al art. 3 de la DCE el TJUE en la sentencia relativa al asunto *eDate Advertising* avaló esta interpretación. En la misma, el Tribunal concluye que "*por lo que se refiere al mecanismo previsto en el artículo 3 de la Directiva, procede considerar que la sujeción de los servicios del comercio electrónico al régimen jurídico del Estado miembro de establecimiento de sus prestadores con arreglo al artículo 3, apartado 1, no permitiría garantizar plenamente la libre circulación de esos servicios si los prestadores debieran, en definitiva, cumplir, en el Estado miembro de acogida, requisitos más estrictos que los que les son aplicables en su Estado miembro de establecimiento"*.

restricciones en el ámbito coordinado no previstas en el Estado miembro en el que está establecido el prestador[437].

De esta forma, el art. 3 de la DCE no sustituye las normas generales sobre la ley aplicable a los contratos, por una distinta que impone la aplicación de la ley de origen, salvo que sean de aplicación las excepciones incluidas en el anexo de la DCE y se den las restricciones establecidas en el art. 3.2 de la DCE respecto de la ley del país de origen del PSSI[438].

Al respecto, debe tenerse en cuenta no sólo el propio artículo 1.4 de la DCE sino también que el alcance armonizador de esta norma en el ámbito contractual es muy limitado y prácticamente se reduce a lo dispuesto en sus artículos 9 a 11, acerca de la admisibilidad de la celebración de contratos por vía electrónica, de los requisitos de información previos y posteriores exigidos a los PSSI.

Por tanto, resulta claro que la Directiva no armoniza de manera significativa el régimen general de formación de los contratos ni su contenido obligacional, al tiempo que deja expresamente fuera del ámbito coordinado (arts. 2 h) los requisitos aplicables a las mercancías en sí y a su entrega así como a los servicios no prestados por medios electrónicos. Ahora bien, con respecto a los deberes de información en la contratación electrónica, materia que sí está dentro del ámbito coordinado, cabría preguntarse de forma específica sí podría operar el art. 3 de la DCE como una norma de conflicto. Está cuestión se analiza *infra*, en el capítulo segundo, concretamente en la parte en la que se analiza la

[437] En la citada resolución en el asunto *eDate Advertising*, el TJUE estableció que si bien a falta de normas armonizadas, únicamente el reconocimiento del carácter vinculante del régimen nacional del país de establecimiento del PSSI puede garantizar el pleno efecto de la libre prestación de dichos servicios (ap. 59), el art. 3.1 de la DCE impone principalmente a los Estados miembros la obligación de velar por que los SSI suministrados por un prestador establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro y que formen parte del ámbito coordinado, sin que esa obligación presente las características de una norma de conflicto de leyes destinada a zanjar un conflicto específico entre varios Derecho que deben ser aplicados (ap. 61).

[438] Las excepciones del Anexo no deben ser interpretadas como las únicas situaciones en las que en materia contractual no será de aplicación el criterio de la ley de origen sino que parece más apropiado, en línea con la idea de que el artículo 3 no impone una solución conflictual general, entenderlas como una enumeración de supuestos en los que la remisión a la ley de origen derivada del artículo 3.2 DCE carece de toda virtualidad (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Marco regulador…, *loc. cit.*", pp. 298-319).

relación entre la normativa sobre contratación general (Reglamento Roma I) y la normativa sobre contratación electrónica (DCE y LSSICE)[439].

Como afirma P. A. De Miguel, las deficiencias que presenta tanto la delimitación espacial de la DCE como la LSSICE pueden deberse a que el ámbito de aplicación que se pretende determinar es heterogéneo, debido a que incluye tanto normas administrativas como otras de Derecho privado[440]. Además, este hecho se refleja en la imprecisión que caracteriza a las normas nacionales de transposición, en relación a la determinación del régimen jurídico aplicable a las actividades transfronterizas de los PSSI.

Por último, con respecto a su ámbito de aplicación temporal, puede indicarse que la fecha límite para la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico de los Estados miembros era el 17 de enero de 2002, 18 meses después de la entrada en vigor de la Directiva, el 17 de julio de 2000. El Consejo y el Parlamento Europeo aceptaron un periodo de transposición relativamente breve, tras haber acordado que la creación de un marco jurídico para el comercio electrónico constituía una prioridad[441]. No obstante, se registraron algunos retrasos en la transposición, debido principalmente al carácter horizontal de la Directiva que afecta a una amplia variedad de cuestiones jurídicas. Tres Estados miembros (Alemania, Luxemburgo y Austria) transpusieron la Directiva antes de la fecha prevista de 17 de enero de 2002.

C) Transposición de la Directiva 2000/31/CEE

a) En España

La DCE fue transpuesta al ordenamiento español mediante la LSSICE. Se acoge en esta norma un concepto amplio de "servicios de la sociedad de la información", que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica: el suministro

[439] Véase en el Capítulo segundo de este trabajo el apartado relativo a: I.- Normas imperativas en la contratación electrónica y en concreto: 1.- Normas imperativas y deberes de información; B) Relación entre el Reglamento Roma I y la normativa sobre contratación electrónica: a) Reglamento Roma I (régimen general e indicadores espaciales de la Directiva 2000/31/CE y de la ley 34/2002, pp. 232-240.
[440] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Marco regulador de la actividad internacional…", *loc. cit.*, pp. 298-319.
[441]Véase GARCÍA MEXÍA, P., *Derecho Europeo de Internet…, op. cit.*, pp. 35 y ss.

de información por dicho medio; las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red; a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios; al alojamiento en los propios servidores de información; servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios, por ejemplo la descarga de archivos de vídeo o audio), siempre que represente una actividad económica para el prestador[442].

Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico[443].

En primer lugar, la LSSICE distingue en su ámbito subjetivo de aplicación tres categorías de PSSI: los establecidos en España (art. 2); los establecidos en un Estado miembro de la UE (art. 3) y los establecidos en un Estado no perteneciente a la UE (art. 4).

Según la primera categoría, la LSSICE es aplicable a los PSSI establecidos en España y a los SSI que éstos prestan. Para la determinación del establecimiento de los PSSI, se rechaza el lugar de situación de la tecnología empleada en Internet[444]. La LSSICE considera que el PSSI está establecido en España cuando tenga residencia o domicilio social en territorio español. Siempre que tanto la residencia como el domicilio social coincida con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios[445]. También se considera que el PSSI está

[442] Véase preámbulo LSSICE.
[443] *Ibidem*
[444] El artículo 2.3 de la LSSI y CE dispone: *"que la utilización de medios tecnológicos situados en España para la prestación o el acceso al servicio no servirá como criterio para determinar por sí sólo el establecimiento en España del prestador"*, fiel transposición del principio recogido en la DCE cuando al definir en el artículo 2c "prestador de Servicios establecido· dispone que *"la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios"*.
[445] El artículo 2 c) de la DCE define "*prestador de servicios establecido: el prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para*

establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales consten inscritos en el Registro Mercantil o en otro Registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica[446].

Aunque el PSSI tenga residencia o domicilio en otro Estado, la LSSICE es aplicable cuando ofrezca servicios a través de un establecimiento permanente situado en España, respecto a aquellos servicios que preste desde el mismo. Se presume que tiene establecimiento permanente en España cuando disponga en el territorio español de forma continuada y habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que realice toda o parte de su actividad[447].

La definición de la LSSICE se desmarca de la DCE y por este motivo pueden plantearse inconvenientes debido a que la delimitación espacial de esta norma no coincide con la adoptada por otros países, lo que hace que un mismo PSSI pueda considerarse establecido en diversos Estados miembros según sus respectivas legislaciones. Además se dificulta la coordinación con otras normas de la legislación española, también aplicables a ciertos PSSI, que al transponer Directivas comunitarias emplean el concepto de establecimiento propio del Derecho comunitario.

En segundo extremo, el art. 3 de la LSSICE contempla su aplicación respecto a los prestadores establecidos en otro Estado miembro de la UE. En estos casos, sólo se prevé la aplicación de la LSSICE, excepción hecha de sus normas sobre la libre prestación de servicios y sus posibles restricciones (arts. 7.1 y 8 LSSICE), en las materias contempladas en el Anexo de la DCE. Estas se incluyen como excepciones al art. 3 de la

prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios". En el mismo sentido se pronuncia la DCE en su Cdo. 19.

[446] El empleo del término sucursales fue criticado y propuesta su eliminación para evitar que la mera existencia de una sucursal registrada en España comportara la íntegra aplicación de la Ley española a la generalidad de las actividades del PSSI (aunque éste se halle establecido en otro Estado miembro o bien los demás servicios se presten desde otra sucursal establecida en otro Estado miembro). Se pretende así que sólo se aplique la Ley a los servicios prestados desde la sucursal en España. Ver Enmienda de modificación número 86 y 246 del Grupo parlamentario Mixto en el Congreso (BOCG Congreso 22 de abril de 2002, serie A, número 68-6).

[447] Art. 2.2 de la LSSICE. En este sentido se pronunció la enmienda número 150 del grupo parlamentario Catalán del Congreso (BOCG Congreso 22 de abril de 2002, serie A, núm. 68-6), y la enmienda número 245 de adición del Grupo Parlamentario Mixto, que recogen la aclaración que el alcance de la aplicación de la Ley queda restringida únicamente a aquellos SSI que el prestador preste desde el establecimiento permanente en España, evitando que la aplicación de la leyes se extiendan a los restantes servicios prestados desde otro Estado.

DCE y quedarían al margen de la libre prestación de SSI en el mercado interior (art. 3 LSSICE).

En cualquier caso, la aplicación del Derecho español en estas materias, se condiciona a lo dispuesto en el régimen general de determinación de la ley aplicable, de forma que, no siempre que el destinatario se encuentre en España es de aplicación la ley española en las materias establecidas en el art. 3 de la LSSICE (derechos de propiedad intelectual, competencia desleal, etc). Del análisis conjunto de los apartados 3 y 4 del art. 3 de la LSSICE se deduce que esta norma se aplica a las actividades de los PSSI establecidos en otro Estado miembro de la UE, en las materias excluidas del criterio de origen, cuando la ley aplicable a la materia sea la española[448].

Por último, en el caso de PSSI establecidos en un Estado no perteneciente a la UE, en principio, no resulta de aplicación la LSSICE (excepto lo dispuesto en los arts. 7.2 y 8 de la LSSICE) salvo que se trate de PSSI que dirijan sus servicios específicamente al territorio español (art. 4.2). Este precepto no concreta en qué supuestos se entiende que los servicios están dirigidos específicamente a España[449].

En este sentido, hay que analizar la actividad comercial desarrollada, el idioma utilizado, las advertencias incluidas en el sitio web correspondiente, los mecanismos previstos para la distribución de bienes comercializados, y en definitiva, las características del servicio prestado[450].

[448] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Marco regulador de la actividad internacional…, *loc. cit.*, pp. 298-317.

[449] En relación con esta cuestión es de interés el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002 (p. 48), en el que se especifica que "*la simple prestación pasiva de servicios "en línea", incluso a destinatarios cuya residencia habitual esté situada en España, podrá en su caso, valorando las circunstancias que concurran, considerarse no dirigida "específicamente al territorio español"*.De esta forma, la precisión de cuándo un PSSI dirige sus actividades a un determinado Estado miembro puede resultar complejo en la práctica, si bien normalmente se entiende que se dirige la oferta a España cuando se traten de páginas web que tienen un elevado número de usuarios en este país (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit*., p. 167).

[450] Según recoge el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002 (p. 48), "*la simple prestación pasiva de servicios "en línea", incluso a destinatarios cuya residencia habitual esté situada en España, podrá en su caso, valorando las circunstancias que concurran, considerarse no dirigida "específicamente al territorio español".*

b) En otros Estados miembros

En general, las transposiciones nacionales siguieron en gran medida la forma y contenido de la DCE. A excepción de los Países Bajos, los Estados miembros incorporaron la Directiva mediante una ley horizontal de comercio electrónico para crear un marco nacional lo más claro y sencillo posible. Alemania transpuso la DCE modificando principalmente su BGB., este país ya disponía de un marco jurídico horizontal nacional antes de que se adoptara la DCE, que regulaba los servicios a distancia (*Teledienstegesetzvom* 22. Juli 1997). El Reino Unido incorporó la Directiva en dos partes: por un lado, los aspectos generales y, por otro, los relativos a los servicios financieros. Bélgica realizó una distribución de las partes principales de la Directiva y el procedimiento previsto en los apartados 4 a 6 del artículo 3 en dos leyes separadas por motivos constitucionales[451].

En la fase de la transposición, casi todos los Estados miembros fijaron su atención en la cláusula del mercado interior y en las disposiciones relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación. Además, con objeto de transponer correctamente la Directiva, varios Estados miembros se vieron obligados a revisar y modificar leyes nacionales vigentes, con el fin, por ejemplo, de eliminar ciertos obstáculos que impedían la contratación por vía electrónica.

Algunos Estados miembros incluyeron en sus legislaciones nacionales aspectos no cubiertos por la DCE tales: como la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos e instrumentos de búsqueda; procedimientos de detección y retirada de contenidos ilícitos; requisitos de registro para los prestadores de servicios de la sociedad de la información; filtrado; conservación de datos; criptología, y normas adicionales sobre contratación electrónica. En otros casos, los Estados miembros incluyeron también en sus legislaciones nacionales, en materia de comercio electrónico, cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de la DCE, como los juegos de azar en línea[452]. Por ejemplo, España, Austria, Luxemburgo y Liechtenstein excluyeron los juegos de azar únicamente

[451] (*www.eur-lex.europa.eu*).
[452] Véase QUECK, H., *Rechtsfragen der Infromationsgesellschaft*, Berlin, Erich Schimdt Verlag, 1999, pp. 107- 242.

del ámbito de la cláusula del mercado interior, con lo que las demás partes de las medidas nacionales de transposición son plenamente aplicables a la prestación de servicios de juegos en línea[453].

Durante el procedimiento de transposición, los servicios de la Comisión colaboraron estrechamente con todos los Estados miembros con objeto de prestarles la asistencia necesaria para garantizar la correcta transposición de la Directiva. Además, la gran mayoría de Estados miembros notificaron sus proyectos legislativos en el marco del procedimiento de transparencia previsto en la Directiva 98/48/CE[454] ya que dichos proyectos recogían otras normas relativas a los servicios de la sociedad de la información e iban, por tanto, más allá de la mera transposición de la Directiva. Los contactos bilaterales con los Estados miembros y el procedimiento de notificación permitieron a los servicios de la Comisión analizar exhaustivamente las propuestas legislativas y formular sus observaciones al respecto antes de la adopción final. Todo ello ha contribuido a mejorar la calidad de las transposiciones nacionales.

La transposición de la Directiva 2000/31/CE se realizó a través de diferentes normas que a continuación se enumeran: en Austria (Ley 152/2001 de 21 Diciembre 2001), Bélgica (Leyes de 11 de marzo de 2003), Dinamarca (Ley 227/2002 de 22 abril 2002), Finlandia (Ley 458/2002 de 5 junio 2002), Francia (Ley 719/2000 de 1 agosto 2000 y Ley 575/2004 de 21 junio 2004), Grecia (Decreto 131/2003 de 16 mayo 2003), Islandia (Ley 30/2002 de 16 abril 2002), Irlanda (Reglamento 68/2003 de 24 febrero 2003), Italia (Decreto 70/2003 de 9 abril 2003), Luxemburgo (Ley de 14 agosto 2000), Noruega (Ley de 23 mayo 2003 y Ley de 20 febrero 2004), Portugal (Decreto 7/2004 de 7 enero 2004), España (Ley 24/2002 de 11 julio 2002, LSSICE), Suecia (Ley de 6 junio 2002), el Reino Unido (Reglamento 2013/2002 de 21 agosto 2002) y Holanda (Ley de mayo 2004, que implementa la DCE, a través de modificaciones puntuales de diversas leyes y reglamentos)[455].

---

[453] *Ibidem*.

[454] *DO* núm. L 217/18 de 5 de agosto de 1998. Esta Directiva modifica a la Directiva 98/34/CE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

[455] Véase la publicación de estas normas más detalladamente en (www.*ec.europa.eu).*

Una vez expuestas las cuestiones generales sobre la transposición de la DCE se analizan las transposiciones realizadas en algunos países comunitarios. En primer lugar, en Reino Unido la transposición de la DCE, se llevó a cabo mediante el Reglamento 2013/2002 de Comercio Electrónico, que entró en vigor el 21 de agosto de 2002[456].

Esta regulación establece que la necesidad de un SSI, normalmente, a cambio de una remuneración, no restringe su ámbito de aplicación a los servicios que dan lugar a la compraventa en línea. Incluyen también los servicios en la medida en que representan una actividad económica, como los que ofrecen información en línea o comunicaciones comerciales (anuncios, por ejemplo) o proporcionando herramientas que permiten la búsqueda, acceso y recopilación de datos. Así pues, una empresa del Reino Unido estaría sometida a los términos del Reglamento aunque la localización de sus servidores, estuviera en otro país[457].

Este Reglamento, siguiendo la dinámica de la DCE no regula determinadas cuestiones como la CJI y la ley aplicable. En cambio, como novedad respecto a otras normas de transposición, el art. 22 del Reglamento realiza una breve referencia a la libertad de elección de la ley aplicable al contrato por las partes contratantes.

Por otra parte, el Reglamento 2013/2002 recoge en su texto normativo la información que debe darse antes de que se hagan los pedidos por vía electrónica. De esta forma, el vendedor debe proporcionar de una manera clara, comprensible e inequívoca la siguiente información, principalmente: los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de hacer pedidos; lenguas ofrecidas para la celebración del contrato; proporcionar un enlace a los códigos de conducta a los que esté suscrito y los términos y condiciones del contrato deben estar disponibles de una manera que permita al usuario almacenar y reproducir los términos.

Sobre la información posterior a la realización del pedido, debe indicarse que esta norma, siguiendo el texto de la DCE, obliga a la parte que vende el producto o servicio, a acusar recibo de la orden tan pronto como sea posible por medios electrónicos. Aunque

[456] *Statutory Instruments* 2002, núm. 395, 2013, (*www.legislationgov.uk*).
[457] Véase HEDLEY, S., *The Law of Electronic Commerce and the Internet in the UK and Ireland*, SidneyLondon, Cavendish publishing, 2006.pp. 24-38.

este Reglamento establece que el reconocimiento puede tomar la forma de la prestación del servicio de pago por dicho servicio, es decir que en el momento en el que se está efectuando el pago, se está reconociendo que el contrato está formalizado y por tanto es válido. En cualquier caso la confirmación del pedido debe confirmarse con expresiones tales como "su pedido ha sido recibido y está ahora en trámite" o palabras en este sentido, en lugar de "su pedido ha sido aceptado." También incluye la norma que si se termina la transacción por correo electrónico, al contrario que sucede si se concluye el contrato a través de un sitio web, el acuse de recibo no necesita ser inmediato[458].

El Reglamento que transpone la DCE en Reino Unido establece que la confirmación mencionada podrá tener lugar mediante la provisión directa de los servicios solicitados, en los casos en que dichos servicios puedan proveerse directamente a través de Internet (art.11).

Este Reglamento incluye otros muchos preceptos en los que se tratan cuestiones tales como el contenido de las comunicaciones comerciales (art. 7), otra información requerida por el consumidor (art. 10), significado de la palabra orden de pedido (art. 12), la responsabilidad de los proveedores de servicios (art. 13), el derecho a la rescisión del contrato (art. 15), entre otras cuestiones.

Del breve análisis realizado sobre la norma que transpone la DCE en Reino Unido, puede apreciarse que la misma no hace alusión al perfeccionamiento del contrato electrónico internacional. Se limita a enunciar la información necesaria que hay que ofrecer al consumidor para que el contrato sea válido, y la necesidad de acusar recibo de la aceptación, excepto en los casos en los que la transacción se produzca totalmente a través de e-mail, o en los casos en los que medie un reconocimiento de la aceptación por el previo pago del precio objeto de la operación[459].

De otro lado, en el ordenamiento jurídico italiano, la transposición de la Directiva se realizó mediante el Decreto legislativo núm. 70 de 9 de abril de 2003 relativo a algunos

[458] Véase GILLIES, L.E.: *Electronic Commerce and International Private Law (a study of Electronic Consumer Contract)*, Ashgate, Market and the Law, Hampshire, 2008, 54-71, pp.29-33.
[459] Véase TANG, Z.S., *Electronic consumer contracts in the conflicts of Laws*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oxford, 2009, pp. 42-57.

aspectos jurídicos del SSI, en particular, el comercio electrónico, en el mercado interior[460].

El ordenamiento jurídico italiano fue pionero en regular la contratación electrónica. En este sentido, al margen de la norma que transpone la DCE, puede citarse el Reglamento de actos, documentos y contratos en forma electrónica aprobado el 5 de agosto de 1997, norma esta anterior a la promulgación de la Directiva.

De esta forma, los primeros preceptos del Decreto legislativo italiano establecen, el ámbito de aplicación, la finalidad de la norma y la definición de Servicios de la información o de mercado interno, términos de gran relevancia en este contexto. De otro lado, el art. 5 del Decreto Legislativo italiano, es importante a los efectos de validez del contrato ya que se refiere a la eficacia probatoria del documento informático, en el sentido de que el documento informático verificado con firmas digitales tiene la eficacia de documento privado.

Por su parte, el art. 7 establece cual es la información general obligatoria que el PSSI debe de facilitar al usuario, estableciendo como datos obligatorios, el nombre, la denominación o razón social del mismo, domicilio o sede legal, número de identificación fiscal, precio, etc.

En el art. 10 se establecen cuestiones relacionadas en general con la firma digital. El art. 16 hace una especial referencia a la intervención del notario al hablar de firma digital autenticada, teniendo por reconocida a los efectos del art. 2703 del Código Civil italiano, la firma digital que sea autenticada por notario, u otro oficial público autorizado[461].

El art. 12 es relevante a efectos de este estudio ya que establece las condiciones necesarias para que el contrato pueda concluirse. De esta forma se entiende enviado y

[460] *Gazzetta Ufficiale* núm. 87 del 14 aprile 2003 - Supplemento Ordinario n. 61, (*www.camera.it*).
[461] El propio art. 16 define lo que debe entenderse por la autenticación de la firma digital, que consistirá en la declaración por parte del oficial público, de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo el aseguramiento de su identidad personal, de la validez de la llave pública y del hecho de que el documento firmado responde a la voluntad de la parte, y no es contrario al Ordenamiento Jurídico (véase MONTAGUADO CASTELLÓ, E., *Contratación comercial por Internet*, Apuntes jurídicos, 2000, Valencia, pp. 56 y ss).

recibido por el destinatario, si se transmite a la dirección electrónica por este declarada. Teniendo en cuenta que la fecha y hora de formación, de transmisión o de recepción de un documento informático redactado de conformidad con las disposiciones de la norma, será oponible a terceros. Asimismo, se establece en este precepto que la transmisión del documento informático por vía telemática con modalidad que asegura la futura recepción, equivale a la notificación por medio de correo en los casos permitidos por la ley. También se hace una especial consideración, a los documentos informáticos de las Administraciones Públicas así como la firma de esos documentos informáticos.

Según la norma italiana, con respecto a la información previa, es necesario que: se concrete la forma en que se presentó el contrato y cómo acceder al mismo, así como los medios técnicos a disposición del receptor para detectar y corregir errores en la introducción de datos antes de enviar el pedido; los posibles códigos de conducta a los que se suscribe y la forma de acceder electrónicamente; las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato, además de italiano y la indicación de los medios de solución de controversias[462].

Las condiciones establecidas en la norma italiana de transposición de la DCE tampoco resuelven de manera clara el momento en el que puede entenderse perfeccionado el contrato electrónico internacional. Se indican unas pautas o parámetros a seguir por parte del PSSI pero no se incide en los pasos que han de darse para que el contrato *on-line* se entienda concluido, máxime cuando el mismo se circunscribe a un entorno internacional.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico francés la ley sobre Medidas de Fomento de la Economía Digital, n. º 2004-575 de 21 de junio de 2004[463] transpone la DCE en Francia. La transposición de la norma comunitaria debía haberse hecho efectiva el 17 de enero de 2002, pero finalmente la promulgación de la norma francesa no se produjo hasta el 21 de junio de 2004. En concreto, los preceptos en los que se regula el

[462] Véase GALGANO, F., "*Lex mercatoria*, shopping del Derecho…", *loc. cit.*, pp. 7-20.
[463] *Journal Officiel* núm. 143 de 22 de junio de2004, (www.legifrance.gouv.fr).

comercio electrónico son los arts. 14-19 y en los art. 20-28, se ordenan algunas cuestiones relativas a la publicidad que se realiza por vía electrónica.

De esta forma, el art. 14 realiza una definición de qué puede entenderse por comercio electrónico. También se hace referencia a la protección otorgada al consumidor en la contratación electrónica, concretamente el art. 15 de esta norma complementa el art. L. 121-20-3 del Código del consumidor. Por su parte, el art. 22 presenta interés, por referirse de forma expresa al consentimiento, pero no para el caso de la conclusión del contrato, sino en relación con la información facilitada a efectos de marketing.

Este precepto, entiende como consentimiento aquel que se otorga libremente, específico e informado de una persona que acepta que los datos personales sean utilizados para fines de marketing directo. De manera que proporciona un consentimiento expreso para recibir cualquier mensaje destinado a promocionar, directa o indirectamente, los bienes, servicios o imagen de una persona que vende bienes o la prestación de servicios[464].

Asimismo, en el ordenamiento jurídico francés a raíz de la promulgación de la DCE, también se produjo una modificación en algunos preceptos del Cc, concretamente, se añade un nuevo capítulo, en concreto, después del Cap. VI del título III del libro III del código se inserta un capítulo VII que se denomina: "Contratos en formato electrónico"[465].

[464] Véase SCHULTZ, T., *Réguler le commerceélectronique para la Résolution des litiges en Ligne*, Bruylant, Paris, 2005, pp. 177-297.

[465] Algunas de las modificaciones operadas en el Cc en relación con esta cuestión que pueden señalarse son: En primer lugar, el art. 1369-1 del Cc francés establece que: "cualquier persona que ofrece, con carácter profesional, por vía electrónica, el suministro de bienes o servicios, proporcionará las condiciones contractuales de una manera que permita su conservación y reproducción. Sin perjuicio de las condiciones de validez indicadas en la oferta, el autor estará obligado por ella (…)".En este precepto también se establecen las cuestiones que debe contener la oferta: Medios técnicos que permitan al usuario antes de la celebración del contrato, identificar errores en el ingreso de datos y proceder en su caso a su corrección; las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato; etc. Por su parte el art. 1369-2 del Código Civil francés establece que para que el contrato sea válidamente celebrado, el destinatario debe haber tenido la oportunidad de comprobar los detalles de su pedido y el precio total, y corregir cualquier error antes de confirmar su aceptación. A este respecto, conviene señalar que el Código francés ha introducido, los requisitos necesarios que el PSSI debe facilitar al usuario para que en su caso el contrato sea válido. Del mismo modo este artículo recoge, las condiciones y requisitos para que la relación contractual llegue a estar formalmente concluida: "(…) el receptor de la oferta deberá acusar recibo sin demora indebida y por comando electrónico que se ha recibido correctamente la información. La orden, la confirmación de la aceptación de la oferta y el acuse de recibo se consideran recibidos cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso".

En el caso del ordenamiento francés la Ley sobre Medidas de Fomento de la Economía Digital, n ° 2004-575 de 21 de junio de 2004 que transpone la DCE tampoco introduce novedades significativas relativas al perfeccionamiento del contrato electrónico.

Además de las señaladas, como se ha indicado *supra* son muchas otras las normas europeas que han dotado de eficacia jurídica a la DCE mediante el instrumento de la transposición, dictando nuevas medidas para la adaptación de esta o modificando normativa ya existente. Se realiza una breve reseña sobre otros dos ordenamientos jurídicos como son el alemán y el portugués.

En el Derecho alemán, la transposición de la DCE se ha realizado a través de la reforma del Derecho de Obligaciones, con la introducción del art. 312e del BGB y en parte mediante la modificación de leyes vigentes, es el caso de la Ley sobre comercio electrónico (*ElektronischerGeschäftsverkehrGesetz* -EGG-) de 14 de diciembre de 2001[466] que a su vez modifica la Ley sobre aprovechamiento de los servicios a distancia (*Gesetzüber die Nutzung von Telediensten*) de 22 de julio de 1997[467].

Los arts. 10, 11 y 18 de la DCE se trasponen en la parte del Derecho de obligaciones del BGB dado su carácter obligacional. Tras esta reforma, en el BGB se regulan no sólo cuestiones relativas al contrato celebrado en el comercio electrónico (art. 312e BGB) sino también contratos de venta a distancia (art. 312b BGB) y contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Con ello se pretende unificar el Derecho de los consumidores e integrarlo en un cuerpo legal esencial como es el BGB[468].

De esta forma, en relación con la modificación del Derecho de obligaciones alemán para la transposición de la DCE, la reforma más importante es la del art. 312 e del BGB que habla de "Los deberes en el comercio electrónico" y su tenor literal es el

[466] Publicada en el *Buendesgesetzblatt* (BGBl) de 20 de diciembre 2001.
[467] Publicada en el *Buendesgesetzblatt* (BGB1) de 1 de agosto de 1997.
[468] Véase BULLINGER, M., *Rechtsfragen der elektronischen textkommunikation*, Munich, J. Schweitzer Verlag, pp. 28 y ss.

siguiente[469] : *"Si se sirve el empresario de medios de comunicación a distancia con la finalidad de concluir un contrato que tiene por objeto la entrega de mercancías o la realización de servicios (es decir, se trata de un contrato concluido en el comercio electrónico) tiene la obligación de cumplir los siguientes deberes en relación con sus clientes: 1. Debe poner a su disposición medios técnicos adecuados, eficaces, accesibles que le permitan reconocer así como corregir errores de entrada previos a su pedido. 2. Comunicar previamente a la emisión del pedido de modo claro y comprensible determinadas informaciones según el § 241 BGB.3. Proporcionar el recibo de la orden del cliente por medios electrónicos sin retraso.4. A los clientes se les debe permitir, recuperar y salvar las condiciones del contrato incluyendo los términos generales incorporados en el contrato.*

De otro lado, la reforma del BGB, en relación, entre otras cuestiones al comercio electrónico, se realiza asimismo, mediante la Ley de Reforma del Derecho de Obligaciones de 11 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2002. En el BGB también se hace referencia a determinadas exclusiones para formalizar algunas relaciones contractuales vía electrónica. Por ejemplo, en el art. 484 del BGB para los contratos referidos al aprovechamiento por turno de viviendas, queda excluida la posibilidad de celebrarlos vía electrónica y lo mismo sucede respecto de los créditos al consumo en el art. 492 del BGB.

Del mismo modo, la mencionada Ley modifica el art. 241 del BGB en cuanto a los deberes de información en el tráfico electrónico. Este precepto establece que el Ministerio de Justicia queda legitimado, junto con el Ministerio de Economía y Tecnología, para determinar qué informaciones se deben comunicar a los clientes antes de la realización del pedido: por ejemplo, sobre cuestiones técnicas acerca de la conclusión del contrato en el comercio electrónico, en particular, técnicas de corrección de errores, sobre el acceso al texto del contrato, así como al código de conducta, o sobre los idiomas disponibles para la conclusión del contrato. La normativa alemana regula los

[469] Véase MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: "La transposición de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico en el Derecho alemán el nuevo &312 a", *Revista de la contratación electrónica*, 2002 núm. 29, pp. 29-38.

deberes de información previa, de forma muy similar a como ya se hiciera en otros ordenamientos jurídicos europeos, como se ha expuesto *supra*[470].

Pero esta normativa como sucede con el resto de normas europeas que transponen la DCE, no trata de forma expresa la cuestión del perfeccionamiento del contrato electrónico. De hecho, en el momento inmediatamente posterior a la aprobación de la citada normativa, diversas sentencias alemanas resolvieron litigios en los que el objeto consistía en determinar la existencia de la oferta y la aceptación realizada por medios electrónicos, y por ende la formación del contrato[471].

En el caso de Portugal, la transposición de la DCE se llevó a cabo mediante el Decreto-Ley N° 7/2004 de 7 de enero sobre Comercio Electrónico[472]. Esta norma es interesante ya que introduce algunas novedades, en concreto, relativas al Derecho de información (art. 19), y a la información previa que debe de proporcionarse por parte del proveedor de servicios antes de la conclusión del contrato (art. 28): *"(…) a) proceso de celebración del contrato, b) presentación o no del contrato por parte del proveedor del servicio, c) lengua o lenguas oficiales para la conclusión del contrato, etc.)"*.

El art. 29 es importante en relación con la validez del contrato electrónico, estableciendo la obligación del proveedor de servicios, de acusar recibo vía electrónica, a menos que se acuerde algo distinto con el consumidor. También recoge este precepto que el acuse de recibo debe contener la identificación del contrato fundamental a que se refiere. También debe destacarse que el art. 32 de esta norma delimita, cuando se está ante una oferta propiamente dicha de productos y servicios en línea, y cuando se trata de una invitación para contratar -*invitatio ad offerendum*-[473].

---

[470] Véase FERNANDO PABLO, M.M., "La administración de la Red sobre el cc., TLD.es y el futuro dominio europeo .eu", J. Cremade; M.A. Fernández-Ordoñez y R. Illescas (coords), *Régimen jurídico de Internet,* Madrid, La Ley, 2002, pp.15-28.

[471] Destacan la Sentencia de la *Munich Oberlandesgericht* de 15 de noviembre de 2002 (19 W 2631/02), en la que el Tribunal tuvo que resolver si una oferta publicada en Internet era vinculante, incluso si el precio dado inducía a error. De otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2003 (1 S 413/02), en la que se discutía sobre la confirmación de un contrato realizada a través de un correo electrónico enviado al cliente después de cursar la orden de pedido.

[472] Publicado en *Diário da Republica* I-A n° 5 de 7/1/ 2004.

[473] Véase FLORES DOÑA, M.ª S., *Impacto del comercio electrónico …, op. cit.,* pp. 39 y ss.

De esta forma este precepto establece que un contrato propuesta (oferta) podrá considerarse como tal cuando contenga todos los elementos necesarios para que el contrato sea concluido con la simple aceptación del destinatario. De lo contrario, se estaría ante una simple invitación para contratar. También regula este artículo que el mero reconocimiento de la orden de compra no tiene importancia para la determinación del momento de celebración del contrato.

De esta forma, la norma portuguesa, en relación con el perfeccionamiento del contrato electrónico, realiza algunos avances vinculados a la oferta electrónica, aunque, como ya ocurriera con otra normativa de transposición, el legislador ha preferido abordar la conclusión del contrato sin concretar el momento y los requisitos para que se entienda perfeccionado.

De acuerdo con la evaluación preliminar de la Comisión, la transposición de la Directiva es, en líneas generales, satisfactoria. Pero existen determinadas materias a las que o bien la normativa interna de los Estados miembros mediante la que se transpone la norma comunitaria no resuelve de forma expresa, o la resolución es diferente dependiendo del Estado miembro.

D) UNCITRAL: Leyes modelo

En primer lugar, la LMCE posibilita y facilita el comercio electrónico otorgando al legislador un conjunto de normas que persiguen eliminar las dificultades jurídicas y otorgar mayor previsibilidad al comercio electrónico. En concreto, la LMCE persigue la eliminación de los obstáculos planteados por algunas leyes y que no pueden modificarse a través de un contrato. Se equipara la información ofrecida a través de Internet a la que puede proporcionarse por medios tradicionales. Esta igualdad en el tratamiento de ámbos métodos es importante para hacer posibles las comunicaciones electrónicas y promover la eficacia de estos medios en el comercio internacional.

La LMCE fue el primer texto legislativo en que se plasmaron los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y

la equivalencia funcional, que están muy ampliamente reconocidos como los elementos fundamentales del derecho moderno que rige el comercio electrónico.

Además de formular los conceptos jurídicos de no discriminación, neutralidad respecto de los medios técnicos y equivalencia funcional, la LMCE contiene reglas sobre la formación y la validez de los contratos electrónicos *"(...) para la atribución de los mensajes de datos, para el acuse de recibo y para la determinación del lugar y hora en que se envíen y reciban los mensajes de datos"*.

Debe destacarse que diversas disposiciones de la LMCE fueron modificadas por la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales para adaptar esta norma a las prácticas vinculadas al comercio electrónico.

En segundo extremo, la LMFE tiene por objeto posibilitar y facilitar la utilización de las firmas electrónicas estableciendo criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las manuscritas.

Esta norma puede ser de utilidad a los Estados con el fin de establecer un marco legislativo moderno, armonizado y equitativo para la regulación eficaz de las firmas electrónicas garantizando la seguridad jurídica en la utilización de este instrumento. La LMFE amplía el principio fundamental en que se basa el art. 7 de la LMCE en lo que respecta al cumplimiento de la función de las firmas por medios electrónicos. Para ello sigue una perspectiva neutral en relación a los medios técnicos utilizados, de esta forma se trata de no favorecer el empleo de tecnologías o procesos concretos. Por tanto, la legislación basada en esta Ley Modelo reconoce las firmas digitales que se basan en criptografía (por ejemplo, la infraestructura de clave pública) y las firmas electrónicas que utilizan otras tecnologías.

La LMFE establece criterios de fiabilidad técnica para la equivalencia entre las firmas electrónicas y las firmas manuscritas y reglas básicas de conducta que actúan a modo de pautas para la evaluación de los deberes del firmante, de la contraparte y de terceros que puedan intervenir en el procedimiento. Por último, esta Ley Modelo

establece normas para favorecer el reconocimiento de certificados extranjeros y firmas electrónicas basándose en el principio de equivalencia sustantiva que no confiere relevancia al lugar de procedencia de la firma extranjera.

3.- Condiciones generales de la contratación

A) Directiva 93/13/CE

Los contratos tipo definen los derechos y deberes de las partes interesadas, sin embargo, en ocasiones, los consumidores pueden hallarse en una situación de desventaja. Este hecho puede deberse a que las cláusulas del contrato han sido redactadas exclusivamente por el comerciante o porque las obligaciones que contiene son más gravosas para el comprador que para el vendedor.

En relación con esta cuestión, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece líneas generales mediante las que pueden controlarse las cláusulas no negociadas individualmente[474]. Esta norma introduce la noción de "buena fe" para evitar todo desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes. La Directiva contiene una lista de cláusulas abusivas, entre las que figuran la exigencia a los consumidores de pagar una indemnización abusiva o aplicarles cláusulas que no han tenido tiempo de comprender plenamente antes de firmar el contrato.

Según esta norma, la redacción de los contratos por escrito debe realizarse en términos claros y comprensibles. En caso de duda sobre el significado de un término, este debe ser interpretado de una manera favorable para el consumidor. Aquellas cláusulas que se consideren abusivas no son vinculantes para los consumidores, pero las otras cláusulas son válidas para ambas partes si el resto del contrato sigue siendo pertinente y válido.

Esta norma establece que los países de la UE deben actuar para garantizar que se tomen las medidas necesarias para evitar que las cláusulas abusivas se sigan utilizando en

[474] *DO* L 95, 21.4.1993.

los contratos. De esta forma, las organizaciones o personas que tengan un interés legítimo en la protección de los derechos de los consumidores pueden acudir a los tribunales para determinar si una condición contractual es abusiva.

En relación al ámbito de aplicación espacial de la Directiva 93/13/CEE, esta en su art. 6.2 exige la aplicación de la protección establecida en esta norma comunitaria a toda relación contractual que tenga un vínculo estrecho con los Estados miembros. La Directiva, por su naturaleza jurídica no es de aplicación inmediata, por este motivo hay que estar a la transposición de las normas realizada en los diferentes ordenamientos europeos.

Como se analiza *infra*, algunas Directivas como la mencionada sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, al prever su aplicación cuando el contrato presente un vínculo estrecho con algún Estado miembro, incorporan una noción más flexible que los criterios de vinculación del art. 6.1 del Reglamento Roma I[475]. El fundamento de estas reglas es básicamente garantizar que ese régimen de protección se proyecte sobre los consumidores activos intracomunitarios (sujetos que contratan cuando se encuentran en un Estado comunitario distinto de aquel en el que tienen su domicilio). De esta forma se completa la protección que el art. 6 del Reglamento Roma I proporciona a los consumidores pasivos.

B) Ley 7/1998 de condiciones generales de la contratación

a) Finalidad y carácter del artículo 3 de la Ley 7/1998

En España la regulación de las CGC se realiza a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación. El ámbito de aplicación espacial de la Ley 7/1998 se encuentra regulado en el art. 3 de la LCGC que establece que: *"La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española.*

[475] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003, pp. 23-36.

También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales".

Por tanto, esta norma delimita el "ámbito de aplicación territorial", con el objetivo de establecer el régimen normativo de las CGC en el tráfico internacional[476]. Para delimitar elámbito espacial de la LCGC, su art. 3 utiliza un modelo que es conocido por el DIPr y recurrente en el Derecho comparado en lo que a la regulación de las CGC se refiere[477]. De esta forma la delimitación espacial que realiza el legislador español es similar a la que se da en otros sistemas europeos. Por ejemplo, la *Unfair Contract Terms Act* del Reino Unido delimita su ámbito espacial en la Sec. 27 (2) según la cual las normas sobre CGC se aplican a cualquier cláusula contractual sometida a un Derecho extranjero si: a) la sumisión persigue evitar la aplicación de esta norma o b) si una parte es consumidor y tiene residencia habitual en el Reino Unido y allí se adoptaron los pasos necesarios para la conclusión del contrato[478].

También el art. 33 de la Ley portuguesa de Condiciones Generales delimita espacialmente la Ley al establecer que se aplica a los contratos regidos por la Ley portuguesa y también a los regidos por otra ley si el contrato se concluyó por proposición o publicidad hecha en Portugal y si el adherente tiene su residencia habitual en este país y allí se ha producido la declaración de voluntad[479].

De otro lado, es interesante el caso alemán, en concreto el art. 12 de la AGB-Gesetz (Ley de 1 de abril de 1977 de condiciones generales de la contratación alemana), que establecía que dicha Ley debería ser tenida en cuenta incluso si el contrato quedaba sometido a una ley extranjera dadas determinadas condiciones: contrato precedido de

---

[476] Véase GARCÍA RUBIO, M.P., "Las condiciones generales en la contratación electrónica", *La Ley*, núm. 1, 2001, pp. 22-43.

[477] Véase ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales…, op. cit*. p. 115.

[478] Véase MANN, F.A., "Unfair contract Terms Act 1977 and the Conflict of Law", *ICLQ*, 1978, pp. 667-664. La Sec. 27,1 establece que la *Unfair Contract Terms Act* no se aplicará si el Derecho del Reino Unido resulta convocado sólo por sumisión de las partes; HARTLEY, T.C., "Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach" *RCADI*, t. 266, 1997, pp. 382 y ss.

[479] Véase el comentario de esta disposición en "Les contrats conclus par les consommaterurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", L. Belchior (dir.), *Droit internacional et droit Communautotaire*, 1991, pp. 77-85; *id*. "Das portugiesische AGB-Gesetz von 1985-Sachnormen und Internationales Privatrecht", *IPrax*, 1987, pp. 44-46.

oferta o publicidad o actividad similar en Alemania y adherente con residencia habitual al tiempo de la aceptación (producida también en Alemania)[480].

Todas estas disposiciones determinan que las normas a las que se refieren tienen una voluntad de aplicación que supera el ámbito interno y se proyecta en el internacional[481].

b) Doble función: transposición de la Directiva 93/13/CE y regulación de condiciones generales de la contratación

El objetivo de la LCGC se divide en dos vertientes: por un lado la transposición al ordenamiento español de la Directiva 93/13/CEE y por otro la regulación en España de las CGC. En relación con la primera de las funciones, debe indicarse que mientras la protección de la Directiva 93/13/CEE es aplicable sólo al ámbito de los consumidores, sin embargo, la LCGC se aplica tanto a profesionales como a consumidores, si bien está especialmente concebida para estos últimos. Esta es una diferencia que presenta la normativa española con respecto a otros ordenamientos europeos, como es el caso del alemán en el que no sólo se protege al consumidor adherente, sino también al empresario adherente[482].

En segundo extremo, la Directiva 93/13/CE se aplica a aquellos contratos que presenten especiales vínculos con la UE pero la LCGC limita su ámbito de aplicación a dos supuestos: cuando resulte de aplicación la ley española o la adhesión se haya realizado en España y el adherente resida en este país (art. 3 LCGC). De esta forma, el TJCE en su conocida sentencia de 9 de septiembre de 2004 declaró que España no había transpuesto correctamente principalmente el art. 6.2 de la citada Directiva. Esta decisión afirmaba que los antiguos arts. 10 *bis*, ap. 3º, de la LGDCU y 3.2 de la LCGC, en la determinación del

[480] Sobre la importancia en este contexto de que el precepto determine la toma en consideración y no la aplicación, véase KROPHOLLER, J., "Das kollisionsrechtliche…", *loc. cit*., pp. 650-652; ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales…,op. cit.* pp. 116-119.

[481] Véase ULMER, P. *Diez años de la Ley Alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectiva*, Universidad de Heidelberg, Heidelberg, pp. 763-787.

[482] Es de interés sobre esta cuestión consultar el comentario de DE MIGUEL ASENSIO, P. A en (*http: //pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, entrada de 11 de abril de 2014*).*

ámbito de aplicación de estas normas, contenían restricciones que no eran compatibles con la protección establecida en la Directiva[483].

En este contexto, el resultado era, un ámbito de aplicación exorbitante de las reglas protectoras en relación con las cláusulas abusivas establecidas por la LCGC y en la LGDCU. Si bien, esta última ha sufrido diversas modificaciones para adaptar su ámbito de aplicación espacial a la normativa comunitaria, no así la LCGC que sigue manteniendo los dos puntos de conexión mencionados[484].

Por otro lado, es importante destacar que la LCGC a diferencia de la Directiva 93/13/CEE, limitada a los contratos de consumo, se aplica a la contratación *B2B* y *B2C*, ya que la LCGC no excluye de su ámbito de aplicación personal las relaciones contractuales con empresarios (art. 2 LCGC). Esta cuestión es extensible a los contratos electrónicos a pesar de que la regulación establecida en esta norma para las CGC se basa

[483] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., "La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa", *Diario La Ley. Unión Europea*, 26(6242), pp. 196-219.

[484] Así, en primer lugar, la remisión por parte del art. 10 bis, ap. 3º, LGDCU al art. 5 del CR conllevaba la reducción del número de contratos que podían acogerse a la protección de la LGDCU frente a las cláusulas abusivas. El art. 5 del CR sólo comprendia los contratos de consumo que expresamente mencionaba, mientras que el art. 6.2 de la Directiva está previsto para todos los contratos que se celebran entre un profesional y un consumidor, sin exclusión alguna. Por este motivo, el art. 10 bis. 3 de la LGDCU eliminó toda remisión al art. 5 del CR que no permitiera a ciertos contratos de consumo gozar de la protección que dispensa la Ley que le sea aplicable. De esta forma se amplió el ámbito de aplicación material de la protección al consumidor para adaptarse al contenido de la Directiva. En segundo lugar, el Tribunal comunitario estableció que el concepto "estrecha relación", del art. 6.2 de la Directiva, resultaba reducido por la exigencia de distintos criterios que contenidas en las normas españolas, como la residencia habitual en España o la celebración del contrato en territorio español. Tras la modificación, para la delimitación del ámbito de aplicación espacial la LGDCU se decantó por la opción de "*actividad dirigida*", que conllevaba que el consumidor ya no es el que crea el vínculo, sino el profesional. Es decir, para que se entienda que el contrato tiene una estrecha relación con el territorio de la UE es preciso que el empresario cree un vínculo con ese Estado. Este puede establecerse mediante el ejerccio de actividades comerciales en dicho país o porque la actividad que realiza es dirigida al mismo. Tras su modificación por la Ley 44/2006, el art. 10.bis, ap. 3º delimitó un nuevo ámbito de aplicación de la LGDCU, que se basaba fundamentalmente en el mencionado criterio de la "actividad dirigida". Este concepto ya estaba recogido en el art. 15.1.c) del Reglamento Bruselas I y se mantiene en el artículo 17.1.c) del Reglamento Bruselas I bis. Debe destacarse que la celeridad con la que se traspuso en España el art. 6.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tuvo como consecuencia que la redacción del art. 10 bis, ap. 3º LGDCU fue un tanto desafortunada. El texto actual, de este precepto tras haberse modificado el art. 67 por la Ley 3/2014 reproduce la redacción de la norma comunitaria. Como consecuencia, se da en los mismos términos la exorbitancia de las reglas de protección frente a cláusulas abusivas de los arts. 82 a 91 de la LGDCU. Si bien, como afirma F. Esteban de la Rosa: "*la exorbitancia puede ser interpretada bajo otros criterios de Derecho europeo, donde tienen cabida otros conceptos, como la regla del reconocimiento mutuo*" (un desarrollo de dicha teoría puede consultarse en ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores..., op. cit.*, pp. 74 y ss; *id*. "La aplicación de las Directivas…", *loc. cit.*, p. 180).

principalmente en la protección de los consumidores[485].

Esta norma no se centra únicamente en el control de contenido de las CGC, cómo ocurre en el caso de la Directiva 93/13/CEE, que regula de una manera suscinta el control de incorporación, sino que establece los requisitos necesarios para la inclusión de estas cláusulas al contrato. Como se ha señalado *supra*, en primer lugar, las CGC a las que el destinatario de los SSI tiene que adherirse para poder concluir el contrato han de ser accesibles y este tiene que aceptarlas para que el contrato se perfeccione (requisito de accesibilidad). En segundo extremo es preciso que estas estipulaciones estén redactadas de un modo claro y comprensible (requisito de transparencia). La LCGC regula estas cuestiones, en concreto, con respecto a la inclusión de las estipulaciones no negociadas en los contratos (art. 5 LCGC) y en relación a las consecuencias por el incumplimiento de tales requisitos (art. 7 LCGC).

De esta forma, puede afirmarse que el ámbito de aplicación de la LCGC en sus tres vertientes (personal, material y espacial) plantea divergencias con respecto a la norma comunitaria debido, precisamente, a que su función no está relacionada únicamente con la transposición de esta Directiva 93/13/CEE sino que pretende regular de un modo más amplio las CGC. Por este motivo, amplia su ámbito de aplicación, y por ende, su protección a todos los contratos con independencia de la condición de los adherentes (profesionales o consumidores); y no se centra en el control de las cláusulas abusivas (contenido) sino también en los requisitos de incorporación de estas estipulaciones, íntimamente relacionados con el perfeccionamiento del contrato electrónico.

[485] Esta es la posición que adopta gran parte de la doctrina, entre otros (véase: GARCÍA RUBIO, M.ª P., "Las condiciones generales …", *loc.cit.*, pp.22-43; PAGADOR LÓPEZ, J., "La ley 7/1998 de 13 de abril…", *loc. cit.*, pp. 1-34; BOTANA GARCÍA, G.A., "Protección de consumidores y comercio electrónico", *Revista de la contratación electrónica*, núm. 18, 2001, pp. 119-176.; SANZ VIOLA, A.M., "Contratación electrónica", *AC*, núm. 18, 2001, p. 655).

4.- Contratación de consumo

A) Directiva 2011/83/UE sobre contratos celebrados por consumidores

La Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre surge con la intención de que los consumidores y los comerciantes cuenten con un único marco normativo. Esta norma se basa en conceptos jurídicos claramente definidos que regulan determinados aspectos de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil entre empresas y consumidores en la UE[486]. Según el art. 3 de la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011 esta norma se aplica a los contratos celebrados en el marco de la UE entre un comerciante y un consumidor.

Según el Cdo. 13 de la Directiva 2011/83/UE: "*los Estados miembros podrán decidir extender lo dispuesto en la norma comunitaria a las personas jurídicas o físicas que no sean consumidores, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas"*[487].

La Directiva que se aplicará a todos los comerciantes, ya sean públicos o privados, incluye en su ámbito de aplicación entre otros los siguientes contratos: "*los de suministro de contenido digital, los contratos para el suministro de agua, gas y electricidad, y los relacionados con la calefacción mediante sistemas urbanos, transporte de mercancías y el alquiler de vehículos salvo en lo que se refiere al derecho de desistimiento (art. 3.1)*"[488].

---

[486] Véase LARA AGUADO, M. ªA., "Formación del contrato electrónico", F. Esteban (coord.), *La protección del consumidor en dos espacio de integración: Europa y América*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1044 y ss.

[487] Véase MAZZAMUTO S., "La nuova Direttiva sui diritti del consumatore". *Europa e diritto privato*, núm. 4 (2011) pp. 861-909.

[488] En el Cdo. 20 de la Directiva 2011/837UE se establece: *"una definición de contrato a distancia que debe abarcar todos los casos en que los contratos se celebran entre el comerciante y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia. Estas relaciones contractuales se realizan a través del uso de uno o varios medios de telecomunicación (venta por correo, Internet, teléfono o fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Por otro lado, la noción de contrato celebrado fuera del establecimiento debe definirse como un contrato celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante, por ejemplo en el domicilio del consumidor o en su lugar de trabajo*".

Por último, entre las cuestiones importantes relativas al ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE, esta norma destaca su art. 25 que establece: *"que si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de dicha norma"*.

B) Texto refundido de la Ley de defensa de consumidores y usuarios modificada por la ley 3/2014

Mediante el RD 1/2007, de 16 de noviembre, se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Esta norma se aplica a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (art. 2).

La LGDCU ha sido modificada en varias ocasiones, la última por la Ley 3/2014, que como se ha indicado, nace con el objetivo de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/CE. En relación con el ámbito de aplicación espacial destaca la modificación que realiza la Ley 3/2014 del art. 67 de LGDCU, en el que se introduce una norma sobre el control de las cláusulas abusivas, cuando el contrato (de consumo) mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del EEE.

Además, añade: *"(…) que se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE, o por cualquier medio dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades, precisando que en los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro"*.

La formulación de esta regla reproduce el contenido de otras Directivas comunitarias transpuesta por el legislador español reproduciendo su contenido, aclarando

Por el contrario, no se incluirán, entre otros, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE: *"el transporte de viajeros, pues ya es objeto de otra normativa de la UE, o en el caso del transporte público o de los servicios de taxis, ya están regulados a escala nacional; los servicios sociales, y la asistencia sanitaria, deben excluirse de su ámbito de aplicación; también se excluyen los juegos por dinero que impliquen apuestas (art. 3.3)"*.

que no tiene carácter exhaustivo. Esto es, que también es posible que en otras situaciones en que resulte apropiado, se considere la existencia del *"vínculo estrecho"* que tiene como consecuencia que esta norma se aplique de forma imperativa. El art. 67 hace referencia al criterio de actividad dirigida, que se corresponde con el empleado en los arts. 17.1.c) del Reglamento Bruselas I bis y 6.1 del Reglamento Roma I, aunque como señala De Miguel Asensio habría resultado más apropiado limitar la constatación de ese vínculo estrecho, con independencia de que pueda darse en otros casos a las situaciones en que además de que el profesional dirija sus actividades a uno o varios Estados miembros del EEE concurra también el dato de que el consumidor tenga su domicilio en un Estado miembro[489].

Por otro lado, la norma presenta ciertas limitaciones, relacionadas, por ejemplo, con que no contempla la posibilidad de que, presentando el contrato vínculos estrechos con el territorio de un Estado miembro del EEE, concurran circunstancias que hagan apropiado que las normas de protección de los consumidores aplicables no sean las de la legislación española sino las de otro Estado miembro.

Por el contrario, el apartado 3 del artículo 67 LGDCU tras su modificación por la Ley 3/2014, utiliza criterios que resultan más complejos para delimitar el ámbito de aplicación espacial de las normas de protección de los consumidores en materia de garantías (arts. 114-126). Estas serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Además, en este caso también se concreta cuando existe un vínculo estrecho, "*cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un*

[489] (*http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, entrada de 11 de abril de 2014).

Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea".

De esta forma, los criterios empleados para la concreción, sin excluir otros, cuándo tenga lugar la estrecha vinculación establecida en el art. 67.3 son distintos de los utilizados en relación con la protección frente a las cláusulas abusivas.

CAPÍTULO SEGUNDO

PERFECCIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL DERECHO APLICABLE

I.- INTRODUCCIÓN

En la contratación electrónica que se realiza a través de una TV, la concurrencia de voluntades negociales y por tanto el perfeccionamiento del contrato no ocurre, en la mayoría de los casos, de forma instantánea, como en la contratación que se realiza entre presentes[490]. En los contratos electrónicos, el momento de perfección resulta controvertido debido, entre otras razones, a que las declaraciones de voluntad se intercambian a través de técnicas que no posibilitan una comunicación inmediata entre los contratantes.[491]. Este hecho ocurre porque es necesario que el PSSI proporcione determinada información al destinatario de los SSI, con carácter previo a la perfección del contrato y porque en estos contratos es frecuente la utilización de CGC que han de aceptarse para que el contrato se entienda perfeccionado[492].

De esta forma, hablar de perfeccionamiento del contrato electrónico significa referirse a los elementos y fases que han de darse para que este tenga lugar. La regulación de estas etapas se encuentra en diversos instrumentos relacionados con los ámbitos jurídicos de la contratación electrónica: contratación internacional general, comercio electrónico, condiciones generales de la contratación y contratación de consumo. En cada uno de estos ámbitos existen instrumentos de Derecho derivado comunitario y también de Derecho convencional y transnacional, así como de Derecho autónomo. Esta dicotomía de fuentes de distinta procedencia relacionadas con las fases del perfeccionamiento del contrato electrónico hace compleja la resolución de las cuestiones sobre ley aplicable al perfeccionamiento del contrato electrónico.

De esta forma, el perfeccionamiento del contrato electrónico internacional tiene tres fases o estadios: en primer lugar, la oferta que es necesaria porque constituye una de

[490] Véase GUISADO MORENO A., *Formación y perfección…, op. cit.,* pp. 173-190.
[491] Véase JULIÁ BARCELÓ R., *Comercio Electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 24-45.
[492] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional…, *loc. cit.*, p. 19-22.

las declaraciones de voluntad (elementos), necesarios para que se dé el perfeccionamiento. Es necesaria la concurrencia de la oferta y de la aceptación para que el contrato esté concluido[493]. La determinación de la ley aplicable a la oferta, resulta una cuestión compleja al no existir el contrato. Por este motivo, debe precisarse qué ordenamiento califica el contenido del sitio web para verificar cuándo se está ante una "oferta vinculante" y cuándo ante una publicidad o una *invitatium ad oferendum*[494].

La segunda fase es la adhesión-aceptación de las CGC. Como se ha mencionado, en los contratos electrónicos es frecuente la utilización de estas estipulaciones que es preciso aceptar para que el contrato se concluya. En tercer lugar, deben indicarse las cuestiones relativas al control de incorporación de las CGC en los contratos electrónicos. Esta fase es importante, ya que es necesario verificar si estas cláusulas han sido accesibles y comprensibles para el adherente, que no ha tenido oportunidad de negociarlas[495]. Para poder realizar este control es preciso conocer su régimen jurídico debido a las particularidades en el ámbito de la contratación electrónica con respecto a la inclusión de estas estipulaciones no negociadas[496].

Las CGC tienen su propia regulación, por la LCGC, que se aplica, en principio, cuando se cumplan los requisitos espaciales de su art. 3[497]. De otro lado, al tratarse de una cuestión vinculada con el contrato, se analiza su posible inclusión en el ámbito de la *lex contractus.* Este hecho deriva en la posible contradicción y/o doble reglamentación entre el régimen jurídico particular de las CGC (LCGC) y el Reglamento Roma I en relación con alguna/s fases del perfeccionamiento del contrato[498].

Cuando hayan tenido lugar estas etapas, según el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas, el contrato electrónico se habrá perfeccionado. La relación jurídica habrá

---

[493] Véase CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión…, op. cit.,* pp. 29-45; LARA AGUADO, M. A., "La oferta y la aceptación contractuales…", *loc. cit*., pp. 24-37; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *La formación del contrato…, op. cit.,* pp. 38-51.

[494] Véase DE CUEVILLA MATOZZI, L. "El concepto de oferta contractual…", *loc. cit*., p. 1437.

[495] Véase PAGADOR LÓPEZ, J., "Las condiciones generales de la contratación: Introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas", G.A., Botana; M. Ruíz (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Civitas, Madrid, pp. 164-184.

[496] Véase VEGA VEGA, A. "Las condiciones generales en la contratación electrónica", *RCE*, núm. 101, 2009, pp. 3-55.

[497] Existen diversos comentarios de gran interés sobre este precepto (véanse, entre otros: VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "Artículo 3…", *loc. cit.*, p. 179; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998…", *loc. cit*., pp. 51-93).

[498] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit.*, p. 1078.

nacido con independencia de que se trate de un contrato válido o eficaz. En el primer caso, el contrato se habrá perfeccionado, pero será nulo si no se han dado alguno/s de los requisitos para su validez, esto es, capacidad, consentimiento y objeto lícito[499]. Esta situación puede tener lugar, por ejemplo, en el caso de que haya habido una concurrencia entre las voluntades negociales, pero una de las partes no tenga capacidad para contratar[500].

En el segundo caso, el contrato se habrá perfeccionado, pero no será eficaz y por tanto no despliega efectos, es el caso de que el contrato carezca de determinados elementos que impidan su eficacia[501]. En el supuesto de la contratación electrónica puede darse esta situación, si no se han cumplido los deberes de información obligatorios para el PSSI. El contrato podría perfeccionarse por la concurrencia de la oferta y de la aceptación, pero como no se han cumplido los requisitos relativos a la información que debe proporcionarse, el contrato no despliega efectos.

En este sentido, se analiza la importancia de los deberes de información en la contratación electrónica como requisitos necesarios en los momentos previo y posterior al perfeccionamiento del contrato[502]. En primer lugar, esta información en el momento previo al perfeccionamiento del contrato, persigue que el cliente pueda otorgar un consentimiento libre y debidamente formado. En segundo extremo, este deber es determinante para evitar los incidentes causados por la falta de información una vez que el contrato se ha perfeccionado.En relación con esta cuestión, algunos autores afirman que el derecho del consumidor a la información sería un derecho de carácter instrumental necesario para asegurar la efectividad de los derechos materiales o sustantivos de la relación contractual[503].

La importancia de los deberes de información en la contratación electrónica se basa fundamentalmente en el hecho de que el objetivo del legislador es dotar de seguridad jurídica a este tipo de relaciones que se desarrollan por vía electrónica, con el objetivo de

---

[499] Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit.*, pp. 45-63.
[500] Véase LAMBERT, J., "Formación de los contratos…", *loc. cit.*, pp. 48 y ss.
[501] Véase EMBID IRUJO, J. M., "Eficacia de la voluntad suplantada por utilización de la firma digital", *RCE*, núm. 14, 2003, pp. 10-14.
[502] Véase ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 35-37.
[503] Véase BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.; BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 26.

promover la utilización de este medio[504]. Por este motivo y, teniendo en cuenta el tenor de la regulación (comunitaria) en la materia, algunas normas que regulan los deberes de información en la contratación electrónica pueden tener la consideración de normas internacionalmente imperativas del foro y deben aplicarse con independencia la ley rectora del contrato, como se analiza *infra*.

De otro lado, en relación con la eficacia del contrato electrónico, presenta especial interés en la contratación electrónica el derecho de desistimiento. Esta facultad está relacionada con la formación de la voluntad del consumidor y, por tanto, con el perfeccionamiento del contrato, aunque se ejercite después de su celebración. Esta afirmación se deriva de la finalidad que tiene esta figura que responde a la facultad del consumidor de desvincularse del contrato electrónico de una forma rápida y eficaz, sin tener que recurrir a otras vías como pueden ser la nulidad o la anulabilidad. Dicho de otro modo, en determinados casos, el consumidor acepta los términos del contrato electrónico porque tiene la facultad de desvincularse de éste, de forma que, si no contara con esta opción, no aceptaría y, por tanto la relación jurídica no se perfeccionaría.

II.- NORMAS IMPERATIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1.- Normas imperativas y deberes de información. Indicadores espaciales

A) Indicadores espaciales e imperatividad

a) ¿Tienen los deberes de información independencia de los indicadores espaciales de sus normas?

Los deberes de información a los que se ha hecho referencia en el capítulo primero pueden tener la consideración de normas imperativas debido a la importancia que tiene la protección que proporcionan en el momento previo y posterior al perfeccionamiento del

[504] Véase MADRID PARRA A., "Aspectos jurídicos de la identificación del comercio electrónico…",*loc. cit*., pp. 155-201; *id.* "El negocio jurídico electrónico…",*loc. cit*., pp. 35 y ss.; MAESTRE RODRIGUEZ, J.A., SANCHEZ ALMEIDA, C., *La ley de Internet: régimen jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información*, Servidoc,Barcelona, 2002, pp. 28 y ss.; MATEU DE ROS, R. "Principios de la contratación electrónica…", *loc. cit*., pp. 150 y ss; RAMOS SUAREZ, F., "La seguridad en el comercio electrónico", *RCE*, núm. 19, 2001, pp.126 y ss. RODRIGUEZ BENOT, A., "La contratación electrónica…, *loc. cit*., pp. 181-199; SANZ VIOLA, A.M., "Contratación electrónica…", *loc. cit*., pp. 655 y ss; SVEN-ERIK, H., "Die Elektronische Willenserklärung", *Computer und Recht* núm. 10, 1994, p. 597.

contrato electrónico. Este hecho, además, está relacionado con los delimitadores espaciales de las normas comunitarias sobre contratación electrónica.

En este sentido, según el Cdo. 5 de la DCE: *"el desarrollo de los SSI en la Comunidad se ve entorpecido por ciertos obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior y que hacen menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios*[505]*. Estos obstáculos tienen su origen, entre otros, en la disparidad de legislaciones, así como en la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios, a falta de coordinación y ajuste de las legislaciones nacionales"*[506].

De esta manera, el título de aplicación de la DCE está relacionado con "*(…) el objetivo de suprimir los citados obstáculos, coordinando las legislaciones nacionales de la UE y aclarando conceptos jurídicos a nivel comunitario, en la medida en que sea necesario para el buen funcionamiento del mercado interior"* (Cdo. 6). En concreto, el objetivo de la DCE es la creación de un marco jurídico que garantice la libre circulación de los SSI (Cdo. 8). Para lograr dicha finalidad, esta norma comunitaria y sus leyes de transposición establecen reglas susceptibles de facilitar el ejercicio de las libertades de circulación de los actores económicos privados, en este caso, de los PSSI[507].

En relación con esta cuestión, debe indicarse que en la contratación electrónica, existen asimetrías en la información, debido a que una de las partes tiene más conocimiento que la otra sobre el producto o servicio que se ofrece. Estas diferencias justifican que se regule la transacción para el supuesto de que la parte menos informada no esté en condiciones de adquirir la información precisa, o para el supuesto de que esta

[505] Estas libertades establecidas en los arts. 43 y 49 del TCE y reforzados a través de la jurisprudencia del TJUE garantizan la movilidad de empresas y profesionales en la UE. Existen multitud de obras relacionadas con los derechos de establecimiento y prestación de servicios que resultan de interés. Véanse entre otras, TAMAMES GÓMEZ, R.; LÓPEZ FERNÁNDEZ, M., *La Unión Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 520-573; NIETO SOLÍS, J. A. *Organización económica internacional y globalización,* Siglo XXI, Madrid, 2005, p. 493; ALDECOA LUZARRAGA, F., *La integración europea: análisis histórico-institucional con textos y documentos,* Tecnos, Madrid, 2002, pp. 74-77.

[506] Véase, entre otros, LEIBLE, S., "Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor", *Estudios sobre consumo*, núm. 85 (2008), pp. 9-22.

[507] Véase DESANTES REAL, M., "La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios de la sociedad de la información", R. Mateu de Ros; J.M Cendoya (coords.), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 323-338.

sea demasiado costosa[508]. De otro lado, en muchas ocasiones, los destinatarios de los SSI no tienen la oportunidad de inspeccionar la calidad del producto o del servicio antes de concluir el contrato, esto es, no adquieren un bien inspeccionable (*search/inspection good*) sino un bien experimentable (*experience good*) o un bien de crédito (*credence good*)[509]. En efecto, los *experience goods* se caracterizan por el hecho de que los compradores sólo pueden determinar su calidad una vez concluido el contrato[510].

La UE ha intentado solucionar estas situaciones a través de la promulgación de diferentes normas, como la DCE que regula, entre otras cuestiones, los deberes de información en la contratación electrónica. De esta forma, el establecimiento de una obligación de informar en la contratación electrónica se configura como una fórmula que emplea el legislador (en la DCE y en sus normas de transposición) para mitigar las consecuencias negativas que causan las asimetrías en la información. Esta obligación relativa a la necesaria información que han de proporcionar los PSSI refuerza la seguridad jurídica en el entorno virtual y contribuye a fomentar la utilización de este medio en las transacciones comerciales internacionales, cuestión que supone inumerables ventajas para las partes contratantes, como se ha expuesto *supra*.

De esta forma, la DCE pretende garantizar la existencia de un estándar mínimo de protección a nivel comunitario en relación con los SSI, y en concreto con respecto a los deberes de información en la contratación electrónica. Esta regulación está relacionada con todas aquellas situaciones que se hallen objetivamente vinculadas con la UE y que, en consecuencia, ponen en juego los diferentes intereses públicos comunitarios. El legislador comunitario al elaborar la DCE se ocupó de regular la dimensión externa del sistema de ley aplicable del derecho privado europeo de la contratación electrónica. Es decir sólo dice en qué situaciones internacionales ha de ser aplicado el Derecho armonizado, sin embargo al delimitar su ámbito de aplicación espacial el art. 3 de esta

[508] Véase COOTER, R.D.; ULEN, T.L., *Law and economics…, op. cit.,* pp. 46-47; HERMALIN, B; KATZ, A.W; CRASWELL, R., "Contract law", A. M. Polinsky; S. Shavell (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier/New, Amsterdam, 2007, pp. 34-39; TREBILCOCK, M.J., *The limitis of Freedom …op. cit.,* p. 58.

[509] Véase CRASWELL, R., SALOP, S., "The Efficient Regulation of Consumer Information…",*loc. cit.*, pp. 513-514; GRUNDMANN, S.; KERBER, W.; WEATHERILL, S., "Party Autonomy and the role …", *loc. cit.*, pp. 7-12.

[510] Véase HEREDERO, M. "El comercio electrónico…",*loc. cit.*, pp. 80- 102.

norma resulta poco claro e impreciso, por lo que se han suscitado interpretaciones divergentes en torno a cuál sea éste, como se ha indicado anteriormente.

Por su parte, la transposición española de la DCE se realizó a través de la LSSICE, en cuyo ámbito de aplicación subjetivo se diferencia entre PSSI establecidos en España (art. 2 LSSICE); PSSI establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE (art. 3 LSSICE) y PSSI establecidos en un tercer Estado (art. 4 LSSICE). El art. 2 de la LSSICE recoge el principio del país de origen cuando señala que la LSSICE será de aplicación a los PSSI establecidos en España[511]. Con este precepto se somete al PSSI a las normas que conforman el "ámbito normativo coordinado" de la DCE[512]**.**

El art. 3 de la LSSICE delimita igualmente el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSICE, extendiéndose su aplicación a los PSSI establecidos en otro Estado miembro de la UE o del EEE. En este supuesto, la LSSICE se aplicará "*(…) cuando el destinatario de los servicios radique en España y afecte a un grupo de materias que están excluidas del "ámbito normativo coordinado" de la DCE por referirse en su gran mayoría a ámbitos normativos ya armonizadados en Directivas anteriores*". El art. 3 de la LSSICE es la transposición al ordenamiento español de las excepciones a la aplicación de la ley del país de origen contempladas en el art. 3.3 de la DCE y, más concretamente, en el Anexo de esta norma[513].

Por último el art. 4 de la LSSICE establece que los PSSI establecidos en un Estado no perteneciente a la UE que dirijan sus servicios específicamente al territorio español también quedarán sujetos a la LSSICE siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables. En este precepto se plantea, como en otras normas de DIPr (Reglamento Roma I, Reglamento Bruselas I bis), la dificultad de atestiguar cuando el PSSI está dirigiendo su actividad al territorio español,

[511] Véase DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, A., "Artículo 2", AAVV., *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 94-95.
[512] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Servicios de la sociedad de la información…", *loc. cit*, pp. 165-188.
[513] Véase LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M., "Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)", R. Mateu de Ros; M. López-Monís Gallego (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 60-63; DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, A., "Artículo 3", AAVV., *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 97-99.

cuestión ésta que, como se analizará *infra*, puede presentar algunas dificultades en la práctica.

De esta forma, los indicadores espaciales que emanan de la DCE y de sus leyes de transposición, en este caso de la LSSICE integran las medidas comunitarias de armonización, porque delimitan su ámbito de aplicación y se distingue del Derecho de terceros Estados. Por este motivo, se hace necesaria una interpretación armónica desde la perspectiva de los Estados miembros para garantizar la aproximación de legislaciones relacionada con los SSI[514].

Como se ha expuesto *supra*, el ámbito de aplicación espacial de la DCE y de la LSSICE trata de conjugar los diferentes intereses existentes en distintas categorías de situaciones para que sus conexiones comprendan el mayor número posible de supuestos. En cualquier caso, puede haber supuestos que aún presentando una conexión con la UE, queden fuera de sus ámbitos de aplicación, principalmente porque de las reglas conflictuales resulte la aplicación del Derecho de un tercer Estado. Este hecho se da por la distinta base jurídica que como se ha analizado *supra* tienen el Reglamento Roma I y la DCE. Mientras que el primero se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, precisamente con el objetivo de determinar la ley rectora del contrato; la DCE, como también se ha mencionado no contiene mandato conflictual, sino que delimita su ámbito de aplicación teniendo en cuenta determinados criterios espaciales relacionados principalmente con el establecimiento del PSSI.

En relación con este tema, está el efecto derogatorio de las normas imperativas en sus distintas modalidades[515]. En este apartado se trata la cuestión relativa a la posible imperatividad en sentido interno e internacional de la normativa reguladora de los deberes de información en la contratación electrónica internacional. Se plantea, en primer lugar, si los arts. 27 y 28 de la LSSICE pueden considerarse normas imperativas en sentido

[514] Véase BONOMI A., "European prívate international Law and Third States", *IPRax*, vol. 37, núm. 2, 2017, pp. 184-193.
[515] Véase BONOMI, A., "Le régime des régles imperatives et des lois de pólice", E. Cashin Rittaine; A. Bonomi, (eds.), *Le noveau règle ment europeen Rome I relative à la loi applicable aux obligations contratuelles*, Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausane, Zürich, 2008, pp. 217-237.

interno, de forma que no puedan ser relegadas por convenios particulares. Se trata de normas cuya imperatividad es tal, que no pueden venir exceptuadas por el Derecho extranjero elegido por las partes, por tanto, obligan al operador jurídico a aplicar las normas imperativas internas del país donde se localizan todos los elementos pertinentes de la situación[516].

En segundo extremo, debe destacarse que en el contexto comunitario, existen normas comunitarias aplicables con independencia de la ley rectora del contrato, esto es, normas imperativas de Derecho europeo. La DCE no declara de forma expresa el carácter imperativo de sus normas cuando se den determinados presupuestos recogidos en su ámbito de aplicación espacial. Por este motivo, habrá que estar a la finalidad perseguida por el legislador comunitario al elaborar esta norma, en concreto, con respecto a la regulación de los deberes de información en los momentos previo y posterior al perfeccionamiento del contrato. Una vez verificados los objetivos de la norma, se pretende llegar a una solución sobre la consideración de estos preceptos como normas imperativas de Derecho europeo.

En tercer lugar, tratará de verificarse si estos artículos constituyen un mecanismo encargado de proteger la organización política, social y económica del foro y si se aplicarán en cualquier caso con independencia de cuál sea la ley rectora de la relación contractual, como normas internacionalmente imperativas[517]. Debe comprobarse, si estos preceptos manifiestan la voluntad del ordenamiento jurídico que las dicta de hacer primar el interés organizativo de la sociedad, que se puede poner en riesgo si se rechaza su aplicación en favor de otras normas que respondan a intereses privados[518].

En relación con esta tercera categoría se plantea si los arts. 27 y 28 de la LSSICE pueden aplicarse, por la vía del art. 9 del Reglamento Roma I, en todos los supuestos

[516] Véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 302-315.
[517] Para un estudio exhaustivo de las normas imperativas en el DIPr (véase BONOMI, A. *Le norme imperative nel diritto internazionale privato…*, *op. cit*., pp. 1-8. En esta obra se ofrece una visión clara y general sobre dicha normativa).
[518] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales", *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, tomo III, Centro de Estudio Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2857-2882.

comprendidos dentro de su ámbito de aplicación con independencia de la ley rectora del contrato. De este precepto se desprende la importancia que tienen los indicadores espaciales de la norma (arts. 2, 3 y 4 de la LSSICE) ya que es necesario que la situación controvertida esté comprendida en alguno de los supuestos delimitados por estos, para que pueda considerarse su imperatividad internacional *ex* art. 9 del Reglamento Roma I[519]. Como se expone *infra*, al margen de que la situación pueda estar comprendida en el ámbito de aplicación espacial de la norma es necesario que se den otras condiciones para considerar su imperatividad en las diferentes vertientes (interna, comunitaria e internacional).

c) Tipos de imperatividad en la contratación electrónica

Como es sabido, en DIPr se dan situaciones en las que se hace obligatoria la aplicación de ciertas normas del Derecho interno de un Estado pese a que en éstas estén presentes elementos extranjeros[520]. En este sentido, resulta necesario distinguir las normas imperativas (en sentido interno), de las normas de aplicación necesaria (normas imperativas en sentido internacional o normas de policía)[521].

De esta forma, en primer lugar, las normas imperativas en sentido interno por su naturaleza, y las características de la situación que se trata, limitan el alcance de la *lex causae* elegida[522]. A su vez, tratan de orientar materialmente la ley aplicable para respetar ciertos intereses públicos y valores esenciales.

---

[519] Véase FREITAG, R., "Art. 9 Rom I-VO, Art. 16 Rom II-VO als Superkollisionsnormen des Internationalen Schuldrects? Gedanken zum Verhältnis Zwischen internen und externen Lücken des EuPriv", *IPRax*, 2016, vol. 36. núm. º 5, pp. 418-426.

[520] Véase FRANCESCAKIS, P. H, "Quelques précisions sur les lois d'application inmediate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *RCDIP*, 1966, pp. 1-18. Incidiendo en que con estas normas la *lex fori*, tiene un papel privilegiado en relación con el Derecho extranjero que resulta inaplicado (véase PÉREZ VERA, E. "El Derecho del foro ante el método de atribución: Reflexiones en torno a su juego prioritario", *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Profesor Sela Sampil*, vol. II., Serv. Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, pp. 917-931).

[521] Algunos autores como P.A. de Miguel Asensio, afirman la dificultad en la clasificación de este tipo de normas (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales…", *loc. cit*., p. 2863).

[522] Véase PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *REDI*, núm.3 4, 1982, pp. 99-124; PÉREZ VERA, E., *Derecho internacional Privado*, vol. I y II., UNED, Madrid, 2002, pp. 49-55.

En este sentido, en algunos supuestos al legislador sólo le interesa determinar el ámbito de aplicación personal y geográfico, de su propio ordenamiento y no confiere relevancia jurídica ni a los elementos del supuesto de hecho ni al Derecho extranjero que pudiera estar estrechamente vinculado con aquéllas. Este hecho se relaciona con el fin del Derecho interno o con la política legislativa de asimilación al tráfico interno de determinadas relaciones internacionales[523].

A su vez, en relación con las normas imperativas en sentido interno cabe distinguir entre normas absolutamente imperativas y normas relativamente imperativas. Las primeras no pueden derogarse aunque las partes así lo acuerden, en ningún caso. Por consiguiente, su aplicación no dependerán del grado de vinculación del supuesto con el foro. Dentro de esta categoría se encuentran las normas que garantizan el respeto a los Derechos Fundamentales recogidos en la Constitución[524].

Por otro lado, las segundas que tienen un carácter imperativo relativo, sí pueden ser derogadas en determinadas circunstancias, en particular, a favor de normas que no menoscaban el objetivo de protección[525]. Por tanto, la imperatividad de estas normas se basa en obtener un resultado material favorable a determinadas personas o situaciones. Su aplicación está justificada cuando la ley extranjera designada por la norma de conflicto no sea igual o más favorable que la ley española para conseguir el citado objetivo.

Debe destacarse en el contexto comunitario un segundo grupo de normas imperativas, que actúan con independencia de la ley rectora del contrato, que son las normas imperativas de Derecho europeo. Según, A. Bonomi, tres son sus notas características: en primer lugar, se trata de normas comunitarias aplicables con

[523] Véase BATIFFOL, H., "Le pluralismo des méthodes en droit international privé", *RCADI*, Tomo 139, 1973-II, pp. 29-34; BATIFFOL, H.; LAGARDE, P., *Droit international privé*, t. I, París, 1993, pp 64-68.
[524] Por ejemplo, un juez español no puede dictar una decisión basándose en disposiciones contrarias a la igualdad de sexos, la libertad religiosa o la protección del menor, entre otros derechos. No podrá adoptarse una decisión contraria a estas disposiciones (imperativas en sentido interno) aunque el supuesto de hecho tenga escasa vinculación con España. Como indican J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, la sujeción a estos valores puede calificarse de absoluta y por tanto condicionan al juzgador español desde el momento en el que este debe conocer del asunto (véase FERNANDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*…, *op. cit*., 124-125).
[525] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativoy relaciones privadas internacionales...", *loc. cit*., p. 6.

independencia de la ley rectora del contrato[526]. En segundo extremo, tienen un carácter *internacionalmente imperativo de normas nacionales* que forman parte del Derecho comunitario, en particular, las Directivas.

En el Derecho derivado de origen comunitario existen normas que resultan aplicables, según su ámbito de aplicación espacial determinado, independientemente de la ley rectora de la relación controvertida. Son bien conocidos entre la doctrina, los arts. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE y el art. 25 de la Directiva 83/2011/UE, que declaran expresamente la imperatividad de ambas normas cuando se den los indicadores espaciales y demás requisitos recogidos en las mismas[527].

La tercera característica de las normas imperativas de Derecho europeo viene dada por la influencia del Derecho comunitario sobre la atribución del carácter de aplicación necesaria de la norma interna del Estado miembro[528]. Por último, según este autor, un rasgo de este tipo de normas es la aplicación del Derecho comunitario a la aplicación extraterritorial de la norma interna[529].

En concreto, en el caso de los contratos electrónicos, el riesgo de que el Derecho europeo no se aplique, aunque todos o algunos de los elementos del conflicto estén situados en el territorio de la UE, se puede plantear con bastante frecuencia[530]. Este supuesto se dará cuando, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, se produzca una elección de ley a favor de un tercer Estado. En estos casos, puede impedirse a los destinatarios de los SSI que se beneficien de las normas de protección europeas, en concreto, en relación con los deberes de información.

El carácter imperativo de la norma resulta claro, en los supuestos indicados,

---

[526] Véase BONOMI, A. *Le norme imperative nel diritto internazionale privato…*, *op. cit.*, pp. 121-136.

[527] Estos preceptos se analizan de forma más detenida en este Cap., en partícular el art. 25 de la Directiva 83/2011/UE en la parte relativa al Derecho de desistimiento en los contratos electrónicos celebrados con consumidores (3.-Desistimiento en la contratación electrónica de consumo; B) Ley aplicable al derecho de desistimiento en los contratos electrónicos de consumo).

[528] Véase BRÖDERMANN, I., *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales privattrecht*, J.C.B., Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994, p. 64.

[529] Véase BONOMI, A. *Le norme imperative nel diritto internazionale privato…*, *op. cit.*, p. 122.

[530] Véase BONOMI, A., "European Private International Law and Third States", *IPRax* 2017, Heft 2, pp. 184-193.

cuando se realiza está precisión en el propio texto normativo. Sin embargo, no en todos los casos se expresa la imperatividad de la norma en cuestión. En estos supuestos, es necesario verificar la intención del legislador comunitario al promulgar la norma. Por tanto es necesario tener en cuenta el objeto y la ratio de la Directiva, en concreto, deben examinarse cuales son las condiciones para la realización de los principios de Derecho comunitario que pretenden alcanzarse con la norma en cuestión cuya imperatividad se discute[531].

La solución debe encontrarse caso por caso, evaluando el objeto de la Directiva sobre la base de los principios de Derecho comunitario. De esta manera, es necesario poner en relación la aplicación de normas internas que contengan dichos principios a fin de garantizar su consecución mediante la aplicación necesaria de dicha norma, cuestión esta que requiere la calificación como normas imperativas de Derecho europeo que se aplicaran con independencia de la *lex causae* cuando se cumplan las condiciones espaciales establecidas en la propia norma. Por tanto, estas normas se aplicarán según un criterio propio "espacial" independiente de la regla de conflicto propuesta para la determinación de la ley aplicable al contrato.

De otro lado, para evaluar la legitimidad como normas imperativas de Derecho europeo de ciertas normas contenidas en las Directivas, que se materializan con su transposición al Derecho interno, además de verificar, como se ha afirmado un criterio de aplicación autónomo es necesario un exámen de "compatibilidad" comunitaria. Este control de compatibilidad, como se expondrá *infra*, está relacionado con el principio elaborado por el TJUE en términos de equivalencia y restricción cuantitativa.

En tercer lugar, deben mencionarse las normas internacionalmente imperativas, cuyo aspecto diferenciador más relevante, con respecto a las normas imperativas en sentido interno, se debe a que las leyes de policía implantan un alto factor de intervencionismo económico que hace difícil diferenciar el carácter público y privado de ésta[532]. Si las normas imperativas en sentido interno se basan en el carácter imperativo

[531] Véase MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 129 y ss.
[532] Algunos autores afirman que la aparición del método de las normas de policía en DIPr es equivalente a la concepción del orden público económico en Derecho de los contratos. Sobre el análisis de las normas imperativas y leyes de policía circunscritas a las normas de intervención económicas, en general (véase,

que en el orden internacional tienen determinados sectores normativos del Derecho privado, las leyes de policía están vinculadas al carácter imperativo y territorial de las normas de Derecho público[533].

En el marco general de la contratación internacional, las normas internacionalmente imperativas han sido calificadas por la doctrina española como:"*aquellas disposiciones de Derecho público y privado cuyo interés para el foro es tan relevante que bloquean la actuación normal del método de atribución impidiendo la actuación de la ley extranjera en los supuestos materiales regulados por ellas"*[534].

Sin perjuicio de las distintas denominaciones y respectivas elaboraciones doctrinales caracterizadoras de las "normas materiales imperativas"[535], "normas de aplicación necesaria"[536], "normas de aplicación inmediata"[537], "normas de

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Contratación internacional…,* pp. 44-59; NUYTS, A., "L'application des lois de police…", *loc. cit*., pp. 245-265. Sobre las normas de orden público en el plano económico y en el progreso tecnológico, véase GUARNERI, A., *L'ordine pubblico…, op. cit.*, pp. 176-180; GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional…op. cit.,* pp. 309-312).

[533] En este sentido, las leyes de policía han sido identificadas con disposiciones de Derecho público encaminadas a proteger intereses colectivos tales como el régimen de control de cambios; el Derecho procesal y el Derecho penal y la normativa de protección de la libre competencia. Incluso, hay parte de la doctrina que se inclina más por su consideración de Derecho público considerándolas como normas administrativas (véase NUYTS, A., "L'application des lois de police…", *loc. cit*., p. 263).

[534] La calificación de la doctrina española en su expresión amplia: "normas materiales imperativas aplicables al tráfico externo", y reducida: "normas materiales imperativas", se encuentra definida por J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, en "Comentario al artículo 12. 3 Cc"…, *loc. cit.*, p. 912.

[535] Un estudio de los distintos métodos de elaboración doctrinal de las normas materiales imperativas, relativos fundamentalmente a la distinción entre las concepciones europeas y las propias de los países anglosajones, especialmente las de EEUU, se encuentra en BONOMI, A., *Le norme imperative*…, *op. cit.*, pp. 63-97 (véase también tal diferenciación entre ambos sistemas legales en GUEDJ, T.G., "The Theory of the Lois de Police. A Functional Trend in Continental Private Law. A Comparative Analysis with Modern American Theories", *AJCL*, 1991, pp. 661-697).

[536] El concepto de "Normas de aplicación necesaria", "*Norme d'applicazione necessaria*", fue introducido en el DIPr por G. Sperduti, según el cual dichas normas no tienen ese carácter de "necesariedad" más que en su ordenamiento jurídico de origen (véase SPERDUTI, G., "Sulla capacitá in diritto internazionale privato, con particulare riguardo alla capacitá d'obbligarsi per fatto illecito", *RISG*, 1950, p. 306).

[537] En la doctrina española, E. Pérez Vera, en el estudio de esta normativa en el DIPr, utiliza la terminología atribuida a Francescakis de "normas de aplicación inmediata", "Lois d'application inmédiate" (véase FRANCESCAKIS, PH, "Quelques précisions sur les lois…", *loc. cit.,* pp.1-18; PEREZ VERA, E., "El Derecho del foro…", *loc. cit.*, pp. 917-931).

intervención"[538], "normas de policía"[539], "normas internacionalmente imperativas"[540], su positivización desde el punto de vista del DIPr se recoge de manera general bajo la denominación de *normas de policia* en el art. 9 del Reglamento Roma I.

La posibilidad de que la *lex contractus* quede inaplicada por las "leyes de policía" (art. 9.1 Reglamento Roma I) está motivada porque la neutralidad de la norma de conflicto tiene sus riesgos al recurrir a un ordenamiento extranjero que posiblemente no tenga en cuenta las normas jurídicas que fundamentan el orden de valores superiores o fundamentales del foro.

El art. 9 del Reglamento Roma I introduce dos importantes novedades con respecto al art. 7 del Convenio de Roma. En primer lugar, un concepto comunitario de leyes de policía, que ha ocasionado un importante debate entre la doctrina y, en segundo extremo los requisitos restrictivos para que un tribunal pueda tomar en consideración una norma imperativa de un tercer Estado[541].

La intervención de las leyes de policía se ha visto excesivamente restringida en el marco del Reglamento Roma I como consecuencia de la definición tan restrictiva que hace de esta categoría normativa: una "*ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*" (art. 9.1) Esta situación contrasta

[538] En la doctirna alemana se ha impuesto el término de normas de intervención (*Eingriffsnormen*), Véase KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, Tubinga, Múnich, 1997, pp. 18-24. En cualquier caso esta expresión es utilizada con frecuencia para referirse sólo a ciertas normas imperativamente aplicables al trafico externo, en particular, aquellas destinadas a satisfacer intereses económicos o políticos estatales (Véase SCHUBERT, M., "Internationale Verträge und Eingriffsrecht- ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts", *RIW*, vol. 33, 1987, pp. 729-746).

[539] En relación con la doctrina francesa es de interés destacar que algunos autores consideran las *lois de police* como una subcategoría específica de las *lois d´application immédate* (véase MAYER, P., *Droit international privé,* Montchrestien, París, 1994, pp. 88-96).

[540] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo…, *loc. cit.*, pp. 2857-2882; *id. Contratos internacionales sobre propiedad industrial..., op. cit*., p. 310. 281; SÁNCHEZ LORENZO, S., "Choice Law and Overriding…", *loc. cit*., pp. 67-70.

[541] Véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I…", *loc. cit*., p. 1; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Ley aplicable a los contratos internacionales…, op. cit.,* pp. 163-189*s:* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., Derecho Internacional privado…, *op. cit.*, pp 490.491; LEIBLE S., "La importancia de la autonomía…", *loc. cit*., pp. 214-233; GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho…, op. cit.,* pp. 43-58.

con la existente al amparo del Convenio de Roma, el cual como se ha indicado *supra*, no definía dicha categoría normativa[542].

La dicotomía del significado genérico de las normas internacionalmente imperativas en el DIPr, se materializa en que por una parte, son normas que los contratantes no pueden anular al elegir la ley aplicable al contrato mediante la utilización de su autonomía conflictual. Y, por el otro, establecen su aplicación preferente, automática, directa e inmediata, con independencia de la norma de conflicto que resulte de aplicación[543]. Por tanto, las leyes de policía prevén la posibilidad para el juzgador de descartar la ley elegida por las partes si no respeta las reglas básicas para su país. Estas normas son representativas de los valores básicos de la organización social y económica de un Estado y su aplicación requiere de una imperatividad reforzada que trasciende a la aplicación de un concreto ordenamiento.

Entre los sectores del ordenamiento en los que más destaca la presencia de normas internacionalmente imperativas se encuentran aquellos a través de los cuales tratan de efectuarse los objetivos fundamentales de las políticas públicas que tienen más importancia vinculadas a las relaciones jurídico-privadas; en concreto, ciertas disposiciones relacionadas con criterios de política económica y social, así como de política exterior[544].

Como afirma el profesor P. A de Miguel: "*un conjunto diverso de tales normas pertenece a los sectores a través de los cuales se organiza la injerencia del poder público en la economía y, en particular, en la ordenación del mercado y de las relaciones entre sus participantes. En esta línea, la presencia de un ámbito espacial de imperativa aplicación, cualquiera que sea la lex causae, característico de las normas*

[542] Véase BONOMI, A., "Overrriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts", *YPIL*, vol. X 2008, pp. 285-300.
[543] En relación con la dualidad de formas que asumen las normas imperativas en DIPr (véase BONOMI, A., *Le norme imperative*…, *op. cit.*, p. 2).
[544] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo...", *loc. cit.*, pp. 2863.

internacionalmente imperativas, es propia de sectores con una notable repercusión sobre las relaciones privadas transfronterizas"[545].

Entre otras, cabe reseñar: "*la normativa reguladora de la libre competencia, aplicable siempre a las conductas que produzcan efectos en el mercado español (o comunitario); regímenes de control de la exportación e importación de ciertos bienes que establecen determinadas prohibiciones; a la protección del patrimonio histórico; a la lucha frente al tráfico de especies animales protegidas, etc."*[546].

De otro lado, en los ordenamientos jurídicos europeos se ha afianzado una tendencia a reducir los desequilibrios contractuales mediante instrumentos que completan la autonomía negocial con un principio de *"justicia contractual"*. Esta situación se plasma en particular en las normas sobre protección de consumidores y en otras que se dirigen a profesionales, como en los supuestos de la tutela de los distribuidores, agentes o franquiciados[547]

Respecto de los sectores del ordenamiento, que típicamente contienen normas internacionalmente imperativas cabe destacar que, con carácter general, suelen incorporar mecanismos en los que participan autoridades públicas, concretamente cuando estan previstas sanciones administrativas o penales, asi como normas que, con independencia de considerarse de Derecho público o privado, inciden directamente sobre las relaciones jurídico-privadas.

En cualquier caso debe distinguirse si la norma internacionalmente imperativa pertenece al ordenamiento cuyos tribunales o autoridades conocen del litigio o al

[545] Véase NUYTS, A. "L'Application des lois de police…", *loc. cit*., pp. 31-74; PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas…", *loc. cit.,* pp. 99-124; DE WINTER, L.I., "Dispositions imperatives et contrats internationaux", *Nederlands Tidschrift voor Internationale Recht*; 1964, pp. 361 y ss.

[546] Como apunta P.A De Miguel: *"(…) también se contempla las medidas de este tipo que pueden adoptarse en el marco de embargos comerciales; disposiciones sobre control de cambios e inversiones extranjeras, si bien las restricciones derivadas de estas parcelas del ordenamiento presentan actualmente en los sistemas de nuestro entorno un alcance muy limitado; y normas que sancionan prácticas de corrupción, entre otros*" (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo...", *loc. cit.,* p. 2870).

[547] Véase AGUILAR GRIEDER, H., "El impacto del Reglamento Roma I en el contrato internacional de Agencia", *CDT* (marzo 2011), vol. 3, núm. 1, pp. 24-46.

ordenamiento que es aplicable al fondo del litigio (*lex causae*), o a un tercer ordenamiento especialmente vinculado con el contrato[548].

En el primer caso, no suele haber dificultades ya que el juez está obligado a la aplicación de sus propias normas imperativas (art. 9.2 RRI). El segundo supuesto tampoco debe plantear demasiados problemas por el carácter global que presenta la remisión a un ordenamiento extranjero. Las normas internacionalmente imperativas de la *lex contractus*, y las normas dispositivas que no hayan sido sustituidas por acuerdo de las partes, se aplicaran al contrato cuando el supuesto de hecho entre dentro del ámbito de aplicación espacial de tales disposiciones.

Por el contrario, como se analizará *infra*, el tercer caso resulta más controvertido, esto es, si el juez también puede o debe tener en cuenta las normas imperativas extranjeras y, en caso afirmativo, de qué manera debe proceder. Algunos autores han respondido a esta cuestión utilizando diversas teorías, y la jurisprudencia se las arreglaba, normalmente "tomando en consideración" las normas imperativas extranjeras[549].

Como se analizará *infra* las normas imperativas en sentido interno, comunitarias o internacionales contribuyen al objetivo relacionado con la búsqueda de estructuras legales eficaces para conseguir aumentar la utilización del comercio electrónico proporcionando las garantías que permitan alcanzar la máxima seguridad jurídica en estas transacciones y en concreto con respecto a su momento perfectivo.

B) Relación entre el Reglamento Roma I y la normativa sobre contratación electrónica

a) Principio del país de origen en la normativa sobre contratación electrónica y deberes de información

Como se ha indicado, en relación con la delimitación espacial de la DCE, el art. 3 de la DCE generó debate en torno a la consideración del principio de país origen, como

[548] Véase VAQUERO LÓPEZ., C., "Autonomía de la voluntad y normas imperativas", S. Sánchez Lorenzo, *Derecho contractual comparado…, op. cit*., pp. 89-133.
[549] Véase LEIBLE, S., "Comercio exterior y seguridad jurídica", revista de Derecho Comercial y delas Obligaciones, núm. 181-184, 1998, pp. 408-414.

un mandato conflictual ímplicito. La DCE no fue la primera norma de Derecho derivado comunitario que originó discusión en torno a la consideración de este principio como un mandato conflictual.

La opción de considerar el artículo 3 de la DCE como un norma de conflicto no es una cuestión baladí ya que si se entiende el principio del país de origen como una norma de conflicto implícita (opción 1) estará asegurada su primacía sobre la norma de conflicto establecida en el Reglamento Roma I, conforme a lo dispuesto por el artículo 23 del Reglamento Roma I. Por el contrario, si se trata como un principio estructural del Derecho comunitario, se constituye como medida de control conforme a la norma de DIPr, para evitar los obstáculos que mermen de alguna manera la libertad de circulación (opción 2).

En este análisis se opta por la opción 2, también en el caso de los deberes de información en la contratación electrónica, pese a encontrarse entre las materias del ámbito coordinado. Se llega a esta conclusión examinando e interpretando algunas de las normas comunitarias que hacen referencia al principio del país de origen en relación con la jurisprudencia del TJUE y diversas opiniones doctrinales.

Se analizan los efectos del principio del país de origen sobre las restricciones a la libre elección de la ley en el Derecho derivado comunitario[550]. En distintas Directivas,

[550] Entre estas normas destacan: La segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida; La segunda Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios; Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida; la segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio; Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el campo de los valores negociables; en el caso de la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992 relativa a la seguridad general de los productos (DRASCH, W. *Das Herkunfslandsprinzip im Binnenmarktes auf Vertrag- und Wettbewerbsstatus*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 278 y ss); Este autor analiza algunas normas de Derecho comunitario derivado que contienen preceptos sobre el principio del país de origen junto con los arts. 30 y 59 del TCE y se plantea la posibilidad de que estas regulaciones recojan normas de conflicto implícitas que afecten al normal funcionamiento de las normas generales de DIPr sobre Derecho aplicable (Convenio de Roma en el momento en el que se redacta esta obra/actual R. Roma I). Esta obra, por la fecha de la que data (1997) no

relativas a diferentes materias, al igual que ocurre con la DCE, se desvirtúa la consideración de la regla del país de origen como una norma de conflicto ímplicita en su artículado, por distintas razones:

En primer lugar, como ya se advertía al hablar de los distintos preceptos de Derecho derivado de origen comunitario, la dualidad país de origen *versus* país de destino rompe con el principio de paridad entre ordenamientos jurídicos, rasgo de la clásica norma de conflicto bilateral, al potenciar un ordenamiento jurídico, de un país comunitario, frente a otros, de países terceros. El criterio del país de origen no designa cualquier ordenamiento sino sólo ordenamientos de Estados miembros. Además, el principio de reconocimiento mutuo impone, ante todo, un mandato de aplicación de la ley del país de origen para la actividad armonizada[551]. No hay que buscar el contenido del derecho extranjero: es suficiente si el prestador obtuvo en el país de origen la autorización, conforme a los mínimos armonizados, si se cumplen estos requisitos, podrá desarrollarse la actividad en los demás Estados miembros[552].

En segundo extremo, otra razón para elegir la opción 2 se relaciona con que quienes establecen el paralelismo entre la norma de conflicto alternativa y el principio del país de origen se basan únicamente en una interpretación basada en la jurisprudencia[553].

En tercer lugar, en la teoría general de DIPr se asevera que la norma de conflicto alternativa antepone la obtención de una consecuencia material a la localización mecánica

recoge información sobre la DCE que aún no estaba en vigor, pero en todo caso, las conclusiones que se extraen de su estudio, vinculadas a otras Directivas resultan interesantes para poder llegar a una conclusión sobre la cuestión citada.

[551] Véase FEZER, K.H. y KOOS, S., "Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzipund…", *loc. cit.*, pp. 349-354; AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip...", *loc. cit.*, pp. 837-838.

[552] De esta forma, resultan más simples las dificultades en la aplicación de la norma de conflicto, como puede ser la alegación y prueba del derecho extranjero designado. Bastaría aportar la prueba de la autorización otorgada por el Estado miembro de origen para poder actuar en los demás Estados miembro (véase GUZMAN ZAPATER, M., "El principio del reconocimiento mutuo. A propósito de la Comunicación de la Comisión: libre prestación de Servicios e interés general en la Segunda Directiva Bancaria", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 2, núm. 3, 1998, pp. 137-170).

[553] M. FALLÓN afirma que: "*al defender la sumisión a control comunitario (principios de no discriminación y proporcionalidad) de las normas de conflicto internas de DIPr. Aparentemente el TJCE recurre en estos casos a un razonamiento de tipo conflictual (véase FALLÓN, M., "Les conflits de lois et de juridictions...*", *loc. cit*., pp. 119 ss). Este hecho no sería suficiente para establecer una identidad absoluta entre esta técnica de reglamentación y la dualidad ley país origen *vs.* ley país destino (véase GUZMAN ZAPATER, M., "El principio del reconocimiento mutuo...", *loc. cit*., pp. 137-170).

de la situación. De esta manera deja al juzgador o a los contratantes la libertad para realizar una comparativa y elegir con posterioridad el ordenamiento que proporciona la realización del objetivo de políticas legislativas subyacente. De manera que es necesario examinar el fin o interés en función del cual opera el principio del país de origen, para en su caso verificar si se identifica con el de la norma de conflicto[554].

Podría afirmarse que con la regla del país de origen se trata de intensificar las relaciones económicas intracomunitarias ya que facilita la libre circulación, por tanto se trata de agilizar la libre circulación de ciertos productos (productos y servicios financieros, seguros, etc). Pero tal objetivo no es ilimitado, y aquí está la diferencia principal en cuanto a los objetivos del principio del país de origen y de la norma de conflicto, sino que la libertad de los operadores no es estricta y choca con los límites que, para favorecer el "interés general" puede oponer el EM de destino de la prestación. Además, coexiste con otros objetivos comunitarios: por ejemplo la protección de los consumidores (art. 129 A TUE)- caso concreto de la DCE que deja fuera del principio de país de origen como excepción este tipo de contratos-.

En última instancia, en DIPr la norma de conflicto alternativa contiene una técnica de reglamentación que hace necesario que tenga que compararse de una forma global los ordenamientos que puedan resultar aplicables según los puntos de conexión de la norma. En cambio en el principio del país de origen-reconocimiento mutuo, únicamente existe un mandato de aplicación de la ley del país de origen y únicamente de forma excepcional intervendrá la ley del país de destino.

Además desde otro punto de vista, la cuestión no es tanto reconducir el principio del país de origen a las categorías de DIPr como examinar la norma interna de DIPr en relación con el ordenamiento comunitario. Y así, cuando interviene el Tribunal europeo en la aplicación de este principio puede advertirse una "*norma material comunitaria, de origen jurisprudencial*", cuyo contenido sería la resultante de la aplicación realizada. De esta forma, se trata de un principio estructural del Derecho comunitario en esta sede. Esta

[554] Véase BUCHER, A., "Sur les regles de rattachement a caractére substantiel", *Líber Amicorum* A. Schnitzer, Genóva, 1979, pp. 37-55.

cuestión vincula al DIPr interno ya que hace necesario el contraste de la idoneidad de la norma de conflicto interna y la localización que ésta realiza, de modo que la ley del contrato se descarte si impide la materialización de las libertades comunitarias según las normas del ordenamiento del país de origen.

Esto es lo que ocurre precisamente con el art. 3.2 de la Directiva que no establece un mandato conflictual sino que desplaza la ley designada en el contrato electrónico cuando suponga restricciones a la Ley del PSSI (excepto en los casos señalados en el art. 3.4 DCE).

La cláusula del mercado interior de la DCE no opera como una designación unilateral de las reglas del país de origen sino que para cualquier otro Estado miembro diferente al del país de origen, la cláusula del Mercado interior revela la posibilidad de apelar a una excepción de reconocimiento mutuo[555]. Este hecho conlleva un efecto restrictivo, que impide a todo Estado miembro aplicar toda disposición susceptible de constituir una limitación a la libre prestación de servicios (art. 3.2 DCE)[556].

De esta forma, la clausula del país de origen en el caso de la DCE y por tanto la excepción a las reglas generales de DIPr para la designación de la ley aplicable está en la excepción ya mencionada[557].De esta forma, el legislador comunitario, debido a la heterogeneidad de las legislaciones en los Estados miembros en materia de contratos, publicidad, responsabilidad de los PSSI, es consciente de la dificultad de lograr una armonización total en estas materias. Por este motivo acoge el principio de

[555] Véase CACHARD, O., "Le domaine coordonné par la Directive sur le commerce électronique et le droit international privé", *RDAI/IBLJ*, 2004, pp. 161-179.
[556] Esta interpretación fue avalada por el TJUE en su sentencia en el asunto *eDateAdvertising* (STJUE de 25 de octubre de 2011 eDate AdvertisingGmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED) en la que estableció que si bien a falta de normas armonizadas, únicamente el reconocimiento del carácter vinculante del régimen nacional del país de establecimiento del PSSI puede garantizar el pleno efecto de la libre prestación de dichos servicios (ap. 59), el art. 3.1 de la DCE impone principalmente a los Estados miembros la obligación de velar por que los SSI suministrados por un prestador establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro y que formen parte del ámbito coordinado, sin que esa obligación presente las características de una norma de conflicto de leyes destinada a zanjar un conflicto específico entre varios Derecho que deben ser aplicados (ap. 61).
[557] Véase MEEUSEN, J., "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé", *Rev.cr.dr.int.pr*., vol. 91, 2002, pp. 434-490.

reconocimiento mutuo y lo complementa con la regla del control de origen, sancionada en el art. 3.1 de la DCE[558].

En consecuencia, las normas generales sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales del Reglamento Roma I, continúan operando en relación con los contratos electrónicos, de manera que el ordenamiento aplicable a la formación, interpretación, contenido obligacional del contrato será designado por las normas generales de DIPr, entre las que se encuentra este instrumento[559].

Debe destacarse que la aplicación de la ley del país de origen del PSSI puede derivarse de la autonomía conflictual de las partes (art. 3 Reglamento Roma I) ya que en algunos supuestos puede elegirse la ley del domicilio del PSSI. De hecho en la contratación electrónica es muy habitual que se haya establecido que la ley aplicable al contrato será la del domicilio del vendedor que suele coincidir con la del PSSI. Del mismo modo, puede ser habitual que resulte aplicable la ley del país donde el PSSI esté establecido cuando las partes no hayan realizado elección de ley alguna. Este hecho se da, principalmente, porque el art. 4.2 del Reglamento Roma I determina que se aplicará la ley del país donde haya de cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda y en estos casos es muy probable que esta coincida con el país de establecimiento del PSSI[560].

En todo caso, la regla del país de origen no prevé los supuestos en los que sea la propia ley del vendedor (PSSI), esto es, la ley del país de origen, la que plantee restricciones en algunas de las materias que están dentro del ámbito coordinado de la DCE, entre los que se encuentran los deberes de información (art. 10-11 DCE)[561]. En estos casos habrá que estar, como se expone en este trabajo, a las normas previstas para ello en el Reglamento Roma I, que pueden estar vinculadas a la imperatividad, en sus distintas vertientes, de los deberes de información en la contratación electrónica[562].

---

[558] Véase BODEWIG, T., "Elektronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb", *GRUR Int*, 2000, pp. 475-483.

[559] Véase JAYME, E. y KOHLER, C., "Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzipstatt IPR?",*IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 501-514.

[560] Véase MARINI, L., *Il comercio elettronico (Profili di diritto comunitario)*, Padua, 2000, pp. 94-95.

[561] Véase SPINDLER, G., "Internet, Kapitalmarkt und Kollisionsrecht unter besonderer Berücksichtigungder E-Commerce-Richtlinie", *ZHR*, vol. 165, 2001, pp. 324-361.

[562] Véase LÓPEZ-TARRUELLA, A., "A European Community Framework for Electronic Commerce", *CMLRev*, vol. 38, 2001, pp. 1337-1384.

Como se ha señalado, el art. 3 de la DCE establece que el control de la actividad de los PSSI incumbe al Estado miembro del país del establecimiento del PSSI. El objetivo del criterio de origen en la DCE es facilitar el comercio electrónico, teniendo en cuenta los requisitos de la legislación de un Estado miembro, de los servicios en el conjunto de la UE, como se desprende del párrafo 22 del preámbulo DCE[563]. A pesar de la no existencia de una regla conflictual, esta norma no descarta que para hacer efectivo el principio de origen, las normas internas de transposición establezcan reglas específicas e imperativas sobre el ámbito de aplicación espacial de algunas de sus leyes con respecto a los PSSI establecidos en su territorio que es lo que ocurre en el caso de la LSSICE[564].

El principio del país de origen queda materializado en la práctica en los criterios específicos relativos a su ámbito de aplicación espacial (arts. 2-4 LSSICE) que están relacionados con la aplicación de estas normas a los PSSI establecidos en el territorio de estas normas. Aquí surgen las diferencias con el régimen conflictual del Reglamento Roma I que afectan al régimen del perfeccionamiento del contrato electrónico[565].

[563] Las limitaciones a la Ley del país de origen, contenidas entre otras en la DCE (art. 3.2), tienen su origen, entre otros, en los arts. 39 y 50 del TCE. Estos preceptos establecen medidas para garantizar la comercialización de productos de una forma segura, de manera que la elección a favor de la Ley del país de destino no dificulte el comercio entre los países de la UE y esto como se expone a continuación tampoco, puede hacerse impidiendo la elección del país de origen, porque este hecho puede coartar las Libertades establecidas en el propio TCE. En estos preceptos se establece una prohibición general incluso de las restricciones no discriminatorias del país de destino que no estén justificadas por razones imperiosas de interés público (las razones prescritas en el propio tratado). La consecuencia es que las regulaciones del Estado de destino, que limitan la libertad de las partes para elegir la ley del país de origen, están fundamentalmente sujetas a las disposiciones de los arts. 30 y 59 TEC. De lo contrario, el DIPr de un Estado miembro no solo impondría a las partes un orden jurídico que no deseaban, sino que incluso podría imponerles que el ejercicio de las libertades fundamentales, que se establecen en los arts. 30 y 59 del TCE, sean prácticamente imposible. La conexión de conflicto de leyes con la ley del país de destino del bien o servicio tendría el efecto de una prohibición absoluta de importación contra el TCE, por este motivo, en estos supuestos, con el objeto de evitar las citadas restricciones se aplicaría la ley del país de origen (véase AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie", *Computer und Recht*, vol. 16, 2000, pp. 835-841).

[564] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Marco regulador…, *loc. cit.*", pp. 298-319.

[565] "*La delimitación del ámbito de aplicación espacial de la LSSICE y su impacto sobre las actividades transfronterizas resulta compleja, lo que se relaciona con las deficiencias que presenta la DCE y con que la normativa cuyo ámbito de aplicación se pretende determinar es heterogénea, ya que, como se ha señalado supra, incluye tanto normas administrativas como otras de Derecho privado. La facilidad con la que los SSI pueden ser prestados desde un mismo lugar a destinatarios ubicados en los más diversos territorios determina que la disparidad de soluciones normativas entre los ordenamientos de los Estados miembros de la UE afecte de manera especialmente significativa a este tipo de actividades, que tienen lugar a través de un medio que en principio posibilita la uniformización del contenido de ofertas y*

En relación con la delimitación espacial, la LSSICE, como se ha mencionado, ha optado por una división tripartita. En primer lugar, el art. 2 de la LSSICE no trata que todas las actividades internacionales desarrolladas por los PSSI establecidos en España estén sometidas al Derecho español. Esta ley hace referencia a las normas "*que les sean de aplicación*", lo que en relación con las actividades internacionales conlleva que a excepción del criterio de origen en relación con las materias reguladas en la LSSICE a que alude su art. 2.1, el resto de las normas del ordenamiento español se aplicarán siempre que resulte aplicable la Ley española a las actividades de que se trate.

En segundo extremo, del estudio de los arts. 3.3 y 3.4 de la LSSICE se deduce que la aplicación de la ley española a las actividades de los PSSI, que tengan su establecimiento en otro Estado miembro de la UE, en las materias excluidas del criterio de origen dependerá de que la ley aplicable al asunto en cuestión resulte la española según el sistema español de DIPr.

Por último, con respecto a los PSSI establecidos en un tercer Estado no se les aplica la LSSICE, a excepción de lo prescrito en sus arts. 7.2 y 8 salvo que se trate de un PSSI que dirija su actividad concretamente a España (art. 4). La determinación de cuándo se dirige la actividad a un Estado puede resultar en la práctica una cuestión controvertida, como se analiza este trabajo de tesis doctoral. En cualquier caso, como afirma el profesor DE MIGUEL ASENSIO, en la práctica se considera que la sóla accesibilidad de un sitio web no es suficiente para considerar que se dirige la actividad a un concreto lugar. De forma específica en los contratos de consumo como mínimo se exige que el sitio web suscite la realización de contratos electrónicos y que al menos se haya celebrado uno de ellos.

Del análisis realizado sobre el art. 3 de la DCE, el art. 1.4 de la DCE y el párrafo 23 del preámbulo de la DCE, y el alcance del principio de reconocimiento mutuo en el mercado interior, puede afirmarse que la DCE no impone un mandato conflictual, así lo ha determinado el propio TJUE como se ha señalado *supra*. Esto es, la contratación

propuestas dirigidas al mismo tiempo a territorios muy diversos" (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Directiva sobre el comercio electrónico…", *op. cit.*, pp. 23-31).

electrónica y en concreto el perfeccionamiento del contrato electrónico ha de regirse por las normas generales de DIPr. Ahora bien, estas normas pueden verse desplazadas cuando se dé la excepción del art. 3.2 de la DCE y se impongan restricciones por la ley del contrato en algunas materias del ámbito coordinado de la DCE, entre las que se encuentran los deberes de información (previos y posteriores) relacionados con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Si estas restricciones no están previstas en el Estado miembro en el que esté establecido el PSSI, según este precepto deberá aplicarse la ley del país del PSSI.

Por tanto, la influencia del criterio de la ley de origen con respecto a la determinación de la *lex contractus* se limita a evitar que la ley aplicable incorpore restricciones no previstas en la ley del Estado miembro donde el PSSI esté establecido en relación con los requisitos que ha de cumplir el PSSI, principalmente sobre las cuestiones establecidas en los arts. 9-11 de la DCE, entre las que se encuentran los deberes de información. Este hecho se produce pese a que el principio del país de origen y el de reconocimiento mutuo comprende el conjunto del ámbito coordinado, con independencia de que esté o no armonizado.

El art. 3 de la DCE no opera como una designación (norma de conflicto) sino como una excepción a la aplicación del derecho designado por las reglas de conflicto de los Estados miembros que se inspira en el reconocimiento mutuo desarrollado sobre la base del art. 3.2 de la DCE.

Para terminar de comprender esta idea se propone el siguiente ejemplo: *contrato electrónico entre un PSSI establecido en España y un destinatario establecido en otro Estado miembro o en un tercer Estado*. En este caso la ley aplicable impone mayores restricciones que la LSSICE (Ley del país donde está establecido el PSSI-España). En concreto esta ley no establece los deberes de información precontractuales prescritos por la norma española o no impone la obligación de confirmar el pedido (acusar recibo en el plazo de 24 h.), establecido en el art. 28 de la LSSICE. Por ejemplo, puede darse el supuesto de que la ley aplicable imponga un plazo mayor o que simplemente no prescriba este plazo. Ante esta situación la ley que resulte aplicable según el Reglamento Roma I,

será desplazada según lo establecido en el art. 3.2 de la DCE, por la ley del país donde está establecido el PSSI, en este supuesto, la LSSICE.

En este caso, el art. 3.2 DCE es un instrumento de coordinación de las posibles contradicciones existentes entre la normativa sobre contratación electrónica y el Reglamento Roma I, pero sólo si las normas resultantes del mandato conflictual impuesto por este prescriben restricciones respecto a las normas del domicilio del PSSI. Conforme a esa interpretación, el apartado 2 del artículo 3 DCE no exige una solución conflictual sino que sólo impone la no aplicación de las normas de la ley designada por las reglas de DIPr que restrinjan la libertad de prestación de SSI de otro Estado miembro dentro del ámbito coordinado.

Debe destacarse por su importancia en el tema objeto de estudio la exclusión del ámbito coordinado de determinadas materias que tienen gran incidencia en los contratos electrónicos entre las que se encuentran fundamentalmente los contratos de consumo, entre otros. Estos asuntos objeto de excepción se rigen por la ley resultante de la aplicación de las normas de conflicto en materia contractual (art. 6 Reglamento Roma I) aunque tengan restricciones que la ley de origen del PSSI no recoge, esto significa la inoperancia en estos contratos de consumo del art. 3.2 de la DCE.

Por otra parte, la excepción prevista en el art. 3.2 de la DCE no soluciona las restricciones que la ley del contrato imponga sobre la ley del domicilio del destinatario, cuando dicha ley (rectora) se trate precisamente de la ley del país de origen del PSSI o de otra distinta a la del destinatario. Se indica el siguiente ejemplo para que se entienda mejor esta idea: un PSSI alemán y un destinatario español, si la ley española (de destino) otorga una mayor protección en relación con los deberes de información, o en el caso de un PSSI en un tercer Estado, por ejemplo: un PSSI establecido en China y un destinatario español, en estos casos habrá que estar a las soluciones que se analizan en esta tesis vinculadas a la consideración de la imperatividad de las normas sobre deberes de información en sus diferentes vertientes: normas imperativas en sentido interno, normas imperativas de Derecho europeo y normas internacionalmente imperativas (art. 3.3, 3.4 y 9 Reglamento Roma I respectivamente).

Según lo expuesto, el criterio de origen del art. 3 de la DCE no contiene un mandato conflictual. Por tanto el Tribunal competente tendría que aplicar la ley designada conforme al DIPr pero estas normas de DIPr serán desplazadas por las del Estado miembro de establecimiento del PSSI cuando su aplicación contradiga los requisitos del Derecho comunitario al imponer limitaciones en el ámbito coordinado no previstas en el Estado miembro en el que está establecido el PSSI (art. 3.2 DCE).

b) Reglamento Roma I (régimen general) e indicadores espaciales de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley 34/2002

Según las cuestiones expuestas *supra*, en relación con la interpretación del art. 3 de la DCE (principio país de origen) y de los art. 1.4 y el Cdo. 23 de la DCE, esta norma no establece reglas adicionales sobre Derecho aplicable ni sobre competencia judicial internacional. Así lo ha recogido también la LSSICE que no hace referencia a los tribunales competentes, pero sí a la ley aplicable a los contratos electrónicos, en este sentido el art. 26 de la LSSICE se limita a realizar una simple remisión a la regulación de DIPr en relación con dos de los indicadores espaciales de esta norma (art. 2 y 3 LSSICE)[566].

De esta forma, puede darse el supuesto de un PSSI establecido en España que celebra un contrato electrónico con un empresario que tiene su domicilio social en otro país (Estado miembro o tercer Estado), en el que se pacta la aplicación al contrato de la ley de un Estado no miembro de la UE. En este caso, si bien el art. 2 de la LSSICE establece su aplicación a los PSSI establecidos en España, la *lex contractus*, en virtud del art. 3 del Reglamento Roma I, sería, en principio, la ley elegida por las partes. Este precepto establece como regla general la posibilidad de que las partes puedan elegir la ley rectora de la relación contractual. En defecto de elección y en caso de que no puedan aplicarse los criterios especiales establecidos en los arts. 5-8 del Reglamento Roma I, el

[566] El art. 26 de la LSSICE establece que "*para la determinación de la ley aplicable a loscontratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley"* [Véase CALVO ANDÚJAR, A., "Artículo 26", AAVV, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 414-415; CASTELLANOS RUÍZ, E., "Las normas de Derecho internacional privado...", loc. cit., pp. 134-159].

art. 4 de este instrumento establece distintos criterios para determinar el derecho aplicable cuando las partes no hayan previsto esta cuestión en el contrato[567].

De esta forma, puede ocurrir que la aplicación de ambos instrumentos a un mismo supuesto de hecho produzca resultados contradictorios, esto es que la aplicación de una norma solape a la otra. Este hecho, se debe, como se ha mencionado, a la distinta base jurídica que tienen el Reglamento Roma I y la DCE y a que no se ha llevado a cabo una coordinación estricta entre estas normas por parte del legislador comunitario. Esto es, existe una reglamentación conflictual de alcance general cuando se propone actuar en sectores particulares como es la contratación electrónica. Por lo que es necesario coordinar el Reglamento Roma I y los indicadores espaciales que delimitan el ámbito de aplicación de la DCE y de la LSSICE[568]. El propio Reglamento Roma I, prevé en su Cdo. 40, que este instrumento se entiende sin perjuicio de las demás normas de Derecho comunitario, mencionando expresamente la DCE, en concreto, en lo que respecta a la libertad de circulación de bienes y servicios establecida, entre otras, en dicha norma[569].

Esta coordinación puede darse, principalmente, por tres vías. Las dos primeras están relacionadas con dos preceptos que contienen cláusulas de excepción o de escape como son los arts. 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I[570]; y la tercera se refiere a las normas

---

[567] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 111-140

[568] En relación con esta cuestión, como afirma S. Sánchez Lorenzo "*(...) la utilización del Derecho derivado de origen comunitario, reclama tal vez, con mayor fuerza, la presencia de normas de Derecho aplicable. Este hecho puede deberse en primer lugar a la falta de eficacia directa de las Directivas, y la necesidad de su transposición, lo que explica que en supuestos transfronterizos, siga siendo preciso determinar la ley nacional aplicable, al objeto de localizar la normativa de transposición de la Directiva que debe regular el supuesto concreto*". En segundo extremo, en el caso de supuestos extracomunitarios (como el del ejemplo anterior), susceptibles de ser reguladas por la ley de un tercer Estado, es necesario acudir a las reglas o principios de DIPr que ayuden a establecer el ámbito de aplicación espacial de las disposiciones de Derecho privado contenidas en las Directivas (véase, SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del Derecho contractual en Europa", *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 11/2011 (Segunda época), Universidad de Jaén, pp. 1-10.).

[569] El Cdo. 40 del Reglamento Roma I se pronuncia de forma similar al Cdo. 23 de la DCE en el sentido de que ambas normas establecen que la legislación aplicable no podrá restringir las libertades perseguidas por el Derecho comunitario.

[570] El objetivo de las cláusulas de escape del Reglamento Roma I, como en el caso de su antecesor (Convenio de Roma) es que teniendo en cuenta el carácter general del art. 3 (y también del art. 4) era necesariootorgar la posibilidad de aplicar una ley distinta a la establecida mediante la elección, cuando exista una ley con mayor vinculación en el contrato. Véase GUIULIANO, M.; LAGARDE, P., "Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, núm. 327 de 11 de diciembre de 1992, p. 19; Asimismo véase conclusiones del abogado general SR Ives Bot presentadas el

de policía reguladas en el art. 9 de este instrumento que pueden contribuir a esta labor. Mientras que las primeras garantizan la aplicación del ordenamiento jurídico que presenta los vínculos más estrechos, las segundas intervienen para asegurar la eficacia de la política legislativa de los Estados[571].

En primer lugar, mediante el art. 3.3 del Reglamento Roma I: *"(…) cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*". Este precepto está pensado para proteger las normas imperativas en sentido interno de los Estados miembros, en el caso de "*contratos subjetivamente internacionales (contratos objetivamente internos), cuyo único elemento extranjero es la sumisión a un tribunal o una ley extranjera"*[572].

La posibilidad de elección del Derecho aplicable se centra, en principio, en los contratos auténticamente internacionales. Aunque, como afirma B. Audit, "*los casos de fraude patente, por internacionalización artificial de un contrato interno, son excasos"*[573]. En todo caso este precepto supone un límite en relación con el uso que las partes hayan hecho de su facultad de elegir la ley aplicable.

En segundo extremo, la coordinación puede tener lugar por la vía de la cláusula general de protección del Derecho de la UE, establecida en el art. 3.4 del Reglamento Roma I[574]. Este precepto trata de impedir el eventual fraude al Derecho comunitario

19 de mayo de 2009 (1) As. C-133/08, Intercontainer Interfrigo SC (ICF) contra Balkenede Oostuizen BV MIC operation BV.

[571] Véase DUBLER CÉSAR, E., *Les clauses d`exception en droit international privé*, Libraire de L´Université, Génova, 1983, p. 175.

[572] Véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre Ley aplicable...", *loc. cit*., pp. 161-165.

[573] Véase AUDIT, B., *Droit international privé, Economica*, Paris, 2008. p. 681.

[574] Este precepto establece: "*cuando todos los elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros se localicen en otro Estado miembro, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal y como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo".* Véase LEIBLE, S., "La propuesta para un Reglamento Roma I. Algunas observaciones sobre los arts. Escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568.

derivado, y a sus normas de transposición, creando una especie de "*fortaleza europea inquebrantable*" por los acuerdos de las partes[575]. De manera que, una vez constatada la vinculación objetiva de un contrato con la UE, debe comprobarse si queda comprendido en el ámbito al que afecta el mencionado *estándar mínimo comunitario*, esto es, las normas comunitarias que no pueden excluirse mediante acuerdo (normas imperativas de Derecho europeo). Si el resultado de esta comprobación es positivo, se restará virtualidad a la voluntad de las partes, respecto a las materias reguladas en las concretas normas de Derecho comunitario aplicables que no puedan excluirse mediante acuerdo. Estas normas actuarán sobre el contrato electrónico, junto con el Derecho designado por las partes, que será de aplicación en los extremos que no las contraríe[576].

De esta forma, la elaboración de esta cláusula se basa en la necesidad de asegurar que las disposiciones imperativas de Derecho europeo se apliquen. Del mismo modo responden a la protección del mercado interior, de su correcto funcionamiento, así como de la parte débil en la relación contractual[577]. El objetivo del legislador comunitario con las normas imperativas de Derecho europeo (incluidas en el Derecho derivado de origen comunitario) es garantizar un nivel mínimo de protección en la UE, cuando todos los elementos del contrato estén vinculados con un país diferente de aquél del que emana la ley elegida por los contratantes como *lex contractus*[578].

---

[575] Expresión utilizada por J. Carracosa González y que resulta muy ilustrativa para definir la finalidad de estas normas imperativas de Derecho comunitario (véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos…, op. cit.,* pp. 2282-2283).

[576] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., "Las normas de Derecho internacional privado…", *loc. cit,* pp. 148-149.

[577] Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., "Choice Law and Overriding Mandatory Rulen after Rome I", *YPIL*, vol. 12, Sellier, Munich, 2010, pp. 67-91.

[578] Se trata de ciertos sectores de la contratación internacional, que se caracterizan por la existencia de normas imperativas, en la que su aplicación se impone normalmente a los contratos en los que la parte debil tiene determinados vínculos de proximidad con el ordenamiento de que se trate. En esta linea en la armonización comunitaria es habitual imponer su aplicación imperativa a las operaciones internacionales que presenten una vinculación estrecha con algún Estado miembro. Como se ha indicado, un ejemplo de estas normas es el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE que establece la aplicación de esta norma cuando la relación presente vínculos estrechos con el territorio de la UE, "*(…)Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad"*[578].

Los artículos 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I no intervienen en el momento de la determinación de la ley aplicable sino que tienen la finalidad de remitir la situación jurídica a la ley del páis donde se encuentren localizados todos los elementos vinculados a la misma[579]. De esta forma estos preceptos actúan como cláusulas de excepción o escape ya que se aplicarán cuando exista una situación entre distintos Estados (condición positiva) y existan vínculos más estrechos con un Estado diferente al de la Ley elegida por las partes (condición negativa)[580].

El efecto inmediato de la aplicación de estas claúsulas de escape es la sustitución de la ley designada por la regla de conflicto por la ley de otro Estado, que en su caso, presente los vínculos más estrechos[581]. De esta forma, el juez debe concretar la cláusula de excepción *modo legilatoris* y ponerse en lugar del legislador para reemplazar la ley que en principio resultaba aplicable al contrato por la ley que este hubiera designado en este caso. La determinación de esta ley debe justificarse por criterios objetivos que deben permitir considerar el caso en su especificidad, tal y como el legislador lo hubiese hecho[582].

Debe indicarse que estás cláusulas de escape (art. 3.3 y art. 3.4) no sintonizan

[579] Véase DUBLER C. E., *Les clauses d`exception…, loc. cit.,* pp.14-16.

[580] La determinación de la ley que presenta los vínculos más estrechos en el caso de las cláusulas de excepción se realiza en dos etapas. En un primer momento se determina qué factores materiales permiten establecer los vínculos más estrechos. En una segunda fase el juzgador tomará en consideración los objetivos perseguidos por el DIPr (*Ibidem,* p. 90.)

[581] *Ibidem,* p. 104.

[582] Estos criterios objetivos se dividen en dos categorías: los criterios de localización y los criterios subsidiarios. Los primeros son son factores objetivos de localización que se manifiestan en un caso concreto. Los segundos intervienen en una segunda línea y se manifiestan sobre todo en el derecho de familia, y son criterios de orden sociológico y ético, tales como la lengua, la religión, el medio social, etc. En materia contractual, y con independencia de que existan otros puntos de vista que hayan de considerarse como criterios objetivos, la CCI ha enumerado una serie de factores que pueden tener esta consideración y resultan de utilidad para determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos: "*La ley del establecimiento comercial de las partes; la ley de ejecución de las prestaciones; la localización del bien mueble o inmueble que sea objeto del contrato; la ley de negociación o conclusión del contrato; la utilización por las partes de un contrato tipo de condiciones generales remitido por referencia a un determinado sistema jurídico; relación del contrato con otro contrato regido por cierto sistema jurídico; la elección por las partes del litigio del arbitraje como medio de solución de los litigios que puedan plantearse*" (véase, DELAUME, G.R., "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Why A Convention?", *VJIL* 1981, pp. 105 y ss.; LANDO, O., "Conflict of Law Rules for Arbitrators", *Homenaje a K. Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 157 y ss; VISCHER, F., "Das neue Restatement "Conflict of Law", *RabelsZ* 1974, p. 128 y ss; MARTÍNEZ LUNA, W.F., "El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera clausula de excepción", *REEI*, nº 24, 2012, pp. 1-31).

plenamente con los delimitadores espaciales de la DCE y de la LSSICE. Éstas requieren para su aplicación, en el caso de la contratación electrónica, que el PSSI esté establecido en la UE, o que la actividad se dirija al espacio comunitario, en los casos de PSSI establecidos en terceros Estados (art. 3 y 4 LSSICE). Por este motivo, no responde a los objetivos de coordinación, el hecho de que estos preceptos no podrán intervenir en los supuestos de especial vinculación con un país distinto al de la ley elegida; o un tercer Estado; (arts. 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I respectivamente) en los que "*(…) todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en uno o más Estados miembros*"[583].

Esta restricción por parte del legislador europeo puede deberse a que este se ha inspirado excesivamente en la redacción de las *"normas con incidencia en la ley aplicable*" de las Directivas sectoriales para sintonizar con estas y, con carácter general, dichas normas hacen alusión a esta posibilidad[584].

Una tercera vía para la coordinación entre el Reglamento Roma I y los indicadores espaciales de la DCE puede ser verificar el carácter de normas internacionalmente imperativas de algunas de sus disposiciones, en este caso, de las referidas a los deberes de información. Debe afirmarse que las normas imperativas en sentido internacional, junto a las características indicadas *supra*, presentan un "potencial conciliador", ya que constituyen una vía de armonización idónea del ordenamiento de la UE[585]. Este hecho se da por dos motivos fundamentales: en primer lugar, alcanzan tanto al régimen general, como al especial de determinación de la ley aplicable; en segundo extremo, pueden intervenir tanto en situaciones contractuales *intracomunitarias* como *extracomunitarias* [586].

c) El artículo 6 del Reglamento Roma I y los indicadores espaciales de la normativa sobre contratación electrónica

Como se ha indicado, el art. 3 de la LSSICE delimita (junto con los arts. 2 y 4) el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSICE, extendiéndose su aplicación a los PSSI

[583] *Ibidem*, p. 35.
[584] Véase nota 69.
[585] Véase PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía…", *loc. cit*, pp. 99-124.
[586] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo..." *loc. cit.*, pp. 2857-2882.

establecidos en otros Estados miembros de la UE cuando el destinatario de los servicios radique en España y afecte a un grupo de materias excluidas del "ámbito normativo coordinado" de la DCE, por referirse en su gran mayoría a ámbitos normativos ya armonizados en Directivas anteriores[587]. El art. 3 de la LSSICE es la transposición al ordenamiento español de las excepciones a la aplicación de la ley del país de origen contempladas en el art. 3.3 de la DCE[588].

De las materias excluidas del "ámbito normativo coordinado" de la DCE interesan especialmente las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por consumidores [art. 3.1.d LSSICE] y la elección de la legislación aplicable a su contrato [art. 3.1 e) LSSI]. Con esta excepción, se intenta proteger a los consumidores que contratan en Internet[589]. Debe indicarse que esta protección ya se la otorga el Reglamento Roma I, cuyo art. 6 establece una serie de puntos de conexión específicos que regulan los contratos en los que interviene un consumidor[590].

A tenor de este precepto, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes si se verifican las exigencias del art. 6.2 del Reglamento Roma I y, en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor, cuando se den las condiciones establecidas en el (art. 6.1). Este precepto hace alusión a que el profesional ejerza su actividad en el país de la residencia del consumidor o por cualquier medio la dirija a este lugar, entre otros[591].

---

[587] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., "Las normas de Derecho internacional privado…", *loc. cit,* pp. 148-149; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Servicios de la sociedad de la información y Derecho internacional privado: desarrollos recientes", AAVV., *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 165-188; *id.,* "Marco regulador de la actividad internacional...", *loc. cit*., pp. 298-319; DESANTES REAL, M., "La Directiva sobre el comercio electrónico...", *loc. cit*., 298-319.

[588] Véase MAESTRE RODRIGUEZ, J.A., SANCHEZ ALMEIDA, C., *La ley de Internet…op. cit.,* pp. 58-62.

[589] Véase PAREDES PÉREZ, J.I., "La Tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, Problemas actuales y propuestas de futuro", *Estudios sobre consumo*, 79 (2006) (Monográfico), pp. 75-87; BOTANA GARCÍA, G.A., "Protección de consumidores…"*loc. cit.*, pp. 119-123.

[590] Véase RODRIGUEZ BENOT, A., "La contratación electrónica en el tráfico externo...", *loc. cit.,* pp. 298-319; CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "La contratación entre consumidores de la UE…", *loc. cit,* pp. 361-395.

[591]Véase FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *La contratación internacional…, op. cit.,* pp. 29-34; *id.*, "Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de la Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios", *REEI*, núm. 29, junio de

En la contratación electrónica es más difícil determinar la voluntad del profesional de dirigir su actividad a un determinado Estado. Como se ha indicado *supra*, el mero hecho de disponer de un sitio web con información o publicidad de los servicios ofrecidos que pueda ser accesible desde cualquier país, no determina necesariamente que se dirijan las actividades al Estado del domicilio del consumidor, sino que debe analizarse si existen indicios suficientes para entender que el vendedor tenía intención de comercializar los productos y/o servicios en ese Estado[592].

De este modo, la autonomía conflictual concede a las partes, también en los contratos de consumo, la libertad de elección del Derecho y es el punto de partida del Reglamento Roma I, entendido como un principio general de conexión fundamental en el Derecho de los contratos internacionales[593]. Ahora bien, según el art. 6.2 del Reglamento Roma I, la ley designada por las partes no puede conllevar la pérdida de la protección que le dispensen las normas protectoras del país de su residencia habitual.

En los contratos celebrados con consumidores, no se suprime la autonomía de la voluntad de las partes sino que se han elaborado normas de conflicto especiales, al tratarse de sectores sociales en el que abundan las disposiciones imperativas.[594].

Los límites establecidos en el art. 6.2 están relacionados con los arts. 27 y 28 de la LSSICE que regulan los deberes de información en la contratación electrónica, de forma que si se afirma la imperatividad en sentido interno de estas normas cabría la

2015, pp. 1-36.Con carácter general, se considera que el profesional crea un vínculo hacia el país en el que el consumidor tiene su domicilio, si ofrece o publicita sus servicios mediante prensa, radio, televisión, cine o de manera directa a través de catálogos especialmente dirigidos a dicho Estado y a las ofertas de negocio sometidas individualmente al consumidor; en particular por medio de un agente o un vendedor ambulante. Esta idea aparece, entre otras en la STJUE de 11 de julio de 2002, As. C-96/00. ap. 44, I. 6400. El paralelismo de los preceptos relativos a los contratos celebrados con consumidores del Convenio de Roma y del Convenio de Bruselas se han mantenido en los actuales Reglamento Roma I y Reglamento Bruselas I bis. Sobre esta cuestión, en la citada resolución se hace alusión al Informe de Guliano y Lagarde relativo al Convenio de Roma dado que el art. 5 de éste, que se refiere a los contratos celebrados por los consumidores, contiene en su ap. 2, dos requisitos que utilizan términos idénticos a los que figuran en el art. 13, pfo. primero, núm. 3, letras a) y b), del Convenio de Bruselas.

[592] Esta cuestión se analiza de forma más detenida en el apartado de este Capítulo relativo a la "oferta" (III. Perfeccionamiento del contrato electrónico; 1.- Oferta electrónica).

[593] VéaseCARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional", *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012, pp. 18 y ss.

[594] Véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre ley aplicable...", *loc. cit.*, p. 63.

posibilidad de alegar su aplicación cualquiera que fuera la ley aplicable al contrato en virtud del Reglamento Roma I[595].

En efecto, puede sostenerse que la elección de la ley aplicable no debe privar al consumidor internauta de la protección que le otorgan las leyes imperativas del país de su residencia habitual, en especial en relación con los deberes de información. Así, una empresa establecida en el extranjero que comercializa sus productos a través de un sitio web y los vende por Internet a consumidores en España, no podrá excluir los deberes de información regulados en la LSSICE, si estos están regulados por normas que tengan la consideración de imperativas.

En cualquier caso, como se ha señalado, para proteger al consumidor, en relación con los deberes de información, existen unas condiciones espaciales de aplicación reguladas por un lado en el art. 6 del Reglamento Roma I y de otro en los arts. 2-4 de la LSSICE. Estas condiciones se dan cuando el profesional tiene su establecimiento en el lugar de residencia del consumidor o dirige sus productos o servicios a este lugar según los criterios indicados [art. 6.1 a) y b)]. En el caso de la LSSICE, del mismo modo, se exige que el PSSI esté establecido en España, o en cualquier caso (domicilio en la UE o en un tercer Estado) dirija sus actividades a este país. De esta forma, si se comprueba que el empresario que comercializa sus productos a través de Internet, dirige su oferta al consumidor español, con independencia de la elección de una *Lex contractus* distinta a la española, los deberes de información, en el caso de ser considerados normas imperativas, vendrán regulados por los arts. 27 y 28 de la LSSICE, en virtud de los límites impuestos por el art. 6.2 del Reglamento Roma I.

2.- Artículos 27 y 28 de la Ley 34/2002 como normas imperativas

A) Imperatividad en sentido interno.

Como se ha expuesto *supra*, las normas imperativas en sentido interno limitan el alcance de la *lex causae* elegida por las partes[596]. Para la consideración de la

[595] En el siguiente apartado se analiza la cuestión relativa a la imperatividad en sentido interno de los arts. 27 y 28 de la LSSICE.
[596] Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*…, *op. cit*., 120-125.

imperatividad en sentido interno de los preceptos que regulan los deberes de información ha de tenerse en cuenta la intención del legislador en el momento de su promulgación. Estas normas no están pensadas necesariamente para el tráfico internacional, pero contienen una serie de principios o valores que deben respetarse en toda relación jurídica sea interna o internacional[597]. Este hecho está relacionado con el objetivo del Derecho interno y con la política legislativa de asimilación al tráfico interno de determinadas relaciones internacionales. En este caso, los elementos del supuesto de hecho o el Derecho extranjero que pudiese estar relacionado con estos actúan como cuestiones secundarias.

Para comprobar la imperatividad en sentido interno de los arts. 27 y 28 de la LSSICE es necesario verificar las fórmulas que emplea el legislador español para establecer dicha imperatividad[598]. En primer lugar, puede existir una declaración expresa que otorga carácter imperativo a las normas de protección. No es el caso de la LSSICE, que no declara de forma explícita dicho carácter. En segundo extremo, la imperatividad puede resultar de la sanción de nulidad de las cláusulas que contravengan o excluyan sus disposiciones legales[599]. En este caso, la LSSICE tampoco establece esta consecuencia para los casos de contradicción con lo dispuesto en sus preceptos.

Si bien el legislador español en la transposición de la DCE no ha expresado el caracter imperativo de esta norma, en su EM establece como uno de sus objetivos "*proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet*". Como es sabido, una de estas garantías se materializa en la regulación de los deberes de información con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica en este tipo de contratación. Esta certeza jurídica que se pretende garantizar por el legislador a través de la obligación de informar a los destinatarios de los SSI sobre determinados extremos de la relación contractual puede constituir una de las características de la imperatividad en sentido interno de estas normas.

---

[597] Véase AAVV, E. Pérez Vera (dir.) *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Colex, Madrid, 2000, pp. 59-63; "Choice Law and Overriding Mandatory…", *loc cit.*, pp. 67-91; CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado…*, *op. cit*., pp. 956-958.
[598] Véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho…, op. cit.,* pp. 43-58.
[599] *Ibidem*, p. 45.

Con respecto a esta cuestión, debe recordarse que dentro de esta modalidad de normas imperativas en sentido interno, se encuentran las normas absoluta y relativamente imperativas. Estas últimas, pueden ser derogadas en determinadas circunstancias, en particular, a favor de normas que no menoscaban el objetivo de protección[600]. De esta forma, a diferencia de las normas que se denominan absolutamente imperativas, que no podrían ser derogadas en ningún caso, las que tienen la consideración de relativamente imperativas son modificables en beneficio de la parte considerada legalmente necesitada de protección, en este caso, el destinatario de los SSI.

Puede entenderse que los arts. 27 y 28 de la LSSICE están comprendidos dentro de esta categoría ya que, en todo caso, la imperatividad de estas normas radicaría en la obtención de un resultado material favorable para este colectivo, consistente en la obtención de la información necesaria para la celebración del contrato (con carácter previo y posterior). De esta forma, el carácter de normas relativamente imperativas de los arts. 27 y 28 de la LSSICE, reguladores de los deberes de información, justificaría su aplicación, si la ley extranjera designada por la norma de conflicto no resulta tanto o más favorable que la ley española (imperativa en sentido interno) a la consecución de los objetivos de protección perseguidos por dichos preceptos[601].

Finalmente, una norma podrá ser imperativa en sentido interno, si esta condición se deduce del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por esta. Dicha cuestión sí está relacionada directamente con los deberes de información, en concreto, en los contratos celebrados con consumidores. Como se ha indicado, los arts. 27 y 28 de la LSSICE no limitan su protección al ámbito de los contratos B2C pero ambos preceptos contienen dos excepciones relativas al deber de información para los contratos B2B, cuando las partes así lo pacten, y para los contratos que se concluyan únicamente a través

[600] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo...", *loc. cit*., p. 6.

[601] Un ejemplo clásico de norma relativamente imperativa es el art. 2 de la Ley de contrato de Seguro, que proclama el carácter imperativo de la norma en su conjunto aunque considera válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado. Esta cuestión es similar a lo que ocurre con el art. 6 del Reglamento Roma I, que como se ha expuesto anteriormente hace referencia en su apartado 2 a las normas de la residencia del consumidor que no puedan excluirse mediante acuerdo (Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado…, op. cit.*, pp. 124-125).

de e-mail (art. 27.2 y 28.3 LSSICE)[602].

La primera excepción es la que interesa especialmente ya que se refiere a la contratación a través de sitios web activos, y si bien permite a los empresarios acordar que no sea necesario informar sobre los extremos regulados en los arts. 27.1 y 28.1 de la LSSICE, no se ofrece esta posibilidad de renuncia a los "consumidores", que han de ser informados en todo caso, en este tipo de contratación. Este puede constituir otro indicio, junto con los relacionados con los objetivos del legislador nacional en su promulgación a fin de considerar la imperatividad en sentido interno de esta norma, en este último caso (excepciones mencionadas), para los contratos celebrados con consumidores.

Por otra parte, en relación con la imperatividad en sentido interno de los arts. 27 y 28 de la LSSICE está el art. 3.3 del Reglamento Roma I. Según este precepto, si el único elemento de extranjería del contrato es precisamente la elección de la *lex contractus* por las partes (contrato objetivamente interno, pero subjetivamente internacional), no puede oponerse a la aplicación del Derecho imperativo del ordenamiento que, sino hubiera habido tal elección, se hubiera aplicado.

El Reglamento trata de prevenir los casos en los que los contratantes sometan la relación contractual a la ley de un país con el que no existe conexión alguna[603]. Para evitar esta situación han de darse dos requisitos según el art. 3.3 del Reglamento Roma I. En

[602] Las excepción establecida en el art. 27.2 de la LSSICE que no opera para el caso de contratos electrónicos celebrados con consumidores establece que: "*(…) El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando: a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente*". Por su parte la excepción a los deberes de información posteriores, de un modo idéntico a como se regula con respecto a los deberes de información previos establece en el art. 28.3 que "*(…) No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando: a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación"*.

[603] La cuestión de si las partes, para poder elegir la ley (extranjera) aplicable al contrato debían tener un interés legítimo, ha sido una cuestión controvertida y discutida por la doctrina (véase HEISS, H., "Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in AGB nach europäischen Internationalen Privatrecht?", *RabelsZ,* 65, 2001, pp. 634-653; MARTINY, D. "Bestimmung des Vertragsstatus", C. Reithmann; D. Martiny (coords.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Köln, 2004, pp. 72-74 y 118-121).

primer lugar, que la situación esté totalmente integrada en un Estado miembro[604]. Como se ha señalado, el Reglamento Roma I, hace alusión a la situación en la que todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige. Ésta es una condición para que opere la protección que este precepto confiere a las normas imperativas del territorio estatal de localización (normas imperativas en sentido interno)[605].

De esta forma, en el supuesto en el que en un contrato electrónico, los contratantes elijan el Derecho australiano aunque el contrato, salvo la elección de la ley aplicable, únicamente esté relacionado con España, se deberán aplicar aquellas disposiciones españolas que sean imperativas; es decir, cuyo cumplimiento las partes no puedan obviar mediante pacto en contrario[606]. Esto afecta a las normas reguladoras de los deberes de información, como se ha mencionado, en concreto a los arts. 27 y 28 de la LSSICE. De

[604] Vésae, LEIBLE, S., "Choice of the Applicable Law..." *loc. cit*., pp. 71-72; CASTELLANOS RUIZ, E., *El Reglamento Roma I…*, *op. cit*., pp. 98-104.

[605] La actual redacción del art. 3.3 del Reglamento Roma I tiene su origen en una propuesta del Consejo, que, en realidad, no altera el criterio de fondo, ya que es el mismo sostenido por el art. 3.3 del Convenio de Roma de 1980 ("*[…] cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo "disposiciones imperativas*"). En el seno de este instrumento ya se dictaron diferentes Resoluciones, tanto por los organos jurisdiccionales de los Estados miembros como por el propio Tribunal Europeo, relativas a la necesaria protección de las disposiciones imperativas en sentido interno del Estado con el que existe una mayor vinculación. "*De esta forma, la sentencia de la Corte de casación francesa (Sala de lo social), de 12 noviembre 2002 declaró que las disposiciones imperativas de Derecho interno que protegen al trabajador resultan aplicables a un contrato de trabajo en el que las partes, a iniciativa de la empresa, se han sometido a un Derecho extranjero"*. En este supuesto el único elemento de extranjería de la relación laboral era efectivamente la sumisióna un Derecho extranjero. De otro lado, en la STJCE de 31 mayo de 1990 en el asunto *LG Hamburg* se declaró ineficaz la cláusula de sumisión al Derecho inglés contenida en un contrato de comisión para la conclusión de contratos de venta de divisas a plazo en el que los comitentes eran alemanes y la sociedad comisionaría tenía, de hecho, su sede en Alemania (véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre Ley aplicable...", *loc. cit*., pp. 161-165; SCHLOSSER, P.F., "Unklareformularmäßige Rechswahlklauseln LG NümbergFürth, S.284", *IPRax*, vol. 37, núm. 3, 2017, pp. 267-268).

[606] En 1969, un tribunal tuvo que resolver si un determinado elemento era relevante para considerar si un contrato era esencialmente doméstico o, por el contrario, era internacional. El litigio se refería a la comisión que debía cobrar una agencia inmobiliaria. El caso estaba muy conectado con Queensland. Pero había un elemento extranjero: La empresa demandante se había constituido conforme a las leyes de Hong Kong. En este supuesto se planteaba si la elección a favor de este Derecho era un elemento pertinente suficiente para entender que se estaba ante un contrato internacional. En este caso, el tribunal consideró que la elección del Derecho de Hong Kong para regir el contrato no había sido hecha de buena fe (Sentencia BGH de 24 noviembre 1989 en el asunto *Golden Acres Ltd v Queensland Estates Pty Ltd* [1969] QdR 378). Con el Convenio de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I, no se hubiera tratado de averiguar cuál es la intención de las partes, sino de saber si todos los elementos relevantes están conectados con un solo ordenamiento jurídico [WAGNER, R.,"Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I- Verordnung)"*IPRax*, 2008, pp. 380].

forma que en el supuesto anterior se aplicarían los citados preceptos como normas imperativas en sentido interno (españolas) que limitan el alcance de la *lex causae*, según el límite establecido en el art. 3.3 del Reglamento Roma I.

B) Normas imperativas de Derecho europeo. Artículo 3.4 del Reglamento Roma I

Como se ha expuesto *supra*, las normas imperativas de Derecho europeo tienen algunas características que permiten su identificación, sobre todo en los casos, como es el de los deberes de información regulados en la DCE y en sus normas de transposición, en los que el legislador comunitario no ha delimitado expresamente su carácter imperativo.

Estas normas se aplican de acuerdo con un criterio espacial propio, totalmente independiente de las normas de conflicto encargadas de determinar la ley aplicable al contrato. De esta forma, estas normas operan en los casos en los que a pesar de existir una estrecha vinculación con el territorio de la UE, la ley aplicable a la relación es la de un tercer Estado. En otros casos, la norma de conflicto conducirá a un ordenamiento de los cuales las normas comunitarias son una parte integrante[607].

Los criterios materiales para llevar a evidenciar que una norma, como es el caso, emanada de una Directiva puede considerarse como norma imperativa de Derecho europeo, son los mismos que se han señalado *supra*, para las normas imperativas en sentido interno[608]. También se debe preguntar si el origen comunitario de estas reglas puede restringir la interpretación de alguna manera o dotarla de algunos elementos particulares de evaluación.

En primer lugar, resulta evidente que el legislador interno en sede de actuación está vinculado por la disposición de la Directiva en cuanto concierne al campo de aplicación espacial atribuido por la disposición en cuestión. La obligación, de conformidad con la normativa comunitaria cuando ese carácter imperativo está expresamente predeterminado es clara. En ausencia de una disposición expresa que

[607] Por ejemplo, en un contrato electrónico B2B en el que el PSSI (vendedor) es alemán, la empresa destinataria de los SSI (comprador) es española y se pacta la aplicación de la ley china, porque la empresa vendedora tiene una de sus sedes en China.
[608] Véase BONOMI, A., *Le norme imperative…, op. cit.,* p. 121.

declare el carácter de una norma imperativa de Derecho Europeo puede resultar complejo determinar esta cuestión, como ocurre en el caso de la DCE.

En estos supuestos, el intérprete de la norma debe juzgar esta cuestión sobre la base de la información contenida en la DCE, además de considerar el objeto de esta norma. Esto es, deben evaluarse las condiciones para asegurar la plena realización de los principios del Derecho comunitario mediante la aplicación de esta norma[609]. En este sentido, es importante el título de aplicación de la DCE y la finalidad que persigue el legislador comunitario al promulgarla. En el caso de los arts. 10 de la DCE y (27 de la LSSICE), pretenden, con respecto a la información previa: facilitar mayores instrumentos de protección a los destinatarios de los SSI en las relaciones contractuales *click-wrap,* sobre todo en cuando una de las partes es un consumidor ya que en estos casos no es posible la exlusión contractual de los deberes que este precepto establece.

Preocupa al legislador, comunitario y nacional el insuficiente conocimiento que los destinatarios de los SSI pueden tener de *Internet*. Este hecho puede colocar al destinatario en una situación de indefensión, cuando se enfrenta a un proceso de contratación, establecido en un sitio *web* que le resulta atractivo y sencillo.

De esta forma, el propio diseño de los sitios *web* y, del procedimiento de contratación puede crear confusión al destinatario sobre los movimientos que está realizando con respecto a la celebración del contrato[610]. Así, por ejemplo, si la organización del sitio *web* y, en concreto, del procedimiento de contratación, es

[609] Los Principios Generales del Derecho Comunitario, surgen como una manifestación de las tradiciones comunes de los Estados miembros, siendo actualmente normas de derecho originario. Se trata de normas no escritas, con máximo rango en el Derecho de UE. Se trata de un parámetro de enjuiciamiento de las normas de derecho comunitario derivado: Reglamentos, Directivas y Decisiones y tienen supremacía sobre los ordenamientos nacionales. De esta forma podría afirmarse los principios generales del derecho comunitario constituyen una fuente de carácter cuasi-constitucional, con similar fuerza normativa a la que tienen de los Tratados Constitutivos. Sobre esta cuestión se han pronunciado diversos autores (Veánse entre otros, V.Abellan Honrubia; BVilá Costa (dirs.), A. Olesti Rayo (coord), *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, Ariel, Barcelona, 2005, pp. 25-31; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D, *Derecho civil comunitario*, Colex, Madrid, 2004, pp. 12-43; GUTIÉRREZ ESPADA, C, *El sistema institucional de las Comunidades Europeas: de los Tratados constitutivos y el Acta Única al Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 8-14; IGLESIAS CABERO, M., *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo*, Colex, Madrid, 1995, pp. 54-59; LINDE PANIAGUA, E., MELLADO PRADO, R; BACIGALUPO SAGGESE, M.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C, FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2006, pp. 89-94).

[610] Véase ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información…, op. cit.,* pp. 24-67; GÓMEZ VALENZUELA, E., "Formación del contrato electrónico y negocios…", *loc. cit.,* pp. 1-17.

defectuoso, al destinatario les pueden surgir dudas sobre la trascendencia jurídico-contractual de hacer *click* en ciertos iconos[611]. En algunos supuestos, y en concreto teóricamente, puede dudar incluso de si realmente está realizando una compra o contratando un servicio y, en su caso, en qué condiciones, se ha perfeccionado el contrato[612]. Del mismo modo, si no se utilizan los instrumentos adecuados, el destinatario puede cometer errores en la introducción de ciertos datos, como puede ser la propia realización del pedido[613].

En segundo extremo, con respecto a la información posterior, el objetivo tanto de la DCE (art. 11) como de la LSSICE (art. 28) es permitir que el cliente tenga constancia de que, el PSSI ha recibido la aceptación y debido a este concurso de voluntades "recepcionadas" se perfecciona la relación contractual, y se dota al cliente de un medio de prueba del contrato realizado[614]. Con este requisito, el legislador comunitario quiere dotar de certeza jurídica al contrato electrónico, de manera que el destinatario que concluye un contrato por este medio conozca que, efectivamente, el contrato ha nacido y que a partir de su aceptación se generan obligaciones y derechos para las partes[615].

De esta manera, habrá que estar a los objetivos perseguidos por la DCE al regular los Deberes de información para su consideración como normas imperativas de Derecho europeo. Como se ha señalado *supra*, el propósito del legislador comunitario está relacionado con la necesidad de reforzar la seguridad jurídica en los contratos electrónicos para fomentar esta vía de contratación, respetando los principios y libertades comunitarias (en concreto la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios)[616].

Resulta de gran importancia en relación con estos preceptos considerar el art. 3.4 del Reglamento Roma I, cuyo contenido se ha expuesto *supra*. Este artículo está previsto

[611] Véase MAJÓ I CRUZATE, J., *La sociedad de la información…, op. cit.,* pp. 33-46.
[612] Véase BERROCAL LANZAROT, A.I., "Perfección del contrato en la Ley 34/2002…", *loc. cit.,* pp. 3-59.
[613] Véase GARCÍA LEGAZ, J., "La política de desarrollo de la sociedad de información…", *loc. cit.*, pp. 19-26; SERRANO CINCA, C.; FABRA GARCÉS, L.A.; LOBERA VIÑAU, E., "Planificación de sistemas de información…", *loc. cit.,* pp. 79-98.
[614] Véase MATEU DE ROS, R. "Principios de la contratación electrónica…", *loc. cit.*, pp. 150-161.
[615] Véase GÓMEZ VALENZUELA, E., "The Development of contract…" *loc. cit.*, pp. 266-282.
[616] Véase Cds. 5, 9, 25,52, art. 3.3. DCE.

para las situaciones que están totalmente integradas en el territorio de la UE[617]. El Reglamento Roma I mediante está "cláusula del Mercado interior" (*EU-Binnen-Sachverhalten, Binnenmarktsachverhalte*) desea garantizar que se respetan las normas comunitarias imperativas cuando el supuesto tiene una conexión completa con la UE[618]. El artículo establece un paralelismo con la situación anteriormente descrita en el art. 3.3 del Reglamento Roma I aunque en este caso no se trata de asegurar la aplicación del Derecho imperativo nacional, sino evitar la elusión del Derecho comunitario[619].

Este precepto está pensado para los casos en los que el único elemento de extranjería es la sumisión al Derecho de un tercer Estado, de ahí la expresión "(*…) todos los demás elementos extranjeros pertinentes (…)*", y en la aplicación de las normas imperativas del territorio comunitario de localización. De esta manera, según el art. 3.4 las normas imperativas del Estado miembro del foro que desarrollan una Directiva tienen que ser aplicadas cuando el contrato no tiene importantes vínculos con terceros Estados[620]. Como afirman A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA, con este artículo el legislador comunitario trata de evitar que las *partes fabriquen una conexión artificial, aparente y no real,* con un Estado que no sea miembro de la UE con el fin de

[617] Véase AGUILAR GRIEDER, H., "Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva de lege lata y propuestas de lege ferenda", *CDT* (marzo 2014), vol. 6, n.º 1, pp. 45-67.

[618] *Se trata de una disposición que no existía en el Convenio de Roma de 1980 y que está inspirada en la opinión de algunos autores (O. Lando, R. Michiels; H.G. Kamann) que defendieron la aplicación por analogía del art. 3.3 del Convenio de Roma de 1980 a las situaciones puramente intracomunitarias y en el art. 14.3 del Reglamento Roma II,* véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Las obligaciones extracontractuales", *CDT* (Octubre 2009), vol. 1, núm. 2, pp. 52-133. Después de un arduo debate en el grupo de trabajo del Consejo se decidió aceptar la propuesta de la Comisión, que inicialmente proponía que "*la elección por las partes de la ley de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean aplicables al caso particular*" (art. 3.5 Propuesta Roma I), aunque limitando su alcance a aquellos supuestos en que, a salvo la elección del Derecho, todos los demás elementos se hallaran en uno o varios Estados miembros (véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre Ley aplicable...", *loc. cit*., pp. 161-165).

[619] Véase FREITAG, R., "Anwendung eigener zwingender Bestimmungen", C. Reithmann/D. Martiny (coords.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, 6ª, Köln, Münich, 2004, pp. 393-394; LANDO, O., "The Law Applicable to the International Sale of Goods", *RabelsZ*, 75, 1993, p. 163; S. LEIBLE, "Choice of the Applicable Law...", *loc. cit*., pp. 72-74; MARTINY, D., "Bestimmung des Vertragsstatus...", *loc. cit*., p.121; STAUDINGER, A., "Rom, Brüssel, Berlin, und Amsterdam: Chiffren eines europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge", *ZfRV*, 41, 3, 2000, pp. 95-96.

[620] Véase LANDO O.; NIELSEN, P.A., "The Rome I Regulation", *CMLR*, 45, 2008, pp. 1718-1719.

evitar la aplicación del Derecho comunitario a una situación que efectivamente está vinculada con la UE[621].

Esta disposición ha sido criticada por algunos autores como P. Lagarde. Este autor entiende que la fórmula utilizada por el Reglamento Roma I en el art. 3.4 es excesiva, ya que "*no hay fraude en eludir una disposición simplemente imperativa del Derecho objetivamente aplicable, procediendo a la elección de la ley de un tercer Estado*"[622]. Según este autor, este precepto volvería a convertir *"(…) toda disposición simplemente imperativa del Derecho comunitario, desde el momento en que fuera objetivamente aplicable, en una disposición internacionalmente imperativa*".

Desde otro punto de vista, J.C. Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo también hacen una crítica del art. 3.4 del Reglamento Roma I, en relación con el art. 9 de este instrumento. En concreto, estos profesores indican que se trata de una norma "*inecesaria e incompleta*"[623]. Estos autores realizan una comparativa con la regulación del art. 7.1 del Convenio de Roma que permitía la aplicación del Derecho derivado comunitario como norma imperativa, tanto del foro como de otro Estado miembro, cuando existiera una estrecha conexión[624]. Sin embargo, la regulación del art. 9.3 del Reglamento Roma I limita la aplicación de las normas imperativas de terceros Estados al país de ejecución[625].

De esta manera, las condiciones establecidas en el art. 9 del Reglamento Roma I contribuyen a la uniformidad y la certeza jurídica en cuanto a la definición de normas de policía pero como afirman algunos autores suponen un paso atrás con respecto al Convenio de Roma (art. 7.1) en relación a la aplicación de las normas imperativas de

---

621 Véase CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado…, op. cit.*, p. 978.

622 Véase LAGARDE, P., "Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)", *RCDIP*, 2006, pp. 336-337.

623 Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado…, op. cit.*, pp. 490-491.

624 En importante destacar que el art. 7 del Convenio de Roma ha ejercido una importante influencia en ciertas normas nacionales de DIPr. Destacan en este sentodo preceptos análogos en el art. 19 del Estatuto suizo de DIPr de 18 de diciembre de 1987 y el art. 3079 del Código civil de Québec de 1991. Además con frecuencia ha sido citado en algunos acuerdos arbitrales para justificar la decisión del árbitro al aplicar las normas internacionalmente imperativas en lugar de la *Lex causae* (véase BONOMI, A., Le norme imperative…, *op. cit.*, p. 266.

625 Véase VAQUERO LÓPEZ., C., "Autonomía de la voluntad…", *loc. cit.*, pp. 89-133.

terceros Estados, por varias razones[626]. En primer lugar, los requisitos del art. 9.3 no reducen la incertidumbre que existe con respecto a este tipo de normas. En segundo extremo, la referencia al lugar de ejecución de la obligación contractual, puede ocasionar determinadas dificultades de interpretación, como ya ha ocurrido en el caso de otros preceptos como el art. 5.1 del Reglamento Bruselas I (art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis). Por último, no es fácil determinar cuándo es posible dar efecto a las nomas imperativas de terceros Estados en los casos en los que sólo una parte del contrato ha sido ejecutada[627].

En este contexto, para garantizar la aplicación de las normas imperativas del Derecho comunitario en los supuestos no contemplados en el art. 3.4 del Reglamento Roma I únicamente quedaría la vía del art. 9.2 del Reglamento Roma. De esta forma, en los casos del art. 3.4 y del art. 9 del Reglamento Roma I, la norma comunitaria se aplicaría al supuesto total o parcialmente conectado con el territorio comunitario como *lex fori*. En relación con esta cuestión, cuando conozcan los Tribunales españoles podrán aplicarse las normas de policía, en concreto sobre los deberes de información en la contratación electrónica (arts. 27 y 28 LSSICE), en el caso de que finalmente tengan esta consideración.

El hecho de que el Reglamento Roma I se decidiera finalmente por las normas imperativas del ordenamiento jurídico del foro (art. 9.2) y no por las del ordenamiento aplicable al contrato internacional, en cuestión, fue asimismo objeto de críticas. Estas se debían, principalmente, a que esta última solución se adapta mejor al modo de operar del Reglamento Roma I y con el propio sentido de la cláusula general. Además este precepto es de utilidad para que la autonomía conflictual no se utilice con el objetivo de defraudar

[626] El art. 9 del Reglamento Roma I contribuye a clarificar, en particular para los juristas no especializados en DIPr el significado del la noción de normas internacionalmente imperativas. Por otro lado, la formulación de una definición formulada en términos que son voluntariamente restringidos por el legislador contribuyen a la uniformidad en la consideración de la imperatividad internacional de determinadas normas. Este hecho tiene efectos disuasorios para los Tribunales de los Estados miembros a la hora de atribuir esta calificación a determinadas normas. Estos seríanaspectos positivos del art. 9 del Reglamento Roma I, frente a otros, que como se ha destacado, no lo son en relación con la regulación contenida en el art. 7 del Convenio de Roma (véase BONOMI, A., "Overriding mandatory provisions in the Rome I regulation on the law applicable to contracts" *YPIL*, vol. 10, 2008, p.288).

[627] Véase BONOMI, A., "Overriding mandatory provisions…", *loc. cit.,* pp. 297-298.

el Derecho material estatal que rige el contrato sino ha habido elección de ley, esto es, el designado conforme al art. 4 del Reglamento Roma I[628].

Por el contrario, la postura adoptada por el legislador comunitario en el Reglamento Roma I, si bien es la que, en prinicpio plantea menos inconvenientes al órgano jurisdiccional y respeta el nivel de protección mínimo uniforme consagrado por el Derecho comunitario derivado, promueve, como se expone *infra*, de forma innecesaria el *forum shopping* residual a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro[629]. Esto es, puede inducir a la parte fuerte de la relación litigiosa (PSSI) a introducir, en el contrato una cláusula de elección de ley a favor de un tercer Estado, pese a tratarse de una relación contractual intracomunitaria. Esta estrategia se realizaría con el único propósito de que, de acuerdo con el art. 3.4 del Reglamento Roma I, sean aplicables las normas internas del ordenamiento jurídico del foro.

En relación con esta cuestión de la cláusula de protección del Derecho europeo y la DCE, ha de recordarse que la obligación de aplicar esta norma se basa, en principio, en sus indicadores espaciales [PSSI establecido en un Estado miembro, oferta dirigida a los destinatarios de un determinado Estado, en el caso concreto de la transposición española (art. 3 LSSICE)]. De esta forma resultaría lógico aplicar las normas imperativas del país donde está establecido el PSSI y/o donde se encuentra el destinatario. Está solución resultaría factible según el art. 7 del Convenio de Roma pero no así según la regulación del Reglamento Roma I (art. 3.4 y art. 9), preceptos que introducen cierta confusión en relación con los indicadores espaciales de las normas derivadas de origen comunitario.

De esta forma, los límites establecidos por la cláusula de protección del Derecho europeo están relacionados con dos extremos vinculados con el supuesto de hecho que

[628] Véase AGUILAR GRIEDER, H., "Desafios y tendencias…", *loc. cit.,* pp. 36-39; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.; RUEDA VALDIVIA, R., "Ley aplicable a los contratos internacionales", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado…, op. cit.,* pp. 571-623.

[629] Véase LAGARDE, P., "De la Convention de Rome au Règlement Rome I", *RCADI*, 2008, vol. 97, núm., 4, pp. 727-780; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales…, op. cit.,* pp. 151-152. Según este autor, "*al legislador comunitario le resulta indiferente qué concreta Ley de un Estado miembro resulta aplicable al contrato (es la llamada "indiferencia conflictual del Derecho comunitario"*. De otro lado, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, afirman que el espacio para un *forum shopping residual*, permitido por la referida cláusula general, "*es muy limitado y de escaso alcance*" (véase CALVO CARAVACA A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*…, *op. cit.,* p. 653).

pueda estar afectado por el art. 3.4 del Reglamento Roma I. En primer lugar, en estos casos, el momento determinante para apreciar el carácter intracomunitario del caso es el de la elección del Derecho aplicable. En segundo extremo, en relación con el Derecho comunitario establecido por las Directivas y su transposición a los ordenamientos internos, el que debe tomarse en cuenta es el del Estado en el que se encuentre el Tribunal que conozca del litigio (*lex fori*).

Por el contrario, cuando el contrato sea objetivamente internacional por estar conectado con dos o más Estados, sean o no miembros de la UE es posible que las partes elijan la ley aplicable al mismo, aunque sea la de un tercer Estado. El Reglamento Roma I no exije que la ley elegida por las partes tenga alguna conexión con el contrato suscrito. Según este instrumento los contratantes pueden elegir la ley de cualquier país, aún careciendo de vínculos efectivos con el contrato[630].

La amplitud con la que este instrumento posibilita que las partes puedan elegir una ley estatal, aunque no esté conectada, de manera objetiva, con la relación contractual internacional no sintoniza con la confianza depositada por el legislador comunitario con los operadores económicos[631]. Responde, más bien, a la seguridad de que el llamado "orden público económico" está garantizado (también) por otros preceptos del propio Reglamento: los relacionados con los contratos celebrados por los consumidores y los contratos individuales de trabajo (arts. 6 y 8 Reglamento Roma I) –orden público de protección– y las que proclaman la aplicabilidad de las leyes de policía de Estados especialmente conectados con el contrato (art. 9 Reg. Roma I) – orden público de dirección[632].

De cualquier modo, pese a las críticas que puedan hacerse a la cláusula de protección del mercado interior, en el caso de los deberes de información en los contratos electrónicos, ésta puede operar para garantizar la aplicación de las normas imperativas de Derecho europeo reguladoras de estos deberes (arts. 10 y 11 DCE correspondientes con los arts 27 y 28 LSSICE). Para que pueda darse esta circunstancia, habrán de cumplirse

[630] *Ibidem*.
[631] Véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre Ley aplicable...", *loc. cit*., p. 79.
[632] Véase WAGNER, R., "Der Grundsatz der Rechtswahl…", *loc. cit*., p. 380.

las condiciones expuestas: que todos los elementos de la situación estén conectados con uno o más Estados miembros de la UE (situaciones intracomunitarias), y que se haya elegido como *lex contractus*, la ley de un tercer Estado.

Éste puede ser el caso del ejemplo expuesto *supra*, los contratantes están establecidos en uno o varios Estados miembros de la UE y optan por aplicar la Ley de un Estado no miembro (China). En este supuesto, si efectivamente se verifica que todos los elementos "pertinentes" de la situación están situados en la UE, (domicilio de las partes, idioma del contrato, moneda utilizada para contratar, etc), la elección de la ley china no podrá impedir la aplicación de las normas imperativas de Derecho comunitario sobre deberes de información. Esto es, habrán de aplicarse los arts. 10 y 11 de la DCE (y en concreto sus normas de transposición) en relación con la obligación que debe de cumplir el PSSI al proporcionar la información en el momento previo y posterior a la conclusión del contrato.

De otro lado, la aplicación de estas normas bajo el título del art. 3.4 cuando una de las partes, por ejemplo el PSSI esté establecido en un país no miembro de la UE, será más compleja, ya que el citado precepto exige que todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren situados en la UE. En este caso, no sería posible la coordinación entre la cláusula del mercado interior y la normativa comunitaria sobre contratación electrónica, porque, como se ha expuesto *supra*, los requisitos (espaciales) que utilizan ambas normas no son los mismos. En todo caso, en un supuesto como el anterior, que puede darse en la práctica de la contratación electrónica, de forma habitual, para aplicar los arts. 27 y 28 de la LSSICE podría considerarse la imperatividad internacional de estos preceptos. Para ello, habría que verificar que estas normas cumplen los requisitos del art. 9 del Reglamento Roma I para poder ser aplicadas por esta vía.

C) Normas internacionalmente imperativas

a) Cuestiones previas

Como ocurre en el caso de los arts. 27 y 28 de la LSSICE puede resultar complejo determinar el carácter imperativo de determinadas normas cuando no se establezca expresamente en éstas. En ausencia de fórmulas para indentificar una norma como de

policía, en muchos casos, es el juzgador quien debe realizar esta labor. En este sentido, destacan diversas resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia Europeo, en las que ha determinado la imperatividad de ciertas normas que no gozaban de forma explícita de este carácter. Estas resoluciones pueden resultar de interés para determinar si los arts. 27 y 28 pueden tener la consideración de normas internacionalmente imperativas.

En primer lugar, en la conocida Sentencia, de 9 de noviembre de 2000 (Asunto C-381/98), *Ingmar GB Ltd* contra *Eaton Leonard Technologies Inc*., el TJUE se pronunció en relación con la consideración y el alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva 86/653/CEE relativa a los agentes comerciales independientes[633]. En este asunto, el TJUE tuvo que decidir sobre los problemas relacionados a la consideración y al ámbito de aplicación espacial, en las relaciones de agencia "extracomunitarias", de los arts. 17 a 19 de la citada Directiva[634].

Estos artículos regulan la indemnización del agente comercial si se produce la finalización del contrato de agencia y son el núcleo central de la misma y de las relaciones internas entre el principal y el agente comercial.

El TJCE resolvió la cuestión prejudicial que se planteaba señalando que: "*en aras del objetivo perseguido por los arts. 17-19 de la Directiva (proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior), es forzoso reconocer que resulta*

[633] *DO* L 382 de 31/12/1986.

[634] En este caso, el agente comercial que ejercía su actividad profesional en el área comunitaria, estaba establecido en RU y el principal en California, y se había pactado una cláusula de elección de ley a favor de la ley californiana. El criterio de delimitación espacial acogido por el TJUE del mercado afectado (esto es, actuación del agente comercial para el principal en el mercado comunitario), fue propuesto por el abogado general (Philippe Léger), por medio de sus Conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2000. El TJUE entiende en este caso que, la elección por las partes de una ley que no contemple la obligación de indemnización o que la relegue mediante el establecimiento de un régimen menos favorable reduciría la protección del agente. Al hacerlo, le colocaría en una situación desfavorable con respecto a sus competidores, a la vez que favorecería a su empresario con respecto a los demás empresarios.Debe advertirse que si bien resulta interesante en este trabajo dar cuenta de esta resolución por estar relacionada con la cuestión que se trata, fundamentalmente con la determinación de la imperatividad de determinados preceptos de Derecho comunitario, es un caso que se diferencia en dos grandes aspectos. En este caso, la Directiva de agencia no había sido transpuesta aún al Derecho Belga y tampoco tenía indicadores espaciales. En el caso de la DCE tanto una como otra cuestión sí se dan, esto es la norma ha sido transpuesta al ordenamiento español, y también indica su ámbito de aplicación territorial, aunque no con la concreción deseada.

esencial para el ordenamiento jurídico comunitario que un empresario establecido en un país tercero, cuyo agente comercial ejerce su actividad dentro de la Comunidad, no pueda eludir las citadas disposiciones mediante el simple juego de una cláusula de elección de la ley aplicable"[635].

Ahora bien, algunos autores han criticado esta postura, en el sentido de que, si por los motivos de tratarse de preceptos que tratan de proteger al agente frente a conductas relacionadas con la competencia desleal en la UE, se justifica su calificación como normas internacionalmente imperativas, esta, podría extenderse a multitud de disposiciones de Derecho derivado de origen comunitario que persiguen los mismos intereses[636].

En segundo extremo, resulta de interés la STJUE de 17 de octubre de 2013, C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV vs. Navigation Maritime Bulgare*[637]. En este supuesto, la cuestión estaba relacionada con la determinación de si eran aplicables al caso los arts. 18, 20 y 21 de la Ley de agencia Belga como leyes de policía en virtud del art. 7 del Convenio de Roma (actual art. 9 Reglamento Roma I)[638].

Debe destacarse que, pese a que el asunto se resolvió según el Convenio de Roma, la solución puede extrapolarse al Reglamento Roma I, ya que el TJUE resuelve mediante

---

[635] El TJUE añade que: "*la función que desempeñan los arts. 17 y 18 de la Directiva exige que éstos se apliquen cuando la situación tenga una relación estrecha con la Comunidad, en particular, cuando el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, (...), aun cuando el empresario se halle establecido en un país tercero y el contrato se rija por la Ley de este país en virtud de una de sus cláusulas*". Debe reconocerse los beneficios de esta sentencia, para conseguir la seguridad jurídica de las operaciones comerciales que se producen en el marco del mercado interior mediante la intermediación de un agente. Pero en cualquier caso, no debió ser el TJUE, sino el legislador comunitario el que hubiese tenido que determinar, a través de una norma que delimitara expresamente, el alcance territorial de las normas imperativas de la citada Directiva comunitaria (véase AGUILAR GRIEDER, H., *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid p. 64).

[636] Véase IDOT, L., "Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution", *DPCI*, 1993, vol. 19, núm. 2, pp. 214-243.

[637] En este supuesto, el objeto de la controversia es si la determinación del Derecho aplicable a un contrato de agencia en el que el establecimiento principal del agente está en Bélgica ha de hacerse según a los preceptos generales del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o bien conforme a lo expuesto en el art. 27 de la LCA Belga, a través de su consideración de ley de policía, por el art. 7.2 de dicho Convenio. En este supuesto, el TJUE permite la posibilidad de aplicar la norma belga como ley de policía, pero la decisión sobre la aplicación de esta queda en manos de los tribunales belgas, serán estos los que tendrán que determinar si esta norma es o no una ley de policía (véase CEBRIAN SALVAT, M. ª A., "Agencia comercial, leyes de policía y derecho internacional privado europeo", *CDT*, Marzo 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 357-366).

[638] *Loi 13 avril 1995 relative au contrat d´agence commerciales*, MB 2 junio 1995.

la aplicación de la jurisprudencia de los asuntos *Arblade y otros*, cuya definición de leyes de policía se introdujo de forma directa en el art. 9 del Reglamento Roma I[639] .

Para contestar a la anterior cuestión, el TJUE se ocupa de destacar la necesidad de que las normas del foro que desplazan a la *lex contractus* sean ciertamente normas de policía, facilitando a los órganos jurisdiccionales internos diferentes indicaciones para determinar si se trata de normas que tienen éste carácter. Para poder apreciar efectivamente esta cuestiones, los tribunales de los Estados miembros deben considerar además de los términos exactos de aquella ley, *"(…) también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó"*. Para ello, deberá comprobarse que "*(…) el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate"* (ap. 50)[640].

De esta forma, es necesario utilizar una técnica similar a un "test" en dos niveles, (*test de imperatividad* y *test de compatibilidad con el Derecho europeo*). A continuación se analizan estas fórmulas con el objetivo de comprobar su utilidad para determinar la imperatividad internacional de las normas reguladoras de los deberes de información en la contratación electrónica.

b) Test de imperatividad

Con el objetivo de saber si una norma puede considerarse internacionalmente imperativa, debe examinarse, en primer lugar, la imperatividad del precepto (*test de imperatividad*). Se trata de determinar si las normas que pretenden alegarse son normas "internacionalmente imperativas", en el sentido del art. 9 del Reglamento Roma I. Como se ha visto, las normas internacionalmente imperativas tienen una *imperatividad reforzada*, esta calificación conlleva la intención del legislador de que sean aplicadas de

[639] Con respecto a la caracterización de qué normas son leyes de policía el Reglamento Roma I representa, como es bien conocido, un avance, en la medida en que en su apartado 1 incorpora una definición de tales nomas –de la que carece el art. 7 Convenio de Roma-, tomada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en concreto de la conocida sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, C-369/96 y C-376/96 (véase MANKOWSKI, P., "Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung", *IPRax*, 2006, pp. 109 y ss.).

[640] Además, en la sentencia destaca la necesidad de considerar en la realización de esa valoración "*la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas*", circunstancias que coinciden con las del último apartado del art. 9.3 del Reglamento Roma I (art. 7.1 Convenio de Roma). Esto es, se hace necesaria la valoración para decidir si ha de darse efecto a las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados.

forma directa e inmediata a las situaciones privadas internacionales que se enmarquen dentro de su ámbito de aplicación[641].

Esto es, consiste en determinar si el legislador nacional proyecta (o no) su aplicación a casos que tengan elementos internacionales[642]. Para su determinación, por tanto, habrá que tener en cuenta: el propio tenor literal de la norma (articulado, EM, disposiciones transitorias, adicionales o finales, etc), o/y el contexto de la misma (trabajos preparatorios de la norma, proceso de negociación, casos a los que se aplica, etc)[643].

En el caso de la Sentencia *Unamar*, no hizo falta tener en cuenta estas cuestiones, ya que a juicio del TJUE, en la propia Ley de agencia belga aparecía de forma clara la voluntad del legislador belga de que estas normas fuesen internacionalmente imperativas (art. 27)[644]. El TJUE afirmó que "*del artículo 27 de esa misma Ley resulta que la finalidad de ésta es garantizar a los agentes comerciales que tienen su establecimiento principal en Bélgica la protección de las disposiciones imperativas de la ley belga, con independencia del Derecho aplicable al contrato"*[645].

De esta manera, según este control de imperatividad, para verificar el carácter de normas internacionalmente imperativas de aquellas que no lo manifiesten expresamente, como es el caso de los arts. 27 y 28 de la LSSICE, ha de partirse del contenido y de los fines de las normas en cuestión[646] .Como ha destacado el TJUE, se trata de determinar el ámbito de aplicación de estos preceptos, esto es, si el legislador interno cuando los promulgó pretendía su aplicación (o no) a supuestos que contengan elementos de tráfico externo[647]. Esta voluntad interna, en este caso de España como Estado que las emitió,

[641] Véase MAYER, P., "Lois de police...", *loc. cit.* pp. 97-107.
[642] Véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional…, op. cit*. p. 228.
[643] Véase CEBRIAN SALVAT, M.ª A., "Agencia comercial, leyes de policía...", *loc. cit*., p. 357-360.
[644] Este precepto dispone que: "s*in perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales de los que Bélgica es parte, toda actividad de un agente comercial con establecimiento principal en Bélgica quedará sujeta a la ley belga y a la competencia de los tribunales belgas*" (art. 27 LCA Belga). Traducción del TJUE en la sentencia analizada (pfo. 18).
[645] Véase (pfo. 25 de la STJUE).
[646] Véase HOFMANN, H., "Inländische sachnomen mit zwingendem internationalen Anwendingsbereich", *IPRax*, 1989, pp. 261 y ss.
[647] Véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero…*, *op. cit.* p. 228.

puede determinarse, bien del tenor literal de la norma o del contexto en el que esta se elaboró.

En este sentido, como se ha destacado con anterioridad, la EM de la LSSICE establece su objetivo de proteger los intereses de los destinatarios de SSI, de forma que puedan gozar de garantías suficientes en la contratación electrónica. Estos objetivos exigen necesariamente la existencia de reglas claras, bien elaboradas, dotadas de publicidad y aplicadas de forma coherente y uniforme. De esta forma, las partes que intervienen en la contratación electrónica (fundamentalmente PSSI y destinatarios de los SSI) saben a qué atenerse; cuáles son las consecuencias de sus actos y de los actos de los demás; qué pueden esperar de sus decisiones y, finalmente, saben que dichas consecuencias serán efectivas y que podrán exigir su cumplimiento. Esta afirmación puede traducirse en la intención del legislador español, con independencia de la *lex contractus*, de dotar de certeza y de seguridad jurídica a los contratos electrónicos, cuando exista una vinculación con el territorio español.

Esta situación podrá tener lugar, bien porque el PSSI o/y el destinatario de los SSI esté en España (art. 2 LSSICE); en los supuestos establecidos en el art. 3 de la LSSICE, cuando el PSSI esté establecido en otro Estado miembro; o incluso en el caso de PSSI establecidos en un tercer Estado cuando la oferta se dirija a este país (art. 4 LSSICE). En relación con este último supuesto (PSSI en un tercer Estado que dirige su oferta a España), puede indicarse que la intención del legislador al establecer este indicador espacial era que la LSSICE se aplique en los casos en los que haya elementos de tráfico externo.

En este caso, este elemento radica en la vinculación que tiene la norma pese a que el oferente se encuentra en un Estado que no es miembro de la UE. De esta forma, se verifica la intención del legislador español al promulgar la LSSICE (indicadores espaciales) de extender su aplicación a supuestos de tráfico externo. Por tanto, según esta interpretación los deberes de información podrían considerarse normas intencionalmente imperativas según este primer test de imperatividad de la norma.

c) Test de compatibilidad con el Derecho europeo

La segunda comprobación de la imperatividad internacional de la norma, está relacionada con el llamado *test de compatibilidad con el derecho europeo.* Según el TJUE, mediante esta fórmula se trata de determinar si una norma está dentro de los límites que establece el Derecho Europeo, esto es, del concepto autónomo de "*leyes de policía*" elaborado por el TJUE cuando estaba en vigor el Convenio de Roma y que se incorporó con el art. 9 del Reglamento Roma I[648].

En este segundo nivel, el juez nacional que conoce de la cuestión litigiosa ha de proceder como un juez exclusivamente europeo. La calificación de una norma nacional como "ley de policía" ha de ser casuística. Esto es, ha de ser el juez el que valore en cada caso si se han traspasado esos límites. Para realizar esta labor deberán tenerse en cuenta las razones de interés general que originaron que se adoptase esa norma[649]. De este modo, el juez valorará que la norma puede aplicarse al supuesto como una ley de policía cuando el Estado que la ha emitido considere que su cumplimiento es "*esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica (…)*" (art. 9 Reglamento Roma I)[650].

De esta forma, este precepto sólo comprende determinados supuestos relacionados con la salvaguarda de intereses públicos del país del que emanan. Esta actitud del legislador europeo ha sido objeto de crítica y debate entre la doctrina ya que no está claro si las normas internacionalmente imperativas deberían proteger, tanto intereses generales o públicos, como a la parte débil de la relación litigiosa[651]. En relación con esta cuestión, se plantea si los consumidores pueden ser considerados otro tipo de

[648] "*El concepto de leyes de policía, fue tomado de la doctrina, posteriormente pasó a la jurisprudencia, y de ahí a las leyes, como otros muchos conceptos del DIPr. actual*" (véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, p. 255).
[649] Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfos. 34 y 39.
[650] Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado..., op. cit.*, p. 353.
[651] Véase BONOMI, A., "Le régime des regles impératives…", *loc .cit*, pp. 217- 237; VAZQUEZ ALOY, A., *Derecho europeo de los contratos…, op. cit*. p. 655; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp.163 y ss; MATHIEU, B., *Directives européennes…, op. cit.*, pp. 109 y ss; POCAR, F., "La Protection de la partie faible en Droit Internacional Privé", *RCADI*, t. 188, 1984-V, pp. 339-418.

agentes económicos, a fin de que las disposiciones aplicables a éstos (para su protección) puedan tener la consideración de normas internacionalmente imperativas[652].

Las preguntas que habría que hacerse son: ¿las leyes de protección de los consumidores no aseguran la salvaguarda de un interés público? ¿No está entre los intereses de un Estado que los consumidores sean protegidos como agentes participantes en la economía? Dicho de otra manera, las normas de protección de determinadas categorías podrían tener una importancia fundamental para la organización política social o económica. En relación a estas cuestiones, B. Mathieu plantea la posibilidad de que los consumidores sean considerados otra categoría de agentes económicos, a los que también alcanzan las normas del art. 9 del Reglamento Roma I [653]. Según este autor, las normas de protección de los consumidores gozan de una imperatividad "de minimos" o "de protección" a diferencia de las "normas institucionales", que no podrán ser derogadas en ningún caso, estas sí serán modificables en determinados supuestos en beneficio de la parte considerada legalmente débil[654].

En la actualidad, según un sector doctrinal importante, *el art. 9 del Reglamento Roma I se refiere exclusivamente a un tipo de normas materiales internacionalmente imperativas: las denominadas "normas institucionales"*[655]*. Estas tutelan el "orden público de dirección" y no el denominado "orden público de protección*"[656].

[652] En relación con este tema, puede destacarse la jurisprudencia francesa que rechaza la aplicación como leyes de policía de determinadas disposiciones relacionadas con la protección de los transportistas (véase entre otras la Resolución: Com. De 13 de julio de 2010, *JCP* 2010, p. 1839, comentada por BUREAU, D.; AVOUT, L.D, *RCADI*, 2010).

[653] Según este autor, se trataría de normas inderogables por la voluntad de las partes, a no ser que la solución contractual que se les oponga determine un beneficio para la parte objeto de protección por la norma imperativa de que se trate. Esta imperatividad de mínimos o de protección se ha visto potenciada en la regulación de la UE con la normativa protectora de la parte débil del contrato. Frente a las reglas del Derecho común de los contratos, las leyes protectoras del contratante débil otorgan carácter imperativo a la ordenación legal que contienen (Véase MATHIEU, B., *Directives européennes...,op. cit.*, pp. 129 y ss).

[654] *Ibidem*. p. 131.

[655] Entre estos autores, D´AVOUT, L., *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I*, Dalloz, 2008, pp. 2155 y ss.; BALDI, R., *Il contrato di agencia, la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 538-539. En España, esta postura ha sido encabezada por el profesor GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 319-323; *id*. "The Rome I Regulation: Mucha do about nothing?", *The European Legal Forum*, 2008 (2), pp. 1-16; MAYER, P. "Lois de pólice…", *loc. cit*., p. 4;

[656] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Ley aplicable a los contratos…, op. cit.,* pp.165-166.

Este sector doctrinal ve en la expresión "interés público" incluida en la definición del art. 9 del Reglamento Roma I la intención del legislador europeo de exceptuar de las leyes de policía las disposiciones "*protectoras*" del contratante considerado débil[657]. Estos intereses privados ya estarían protegidos por las normas de conflicto del Reglamento Roma I, relativas al consumidor, al trabajador o al asegurado a través de las que el legislador comunitario trata de proteger a las partes del contrato que considera débiles.

No obstante, para casos extremos se prevé la posibilidad de recurrir a las leyes de policía como "último recurso" en defensa de la parte débil de la relación jurídica y para casos excepcionales. En este sentido se pronuncia H. Kenfack, quien habla de la posibilidad de recurrir a las normas internacionalmente imperativas como excepción relativa a una injusticia 'manifiesta' en la protección de las partes débiles, afirmando que en otros casos se impone una respuesta negativa a la aplicación de éstas, como normas de protección[658]. Por todo esto, resulta prudente no descartar la posible aplicación de las normas internacionalmente imperativas como *último recurso* en defensa de los consumidores para casos extremos[659].

Además, la jurisprudencia de determinados Estados, como es el caso de Alemania, ha considerado la posibilidad de calificar determinadas normas de protección de ciertos colectivos, como es el caso de los trabajadores, como internacionalmente imperativas. En

[657] Respecto a la referencia a "intereses públicos" en la definición de ley de policía del art. 9, según F. J. Garcimartín Alférez, este dato es importante ya que "*conlleva la necesidad de practicar una interpretación restrictiva del art. 9. Bajo este precepto no se puede invocar cualquier norma imperativa, sino únicamente normas "ordo-políticas", cuyo objeto es la tutela de intereses públicos o supra-individuales. Esto excluye aquellas normas destinadas a la tutela individual de una parte del contrato por su condición de asimetría frente a la otra. El artículo 9 no es, por consiguiente, la sede adecuada para proteger la posición contractual de los consumidores, agentes, etc.*" (véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional…, op. cit.,* p. 353).

[658] Véase KENFACK, H., "Le Règlement (CE) núm. 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation?", *Journal de Droit International*, núm. 1, 2009, pp. 38-39.

[659] Véase LAGARDE, P., "La loi applicable au contrat de distribution commerciale, Les contrats internationaux de distribution (droit et gestión), International Distribution Contracts, Legal Aspects and Management", *La Collection Bleu*, Université de Ottawa, Montréal, 1992, pp. 87-105; LECRER, F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 276; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La autonomía de la voluntad conflictual…", *loc cit.*, pp. 18 y ss.; *id.Conflicto de Leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011, pp. 200-209; ORTIZ VIDAL, M.D., "Distribución y venta en España de productos fabricados en el extranjero. Cuestiones de Derecho Internacional Privado", *REEI*, núm. 26, 2013 pp. 1-49.

concreto, se afirma que la exclusión de todas las normas de protección de intereses colectivos de esta categoría es demasiado estricta e inaceptable[660].

En relación con este tema, ha de destacarse que el TJUE en la citada Sentencia *Unamar* no menciona esta distinción entre normas de dirección y normas de protección, de esta forma, al Tribunal no le importa que las normas de policía protejan intereses privados siempre que, al mismo tiempo, protejan intereses públicos[661]. Para el TJUE, la protección de un interés privado puede ser compatible con la protección a la vez del interés público[662]. En este sentido, la protección de ciertos colectivos considerados débiles podría ser entendida por un juzgador europeo como la protección de un interés público, y por lo tanto, como ley de policía, siempre que esa protección sea esencial para *la organización política, social o económica del Estado que emitió la norma*[663].

Puede afirmarse que, en gran medida, el TJUE deja en manos de los Estados miembros la decisión de qué normas han de considerarse leyes de policía, ya que dicha calificación dependerá principalmente de la voluntad del legislador estatal a la hora de crear la norma. Se sigue considerando una "cuestión de soberanía", que no termina de encajar con el concepto de mercado único y de protagonismo de los particulares[664].

En relación con esta cuestión, como se ha indicado, las normas internas de los Estados miembros de la UE, que hayan transpuesto a su respectivo ordenamiento jurídico interno las disposiciones *expresa e implícitamente imperativas* de las Directivas, son susceptibles de quedar encuadradas dentro de la definición de leyes de policía del art. 9.1

---

[660] Véase la Sentencia de 26 de octubre de 1993 en *IPRax*, 1994, p. 449 y de 19 de marzo de 1997 comentada por LAGARDE, P., en *RCDIP*, 1998, pp. 610 y ss; *Bundesgerichtshof* de 13 de diciembre de 2005-XI ZR 82/05, *IPRax*, 2006, p. 272. En relación con estas resoluciones también se pronuncian estos autores: BOCHIERO, N., "Norme inderogabili, dispozioni imperative del diritto comunitario e leggi di polizia nella proposta di regolamento "Roma I", Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milan, 2007, pp. 101 y ss.; BONOMI, A., "Overriding mandatory provisions…", *loc. cit*., p. 293.

[661] Véase CEBRIAN SALVAT, M.ª A., "Agencia comercial…", *loc. cit*, p. 364.

[662] Véase AGUILAR GRIEDER, H., "El impacto del Reglamento "Roma I…", *loc. cit.*, p. 53.

[663] En definitiva, puede afirmarse que la interpretación que resulta de la sentencia del TJUE sobre qué ha de considerarse una ley de policía es bastante amplia. Ésta concede a los Estados miembros una gran autonomía para determinar qué leyes pueden considerarse internacionalmente imperativas. Este hecho, a generado algunas críticas entre la doctrina que entiende que se puede poner en peligro la seguridad jurídica de los contratantes y la previsibilidad de la ley aplicable al contrato (véase CALVO CARAVACA A.L; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado..., op. cit.*, pp. 328-330).

[664] Véase CEBRIAN SALVAT, M.ª A., "Agencia comercial…", *loc. cit*, pp. 357-366.

del Reglamento Roma I. La calificación de una norma como internacionalmente imperativa es un instrumento al servicio de la realización de los principios y objetivos del Derecho de la UE, de las necesidades del mercado interior. Estas necesidades han propiciado, al igual que las mencionadas razones tuitivas (protección de los destinatarios de los SSI), la elaboración de las referidas Directivas europeas sectoriales, entre las que se encuentra la DCE.

En cualquier caso, como ocurre con la DCE y con la LSSICE, no siempre es fácil identificar las normas internacionalmente imperativas contendidas en el Derecho derivado de origen comunitario ni en sus normas de transposición, cuando no expresen este carácter[665]. En este sentido, el legislador y juez europeo han experimentado una evolución sensible comparable con los órganos nacionales: el legislador introduce algunas precisiones y en ausencia de tales formulas, corresponde al juez europeo identificar las leyes de policía caso por caso en las Directivas[666].

Según la postura de un sector doctrinal que, como se ha analizado respalda el TJUE, las leyes de policía pueden ser normas protectoras de la parte considerada débil por el legislador nacional[667]. Para que pueda producirse esta situación dicha protección debe considerarse de "interés público" por el legislador en el momento en que se creó la norma. Esto es, ha de verificarse si dicha protección se debe a la salvaguarda del orden político, económico o social de ese Estado. Así, el control por el juez de instancia se reduce a lo siguiente: en un primer nivel, como se ha mencionado *supra*, habrá de realizar un control de imperatividad de la norma, y en un segundo nivel, un control de que esa imperatividad protege un interés público, "crucial", independientemente de que dicho interés conviva con la protección de un interés privado[668].

De esta forma, en relación con el segundo test de compatibilidad con el Derecho europeo, con el objetivo de afirmar o negar la imperatividad internacional de los arts. 27 y 28 de la LSSICE es preciso concretar si estas normas además de proteger los intereses

[665] Véase BONOMI, A. *Le norme imperative nel diritto internazionale privato…, op. cit.,* pp. 120-121.
[666] Véase MATHIEU, B., *Directives européennes…, op. cit.*, pp. 130-141.
[667] Véase nota 120.
[668] Véase MAYER, P., "Lois de police…", *loc. cit.,* pp. 1-9; AUDIT, B., Droit international privé…, *op. cit.,* pp. 112-119.

privados de los destinatarios de los SSI protegen intereses públicos. En estos casos, podría afirmarse que la protección de ciertos sujetos o colectivos, en este caso los destinatarios de los SSI, responde a un interés público y por tanto podrían ser consideradas como leyes de policía, siempre que se demuestre que esa protección es esencial para la organización política, social o económica del Estado que emitió la norma, en este caso, España.

Según la mencionada STJUE en el caso *Unamar*, con respecto a las normas internacionalmente imperativas, junto a la distinción clásica entre normas de protección y normas de dirección, habría una tercera categoría de normas que podrían denominarse "ambivalentes", esto es, tanto de dirección como de protección, cuya aplicación también se admite como leyes de policía. Esta categoría podría comprender las normas que regulan los deberes de información en la contratación electrónica (arts. 27 y 28 LSSICE).

En relación con esta cuestión, puede afirmarse que estos preceptos, además de proteger los intereses privados de los destinatarios de los SSI, protegen intereses públicos qué, como se ha mencionado, están relacionados con el desarrollo del comercio electrónico. Estos objetivos deben lograrse reforzando la seguridad jurídica con un marco legal que armonice las legislaciones de los Estados miembros de la UE en la materia. Por tanto, uno de sus objetivos es proporcionar certeza jurídica en la contratación electrónica, que se materializa en la aplicación de unos estándares de información contendidos en estas normas, con independencia de cuál sea la ley rectora del contrato

También relacionado con las normas económicamente eficientes vinculadas al perfeccionamiento del contrato están los intereses públicos, que tratan de proteger las normas reguladoras de los deberes de información que se reflejan en los "Considerandos" de la DCE. De los mismos, se desprende que detrás de su regulación laten importantes intereses, tanto privados (de protección de la parte débil de la relación contractual), como públicos o generales (creación de un marco jurídico que garantice la libre circulación de los SSI para la consecución del objetivo de un mercado único en el seno de la UE)[669].

[669] Sobre la intención del legislador comunitario al promulgar la DCE resultan de interés, entre otras, las siguientes obras: BALSCHEIT, P., *Konsumvertragsrecht und E-Commerce, Eine übersicht*, Stampfli Verlag AG Bern, Berna, 2005, pp.102-276.CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación…, op. cit.*, pp. 12-45.COUSIDO GONZÁLEZ, M.P., *Derecho de la comunicación en Internet*, Colex, Madrid,

Además, estos intereses públicos de la DCE, están relacionados con: *la armonización de la regulación sobre comercio electrónico; la supresión de las barreras legales relacionadas con el comercio electrónico, y el establecimiento de un equilibrio entre las partes contratantes*[670].

De esta forma, puede afirmarse que los arts 27 y 28 de la LSSICE superan el segundo test de imperatividad relacionado con la protección de un interés público "crucial". Este hecho se da con independencia de que dicho interés conviva con la protección de un interés privado, que en este caso es la protección de los destinatarios de los SSI en los momentos previo y posterior a la perfección del contrato electrónico.

d) Límites a la imperatividad internacional

Debe indicarse que la posible aplicación como ley de policía de las normas españolas sobre deberes de información ha de interpretarse de forma moderada por varias razones. En primer lugar, la consideración de las normas como internacionalmente imperativas mediante los criterios esgrimidos por la STJUE en el caso *Unamar* otorga una gran discrecionalidad al juez para considerar este carácter de la norma o no. En este sentido, debe advertirse que esta consideración de normas internacionalmente imperativas no puede extenderse al resto de normas nacionales protectoras de otras partes consideradas débiles por los legisladores nacionales que no hayan sido protegidas expresamente por el Reglamento Roma I.

La interpretación que resulta de la sentencia del TJUE en el caso *Unamar* sobre qué ha de considerarse una ley de policía fue más amplia de lo esperado[671]. Esto se debe principalmente a que su pronunciamiento concedió a los Estados miembros una gran fuerza de maniobra en la determinación de qué leyes pueden tener una imperatividad reforzada. Esto conlleva ciertos riesgos sobre la seguridad jurídica de las partes y la previsibilidad del Derecho aplicable a un contrato. Este hecho, a su vez, puede conllevar el inconveniente de tener importantes deficiencias técnicas en la determinación de la ley

2001; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Directiva sobre el comercio electrónico…", *loc. cit.*, pp. 23-31; DESANTES REAL, M., "La Directiva sobre el comercio electrónico...", *loc. cit*., pp. 232-338.

[670] Véase FALLON, M.; MEEUSEN, J., "Le commerce électronique…",*loc. cit*., pp. 435-490.

[671] Véase CEBRIAN SALVAT, M.ª A., "Agencia comercial…", *loc. cit*, p.364.

aplicable, debidas a que el método que los Estados emplean para la determinación de cuáles son estas leyes de policía suele ser "el método del unilateralismo introverso[672].

En segundo extremo, como destaca P. A. de Miguel Asensio, la sentencia *Unamar* pese a afirmar la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de la *lex fori*, en lugar de la Ley elegida por las partes, lo hace estableciendo, aunque de forma sutil, ciertos límites[673].

En este caso, la posibilidad de que los tribunales de otro Estado de la UE apliquen su *lex fori,* porque ésta contenga normas internacionalmente imperativas, debido a que la protección que dispensa va más allá de la establecida en la Directiva, puede plantear dudas[674]. En particular, estas están relacionadas con la posible repercusión de la armonización en el seno de la UE que actúa como límite a la existencia y eficacia de normas internacionalmente imperativas diferentes entre los Estados miembros. En este sentido, en situaciones como las de la Sentencia *Unamar*, en las que se pretende dejar sin aplicar la ley de un Estado miembro, elegida como *lex contractus*, a favor de determinadas normas de policía de la *lex fori*, deben diferenciarse dos situaciones. En primer lugar, los casos en los que la armonización alcanzada en el seno de la UE es de mínimos y aquellos otros en los que se ha logrado una armonización completa[675].

La Directiva 86/653 establece una protección mínima, que resulta compatible con otro tipo de protección más rígidos en los Estados miembros que lo establezcan de esta

---

672 Véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La autonomía de la voluntad…", *loc. cit.,* pp. 200-209. Según estos autores, "*el unilateralismo introverso es un método que consiste en que cada Estado establece, de modo unilateral e independiente, el ámbito de aplicación espacial de sus normas sustantivas, de forma que las normas de conflicto solamente se ocuparán de establecer los casos regulados por la Ley sustantiva de dicho Estado*". El resultado de su utilización puede ser profundamente negativo, pues son normas "egoístas" y "nacionalistas" conducen al *forum shopping* y provoca que las soluciones a las situaciones privadas internacionales sean distintas de país a país.

673 Esta Resolución constituye un avance limitado en relación con la caracterización de las normas internacionalmente imperativas. Además resulta de interés la idea ya apuntada por la doctrina y por la jurisprudencia de que la calificación de una disposición como tal debe hacerse caso por caso (*http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, entrada de 7 de noviembre de 2013).

674 Parece claro que esta circunstancia puede llevar a atenuar (o excluir) la aplicación preferente de las leyes de policía del foro aunque el TJUE no aporta precisiones adicionales al respecto.

675 "*Como se dispone en la jurisprudencia del TJUE, para determinar el grado de armonización de una Directiva (de mínimos o exhaustivo) se ha de estar a la redacción, así como al sentido y al objetivo de las disposiciones pertinentes"* (Véase STJUE de 25 abril 2002 de la Comisión contra Francia en el asunto C52/00, Rec. p. I3827, pfo. 16, y Sent. 14 julio 2005, Lagardère Active Broadcast, asunto C192/04, Rec. p. I7199, pfo. 46).

forma[676]. Por su parte, la DCE, también se trata de una norma de mínimos por el mismo motivo, de forma que los Estados miembros, en la regulación de este tipo de transacciones pueden otorgar mayor protección a los sujetos del comercio electrónico[677]. Por tanto, resulta coherente entender, teniendo en cuenta las argumentaciones y límites expuestos *supra* que los arts. 27 y 28 de la LSSICE son normas internacionalmente imperativas ya que derivan de la mayor protección que la norma española otorga a los destinatarios de los SSI.

A *sensu contrario*, puede ocurrir que la Ley del Estado miembro elegida que pretenda ser desplazada por la norma internacionalmente imperativa de la *lex fori* sea una Ley que ha transpuesto una Directiva que pretende llevar a cabo una armonización plena. En este supuesto, tienen gran importancia los criterios establecidos por el legislador comunitario, ya que las leyes internas de transposición han de facilitar una protección equivalente[678]. En estos casos, no resultaría aceptable el recurso al art. 9.2 del Reglamento Roma I para desplazar a la ley rectora del contrato, cuando esta pertenezca a otro Estado miembro que ha transpuesto correctamente la Directiva de que se trate, aunque como se ha expuesto, no es el caso de la DCE al tratarse de una norma de mínimos.

La situación expuesta anteriormente y resuelta por la Sentencia en el caso *Unamar* es diferente del supuesto en el que la *lex contractus* es la de un tercer Estado en el que la legislación no se corresponde con la protección establecida por la DCE (como sucedía en el mencionado asunto *Ingmar*). De esta forma, en la práctica de la contratación electrónica, la posible consideración de los arts. 27 y 28 de la LSSICE como normas internacionalmente imperativas se dará, en la mayoría de las ocasiones, cuando la

---

[676] Según el preámbulo de la Directiva 86/653, su finalidad es "*(...) la equiparación por mínimos de las legislaciones sobre representación comercial, cuyas diferencias afectan a: a) la competencia entre agentes; (b) al ejercicio de la profesión, (c) al nivel de protección de los agentes en sus relaciones con los poderdantes, (d) a la seguridad de las operaciones comerciales, y en definitiva, al establecimiento y el funcionamiento de los contratos con agentes comerciales en la UE (Cdo. 2)"*. Esto conlleva que que deban contratarse a agentes en la UE en igualdad de condiciones "(…) *evitando que ciertos Estados "falseen" la competencia intraeuropea y el mercado estableciendo un nivel de protección muy bajo para estos"* (Véase, CEBRIAN SALVAT, M.ª A., "Agencia comercial…", *loc. cit.*, p. 358). En contra de esta postura (véase DE THEUX, A., *Le statut européen de l'agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, p. 7).

[677] Cdo. 21, 27 y art. 1 DCE.

[678] (*http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*,entrada de 7 de noviembre de 2013).

situación que se plantea sea la de un PSSI establecido en España (art. 2 LSSICE) y un destinatario establecido en un tercer Estado; o en el supuesto de un PSSI establecido en un tercer Estado (art. 4 LSSICE) y un destinatario establecido en España, siempre que en ambos supuestos se haya elegido como *lex contractus* la ley de un tercer Estado.

En los demás casos, cuando las dos partes estén domiciliadas en un Estado miembro (art. 3 LSSICE) y se haya elegido como *lex contractus* la ley de un Estado miembro; en todo caso, la consideración de la imperatividad de las normas reguladoras de los deberes de información debe tomarse con cautela para no excluir la aplicación de una norma que ha transpuesto correctamente la DCE y que forma parte de la *lex contractus* elegida por las partes. En este supuesto, debe verificarse que, efectivamente, la protección otorgada por la norma internacionalmente imperativa que se alega (arts. 27 y/o y 28 LSSICE) es superior a la de la Ley elegida, en consonancia con la protección de mínimos otorgada por la DCE.

Como último límite a la consideración de los arts. 27 y 28 como normas internacionalmente imperativas, ha de tenerse en cuenta que la aplicación imperativa de una norma excesivamente proteccionista tendría como consecuencia que los operadores de otros Estados miembros contraten con otras empresas o particulares, cuyo domicilio se encuentre fuera del espacio comunitario, ante la amenaza de la sujeción a su ley en concreto en lo relativo a los deberes de informacion[679].

En todo caso, esta Resolución abre una vía para proteger al destinatario de SSI en los casos en los que se considere que las normas sobre deberes de información son normas internacionalmente imperativas. Debe recordarse que para afirmar el carácter internacionalmente imperativo de estas normas, será preciso verificar que estas protegen el orden "público de dirección" con independencia de que protejan (también) intereses privados. Por tanto para afirmar la imperatividad internacional de los arts. 27 y 28 de la LSSICE habrá que estar al objetivo y la *ratio* de la LSSICE en la protección de esta

[679] Véase CEBRIAN SALVAT, M.ª A., "Agencia comercial…", *loc. cit*, p. 365.

dualidad de intereses públicos y privados para poder considerarlas normas "ambivalentes"[680].

3.- Normas imperativas en el ámbito de las condiciones generales de la contratación electrónica

A) Función del control de incorporación en la Ley 7/1998

a) Protección del adherente

El tema de la imperatividad internacional de la LCGC, a tenor de la delimitación realizada en el mencionado art. 3 es un tema controvertido y que plantea no pocas dudas y debate en la doctrina[681]. En todo caso, para considerar la imperatividad de alguno de los preceptos relativos a las fases del perfeccionamiento del contrato electrónico debe considerarse el tipo de protección que pretende esta norma y que intereses pretende garantizar el legislador con su aplicación.

Como se ha expuesto *supra*, la utilización de cláusulas no negociadas en la contratación plantea la problemática relativa a la necesidad de un control de incorporación que garantice la posibilidad de que sean conocidas por el adherente en el momento de celebración del contrato[682]. Su importancia es indudable, pese a que el control de incorporación tenga que ser seguido de un control de contenido o control material, dirigido a garantizar el equilibrio de las prestaciones conforme al principio de buena fe[683].

---

[680] Véase BONOMI, A., *Le norme imperative…, op.cit.,* pp. 120- 136.

[681] Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El proyecto de ley sobre condiciones generales…", *loc. cit.*, pp. 839-902; ARTUCH IRIBERRI, E., "La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de la contratación", *Derecho de los negocios,* febrero, 1998, pp. 17 y ss; BERCOVITZ, A., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación…, op cit.,* pp. 45-57*;* GARCÍA RUBIO, M.P., "Las condiciones generales en la contratación electrónica…", *loc. cit*., pp. 22-43; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril,…", *loc. cit*., pp. 51-93; VEGA VEGA, A. "Las condiciones generales en la contratación electrónica", *RCE,* núm. 101, 2009, pp. 3-55; VIRGOS SORIANO, M., "Artículo 3…", *loc. cit*., pp. 145 y ss.

[682] Véase ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales…, op. cit.,* pp. 32-68.

[683] Sobre el control del contenido de las CGC existen imnumerables obras. Pueden consultarse entre otras: BLANDINO GARRIDO, M.A., "La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato", ALBIEZ DORHAM, J.K. (dir.), *Derecho europeo y modernización del derecho contractual en España,* Atelier, Barcelona,pp. 239-299; ECHEVERRI SALAZAR, V.M., "El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores", *Opinión Jurídica*, vol., n. º 20, julio-diciembre de 2011, pp. 125-144; PARDO GATO, J.R., *Clásusulas abusivas en los contratos de adhesión: Análisis legislativo y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2004 pp. 24 y ss; EBERS, M., "El control

La regulación del control de incorporación es necesaria como primera intervención legislativa dirigida a procurar, en fase de formación del contrato, que el adherente tenga conocimiento o, al menos, posibilidad de conocer su contenido. Este hecho deriva en la necesidad de que las CGC estén redactadas de forma comprensible[684].

Por este motivo, la finalidad que tiene el control de incorporación al contrato (electrónico) de las CGC se resumen en dos: en primer lugar, la accesibilidad, como posibilidad del adherente de conocer el contenido de las CGC en el momento de celebración del contrato[685]. En segundo extremo, la transparencia, que, conllevaría la necesidad de que las CGC estén redactadas de una manera comprensible para un adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate[686].

Debe recordarse que en el ámbito comunitario, la Directiva 93/13/CEE, estableció las pautas a seguir cuando las cláusulas contractuales no negociadas se incorporan a contratos celebrados entre empresarios y consumidores (art. 1.1). Su repercusión sobre los Derechos nacionales fue muy notable, pues obligó a un replanteamiento de los fundamentos de los contratos no negociados. Esta Directiva es la referencia normativa más importante que existe a nivel europeo en relación con estas materias[687].

---

de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", *InDret* 1/2012, pp. 1-46; LASARTE, C., "Clausulas abusivas y nulidad parcial del contrato en el ordenamiento jurídico español contemporáneo", Buenos aires, *Revista de Derecho comparado*, Rubinyal-Culzoni, 1999, pp. 139-169; MARTÍNEZ ESPÍN, P., "¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?" *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, /2014, pp. 76-84; PINTO MONTEIRO, A., "El Problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", *RDM*, 1996, pp. 79-115; ULMER, P., "La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre condiciones generales de la contratación de 1976", S. Espiau (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 33-51.

[684] Véase BERCOVITZ, A., *Comentarios a la Ley de Condiciones…, op. cit.,* pp. 69-74.

[685] Este control de incorporación de las CGC constituye uno de los principales fundamentos de la clásica teoría contractualista defendida por la doctrina civilista a propósito de su naturaleza jurídica. Las CGC son verdaderas cláusulas contractuales en la medida en que el consentimiento del adherente es perfectamente válido por el hecho de haberse prestado con posibilidad de conocerlas, posibilidad que tratan de garantizarle en la actualidad las normas que regulan su incorporación al contrato (véase DURÁN RIVACOBA, R., "Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 706, 2008, pp. 692 y ss.)

[686] Véase PÉREZ ESCOLAR, M., "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil", *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, p. 409.

[687] Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Contenido y efectos del contrato", *Derecho Privado Europeo*, AAVV, S. Cámara Lapuente (coord.), Madrid, Colex, 2003, pp.443-444.

Como se ha indicado *supra*, hay que partir del presupuesto de que la Directiva 93/13/ CEE se aplica con carácter general a todo tipo de cláusulas no negociadas individualmente que aparezcan en contratos entre empresarios y consumidores, que pueden ser CGC, como sucede en la mayoría de los casos, o no, si sólo son utilizadas para un contrato de adhesión particular (art. 3.2). En relación con el control de incorporación, el legislador comunitario fue muy parco en su regulación y sólo le dedica la primera parte del art. 5: "*En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible"*.

Por tanto, el objetivo de la transparencia de las cláusulas se regula en esta norma, pero de forma muy deficitaria, ya que no sólo se hizo de forma poco clara con respecto al tipo de contratos para los que se requirió (¿sólo para los celebrados por escrito?) sino que tampoco se establecieron sanciones ante su incumplimiento[688].

Por otro lado, no existe ninguna referencia en el articulado de la Directiva 93/13/CEE a la accesibilidad de las cláusulas no negociadas como requisito de incorporación al contrato a pesar de que existen dos alusiones al respecto al margen de dicho articulado. La primera en el Cdo. n.º 20, que, aparte de decir que "*los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles*", declara que "*el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*", y en el punto i) del Anexo, que determina el carácter abusivo de una cláusula si tiene por objeto "*hacer constar de forma irrefutable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato"*.

Realmente, resulta difícil entender que una cuestión de tanta trascendencia para la contratación con consumidores no fuera objeto de más atención en esta Directiva 93/13/CEE. El mismo Informe de la Comisión Europea aludió a la posibilidad de realizar un reconocimiento implícito de los objetivos de accesibilidad aplicados a las cláusulas no

[688] Véase CAÑIZARES LASO, A. "Control de incorporación y transparencia…", *loc. cit.*, pp. 115-120.

negociadas a partir de la interpretación de los citados Considerandos n.º 20 y punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, para justificar una ausencia injustificable[689].

En el ámbito nacional, como se ha indicado *supra*, sí se regula el control de incorporación con el objetivo de proteger al adherente desde una doble vertiente. De esta forma, en la Ley 7/1998 se exige, por un lado, que estas estipulaciones sean conocidas o, cuando la contratación no sea escrita, como ocurre en la contratación electrónica, exista la posibilidad real de ser conocidas[690]. En concreto, el art. 5. apdos. 1, 2 y 3 de la LCGC establece, para que las CGC queden incorporadas al contrato, la necesidad de que el adherente acepte su incorporación y éste sea firmado por todos los contratantes (objetivo de accesibilidad); y por otro lado, según el art. 5.4 las CGC han de ser comprensibles (objetivo de transparencia), esto es, que estén redactadas en un mensaje claro que no induzca a error, teniendo en cuenta que un adherente medio no tendrá en muchos casos conocimientos jurídicos.

Las consecuencias del incumplimiento de uno y otro deber relacionado con el control de incorporación (accesibilidad y transparencia) se regulan en el art. 7 de la LCGC, que establece que no se incorporarán al contrato las cláusulas que no cumplan los citados requisitos.

b) ¿Protección de intereses públicos?

El desarrollo económico, industrial y tecnológico conlleva que las formas de contratación hayan ido evolucionando en la actualidad, este hecho produce en muchos supuestos un desequilibrio de las partes muy relevante, quebrantando así el dogma de la voluntad que ha imperado habitualmente en el ámbito de la contratación[691]. En concreto, las empresas que comercializan sus bienes y servicios en Internet establecen una

[689] El Consejo se pronunció afirmando que: "*El Consejo, aunque favorable a la atribución de tal derecho al consumidor, consideró que ésta no correspondía al marco jurídico de la Directiva 93/13/ CEE, sino a las normativas nacionales que rigen la celebración de los contratos*", COM (2000) 248 final, p.18.
[690] Véase GARCÍA RUBIO, M.P., "Las condiciones generales…", *loc cit*., pp. 22-43; GÓMEZ VALENZUELA, E., "Condiciones Generales de la contratación electrónica...", *loc. cit*., pp. 32-51.
[691] Véase DIEZ PICAZO, L., "Derecho y libertad contractual", *Revista de Derecho*, 1998, pp. 7-13.

contratación en masa que daba lugar a contratos de adhesión, en los que el consumidor sólo podía adherirse a la oferta o dejar de consumir ese producto[692].

En este contexto, la protección de los intereses privados de la parte adherente por la LCGC y, en concreto, por los preceptos reguladores del control de incorporación está clara, pero no ocurre lo mismo con los intereses públicos de cara a la posible justificación de la imperatividad de las normas reguladoras de este control, en este caso los arts. 5 y 7 de la LCGC. En este sentido, el art. 3 de la LCGC establece expresamente el carácter de norma imperativa de esta Ley, en relación con esta cuestión, si bien la imperatividad en sentido interno de la norma no plantea demasiadas dudas, no ocurre lo mismo con la imperatividad en sentido internacional[693].

Con respecto a esta cuestión, como se analizará *infra*, en la actualidad no existe un fundamento para considerar la imperatividad internacional del conjunto de la LCGC por el simple hecho de que quien tiene su residencia o su sede en España emita su declaración negocial desde este país[694]. En todo caso, puede verificarse si alguno de sus preceptos tienen este carácter, en concreto los relativos al control de incorporación (art. 5 y 7 LCGC) que tiene gran importancia, por los motivos expuestos, y constituye como se ha mencionado *supra*, una de las fases para que tenga lugar el perfeccionamiento del contrato electrónico.

Para verificar el carácter de normas imperativas de estos preceptos, es necesario comprobar si la LCGC y, en concreto, la regulación referida a esta materia (control de incorporación) tiene entre sus funciones proteger intereses públicos del Estado del que emanan (España). Para responder a esta pregunta, es preciso, entre otras condiciones, conocer cuál es el objetivo de la LCGC, esto es, para que fue promulgada[695]. En concreto, se pretende verificar, porque lejos de la regulación comunitaria, que prácticamente no se pronuncia sobre este particular, el legislador nacional optó por regular el control de

[692] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional…",*loc. cit.*, pp. 19-22.
[693] Véase VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, "Artículo 3…", *loc. cit.*, pp. 145-147; VEGA VEGA, A. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Reus, Madrid, 2005, p. 295.
[694] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…*, *op. cit.*, p. 941.
[695] Véase PINTO MONTEIRO, A., "El Problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", *RDM*, 1996, pp. 79-115.

incorporación de manera más amplia y si lo hizo con el objetivo, no sólo de proteger intereses privados (del adherente), sino también de *"(...) proteger la organización política, social y económica",* en este caso, de España.

Para realizar esta labor, se ha de verificar el propio tenor de la norma, los trabajos preparatorios, etc. En este sentido, el Preámbulo de la Ley 7/1998 hace alusión a que "*(...) la protección de la igualdad de los contratantes es un presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica"*.

Del mismo modo, la EM de la LCGC establece la necesidad de equilibrio entre la seguridad jurídica y la agilidad en la contratación. Por un lado, es importante promover este tipo de contratación con cláusulas no negociadas que, sin duda, suponen un ahorro económico para las partes ya que permiten realizar una gran cantidad de operaciones en un corto periodo de tiempo[696]. Además, estas estipulaciones están pensadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin la dificultad añadida de tener que negociar en cada operación los distintos términos del contrato. Las ventajas (económicas) de este tipo de contratos son evidentes, máxime en la contratación electrónica en la que la empresa comercializa sus productos a innumerables destinatarios, ubicados en diferentes lugares.

Ahora bien, debe existir una armonía entre la utilización de estas condiciones y la seguridad jurídica que han de garantizar las normas que regulan dichas cláusulas, entre las que se encuentran las relativas al control de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC)[697]. El objetivo básico de estas normas de protección es contribuir a equilibrar la posición de las partes en el mercado (empresario-adherente). Este equilibrio debe garantizarse en este caso con diferentes medidas que amparan al adherente antes de que se produzca la perfección del contrato electrónico. Como se ha indicado *supra*, el control de incorporación opera en la fase de formación del contrato.

---

[696] Véase PAGADOR LÓPEZ, J., "La ley 7/1998 de 13 de abril…", *loc. cit*., pp. 5-7; *id*. "Las condiciones generales de la contratación…", *loc. cit*., pp. 164-165.

[697] Véase LASARTE, C., "Cláusulas abusivas y nulidad parcial del contrato en el ordenamiento jurídico español contemporáneo", *Revista de Derecho comparado*, Rubinyal-Culzoni, Buenos aires, 1999, pp. 139-169.

De esta forma, podría entenderse que el equilibrio que ha de alcanzarse con estas normas está relacionado con un interés público vinculado a la política (económica) del país como es la seguridad en el tráfico[698]. Con los límites impuestos por los arts. 5 y 7 de la LCGC se pretenden incentivar la utilización de este tipo de contratos con CGC, que abaratan los costes económicos de la operación pero con una serie de garantías para el adherente antes de que manifieste su aceptación a las mismas (adhesión). Esto es, antes de la perfección del contrato, el adherente ha de poder tener a su disposición las cláusulas del contrato (accesibilidad; art. 5, apdos 1, 2 y 3 LCGC) y estás han de ser comprensibles para él (transparencia; art. 5.4 LCGC). Si no se cumplen estos requisitos las CGC no se incorporarán al contrato.

Además, en el contexto de la contratación electrónica esta protección es aún más importante en aras a garantizar la mencionada seguridad en el tráfico, en este tipo de operaciones[699]. Con estos preceptos, se trata de ofrecer una tutela superior en estos contratos en los que las partes no se conocen previamente; el producto no puede visualizarse por el adquirente; y los términos que regulan todas las cuestiones relacionadas con el contrato son impuestas por una de las partes al destinatario[700]. Este sólo puede limitarse a aceptarlas (adhesión) si desea concluir el contrato, no hay posibilidad de negociar extremos tan importantes como puede ser la entrega, la devolución o el desistimiento que se incluye, normalmente en estas CGC, entre otras cuestiones[701].

Teniendo en cuenta esta interpretación, los arts. 5 y 7 de la LCGC protegerían no sólo intereses privados de los particulares sino también intereses públicos relacionados con la seguridad en el tráfico de las transacciones y, por tanto, con la política económica

---

[698] *Esta seguridad en el tráfico es la garantía otorgada por el Estado en la realización de sus transacciones económicas. Con este principio se asegura la protección y reparación que pueda sufrir la persona (física o jurídica) en la realización de dichas operaciones. Con esta seguridad en el tráfico el Estado intenta mantener su estabilidad y funcionamiento, a través del respeto a los derechos y principios en los que se funda (Véase CHICO ORTIZ, J.M., "La insegura seguridad y la seguridad del tráfico jurídico", Revista crítica de Derecho inmobiliario, n.º 66, 1990, pp. 9-30).*

[699] Véase RAMOS SUAREZ, F., "La seguridad en el comercio electrónico", *RCE*, núm. 19, 2001, p.126 y ss.

[700] Véase RODRIGUEZ BENOT, A., "La contratación electrónica en el tráfico externo…",*loc. cit.*, pp. 181-199; VEGA VEGA, A. "Las condiciones generales…", *loc. cit.*, pp. 3-55.

[701] Véase BELZKOUZOVA, A., *Widerrufsrecht bei Internetauktionen …, op. cit.*, pp. 67 y ss.

(española). Debe advertirse que esta idea se puede deducir a tenor de los objetivos perseguidos por la norma ya que en esta no aparece de forma explícita la intención del legislador nacional de efectuar una protección de los intereses públicos. De esta forma, debe advertirse que las consecuencias con respecto a la imperatividad de estos preceptos relacionados con la protección del llamado "orden público de dirección" habrán de hacerse de forma moderada y atendiendo al caso concreto.

B)¿Imperatividad de los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998?

a) Imperatividad en sentido interno

Como se ha indicado *supra*, en relación con las normas imperativas sobre deberes de información, las normas imperativas en sentido interno tienen como objetivo limitar el alcance de la *lex causae* elegida por las partes[702]. Estas normas tratan de proporcionar una respuesta material sobre el Derecho aplicable, para satisfacer determinados intereses de política legislativa [703].

En este caso, se pretende verificar el carácter de normas imperativas en sentido interno de los preceptos que regulan el control de incorporación que, como se ha expuesto, está relacionado con los requisitos de accesibilidad y transparencia que han de cumplir las CGC antes de que se proceda al perfeccionamiento del contrato electrónico.

Para comprobar la imperatividad en sentido interno de los arts. 5 y 7 de la LCGC es necesario verificar las fórmulas que emplea el legislador español para establecer dicha imperatividad[704]. En primer lugar, puede existir una declaración expresa que otorga carácter imperativo a las normas de protección. Este es el caso, del art. 3 de la LCGC, este precepto, como se ha mencionado *supra*, declara la imperatividad de la norma estableciendo dos supuestos de hecho en los que la norma resultará aplicable. El primero (art. 3.1) hace alusión al supuesto en el que resulte aplicable al contrato la ley española, en este caso la imperatividad (en sentido interno), de la Ley resulta clara.

[702] Véase PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía…", *loc. cit.*, pp. 99-124; PÉREZ VERA, E., *Derecho internacional Privado*, Madrid, vol. I y II., UNED, 2002, pp. 49-55.
[703] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado…, op. cit.*, pp. 124-125.
[704] Véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho…, op. cit.,* pp. 43-58.

En este supuesto, la aplicación de la LCGC y, en concreto, de sus arts. 5 y 7 opera para controlar los requisitos de incorporación de las CGC al contrato electrónico de que se trate. En segundo extremo, el (art. 3.2), presenta mayor complejidad en la práctica, porque como se expondrá *infra*, cuando se pone en relación con el Reglamento Roma I, los resultados relativos, en concreto, al control de incorporación pueden resultar insatisfactorios. Según este apartado, la LCGC debe ser aplicada con carácter imperativo, cuando el adherente resida en España y la declaración de voluntad se produzca desde este país.

De esta forma, teniendo en cuenta el art. 3.2 de la LCGC se comprueba como al legislador español sólo le importa establecer el ámbito de aplicación personal y geográfica del español sin otorgar relevancia jurídica ni a los elementos del caso concreto ni a la ley extranjera que pudiera estar estrechamente vinculada con las mismas. Este hecho está relacionado con la finalidad que el Derecho interno persigue o con la política legislativa de asimilación al tráfico interno de determinadas relaciones internacionales[705].

Constatada la sanción de imperatividad establecida por el legislador español para verificar el carácter imperativo (en sentido interno) de la norma, no resultaría preciso utilizar el resto de técnicas mencionadas para este objetivo: sanción de nulidad de las cláusulas que contravengan o excluyan sus disposiciones legales; carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por esta.

En este caso, como ya ocurriera con las normas imperativas relacionadas con los deberes de información, cabe verificar si los arts. 5 y 7 son normas imperativas en sentido interno de carácter absoluto o relativo. En este caso, puede descartarse el carácter de norma imperativa con carácter absoluto en el plano interno, ya que normalmente este grupo de normas, garantizan el respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución[706].

---

[705] Véase BATIFFOL, H., "Le pluralismo des méthodes en droit international privé", *RCADI*, Tomo 139, 1973-II, pp. 29-34; BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Droit international privé*…, *op. cit.*, pp 64-68.

[706] Por ejemplo, un juez español no puede dictar una decisión basándose en disposiciones contrarias a la igualdad de sexos, la libertad religiosa o la protección del menor, entre otros Derechos. No podrá adoptarse una decisión contraria a estas disposiciones (imperativas en sentido interno) aunque el supuesto de hecho tenga escasa vinculación con España. Como indican Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, la sujeción a

No es el caso de estos preceptos, que tratan de proteger los intereses del adherente y la seguridad en el tráfico pero que podrán ser derogadas por normas que no menoscaban el objetivo de protección. La imperatividad de estos preceptos se basa en la obtención de un resultado material favorable a determinadas personas o situaciones. Su aplicación sólo se justifica si la ley extranjera que designa la norma de conflicto no resulta tanto o más favorable que la ley española a la consecución de dicho objetivo, en este caso, en relación con las garantías sobre la incorporación de las CGC que proporcionan los arts 5 y 7 de la LCGC, que regulan esta cuestión. Por tanto, puede constatarse el carácter imperativo en sentido interno de estas normas, pero con un carácter relativo[707].

Una vez verificado el carácter de normas imperativas en sentido interno de los arts. 5 y 7 de la LCGC debe recordarse que para lograr la aplicación de estas normas, el art. 3.3 del Reglamento Roma I ofrece una garantía cuando el único elemento internacional en un contrato sea la elección de la ley realizada por los contratantes. Ésta elección no podrá contradecir la aplicación del Derecho imperativo del ordenamiento jurídico que, en defecto de elección de ley por las partes, hubiera sido aplicable[708].

De esta forma, en el supuesto en el que en un contrato electrónico con CGC, los contratantes elijan el Derecho de un tercer Estado aunque el contrato, salvo la elección de la ley aplicable, solamente esté relacionado con España, se deberán aplicar aquellas normas españolas que sean imperativas; es decir, de cuyo cumplimiento los contratantes no puedan abstenerse mediante pacto en contrario. Esto afecta a las normas reguladoras de las CGC, y, en concreto, con respecto al perfeccionamiento del contrato a la fase del control de incorporación regulado por los arts. 5 y 7 de la LCGC que como se ha afirmado tienen un carácter imperativo en sentido interno. Estas normas restringen el alcance de la *lex causae* elegida por las partes a favor de un tercer Estado y serán aplicadas en el citado supuesto según el límite regulado por el art. 3.3 del Reglamento Roma I.

---

estos valores puede calificarse de absoluta y por tanto condicionan al juzgador español desde el momento en el que este debe conocer del asunto. Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*…, *op. cit.*, 124-125.

[707] *Ibidem*, p. 125.

[708] Véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre ley aplicable…", *loc. cit.*, p. 62.

b) Normas imperativas de Derecho europeo

Se ha hecho referencia a las normas imperativas de Derecho europeo que actúan con independencia de la ley rectora del contrato y suelen estar presentes en el Derecho derivado de origen comunitario[709].

Como se ha indicado, estas normas se caracterizan por la influencia del derecho comunitario sobre la atribución del carácter de aplicación necesaria de la norma interna del Estado miembro[710]. Además, las normas imperativas de Derecho europeo comprenden la aplicación del Derecho comunitario a la aplicación extraterritorial de la norma interna[711].

En este caso, interesa atestiguar el posible carácter de normas imperativas de Derecho europeo de los preceptos que regulan el control de incorporación de las CGC. Como se ha expuesto *supra*, la referencia que existe en el Derecho derivado de origen comunitario a las cláusulas no negociadas en general, entre las que se encuentran las CGC es la Directiva 93/13/CEE[712]. En concreto, su escueta regulación sobre el control de incorporación de estas estipulaciones se limita al art. 5, en el que se regula el requisito de transparencia en la incorporación de estas cláusulas. Este precepto guarda cierta similitud con el art. 5.4 de la LCGC, que hace alusión a esta cuestión en la redacción de las CGC. En cambio, como se ha mencionado, con respecto a la necesaria accesibilidad de las CGC, la Directiva 93/13/CE sólo se pronuncia en su Cdo. 20 y en el punto i) del Anexo.

La Directiva 93/13/CE indica su carácter imperativo en el art. 6.2, de forma que, en un contrato con cláusulas no negociadas, la elección de ley a favor de un tercer Estado no puede impedir la protección otorgada por la citada Directiva, siempre que el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

[709] Véase BONOMI, A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato…, op. cit*., p. 122.
[710] Véase BRÖDERMANN, I., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*…, *op. cit*., p. 64.
[711] Véase BONOMI, A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato…*, *op. cit.*, p. 122.
[712] Véase EBERS, M., "Unfair Contract Terms Directive (93/13)", H. Schulte-Nölke, C., Twigg-Flesner; M., EberS (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008, pp. 197-261.

Esta protección se extiende al control de incorporación regulado, si bien de forma somera, en esta norma.

Debe recordarse que la Directiva 93/13/CE, a diferencia de la LCGC, se refiere a los contratos celebrados por consumidores por lo que su aplicación vendría garantizada, de otro lado, por el art. 6 del Reglamento Roma I[713]. Según esta afirmación, en relación con el control de incorporación, la elección de la Ley de un tercer Estado en un contrato electrónico con CGC celebrado con consumidores, no evitará la aplicación de las normas imperativas de la residencia del consumidor (art. 6.2 Reglamento Roma I)[714].

Estas normas serán, en el caso de un consumidor que reside en España, los arts. 5 y 7 de la LCGC, que como se ha expuesto *supra*, son normas imperativas en sentido interno. Ahora bien debe recordarse el distinto marco de protección de la Directiva 93/13CE y el art. 6 del Reglamento Roma I ya que este se limita a la residencia habitual del consumidor mientras que la Directiva extiende su aplicación siempre que el contrato presente vínculos estrechos con un Estado miembro de la Comunidad.

En todo caso, la regulación del art. 6 del Reglamento Roma I no impide la acción de normas imperativas comunitarias, si bien las restricciones introducidas en el art. 9 del Reglamento prácticamente obligan a justificar su aplicación como *lex fori*, a menos que provengan de la ley del lugar de ejecución del contrato. De esta forma, también podría considerarse la calificación de los arts. 5 y 7 de la LCGC como normas imperativas de Derecho europeo teniendo en cuenta, además, que la LCGC tiene, entre sus funciones, la transposición de la Directiva 93/13/CE al Derecho español y el carácter imperativo de esta norma establecido en su art 6.2.

---

[713] Véase AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo…, op. cit.,* pp. 170- 178; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea, *Revista Mexicana de Derecho internacional privado y comparado*", núm. 29, septiembre de 2011, pp. 67-89; *id*., "La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo", *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 23-24; OAKLEI, R.L., "Fairness in Electronic Contracting: Minimu Standars for Non-negotiated contratcts", *Houston Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 1041-1105.

[714] Véase CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del Derecho internacional europeo", AAVV, *Las fronteras del Derecho internacional privado europeo*, Bruylant, Bruselas, 2015, pp. 361-395; RÜHL, G., "La protección de los consumidores en el Derecho internacional privada", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 91-120.

Esta imperatividad de la norma comunitaria se refiere a todas las cuestiones reguladas por la misma, entre las que se encuentra, el control de incorporación. De esta forma, la atribución de imperatividad de la norma contenida en la Directiva presupone su cumplimiento con independencia de la regla de conflicto propuesta para la determinación de la Ley aplicable al contrato. Esto es, la regulación del control de incorporación cuando se cumpla el requisito espacial consistente en que exista una estrecha relación con un Estado miembro.

En este caso, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos en los que el legislador comunitario no ha expresado el carácter imperativo de la norma, esta calificación resulta del propio tenor de la Directiva 93/13/CE (art. 6.2) y se materializa en las normas internas de transposición que resultan necesarias para que esta surta efectos. De esta forma, en el plano nacional, como se ha indicado, los arts. 5 y 7 regulan esta cuestión del control de incorporación y las consecuencias de su incumplimiento, de una forma más amplia a como lo hace la propia norma comunitaria, pudiendo considerarse normas imperativas de Derecho europeo.

c) Imperatividad en sentido internacional

El art. 3 de la LCGC delimita el ámbito de aplicación de la norma, extendiendo su aplicación más allá de las situaciones internas. De esta forma, el art. 3.2 de la LCGC hace que se puedan plantear dudas, en torno a la consideración de esta norma como internacionalmente imperativa.

Como señala P.A. De Miguel Asensio, en el contexto actual de la sociedad de la información, "*no parece existir fundamento para que en las relaciones B2B se afirme la imperatividad internacional del conjunto de la LCGC por el simple hecho de que se cumplan los requisitos del art. 3.2 de la LCGC"*. Este criterio impone la aplicación imperativa de la LCGC incluso en situaciones en las que se ha contratado desde España a través de Internet con un profesional situado en el extranjero que no dirigía sus actividades comerciales a España (sitio web pasivo)[715]. Además esta postura puede menoscabar la aplicación uniforme del Reglamento Roma I, al extender unilateralmente

[715] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet…*, *op. cit.*, p. 941.

el ámbito de aplicación de la legislación española en determinadas cuestiones en las que, como se expone *infra*, con carácter general, es de aplicación la *lex contractus* determinada por los criterios establecidos en este instrumento.

Ahora bien, determinados preceptos, por su importancia en relación con la protección del adherente (intereses privados) y la seguridad en el tráfico (intereses públicos), sí podrían considerarse normas internacionalmente imperativas si superan determinados requisitos. De esta forma, deben tomarse en cuenta las cuestiones sustentadas por la jurisprudencia del TJUE, para dotar de esta imperatividad (internacional) a las cláusulas que regulan en el Derecho español el control de incorporación de las CGC[716].

En primer lugar, deben cumplir con el llamado *test de imperatividad* con el que se trata de determinar si el legislador interno pretende o no su aplicación a supuestos que contengan elementos de tráfico externo[717]. Para su determinación, por lo tanto, deberá tenerse en cuenta la voluntad del Estado que las emitió, esta puede establecerse expresamente en la misma norma o deducirse de esta.

En este sentido, el art. 3 de la LCGC delimita su ámbito de aplicación espacial y, en concreto en su 2º apdo. se establece de una forma "explícita" la intención del legislador español al contemplar la posible aplicación de la LCGC a contratos aún estando sometidos a un Derecho extranjero[718]. Del tenor de esta norma puede considerarse que el legislador pretendía al promulgarla extender su ámbito de aplicación más allá de los supuestos "nacionales", aunque el contrato estuviese regulado por una ley extranjera. Por tanto se superaría el primer test de imperatividad de las normas relativas al control de incorporación (arts. 5 y 7 de la LCGC), para poder ser consideradas normas internacionalmente imperativas.

En segundo extremo, para poder afirmar que estas son normas internacionalmente imperativas ha de comprobarse si están dentro de los límites que establece el Derecho

[716] Debe recordarse, la STJUE de 17 de octubre 2013, C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV vs. Navigation Maritime Bulgare.
[717] Véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional…, op. cit*. p. 228.
[718] Véase VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, "Artículo 3…", *loc. cit.*, pp. 145-147.

comunitario, esto es, del concepto de "*leyes de policía*" del art. 9 del Reglamento Roma I. Para la calificación de estas disposiciones como leyes de policía es necesario evaluar las razones de interés general que originaron la promulgación de dicha norma[719]. De este modo, el juez estimará que la norma podrá aplicarse al caso como una ley de policía cuando el Estado que la ha emitido considere que cumple los requisitos del art. 9 del Reglamento Roma I.

Por los motivos indicados, parece claro que los arts. 5 y 7 de la LCGC protegen intereses particulares, en concreto, los del adherente. En este sentido, según el TJUE para que estas normas puedan ser consideradas normas de policía, es irrelevante que protejan intereses privados, siempre que, al mismo tiempo, protejan intereses públicos[720]. Para el TJUE, la protección de un interés privado es compatible con la protección al mismo tiempo de un interés público[721]. De esta forma, la protección de ciertos sujetos o colectivos, en este caso, los adherentes, podría ser considerada por un juez europeo como la protección de un interés público, y por lo tanto como ley de policía, siempre que se demuestre que esa protección es fundamental para la organización política, social o económica del Estado que emitió la norma.

Por tanto, para llegar a una conclusión sobre si los arts. 5 y 7 de la LCGC son normas internacionalmente imperativas, es necesario verificar si estos preceptos además de proteger los intereses privados de los destinatarios de los SSI, protegen intereses públicos. Como se ha expuesto *supra*, los citados artículos están relacionados con la seguridad en el tráfico, que se trata de garantizar mediante los requisitos de accesibilidad y transparencia regulados por estas normas. Además, estos intereses públicos, que tratan de proteger las normas reguladoras del control de incorporación en la LCGC con un carácter implícito, están relacionados con la protección del mercado, de la transparencia, seguridad, y agilidad en las transacciones y con la protección de la confianza[722]. Mediante

[719] Como se ha expuesto *supra*, esta afirmación aparece en la Conclusiones del abogado general Sr. Nils Wahl presentadas el 15 mayo 2013, asunto C-184/12, United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contra Navigation Maritime Bulgare, pfos. 34 y 39.
[720] Véase Aguilar Grieder, H., *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, p. 21.
[721] Véase CEBRIAN SALVAT, M. ª A., "Agencia comercial, leyes de policía…", *loc. cit*., p. 364.
[722] En la obra ALVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales…, op. cit*. pp. 60-64, el autor afirma que la protección de la confianza es la base de la regulación de las CGC.

estos preceptos se pretende facilitar los intercambios, una mejor planificación, costes más bajos y, por consiguiente, mejores precios en los productos y servicios que se comercializan utilizando este tipo de estipulaciones en los contratos y en concreto a través de medios electrónicos.

De esta forma, puede afirmarse que los arts. 5 y 7 de la LCGC superan el segundo test de imperatividad relacionado con la protección de un interés público "crucial". Este hecho se da con independencia de que dicho interés conviva con la protección de un interés privado, que en este caso es la protección del adherente en la incorporación de las CGC en los contratos electrónicos.

De esta forma, en la práctica podrá darse el siguiente supuesto: PSSI establecido en un Estado miembro o en un tercer Estado que contrata con un adherente que reside en España y que se adhiere al contrato desde este país, ambas partes eligen como l*ex contractus*, una Ley distinta a la española. En este caso, si la ley elegida no otorga las mismas garantías en cuanto al control de incorporación que los arts. 5 y 7 de la LCGC, podrían aplicarse estos preceptos como normas internacionalmente imperativas según la argumentación expuesta *supra.* Se trataría por tanto de normas ambivalentes que protegen tanto el orden público de dirección, como de protección, en el caso de los contratos electrónicos.

Ahora bien, en el supuesto de situaciones intracomunitarias en las que se haya elegido la ley de un Estado miembro, el desplazamiento de este Derecho a favor de los arts. 5 y 7, habrá de hacerse con cautela, cuando *la lex contractus* elegida forme parte de la transposición de una Directiva, en este caso de la Directiva 93/13/CEE. En este supuesto, como se ha advertido, la regulación del control de incorporación es de mínimos, por lo que la protección otorgada en este caso por las normas internacionalmente imperativas podría ser alegada si estas otorgan una mayor protección al adherente que la ley de otro Estado miembro, que ha sido elegida como ley rectora del contrato[723]. Este hecho puede darse en el caso de la norma española, porque como se ha indicado *supra*, muchas de las normas reguladoras de las CGC procedentes de otros países comunitarios

[723] Véase LUNAS DÍAZ, M.J., "El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado", *RDCE*, 1998, julio-diciembre, pp. 473-499.

otorgan una protección diferente basada sólo en la exigencia de ciertos requisitos formales (accesibilidad).

III.- PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

1.- La Oferta electrónica

A) Consideraciones previas

a) La oferta como fase inicial

Como se ha indicado *supra,* el perfeccionamiento del contrato electrónico consta de diversas fases o etapas que han de sucederse, entre las que se encuentra la oferta contractual. En este sentido, cuando se accede a un sitio web con el objetivo de concluir un contrato electrónico, el usuario se encuentra con información sobre el producto o servicio que desea adquirir. Si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación, en principio, puede considerarse oferta[724]. Por otro lado, para que exista oferta, es preciso que la declaración tenga todos los elementos necesarios para la existencia del contrato proyectado, y que esté destinada a integrarse en él de tal manera que, el oferente no lleve a cabo ninguna nueva manifestación[725].

De esta forma, la oferta se constituye como una fase necesaria para que el contrato se perfeccione. Es precisa esta declaración de voluntad del oferente para el nacimiento a la vida jurídica de la relación contractual[726]. Desde el punto de vista del Derecho aplicable a la oferta electrónica, se plantean distintas cuestiones. En primer lugar, como se ha

---

[724] Sobre este particular se pronuncian algunos autores como es el caso de Diez Picazo que afirman *que una oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato*, véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho …, op. cit.*, pp. 55-56; En relación con la cuestión de la precisión de la oferta véanse entre otros, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, Introducción y Parte General…, op. cit.,* pp. 93-102*;* DELGADO ECHEVARRIA, J., *Elementos de Derecho Civil*, I, Bosch, Barcelona, vol. 2. º, 1990, pp. 25-27. En la doctrina internacional privatista ARENAS GARCÍA, R., "La formación de los contratos internacionales", Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 1-14; LARA AGUADO, A., "Formación del contrato electrónico...", *loc. cit*., pp. 485-547; *id*. "La oferta y la aceptación contractuales..." *loc. cit*, pp. 24-91; SÁNCHEZ LORENZO, S., (coord.), Cláusulas *en los contratos internacionales*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 23-35.

[725] *Ibidem.*, p. 57.

[726] Véase CUADRADO PÉREZ, *C., Oferta, aceptación y conclusión del contrato…, op. cit.,* pp. 25-32; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *La formación del contrato a través de la oferta…, op. cit.,* pp. *38-45;* LAMBERT, J.*, "*Formación de los contratos: comunicación de la oferta…", *loc. cit.* pp. 48-54.

indicado *supra,* no en todos los casos, la información sobre productos y servicios que aparecen en Internet tienen la consideración de oferta. Existen otras figuras que pueden confundirse con ésta, como son la *invitatium ad oferendum* o la publicidad, cuyas manifestaciones en el comercio electrónico pueden venir dadas de diferentes formas[727]. Por este motivo, es preciso dar respuesta a la cuestión relativa a la ley encargada de calificar el contenido del sitio web.

En segundo extremo, una vez que se ha procedido a verificar que efectivamente se está ante una "oferta contractual", que es vinculante para la parte que la emite (oferente), es necesario analizar su régimen jurídico. Existen diferentes instrumentos en el ámbito convencional, uniforme y transnacional relacionados con esta cuestión, pero en todo caso, es preciso determinar cual es el Derecho aplicable a esta fase del perfeccionamiento del contrato electrónico, para verificar cuando resultarán aplicables[728]. El Reglamento Roma I no regula esta cuestión ya que parte de la existencia del contrato, por este motivo, para la determinación del régimen jurídico de la oferta es necesario tener en cuenta otros criterios relacionados con diferentes principios generales utilizados en el DIPr (previsibilidad y proximidad).

b) Falta de regulación de la oferta electrónica en el Reglamento Roma I y en la Directiva 2000/31/CEE

El art. 10 del Reglamento Roma I se refiere a la existencia y validez del contrato, remitiendo a la *lex contractus* para su regulación[729]. Como se ha analizado *supra*, si bien estos conceptos están relacionados con los elementos y requisitos del contrato, no se identifican con las declaraciones de voluntad necesarias para que el contrato nazca, en

[727] Como se ha expuesto, existen comunicaciones comerciales que aparecen en el propio sitio web de la empresa o que incluso se envían a los potenciales clientes para proporcionarles información. Sobre la cuestión relativa a las diferencias entre oferta, *invitatium ad oferendum* y publicidad, véase el capítulo primero.

[728] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable*…, *op. cit*., 244-260.

[729] El Reglamento Roma I en el art. 10.2 amplia el *favor negotti*, de la norma de conflicto orientada (art. 10.1) con una nueva ley basada en la conexión de la residencia habitual de cualquiera de las partes. Esta fórmula fue sugerida por el Grupo Europeo de DIPr y el Instituto Max-Planck (véase QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento Roma I de 15 de diciembre de 2005", *Revista para el análisis del Derecho*, julio de 2006, pp. 1-22).

este caso, con la oferta contractual[730].

El antecesor de esta norma (Convenio de Roma de 1980) optó por referirse a la existencia y validez del contrato en lugar de hablar de perfección, nacimiento, etc[731]. La

[730] Véase BALLARINO, T. "Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto", *CDT*, vol. 1, núm. 1, Marzo 2009, pp. 5-18; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales…, op. cit.,* pp. 19-22; FRANCQ, S. "Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements", *JDI* Clunet, 136, 1, 2009, pp. 41-69; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento 'Roma I...", *loc. cit.,* pp. 656-659; KENFACK, H., "Le règlement (CE) núm. 593/2008…, *loc. cit.*, pp. 3-39; LAGARDE, P; TENENBAUM, A., "De la convention de Rome au règlement Rome I", *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727- 780; LANDO, O.; NIELSEN, P.A., "The Rome I...", *loc. cit.,* pp. 1687-1725.

[731] Los orígenes del Convenio se remontan al año 1967. Sus inicios se encuentran en una propuesta de Bélgica, formulada en nomrbe del Benelux, de proceder a la codificación por la CEE de las normas sobre conflictos de leyes, como método para la superación d ela diversidad de normas materiales de derecho internacional privado de los países que, por quel entonces, integraban la CEE. La propia dinámica de la Comunidad y, sobre todo, la incorporación de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca a la CEE, aconsejaron limitar el ámbito del Convenio, que pasaría a ocuparse sólo de la ley aplicable a las obligaciones contractuales (antes se extendía también a las no contractuales), las cuales deberán ser objeto de una Convención distinta. El Convenio de Roma se abrió a la firma en Roma, el 19 de junio de 1980 para los nueve Estados miembros que entonces conformaban la Comunidad Europea (CE). Entró en vigor el 1 de abril de 1991. Posteriormente, todos los nuevos miembros de la CE firmaron este Convenio. Paralelamente a la firma del Convenio por Austria, Finlandia y Suecia, se elaboró y se publicó una versión codificada. Tras la entrada en vigor del Convenio, todo Estado miembro que quisiera adoptar una nueva norma de conflicto de leyes para una categoría específica de contratos que entraran en el ámbito de aplicación del Convenio, o quisiera adherirse a un convenio multilateral en este ámbito, debería informar a los demás Estados signatarios (véase WILDERSPIN, M., *Le Règlement Rome I: la communautarisation et la modernisation de la Convention de Rome*, Lausana, Publications of the Swiss Intitute of Comparative Law, 2008, pp. 11-27).Con respecto a los antecedentes del Reglamento Roma I hay que citar que el Plan de Acción de Viena de 1998 reconocía la importancia de armonizar las normas de conflicto de leyes en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las decisiones en materia civil y mercantil. El programa conjunto de la Comisión y del Consejo de 2000 preveía medidas para esta armonización. Como respuesta a la petición realizada por los jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Cardiff (junio de 1998), el Consejo adoptó el plan de acción el 3 de diciembre y lo presentó unos días más tarde al Consejo Europeo de Viena. En su comunicación de 14 de julio de 1998 [COM (98) 459final] la Comisión presentó una primera contribución relativa a las nociones de libertad, seguridad y justicia, en la que esbozaba las direcciones que se deben tomar. El plan de acción concretaba estos conceptos definiendo los objetivos prioritarios para los próximos cinco años y un calendario de medidas necesarias para la realización de dicho espacio de libertad, seguridad y justicia previsto por el Tratado de Amsterdam. Basándose en el título IV del Tratado de la CE, el título VI del Tratado de la UE y el acervo de Schengen integrado en estos tratados, el plan ofrece un marco coherente que permite el desarrollo de la acción de la UE, garantizando al mismo tiempo un mejor control judicial y democrático del Tribunal de Justicia y del Parlamento Europeo respectivamente. Su objetivo es garantizar la libre circulación de los ciudadanos y su seguridad, luchando contra la delincuencia. Dicho plan debería facilitar la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior no sólo en el seno de la UE, sino también con los países candidatos a la adhesión. El Programa de la Haya de 2004, con su Plan de Acción, que instaba a la adopción de la propuesta del Reglamento Roma I, reafirmó la importancia de seguir trabajando en las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales. *DO* C 236 de 24 de septiembre de 2005. El Programa plurianual de La Haya, que se adoptó en el Consejo Europeo los días 4 y 5 de noviembre de 2004, recoge las 10 prioridades de la Unión destinadas a reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia durante los próximos cinco años. Estas prioridades son: Reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía, lucha contra el terrorismo; definir un enfoque equilibrado de la inmigración; elaborar une gestión integrada de las fronteras exteriores dela Unión; establecer un procedimiento común en materia de asilo; maximizar las repercusiones positivas de la

utilización de estos conceptos, se debe entre otras cuestiones a que la "existencia" del contrato es un concepto genérico que se refiere al acuerdo de voluntad de los contratantes y a los elementos necesarios para que el contrato sea válido[732].

Por otra parte, en el caso concreto de la oferta electrónica, los instrumentos de Derecho derivado de origen comunitario analizados, principalmente la DCE, tampoco contemplan este particular. Este hecho puede deberse, principalmente, a las diferentes concepciones que sobre la oferta existen en los diferentes Estados miembros, que dificulta, en gran medida, la unificación de la regulación en la materia[733]. Así por ejemplo, en algunos sistemas, la oferta ha de ser completa, mientras que en otros ordenamientos, basta con que contenga los elementos esenciales del contrato para que pueda ser considerada como una oferta válida y eficaz.

De esta forma, puede plantearse que, con respecto a la ley rectora de la oferta contractual, como la primera de las fases necesarias para el perfeccionamiento del contrato electrónico, podría existir una laguna legal. Este hecho se debe a que el sistema jurídico es incompleto y en concreto, con respecto a la cuestión de su ley aplicable no otorga una respuesta satisfactoria[734].

Como es sabido, existen distintos tipos de lagunas legales. Según Bobbio, en primer lugar, cuando el ordenamiento jurídico no refleja la norma que debe aplicarse a una determinada materia, se está ante lagunas denominadas reales o propias que revelan

inmigración; encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la seguridad al compartir información; elaborar un concepto estratégico relativo a la delincuencia organizada; garantizar un auténtico espacio europeo de justicia; compartir las responsabilidades y velar por la solidaridad.

[732] Sobre este particular, véase entre otras las siguientes obras: PARRA RODRIGUEZ, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, Barcelona, J.M. Bosch editor, 2001, pp. 189-217; VILLANI, U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile al contratti*, Caducci Editore, 1997, pp. 25 y ss; UBERTAZZI, B., *Il Regolamento Roma I sulla legge applabile alle obbligazioni contrattuali*, Milan, Giuffrè editore, 2008, 75 y ss; MARTÍNEZ LUNA, W.F., "La ley aplicable a los contratos de distribución en el Reglamento de la UE 593/2008 (Roma I)", *U. Pontificia Javeriana*, Bogota, julio, 30, 2016, pp. 4-28.

[733] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional...", *loc. cit*., p. 15.

[734] H. Kelsen afirmaba que todo sistema jurídico era completo como resultado del principio según el cual *"lo que no está prohibido está permitido"*. En la actualidad, aunque de forma deficiente subsiste el dogma de la integridad del ordenamiento jurídico, que sostiene que el ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso, es decir, la ausencia de lagunas (ausencia de norma para regular un caso específico). Véase Kelsen, H., *Teoría pura del derecho,* traducción de R. J. Vernengo, Porrúa, UNAM, México, D.F., 1991, pp. 5 y ss.

la falta de integridad del ordenamiento jurídico[735].

De otro lado, las lagunas impropias o ideológicas, suponen que la norma destinada a regular una cuestión no es satisfactoria. El citado autor, amplía el concepto de laguna ideológica, al considerar como tales las relativas a la diferencia existente entre el contenido de una ley con lo que debería decir para que la regulación fuese completa[736].

Según este autor, cuando se dice que un sistema no es completo, se refiere a las lagunas propias y no a las impropias. El problema de la plenitud del ordenamiento jurídico es el inconveniente de si existen y como han de eliminarse estas lagunas propias. Respecto a los motivos que las originan, es interesante destacar la distinción entre lagunas objetivas y subjetivas[737]. Las objetivas dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de las nuevas invenciones, y en general, de todas las causas que provoquen el envejecimiento de las normas con respecto a las cuestiones que deben regular, estas lagunas no dependen de la voluntad del legislador.

Por el contrario, las lagunas subjetivas, sí se deben a motivos imputables al legislador y se dividen a su vez en voluntarias e involuntarias. Las lagunas voluntarias son las ocasionadas porque el legislador, de forma intencionada, deja sin regular una determinada cuestión. Esta falta de regulación voluntaria puede deberse a la complejidad de la cuestión y a que no pueda ser regulada con reglas demasiado minuciosas, y resulta más conveniente confiarla a la interpretación, en cada caso, del juez. De otro lado, las lagunas involuntarias son causadas por la inadvertencia del legislador de una cuestión que creía haber regulado, o la falta de regulación de un caso que se considera poco frecuente, etc[738].

La integración de tales lagunas, para adaptar la regulación de una conducta no expresamente prevista al espíritu completo del sistema, puede hacerse mediante dos formas[739]. En primer lugar, a través de la autointegración, esta vía permite completar las

[735] Véase BOBBIO, N., *Teoría General del derecho*, traducción de E. Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991, p. 236.
[736] *Ibidem*, p. 241.
[737] *Ibidem*, p. 234.
[738] *Ibidem*, p. 234.
[739] Véase BARRETE UNZUELA, M., *Lecciones de teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998,

lagunas del ordenamiento a través de dos procesos: la analogía, o norma general inclusiva, que *atribuye a un caso no regulado el mismo trato que establece, para un caso similar, una norma del mismo ordenamiento y que por tanto se remonta a la misma norma fundamental*. De otra parte, los principios generales del Derecho, que Bobbio identifica con las normas fundamentales y más generales del ordenamiento jurídico[740].

Por tanto, la autointegración se sirve de la analogía como aquel procedimiento por el cual se atribuye a un caso no regulado el mismo tratamiento que a un caso regulado similarmente[741]. Para que se pueda obtener un buen resultado, la semejanza entre los casos comparados debe ser relevante, es decir, es necesario que los casos presenten una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la cual al caso no regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra. Es necesario que los dos casos, el regulado y el no regulado, tengan en común la *ratio legis*, para que el razonamiento por analogía sea lícito en Derecho. De ahí la fórmula de que "*(...) en donde exista la misma razón debe existir la misma disposición*".

En segundo extremo, la heterointegración, que supone un método de integración del ordenamiento jurídico realizable recurriendo a distintos ordenamientos. Cuando se completa una laguna en el ordenamiento interno, que no puede subsanarse con métodos de autointegración, el jurista que haya de interpretar el Derecho debe tener en cuenta tanto otros ordenamientos positivos como otras fuentes diferentes a la ley, como puede ser la costumbre o los principios generales del Derecho. En tercer término, deben destacan las relaciones entre ordenamientos jurídicos.

La postura que defiende la existencia de un único ordenamiento jurídico universal

pp. 24-39.

[740] Debe destacarse que autores como R. SORIANO realizan una distinción entre "*(...) la interpretación analógica de la extensiva. Aunque dicho autor reconoce que en ocasiones es muy difícil identificar las fronteras entre ambas. En términos generales este autor señala como criterio diferenciador el que la analogía supone la creación de una nueva norma que se aplica a un caso no regulado, mientras que la interpretación extensiva, identificable con la referencia de BOBBIO a la norma general inclusiva no supone un acto de creación jurídica , sino que supone la aplicación de una misma norma que incorpora un nuevo supuesto"* (véase BOBBIO, N., *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 316-317).

[741] *Ibidem*, p. 242.

se denomina "*monismo jurídico*"[742]; la teoría opuesta es la del "*pluralismo jurídico*"[743]. Bobbio seguía el pensamiento pluralista surgido con el institucionalismo, según este, cada grupo social organizado tiene su ordenamiento jurídico propio[744]. De esta forma, entiende que además de los ordenamientos estatales están los ordenamientos supraestatales, como por ejemplo: *el ordenamiento internacional; los ordenamientos infraestatales, propios de los grupos sociales que el Estado reconoce; los colaterales al Estado, como el de la Iglesia católica; u ordenamientos antiestatales, como las asociaciones para delinquir*[745].

De acuerdo a todo lo expuesto, puede decirse que con respecto a la determinación de la ley aplicable a la oferta electrónica existe una laguna legal propia. Esta laguna podría calificarse como subjetiva, esto es imputable al legislador y voluntaria, ya que el legislador ha dejado de regular esta cuestión, en los instrumentos mencionados, de forma intencionada. Este hecho puede deberse, como se indicaba *supra*, en el caso del Reglamento Roma I, a que este instrumento parte de la existencia del contrato, y no establece una reglamentación específica relacionada con su formación y, por consiguiente, tampoco con respecto a su perfeccionamiento (fase de la formación), ni a la oferta (fase del perfeccionamiento)[746].

---

[742] Kelsen se posiciona a favor de *"(…) la teoría del monismo jurídico, dando primacía a uno de los ordenamientos jurídicos. Se opone así a la concepción dualista de la teoría tradicional, que considera al Derecho internacional y al estatal como órdenes jurídicos simultáneamente válidos e independientes en su validez por remontarse a normas básicas presupuestas diferentes. Considera que todas las normas acaban compartiendo una misma norma superior básica, en lo que radica la unidad de todas las normas. Admite, no obstante, dos planteamientos a la hora de explicar la unidad del Derecho internacional y del Derecho estatal, colocando al primero en situación de supremacía respecto al segundo; o invirtiendo la jerarquía, siendo el Derecho estatal el que ostente la primacía"* (véase KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho…, op. cit*., pp. 332-335).

[743] No obstante, Bobbio se detiene en la cuestión de que en la actualidad tiene relevancia la idea de "*(…) un universalismo o "monismo" jurídico actual* que pretende conseguir la unidad propia de los ordenamientos internos hasta el límite extremo de un positivismo jurídico universal, para conformar "*un único Estado universal"* (véase BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho…*, *op. cit*., p. 255).

[744] Así, Romano afirma que una "*(…) institución es todo ente social organizado por el Derecho. Al concebir como jurídica toda manifestación de convivencia humana, habrá tantas instituciones como entes organizados y regulados por el Derecho, con una individualidad exterior y visible*" (Véase. ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico,* traducción de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 105 y 118).

[745] Bobbio coincide con S. Romano en su consideración de que "*una asociación para delinquir posee un ordenamiento jurídico propio, si bien se trata de una asociación antijurídica respecto al Derecho estatal*". (Véase BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho..., op. cit*., p. 255 y ROMANO, S.: *El ordenamiento jurídico, op. cit*., pp. 225 y 226).

[746] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit*., pp. 107-111.

En el caso de la DCE, esta voluntad del legislador puede deberse a las diferencias con respecto a esta declaración de voluntad en los diferentes ordenamientos de los Estados miembros, que hacen complejo regular de forma unitaria el régimen de la oferta electrónica[747]. Por lo que el legislador comunitario entiende más conveniente supeditar su respuesta a la interpretación del juzgador en cada caso.

Para poder solucionar esta laguna puede acudirse al método de la heterointegración con el objetivo de determinar la ley que califica el contenido del sitio web para determinar el régimen jurídico aplicable a la oferta. En concreto, en este trabajo se propone la utilización del principio de previsibilidad y de proximidad en relación con la Teoría del *International Stream of Commerce*, con el fin de dar una solución a esta cuestión.

B) Ley aplicable a la calificación del contenido del sitio web

a) Principio de previsibilidad

Resulta indispensable en esta fase del perfeccionamiento del contrato electrónico determinar cuándo se está ante una oferta y en qué casos no[748]. Para realizar esta tarea es preciso tener en cuenta el ordenamiento que califica el contenido del sitio web. Esto es, qué norma debe considerarse para determinar si la información que aparece en un sitio web es una oferta vinculante[749].

La peculiaridad que presenta esta labor está en que el contrato aún no existe en esta fase del perfeccionamiento[750]. Por tanto, la determinación del ordenamiento que establece si la citada declaración es una oferta puede resultar compleja debido a que, como se ha señalado, el Reglamento Roma I parte de la existencia del contrato y no contiene reglas específicas sobre la oferta contractual[751]. De esta forma, las posibilidades de acudir

[747] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional...", *loc. cit*., p. 15.
[748] Véase DE CUEVILLA MATOZZI, L. "El concepto de oferta contractual en el comercio internacional…," *op. cit.,* pp. 1430-1432.
[749] En la Sentencia de la *Munich Oberlandesgericht* de 15 de noviembre de 2002 (19 W 2631/02) mencionada *supra*, el Tribunal resolvió si una oferta publicada en Internet era vinculante, incluso si el precio dado inducía a error, aplicando la ley alemana.
[750] Véase GONZÁLEZ GONZALO, A., *La formación del contrato…, op. cit.,* pp. 32-39.
[751] Véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre Ley aplicable...", *loc. cit.,* p. 75.

a las normas de conflicto de este instrumento para determinar la ley aplicable a la calificación del contenido del sitio web son limitadas[752].

Los criterios generales de imputación de riesgos procedentes del principio de previsibilidad y de la eficiencia del DIPr se conforman alrededor de la idea de que los riesgos debe asumirlos la parte contratante que pueda sufragarlos con un coste menor (*cheapest risk berarer*) siempre que identificar a esa parte y su imputación no conlleve, al mismo tiempo, un coste mayor[753].

El "*cheapest risk bearer es aquella parte en la transacción que pueda prevenir/soportar el riesgo, en cuestión, a un menor coste ya que tiene una ventaja comparativa en la prevención o en la asunción de los riesgos"*[754]. Con carácter general, existen diferentes criterios que permiten identificar la parte que puede asumir el riesgo a un menor coste[755].

En primer lugar, el *criterio del control* que lleva a hacer responsable de un riesgo al contratante al que le ocasione un menor coste preveerlo. En la concreción de este criterio se valora normalmente como índice la causalidad (una parte "controla" los riesgos que ha ocasionado su conducta). De forma habitual este criterio opera en riesgos "controlables" y, principalmente en las relaciones extracontractuales[756].

En segundo extremo, el *criterio del impacto* (o de la diversificación, *spreading losses*) conlleva la imputación del riesgo a la parte que tenga menos costes si ese riesgo sobreviniera. En la concreción de este criterio se tienen en cuenta elementos como "*(…)*

---

[752] Una postura distinta a la que aquí se propone en relación con la aplicación de la ley del contrato futuro o hipotético, es la que sostienen R. Arenas y C. Oró, AAVV, S. Sánchez Lorenzo (coord.) *Cláusulas en los contratos internacionales…, op. cit.,* pp. 2-96. Estos autores se decantan por esta opción para los casos en los que en la cláusula relacionada con la oferta (general, no especialmente vinculada al ámbito virtual) no esté suficientemente clara la existencia de esta.

[753] Véase GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "La racionalidad económica…", *loc. cit.,* pp. 87-154.

[754] En general, los derechos subjetivos deben atribuirse de forma que concentren los costes y beneficios asociados a las conductas humanas en aquella parte que controla físicamente la acción (véase DEMSETZ, H., "Toward a Theory of Property Rights", *AER.*, 1967, pp. 347 y ss., p. 348).

[755] Sobre los costes-riesgos del DIPr con carácter general (véase ABARCA JUNCO, A.P., *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, Madrid, 2009, pp. 58-61; CALVO CARAVACA, L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho internacional privado…, op. cit.*, pp. 74-78; GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 89-93).

[756] Véase KEGEL G., *Internationales Privatrecht*, Vérlag, C.H. Beck, Münich, 2004, pp. 25-29; KOLLER, M. *Die Risikorurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, C.H. Beck, Münich, 1979, pp. 77-98.

la información que cada parte posea, o pueda poseer, sobre ese riesgo (cuanta más información, más fácil reducir el daño derivado de su impacto), las posibilidades de diversificación del riesgo en operaciones independientes o las posibilidades de aseguramiento"[757].

De esta forma, para el DIPr ha de imputarse los riesgos de internacionalidad al contratante que pueda tener un coste menor si estos se materializan[758]. Por ejemplo, quien habitualmente realiza transacciones en el mercado internacional (operador sofisticado) tiene más información sobre los costes de internacionalidad y puede diversificarlos; en el caso de relaciones entre operadores sofisticados y operadores ocasionales, el *international cheapest risk bearer* es el primero[759].

En la medida en que se trata de distribuir un "*riesgo legal*" (acudir a un sistema jurídico extranjero) este criterio conduce, también a que ese riesgo sea asumido por la parte que previsiblmente necesite, en menor medida, "*utilizar el Derecho*"[760]. Entre dos operadores sofisticados o entre dos operadores no sofisticados, debe imputarse el riesgo de internacionalidad a quien vaya a tener menor necesidad de demandar o de utilizar el Derecho[761].

En este sentido, el oferente del producto en la contratación electrónica que realiza transacciones comerciales habitualmente, con carácter general, tiene más información sobre los costes de la internacionalidad, derivados fundamentalmente de la necesidad de litigar ante un determinado Tribunal extranjero o aplicar a la relación jurídica un Derecho que no le es propio.

Además, posiblemente, tenga menos necesidad de utilizar el Derecho ya que las reclamaciones de esta parte pueden darse, principalmente, por el incumplimiento de la obligación del comprador o destinatario de los servicios en relación al pago. En la contratación electrónica, normalmente este se realiza de forma previa a la entrega del

[757] Véase CARRASCOSA GONZÁÑEZ, J., "Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, número 22, 2004, pp. 17-58.
[758] Véase MORALES ARCE, J.B., "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Valladolid, 2002, pp. 272-273.
[759] Véase GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "La racionalidad económica…", *loc. cit.*, pp. 90-98.
[760] Véase BONOMI, A., "Globalización y Derecho internacional privado"…, *loc. cit.*, pp. 223-235.
[761] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Orientaciones del derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista mexicana de Derecho Internacional privado*, núm. 9, 2000, pp. 7-32.

producto o prestación del servicio objeto del contrato. Por este motivo, la necesidad de litigar del oferente puede ser menor que la de su contraparte, debido a que este si tendrá que utilizar el Derecho para posibles reclamaciones relacionadas, entre otras, con la citada entrega[762].

De lo expuesto, y teniendo en cuenta el principio de previsibilidad, los destinatarios de las "posibles" ofertas electrónicas no deberían verse sorprendidas por un derecho diferente al de su domicilio. De modo que los oferentes han de soportar, al menos en principio, los costes de la internacionalidad con respecto a la ley que determina la calificación del contenido del sitio web[763]. Según lo expuesto, el Derecho aplicable a la calificación del sitio web habría de ser aquél que resultara previsible para la parte a la que se dirige la información a través del sitio web (sea considerada oferta o no). Esta se considerará que tiene la condición de oferta cuando el Derecho de la residencia del destinatario de la citada información la califique como tal.

De este modo, un consumidor o una empresa que adquiere un determinado bien o servicio a través de la red debería esperar ver calificada la información que aparece *online* como oferta o como una mera invitación a contratar según las normas vigentes en el lugar desde el que realiza el pedido, salvo que existan elementos suficientes (en la propia información que suministra el sitio web o el correo electrónico), que permitan pensar que tales aspectos están regulados por otro sistema jurídico[764].

b) Principio de proximidad. Teoría de la I*nternacional Stream of Commerce*

En estrecha conexión con el principio de previsibillidad se encuentra el principio de proximidad. P. Lagarde se pronunció sobre este principio, partiendo del doble postulado de que el DIPr deber ser aprehendido en sus "*(…) tres dimensiones indisociables que son: el conflicto de leyes, la competencia judicial y el efecto de las sentencias y decisiones, y en estas tres dimensiones, se trata de un derecho de vinculación"*[765]. De otro lado, según Savigny, *"(…) el principio de proximidad constituye*

[762] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Mercado global…", *loc. cit.,* pp. 155-181.
[763] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional…", *loc. cit.*, p. 25.
[764] *Ibidem.*
[765] Véase LAGARDE, P., "Le principie de proximité dans le droit international privé contemporain",

un paso concreto, fundado sobre el examen de diferentes elementos de la situación en su conjunto"[766]. Sin embargo, siempre se trata, según Kegel, de una justicia de DIPr y no de una justicia material, como lo concibió "la revolución americana"[767].

Según Mª. D. Ortiz , la aplicación de la ley del país donde se dirige la oferta (tesis de la "*International Stream of Commerce*") en virtud del principio de proximidad consiste en que el individuo participa en un mercado "extranjero" con el fin de obtener grandes y numerosas ventajas económicas. Por esta razón, su decisión de intervenir activamente en el comercio "extranjero" constituye la internacionalización del contrato. La parte contratante crea una "corriente de comercio internacional" (*Internacional Stream of Commerce*) hacia dicho país[768].

El individuo es consciente del riesgo que comporta la participación en mercados "extranjeros". El riesgo se traduce en soportar la carga de la aplicación de la Ley del mercado "extranjero" en el que opera, ya que, dicha Ley se corresponde con la Ley del país más estrechamente vinculado con el contrato internacional y, con la Ley estatal que ofrece mayor previsibilidad para ambas partes contratantes.

La internacionalización del contrato y la creación de una *International Stream of Commerce* se produce, con carácter general en el supuesto de que la información sobre un producto o servicio se dirija a un determinado Estado, el país que se halla más

RCADI, vol. 196, pp. 29-126.

[766] Véase DE SAVIGNY, F.C., *Sistema de Derecho Romano actual*, traducido del alemán por M. CH Guenoux y escrito en castellano por J. Messía y M. Poley, Madrid, 1879, vol. VIII, de. Facsimil de Comares, 2005, pp. 124 y ss.

[767] Véase KEGEL, G. "The Crisis of the Conflict of Laws…",*loc. cit.*, pp. 87 y ss. Debe indicarse que el principio de proximidad así enunciado tampoco se confunde con la teoría de la *proper law* de Morris. Aunque él quiso también buscar la ley más próxima, su método se demarca por su empirismo. Se trata de reagrupar los puntos de contacto con los diferentes órdenes jurídicos implicados en la situación jurídica (véase MORRIS, J.H.C., "The proper law of a Tort", *Harvard Law Review*, vol. 64, n. º 6, abril, 1951, pp. 88-895). La revolución americana o "conflict revolution" fue la responsable en gran medida del cambio que se produjo en el DIPr norteamericano y de su separación metodológica de los sistemas de Derecho. Las premisas más relevantes de este movimiento fueron transformar al DIPr en una rama jurídica dedicada a la justicia material y al análisis de las políticas públicas que servían como fundamento al Derecho sustantivo (véase SYMEONIDES, S., "The American revolution and the Wuropean evolutioning choice of law: reciprocal lessons", *Tulane Law Review*, 2007, pp. 5 y ss; FINCH, M., SMELTZLY, L., "The restatement second and conflict of laws: extending the bishop approach to problems in contract", *Stetson and Law Review*, 1986, p. 272 y ss.).

[768] Vease ORTIZ VIDAL, M. ª D., *Contratación internacional y espacio judicial europeo: El principio de proximidad en el Reglamento Roma I*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2012, pp. 44-59.

estrechamente vinculado con el contrato es el Estado en el que la parte contratante profesional difunde esta información[769]. De esta forma, la ley que ha de calificar si esta se considera oferta o no es la ley del país hacia donde se dirige por tratarse del país más estrechamente vinculado[770].

La tesis de la *International Stream of Commerce* presenta, entre otras, las ventajas siguientes: La parte contratante que "*(…) crea una corriente de comercio internacional hacia el país que dirige la publicidad"* u oferta es consciente de que con su acción internacionaliza el contrato y debe soportar la carga de aplicación de la ley de dicho país[771]. Además esta ley se corresponde, como se ha destacado *supra*, con una ley previsible para ambas partes contratantes y, por esta razón, les comporta mínimos costes conflictuales a ambas partes[772].

Como afirma el profesor J. Carrascosa, pese a las ventajas de la teoría de la *Internacional Stream of Commerce* también pueden realizarse algunas críticas, la más importante es que el sujeto que recibe la información (oferta o no) en su país, siempre dispone de la opción de rechazarla. La aceptación por parte del sujeto que recibe la oferta en su país realizada por una empresa de otro Estado, le vincula para formar parte del "*riesgo internacional que contiene el negocio jurídico, ya que nada le obliga a contratar con un país diferente al que pertenece*" [773]. Sin embargo, el sujeto que emite su oferta con destino a otro país dispone de un mayor control sobre el riesgo de internacionalidad frente al sujeto que recibe la oferta. Por esta razón, la aplicación al contrato de la Ley del país de recepción de la oferta comporta costes conflictuales reducidos para ambas partes contratantes[774].

---

[769] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream of Commerce", A.L., Calvo Caravaca; P. Blanco-Morales Limones (coords.), *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119.

[770] Véase PAZ-ARES, C., "Principio de eficiencia…", *loc. cit*., pp. 2843-2900; W. LANDSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Colex, Madrid, 2003, p. 186.

[771] Véase ORTIZ VIDAL, M. ª D., *Contratación internacional y espacio judicial europeo…, op. cit.,* pp. 145-159.

[772] Véase ALFARO ÁGUILA REAL, J., "Los costes de transacción", J.L. Iglesias Prada (coord), *Estudios en homenaje al Profesor A. Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162;

[773] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes…, op. cit.,* pp. 228-229.

[774] Véase ORTIZ VIDAL, M. ª D., *Contratación internacional y espacio judicial europeo…, op. cit.,* p. 147.

En este caso, en relación con el principio de proximidad y la teoría de la *Internacional Stream of Commerce*, el ordenamiento que califica el contenido del sitio web, es aquel al que se dirige la información (posible oferta). En el contexto de la contratación electrónica, en determinados casos pueden surgir dudas acerca de si un PSSI dirige su actividad comercial a un determinado país. En este caso, deben examinarse diferentes elementos, como pueden ser: el idioma del sitio web, número de visitas desde un determinado país, listado internacional de clientes, prefijo telefónico, moneda, etc[775]. De esta forma, la calificación de la información que se proporciona a través del sitio web como oferta o como mera publicidad o *invitatium ad oferendum* se hará de acuerdo con el ordenamiento del país hacia donde se dirige dicha información de acuerdo a los elementos indicados, entre otros.

Este Derecho determinará si el sitio web ofrece una información que puede calificarse como oferta o no. En consecuencia, para determinar el régimen jurídico de esta declaración de voluntad se tendrán en cuenta los distintos instrumentos que regulen esta cuestión en el citado ordenamiento y que podrán ser en primer lugar de origen convencional. En este caso la CV, sería aplicable si el objeto del contrato es una compraventa internacional de mercaderías (cuando el comprador no sea un consumidor) si el Estado hacia el que se dirige la oferta es un Estado contratante [aplicación directa; art. 1.1 a)][776]. En este supuesto, en principio, no es posible la aplicación indirecta de este instrumento conforme a las reglas conflictuales, porque el Reglamento Roma I no establece una reglamentación sobre la oferta ya que según lo expuesto *supra* parte de la existencia del contrato y no se encarga de la determinación de la ley aplicable a las diferentes cuestiones relacionadas con el proceso formativo, en este caso de la oferta.

Con respecto a los demás instrumentos de Derecho uniforme y transnacional (PU, MCR, PECL. Ley modelo Uncitral de Comercio Electrónico), serán aplicables si las partes así lo determinan en virtud de la autonomía material ejercitada en el contrato. En todo caso, para la regulación de la oferta electrónica, podrá tenerse en cuenta el propio Derecho autónomo del país hacia el que se dirija la oferta según la teoría de la

[775] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet…, op. cit*., pp. 645-647.
[776] Véase CASTELLANOS, RUÍZ, E., *El Reglamento Roma I…, op. cit.*, pp. 251-523.

Internacional Stream of Commerce.

Por ejemplo, puede darse el caso de una empresa norteamericana, que vende a otra empresa española un determinado producto a través de su sitio web. En relación con esta transacción surge una controversia y una de las partes alega que la información que aparecía en el sitio web no tenía la consideración de oferta, sino de mera publicidad (no vinculante). En este contexto, según la argumentación expuesta, para la calificación del contenido del sitio web, con el objeto de conocer si la información publicada por la empresa americana se trataba de una oferta, se tendrá en cuenta la Ley española por tratarse de la ley del lugar donde se dirige la información (posible oferta).

Esta afirmación se hace siguiendo la teoría de la *International Stream of Commerce,* siempre que efectivamente se verifique que la información se dirigía a España. De esta forma, se tomarán en cuenta los instrumentos de Derecho convencional, uniforme y transnacional que resulten aplicables, además del Derecho autónomo español, con el objetivo de verificar si la oferta vincula a la empresa norteamericana.

C) Regulación en el Derecho convencional, uniforme y transnacional

a) Cuestiones previas

En primer lugar, el CV contiene determinados preceptos relativos a la oferta y a la aceptación contractual que pueden resultar de interés en relación con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Como se ha señalado, las soluciones adoptadas por este instrumento sólo serán aplicables si el contrato versa sobre una compraventa internacional y cumple con uno de los dos presupuestos de aplicabilidad (directa o indirecta)[777]. De esta forma, en este supuesto, puede darse una aplicación directa conforme al art. 1.1 a) de la CV[778]. Con respecto a la aplicación indirecta de la

[777] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., *El Reglamento Roma I...op. cit*., pp. 251-253.

[778] Véase DÍEZ PICAZO, L. (Dir), *La compraventa internacional de mercaderías…, op. cit.*, pp. 11-59; ESPLUGUES MOTA, C., DE AGUILAR VIEIRA, I y MORENO RODRÍGUEZ, J.A., "Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías", Esplugues Mota, C. y Hargain, D., *Derecho del comercio internacional, MERCOSUR, Unión Europea*, B de F/Reus, Montevideo/Madrid, 2005, pp. 345 y ss.; ESPLUGUES MOTA, C., "La compraventa y otras operaciones de intercambio", S. BaronaVilar, C. Esplugues Mota y J. Hernández Martí (coords.), *Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 266 y ss.; FERNÁNDEZ

CV, para la regulación de la oferta y la aceptación contractual (adhesión), mediante las reglas conflictuales del Reglamento Roma I, al tratarse esta de una cuestión no prevista por este instrumento, no se contempla esta posibilidad.

En segundo extremo, con respecto a los demás instrumentos que pueden estar relacionados con las fases del perfeccionamiento, pueden citarse los PU, el MCR, los PECL y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. Debe indicarse que la aplicación de estas normas vendrá dada no por la autonomía conflictual sino por la autonomía material que las partes ejerciten para la conclusión del contrato. Pese a esta afirmación, como es sabido, considerar como una elección válida de la *lex contractus*, la opción de que los contratantes sometan el contrato a un conjunto de normas materiales, como expresión de la autonomía conflictual de las partes, no es, un tema nuevo en el ámbito del Derecho aplicable a la contratación en el sistema europeo de Derecho internacional privado[779].

De esta forma, en la Propuesta del Reglamento Roma I se apuntaba la posibilidad de que "l*as partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria*" (art. 3.2, apartado primero). Con este precepto, se intentaba que los contratantes tuviesen la opción de elegir directamente principios y reglas como son los PU o los PECL[780].

Esta Propuesta fue criticada principalmente por la *falta de seguridad jurídica y la carencia de legitimación democrática*, y finalmente se optó por señalar unicamente en el Cdo. 13 del Reglamento Roma I, un tema no hubiese necesario indicar de forma expresa referido al concepto de autonomía material que tienen los contratantes en el ámbito de cualquier ordenamiento jurídico aplicable a un contrato: "*El presente Reglamento no*

ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacionales…, op. cit.,* pp. 351 y ss.; HONNOLD, J.O., *Derechouniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas de 1980*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 3-74; LÓPEZ LÓPEZ, A.M., "La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", *RDM*, 1997, núm. 225, pp. 1207 y ss.; PERALES VISCASILLAS, Mª.P., *La formación del contrato en la compraventa…, op. cit.,* pp. 12-48; VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías…, op. cit.*, pp. 29-57.

[779] Véase FERNÁNDEZ MASIA, E., "Optando por la normativa..., *loc. cit.,* pp. 1-21.

[780] Sobre esta cuestión, CALVO CARACAVA, A., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.*, pp. 81-82; FERNANDEZ ROZAS, J.C., "Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente", *La Ley*, 2005-II, pp. 1442-1450; MANKOWSKI, P., "Der Vorschlagfür die Rome I...", *loc. cit.*, p. 102; QUIÑONES ESCAMEZ, A., "Ley aplicable a los contratos...", *loc. cit.*, pp.10-11.

impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional".

Por lo tanto, la posibilidad de actuación de una normativa material y no sólo una ley estatal, en el marco de la autonomía de la voluntad conflictual contemplada en el art. 3 del Reglamento Roma I se dejó para el futuro y vinculado a un texto que fuese elaborado por parte de las instituciones de la UE[781]. En concreto el Cdo. 14 del Reglamento Roma I señala que "*en caso de que la Comunidad adopte, en un instrumento jurídico oportuno, normas del Derecho material de los contratos, incluidas las condiciones generales, este instrumento podrá prever que las partes puedan elegir aplicar dichas normas*". Por tanto, en la actualidad, solamente a través del ejercicio de la autonomía en la elección de ley de los contratantes es donde puede ubicarse la elección de los instrumentos de *soft law* indicados[782].

b) Elementos de la oferta

Como se ha indicado *supra*, la oferta es, en primer lugar, una declaración de voluntad unilateral que contiene todos los elementos esenciales del futuro contrato y que el oferente emite con una seria intención de obligarse y dar a conocer al destinatario. De forma, que si el destinatario del mensaje acepta la oferta, momento de perfección del contrato, se cumplirán satisfactoriamente los intereses del oferente[783].

En primer lugar, pese a que la CV no contiene disposiciones específicas relacionadas con la contratación electrónica debe tenerse en cuenta la regulación general que realiza de la oferta contractual[784]. La CV sigue la tradición de los códigos nacionales

[781] Véase GUZMAN ZAPATER, M., "El Reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo", *Aranzadi Civil*, núm.12, 2009, p. 8.

[782] Véase FERNÁNDEZ MASIA, E., "Optando por la normativa común de compraventa europea", *REEI*, 2012, pp. 1-21.

[783] Véase MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *La formación del contrato…, op. cit.,* pp. 38-51.

[784] La CV no contiene disposiciones específicas sobre la contratación electrónica, su Consejo Consultivo admite una interpretación de los términos empleados en la Convención en el sentido de dar cabida a estas modalidades de contratación *online*. De este modo, el término verbal incluye el sonido transmitido electrónicamente en tiempo real; el término comunicación contiene las comunicaciones electrónicas y el término escrito se refiere a todo tipo de comunicación electrónica que sea susceptible de ser recuperada en forma tangible. Según la CV, para que el contrato sea válido, no se exige que reúna una determinada formalidad de celebración (art. 11), por tanto, en principio, la celebración del contrato por medios electrónicos es válida según este instrumento. En cualquier caso, existen determinados Estados en los que se exige que el contrato se celebre por escrito, estos países según el art. 96 de la CV pueden realizar una

utilizando el modelo bilateral de oferta y aceptación, de esta forma, sus arts. 14 a 24 regulan los requisitos que deben reunir ambos elementos para que se produzca el perfeccionamiento del contrato

En concreto, el art. 14 de la CV indica que: "*la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. La oferta es suficientemente precisa si se indican las mercaderías y expresa o tácitamente se señala la cantidad o el precio o se prevé un medio para determinarlos*". De esta forma, cuando se aplica este instrumento no es preciso que en la oferta se especifiquen los elementos constitutivos del contrato (cosa y precio siempre que existan mecanismos que prevean su determinación). Se sustituye así la concreción de ciertos extremos por el establecimiento de mecanismos que permitan la determinación posterior de los elementos del contrato que no quedan especificados[785].

Con frecuencia, en la contratación electrónica, la oferta se dirige al público en general, por lo que en el caso de los contratos internacionales se plantean dudas de si se está ante una verdadera oferta o no. En este sentido, la CV establece que en este caso se trata de una *invitatio ad offerendum*, salvo que se indique claramente lo contrario (art. 14.2)[786].

"Declaración", en virtud de la cual, el contrato deba celebrarse por escrito, siempre que cualquiera de las partes contratantes tenga su establecimiento en ese Estado (véase OSMAN, F., *Les príncipes généraux de lalex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Bibliothèque de droit privé, Librerie Géneral de Droit et Juriprudence, París, 1992, p. 35).

[785] Son numerosos los autores que se han pronunciado sobre la oferta contractual en la CV. Sin ánimo de ser exhaustivos pueden mencionarse: FERRARI, F., *La compraventa internacional. aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; GARRO, A.M., ZUPPI, A.L., *Compraventa Internacional de mercaderías*, La Roca, Buenos Aires, 1990; HONNOLD, J., *Derecho Uniforme sobre Compraventas Internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 58 y ss; MEDINA DE LEMUS, M., *La venta internacional de mercancías, Colección de Ciencias Sociales, Serie Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 25-26; PILTZ, B.,*El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 942-949; *id*., *Compraventa Internacional. Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980*, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 46-87.

[786] Como se ha indicado *supra*, la diferenciación entre oferta y mera invitación a recibir ofertas debe ser tomada en cuenta como una cuestión crucial en la configuración de una página web cuando esta tenga un carácter comercial y este dirigida a personas indeterminadas y que suelen incorporar un catálogo de productos y la posibilidad de adquirirlos mediante la utilización de una TV. Puesto que se verán obligados a cumplir los términos de la oferta si esta resulta aceptada (a diferencia de si se trata de invitaciones a ofrecer que no tienen carácter vinculante). Para evitar resultados no deseados puede ser oportuno que aquellos PSSI que sólo deseen incoporar invitaciones para ofrecer lo expresen de forma clara e inequívoca en su página web, de forma que no haya posibilidad de que los potenciales destinatarios de su contenido

En segundo extremo, los PU siguen al igual que la CV el sistema basado en la oferta y la aceptación como elementos necesarios para que tenga lugar el perfeccionamiento del contrato (art. 2.1).

Con respecto a la oferta contractual, el art. 2.2 de los PU establece que "*Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación*"[787]. Esta regulación de los PU incluye las ofertas realizadas a través de una página web y dirigida a una generalidad de público o destinatarios, porque, entre otras razones, este instrumento, se fundamenta en el principio de libertad de forma (art. 1.2)[788].

Este precepto establece jurídicamente la definición de oferta y los elementos mínimos e imprescindibles para que una declaración de voluntad pueda considerarse como tal[789]. Delimitar cuándo una comunicación puede considerarse como una oferta es de suma importancia, puesto que sólo las declaraciones de voluntad que reúnan los requisitos legalmente establecidos para ser así consideradas podrán ser aceptadas y consecuentemente dar lugar al nacimiento de un contrato

En tercer lugar, el MCR, a diferencia de otros instrumentos, se refiere expresamente a los contratos electrónicos en su art. 3: 105 (3). El MCR contiene las

---

las confundan con ofertas vinculantes.

[787] Resulta de interés la obra DE CUEVILLA MATOZZI, L., "El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho Privado español", *AC*, núm. 43, 22-28 de noviembre de 1999, p. 1430, señala que en la configuración o delimitación de este requisito de la oferta contractual han prevalecido los criterios de flexibilidad característicos de los sistemas del *common law*, en lugar de la rigidez propia de los sistemas del *civil law*.

[788] La definición de oferta en los PU no se aleja en esencia del concepto que recibe en el Derecho español: "*una declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida a otro sujeto y emitida con un efinitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce (…) conteniendo los requisitos indispensable al fin proyectado y por consiguiente con todos los elementos necesarios para el futuro contrato"* [*STS* de 10 de octubre de 1980, *RJ* 1980, 3623] (véase DIEZ PICAZO, L.; ROCA TÍAS, E.; MORALES, A.M., *Los Principios del derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 58-79; SCHULZE, R., ZIMMERMANN, R., *Textos Básicos de Derecho privado Europeo*. Recopilación, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 36-77).

[789] Este precepto presenta algunas similitudes con el art. 14.1 de la CV, aunque en el caso de los PU no se especifican qué elementos hace que la oferta sea así considerada. La CV, por el contrario, sí lo establece: (…) *una oferta es suficientemente precisa cuando se indican las mercaderías y expresa o tácitamente se señala la cantidad y el precio o se prevé un medio para determinarlos*. Una correcta interpretación entre el art. 2.2 de los PU y el mencionado art. 14.1 de la CV conlleva a considerar que no pueden considerarse como contradictorios, sino complementarios (véase AAVV, *Comentario a los Principios de Unidroit… op. cit*., pp.115-116).

normas sobre perfección del contrato en el Cap. IV del Libro II, que sigue el modelo de formación contractual clásico, basado en el intercambio de la oferta y de la aceptación. Como novedad en este texto, cabe resaltar que en la sección I sobre disposiciones generales, el art. II.4: 101 MCR) establece que la concurrencia de oferta y aceptación no es el único medio para la formación del contrato[790]. Este precepto enuncia dos requisitos para que el contrato esté válidamente formado: en primer lugar que haya una intención de establecer una relación jurídica vinculante y en segundo lugar que haya un acuerdo suficiente. Estos requisitos se determinarán según las declaraciones y la conducta de la parte que pretenda vincularse que puedan ser entendidas de este modo por la otra parte[791].

De esta forma, con respecto a la oferta, el MCR en su art. II. 4:201 establece que una propuesta equivale a una oferta si: "*(a) se pretende dar lugar a un contrato cuando la otra parte lo acepte y si (b) es lo suficientemente completa para permitir la formación del contrato"*. Asimismo según este precepto la oferta puede hacerse a una o varias personas.

Con el fin de determinar la voluntad del oferente de vincularse en relación con un determinado contrato, el art. 4:102 del MCR establece que habrán de tenerse en cuenta la interpretación que haga el destinatario de las declaraciones o conducta del oferente. Este instrumento, al igual que en el caso de los PECL, hace primar la forma en la que el destinatario entiende que se ha hecho la propuesta sobre la propia voluntad del oferente[792].

En relación a la oferta contractual, destaca el art. 4:201 3º del MCR que establece que: "*La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio*".

En este sentido, pueden entenderse incluidas las ofertas que se realizan a través de

[790] Véase SCHULZE, R., *Common Frame of Reference…, op. cit.*, pp. 95-125.
[791] *Ibidem*, p.100.
[792] Véase KADNER GRAZIANO, T., *Europäisches vertragsrecht*…, *op. cit*., pp. 479-501; MICKLITZ, H., CAFAGGI, F., (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar Publishing, Cheetenham, UK, Northampton, MA, USA, pp. 201-221.

un sitio web para comercializar productos o servicios por vía electrónica. Se consideran ofertas las propuestas hechas al público en general y se admite, del mismo modo, que el destinatario de la oferta pueda ser un consumidor. En este punto este instrumento al igual que los PECL difieren del ámbito de aplicación subjetivo de la CV y de los PU.

Por último, debe hacerse alusión a la regulación que sobre la oferta realizan los PECL. Este instrumento muestra una actitud ambivalente: por un lado, parece querer alejarse del esquema bilateral y establecen en su art. 2:2101, que "*para que se perfeccione un contrato sólo hace falta la intención de las partes de vincularse jurídicamente y que alcancen un acuerdo suficiente*"[793].

Con respecto a la oferta, como ocurre en los demás instrumentos mencionados, en los PECL se exige la intención seria del oferente de quedar vinculado por la oferta en caso de aceptación (art. 2:102 PECL)[794]. La oferta tiene la consideración de una declaración de voluntad cuyo fin es perfeccionar el contrato con la concurrencia de la declaración de voluntad del aceptante[795].

En cualquier caso, ninguno de los instrumentos mencionados establece expresamente qué términos debe emplear el oferente para que pueda entenderse que desea quedar vinculado si el destinatario acepta la oferta. Sin embargo, existe unanimidad en que la oferta debe ser seria y realizarse con carácter definitivo para obligar al oferente[796]. Por este motivo, si se incluye en la oferta una cláusula con el enunciado "salvo confirmación", "salvo aprobación" o "sin compromiso", implica la voluntad del oferente de no quedar vinculado y de que el destinatario si quede vinculado en caso de que acepte la citada oferta[797].

En este sentido, el art. 2:102 de los PECL dispone que: "*la voluntad de una parte*

[793] Véase LARA AGUADO, M.A. "La oferta y la aceptación…." *loc. cit*., p. 28.
[794] Arts. 14.1º de la CV, 2.2 de los PU.
[795] Véase PERALES VISCASILLAS, M.P., *La formación del contrato…, op. cit*., p. 270.
[796] En este sentido véase el caso Gibson v. Manchester City Council (1979) 1 WLR 294, HL o la STS de 15 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4923). Sobre este particular véanse las siguientes obras: DE CUEVAS MATOZI, *La oferta contractual*…, *op. cit*., pp. 76-77; DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos…, op. cit*., p. 330.
[797] Esas cláusulas se emplean en algunos ordenamientos como es el caso del francés bajo la expresión "*sans engagement*"; en el Derecho italiano, como "*senza impegno*"; en el Derecho inglés, como "*whithout obligation*" o "*subject to agreement*", y en el Derecho alemán, como "*freibleibend*" (véase LARA AGUADO, M.A., "La oferta y la aceptación…, *loc. cit*.", p. 684).

de vincularse contractualmente se determinará a partir de sus declaraciones o de su conducta, tal y como éstas fueran razonablemente entendidas por la otra parte". En cualquier caso, el art. 5: 101 de los PECL establece que la intención común de las partes está por encima del sentido literal de las palabras[798].

Con respecto a las propuestas que se realizan a través de Internet y que van dirigidas a una generalidad de destinatarios, los PECL admiten que puedan considerarse ofertas contractuales. De esta forma, el art. 2:201, 3º de los PECL establece que: "*La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio*".

Esta norma, como establecen sus comentarios establece sólo una presunción, de modo que el anuncio puede indicar una intención diferente o deducirse así de las circunstancias[799]. Del mismo modo, indican los comentarios a los PECL que las propuestas dirigidas a un público en general, en determinados casos, no se consideran ofertas, sino invitaciones a realizar ofertas. De esta forma, en el caso de anuncios de puestos de trabajo, cuestión muy frecuente en el entorno de Internet, el anunciante no está obligado a contratar a cualquier persona que cumpla las condiciones requeridas en la oferta. De esta forma, los PECL establecen el carácter de la oferta de las propuestas que se hacen al público en general, pero esta regla admite modulaciones, atendiendo a las circunstancias concretas del caso[800].

---

[798] De esta forma, en la mayoría de los casos es la verdadera intención del oferente la que prevalece y sólo en los supuestos que presenten cierta complejidad porque no sea posible hacer coincidir la verdadera intención con lo que se desprende, bien sea de las declaraciones del oferente, bien de su conducta, habrá que hacer primar la interpretación que razonablemente se deriva de dichos actos y declaraciones. Con respecto a esta cuestión se pronuncian diversos autores. Véase entre otros, DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho…, op. cit*., p. 331; MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual…, op. cit*., p. 131.

[799] Véase LANDO, O.; BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo…, op. cit*., p. 223.

[800] Este es el régimen también de otros instrumentos como es el caso de MCR y de los PU. Estos últimos no hablan de los destinatarios de la oferta, aunque sus comentaristas entienden que el hecho de dirigir la propuesta a un público indeterminado no indica que no exista oferta. Debe estarse al caso concreto. Véase ARROYO AMAYELAS, E., "Formación y perfección del contrato", S. Cámara Lapuente (Coord.), Derecho privado europeo, Colex, Madrid, 2003, p. 350.

c) Vigencia de la oferta

La oferta necesita un periodo de tiempo de vigencia para que pueda recaer la aceptación debido a que el destinatario ha de tener tiempo suficiente para tomar una decisión sobre esta cuestión[801]. El asunto está en determinar cuál será la duración de la oferta o dicho de otra forma, cuanto tiempo estará en vigor. En relación con este tema, pueden distinguirse dos casos diferentes: el primero sería que la oferta fije expresamente su duración o, por el contrario, que el oferente no fije plazo alguno. En relación con el primer supuesto, está claro que la oferta tendrá vigencia durante el plazo expresamente señalado, o se establece un término inicial a partir del que la oferta será eficaz; o bien un término final de la oferta o plazo de vigencia, a partir de este plazo la oferta tendrá eficacia y ha de producirse la aceptación para que el contrato nazca.

En este sentido, el oferente puede determinar el plazo de vigencia de la oferta como plazo final de su validez, aunque no en todas las ocasiones este extremo aparece fijado en las ofertas contractuales[802]. Por tanto, puede resultar controvertido determinar si la oferta conlleva un plazo implícito de vigencia para su aceptación, y en atención a que ordenamiento se fija dicho plazo[803].

Sobre esta cuestión, no existe regulación por parte de la Convención de Viena, ni los PU, en cambio, los PECL recogen expresamente "*(…) la posibilidad de que el oferente establezca un plazo para que el destinatario manifieste su oferta"*. Concretamente, el art. 2.206 (1) de los PECL señala que: "*(…) para que la aceptación tenga efecto debe llegar al oferente en el plazo dispuesto por él"*.

d) Revocación y retirada de la oferta

En relación con la revocación de la oferta, como se ha señalado, es una *declaración de voluntad unilateral del oferente*, dirigida al destinatario de la oferta, con

[801] Véase DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho…*, *op. cit*., p. 207.
[802] En el caso de la jurisprudencia española los Tribunales en algunas sentencias [STS 3 noviembre 1993 (*RJ* 1993, 8963) y STC 16 noviembre 1981 (*RTC* 1981, 37)], se han pronunciado sobre el hecho de que la oferta no recoja el plazo de vigencia en la misma. En estos supuestos, se aplicará el criterio de razonabilidad para su determinación atendiendo a las específicas circunstancias que rodean a cada oferta.
[803] Véase MORENO QUESADA, B., "La oferta de contrato", *RDM*(1956), p. 184 y ss; PADILLA RONCERO, F., "Oferta-Derecho Civil", *Enciclopedia Jurídica Básica, III,* Civitas, Madrid, 1995, p. 4561.

la que se comunica su intención de que la oferta realizada con anterioridad desaparezca[804]. La posibilidad de que la oferta contractual sea revocada se justifica por el hecho de que no concurre vinculación contractual alguna por parte del oferente. Éste emitió una declaración de voluntad para favorecer la formación del contrato, pero aún no se ha producido la perfección de éste[805]. Debe añadirse que la revocación de la oferta ha de exteriorizarse por el oferente para que el destinatario de la misma tenga oportunidad de conocer su intención[806].

Por otro lado, la retirada de la oferta es posible con independencia de que la oferta sea revocable o irrevocable, ya que la irrevocabilidad de esta declaración presupone que esta es perfecta por el hecho de haber llegado al destinatario[807]. Sin embargo, la retirada supone que la oferta aún no es vinculante, al no haber llegado al destinatario. Como se ha expuesto *supra*, en la contratación electrónica, la determinación del momento en que la oferta llega al destinatario puede resultar compleja[808]. En relación con esta cuestión, el Consejo Consultivo de la CV emitió, a petición de la CCI, una opinión sobre las comunicaciones electrónicas en la CV, en la que equipara la recepción de la oferta con el momento en que la comunicación electrónica entre en el servidor del destinatario de la oferta[809].

En cualquier caso, habrán de tenerse en cuenta las reglas establecidas en los arts. 8, 9.1 y 9.2 de la CV, ya que hay que tener en cuenta si el destinatario está dispuesto a recibir comunicaciones electrónicas y si esta forma de comunicación entre las partes está establecida según las prácticas comerciales o los usos del comercio que las partes conocían o debían conocer.

Con respecto a este tipo de comunicaciones entre las partes que pueden tener

---

[804] Véase DÍEZ-PICAZO, L., *La compraventa internacional demercaderías, Comentario de la Convención de Viena*. Civitas, Madrid, 1998, p. 175; MORENO QUESADA, B., "La oferta de contrato…", *loc. cit*., p. 176.

[805] Véase PERALES CASILLAS, Mª. P., *La formación del contrato…, op. cit.* p. 397.

[806] Véase GUILLÉN CATALAN, R., "El plazo de aceptación de la oferta…", *loc. cit.*, pp. 607-618.

[807] Véase DIEZ PICAZO, L., *La compraventa internacional…, op. cit*., pp. 175-178.

[808] Véase ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica…, op. cit.*, p. 51.

[809] Esta regla es reconocida por la doctrina debido a que hay un equilibrio en cuando a los riesgos que soportan ambas partes. Estos parecen trasladarse al destinatario, que puede no haber leído el mensaje en el que se comunica la retirada de la oferta, pero de su falta de respuesta tampoco se derivan consecuencias negativas para este (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit.,* p. 898).

consecuencias para el perfeccionamiento del contrato electrónico puede ocurrir, por ejemplo, que aunque el mensaje haya sido enviado correctamente al destinatario, este no pueda acceder a su contenido debido a problemas internos de tipo técnico en su sistema informático. En estos casos, el Consejo Consultivo de la CV afirmó que no deben imputarse al oferente este tipo de riesgos, por lo que en estos supuestos se entiende retirada la oferta[810].

También puede ocurrir, en el caso de que el oferente comunique al destinatario la retirada de la oferta a través de un correo electrónico, que escriba incorrectamente la dirección, en este supuesto la retirada de la oferta no será efectiva; a menos que el mensaje sea reenviado por el administrador de correos a la dirección correcta y que llegue al servidor del destinatario a tiempo de surtir efectos la retirada de la oferta[811].

Con respecto a la revocación de la oferta en estos instrumentos de Derecho convencional, uniforme y transnacional, en primer lugar, la CV en su art. 16 establece como límite, para que esta pueda producirse, la remisión de la aceptación, exigiendo, además, que la revocación haya llegado al destinatario antes de ese momento.

En segundo extremo, el art. 2.3 de los PU establece que: "c*ualquier oferta, aún cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta*". La indicación en la propia oferta de su carácter revocable no debería plantear dificultades posteriores ya que con independencia de cuál sea el Derecho rector del contrato futuro o hipotético no resultará posible que una oferta que se presenta explícitamente como revocable pueda ser considerada irrevocable (excepto que existan otras declaraciones o acuerdos que modifiquen el contenido de la oferta).

En tercer lugar, la regulación de la revocación de la oferta en el MCR, se hace de forma similar a la CV, este instrumento establece el límite para llevarla a cabo hasta el

[810] Véase el comentario sobre esta Opinión del Consejo Consultivo de la CV en PERALES VISCASILLAS, P., "Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Primera opinión del Consejo Consultivo de la CISG-AC", *RCE*, 2003, núm. 44, pp. 101-115.
[811] Con respecto a la retirada de la oferta, véase LARA AGUADO, M.A., "La oferta y la aceptación…", *loc. cit*., pp. 681-725.

momento en el que se produzca la aceptación (art. II. 4:202 del MCR)[812].

Por su parte, los PECL dedican su art. 2:202 a la revocación de la oferta y establecen, en primer lugar, que "*puede revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación o, en los casos de aceptación derivada de una conducta, antes de que el contrato nazca en virtud de los apartados (2) o (3) del artículo 2:205 de los PECL*". En segundo extremo, según este instrumento, "*una oferta hecha al público puede revocarse por los mismos medios empleados para hacer dicha oferta. Sin embargo, la revocación no surtirá efectos en varios supuestos: si la oferta indica que es irrevocable; si fija un plazo determinado para su aceptación; o si su destinatario podía creer de manera razonable que se trataba de una oferta irrevocable y hubiera actuado en función de dicha oferta".*

Del estudio de los instrumentos analizados, puede concluirse que el carácter revocable o irrevocable de una oferta electrónica puede venir establecido de forma expresa en la propia oferta o deducirse de su interpretación, de las negociaciones que hayan relaizado oferente y destinatario o de los usos utilizados en el ámbito comercial.

2.- Adhesión-aceptación electrónica

A) Técnicas de adhesión

a) *Shrink-wrap agreements*

Las CGC que rigen el contrato se aceptan haciendo *click* con el ratón del ordenador en un icono o botón que aparece en la pantalla. Como fruto de esta manifestación de la voluntad del aceptante, existen en la práctica distintas técnicas a través de las cuales se exterioriza esta aceptación[813].

Como antecedente a este tipo de contratos, deben citarse, en primer lugar, los *shrink-wrap agreements*. A finales del siglo XX empezó a utilizarse esta expresión para

[812] En el mismo sentido se pronuncian algunos ordenamientos, como es el caso del alemán que sólo prevé la posibilidad de la retirada de la oferta si ésta llega al destinatario antes que la propia oferta (art. 130 BGB en relación con el art. 145 BGB).

[813] A su vez, algunas de estas técnicas tienen diferentes variedades dependiendo de la configuración que tenga el sitio web para proporcionar la información sobre las CGC y en su caso su posterior aceptación por el adherente (véase LARA AGUADO, A., "Formación del contrato electrónico…", *loc. cit.*, pp. 867-933).

designar los acuerdos sobre las CGC establecidas por el vendedor de productos de *software*. El origen de esta designación se basa en el envoltorio de celofán, que se usa para su comercialización, que en inglés, se denomina como *wrap*[814].

En los s*hrink-wrap contract* el producto o servicio objeto del contrato se recibe con condiciones adicionales no negociables, incluidas en la documentación que le acompaña[815]. El comprador sólo podrá conocerlas una vez abonado el importe del producto. Los términos y condiciones de estos contratos no son negociables, y con ellos ocurre lo mismo que cuando se accede a un sitio web. En estos acuerdos, el contrato se entiende perfeccionado, cuando el destinatario adquiere el producto y paga el precio,

[814] El vocablo *wrap* extendió su ámbito de aplicación y se fue asimilando, en general, a los contratos que se celebran cuando se adquiere cualquier tipo de *software*, ya sea *online* u *offline.* Sobre esta acepción en el ámbito de la contratación electrónica se pronuncian algunos autores que han tratado el tema de las relaciones *online*, véase, ARIAS POU, M., "El consentimiento en la contratación electrónica…, *loc. cit.*", pp. 1527-1535; BATALLA TRILLA, A., "Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario", *La Ley*, año XXV, núm. 6001, de 21 de abril de 2004, pp. 3 y ss; EINHORN, P.A. "Shrink-wrap licences: the debate continues", *IDEA-The Journal of law and Technology*, vol. 38, núm. 3, 1998, pp. 383-401; SANZ VIOLA, A.M., "Contratación electrónica…",*loc. cit.*, pp. 655 y ss; SERRANO CINCA, C.; FABRA GARCÉS, L.A.; LOBERA VIÑAU, E., "Planificación de sistemas de información en la Empresa: el intercambio electrónico de datos (EDI)", F.J., La Cruz Marco; M.C. Agustín García (coords.), *SCIRE: Representación u organización del conocimiento* (ejemplar dedicado a la planificación y gestión de sistemas de información), Atelier, Barcelona, 2002, pp. 79-98; SIEBER, U., "EuGH: Einbeziehung von AGB durch "click wrapping…", *loc. cit.*, pp. 515-516. Además, este término, unido al término web, han dado lugar a la creación del vocablo *web-wrap agreements*, que son acuerdos que se celebran *online* y que tratan sobre: *"los alcances de la licencia del software en cuanto al derecho del adquirente a usarlo y a copiarlo, las condiciones de uso de un servicio, la ley aplicable al contrato y la jurisdicción que será competente en un litigio, o la cláusula arbitral, las limitaciones o exclusiones a la obligación de ofrecer soporte técnico y las limitaciones o exclusiones de la responsabilidad del proveedor"*. Los acuerdos *web-wrap* sólo tienen lugar en relación con los productos que tienen un soporte digital.

[815] Los contratos *click* tienen su origen en los denominados "*Shrink-wrap Licences*" en que se comercializaron los primeros *softwares* de ordenadores. En un primer momento, los programas informáticos se comercializaban y entregaban al usuario en uno o varios disquetes dentro de una caja, y esta última se encontraba forrada y sellada con plástico. Los términos y condiciones de uso del *software* se pegaban al paquete y si se rompía el plástico se consideraba aceptado el pedido. En un momento posterior, la licencia se encontraba dentro del paquete y fuera de la caja se hacía constar un aviso que indicaba la existencia de la licencia. En este último caso, la licencia se entendía aceptada cuando se abría el envoltorio donde se halladaba el soporte que alojaba el *software* adquirido, esto es, la rotura del segundo envoltorio. Estos contratos se daban porque presentaban varias cuestiones positivas para las empresas distribuidoras de *software*. No resultaba rentable económicamente, ni físicamente posible la firma de cada contrato por parte del usuario final. En plataformas electrónicas, el contrato *click* aparece como un *contrato envuelto en línea*. Por ejemplo, en las relaciones entre proveedor y consumidor, si se da este tipo de contrato, el consumidor solo podría acceder al bien o servicio si se produce la aceptación de las condiciones que se esblecen en el contenido. Esta aceptación se realiza pulsando el icono que conlleva la aceptación de este que vendrá con las expresiones: "*ok", "acepto", "de acuerdo"*, etc. (véase HALBERT, D., "The open Source alternative: *Shrink-wrap*, open source and Copyrigth" *Electronic Journal of Law*, Diciembre 2003, pp. 2-20).

siempre que, en ese momento, se garantice que éste tenga la posibilidad de acceder a dichas CGC.

Hay diferentes tipos de *shrink-wrap agreements*: en primer lugar, los *Box-top agreement: e*n este caso, los términos del contrato se encuentran en un papel colocado debajo de la cubierta transparente de la caja que contiene el producto. En segundo extremo, el *envelope agreement* que está dentro de un sobre en el interior de la caja. En tercer término, los *referral agreement* que remiten una etiqueta adherida a un disco que contiene el s*oftware*, con las advertencias: "*No lo abra antes de leer la licencia adjunta*"; "*Antes de utilizar el producto deberá leer detenidamente el acuerdo de licencia para su utilización*"; "*Si dicho acuerdo no fuera entregado con el producto, comuníquese con su distribuidor*"; "*La utilización del producto implica la aceptación total de los términos del acuerdo"; "De no aceptarlos, devuelva el producto y solicite el reembolso del precio de compra*"; etc.[816].

Actualmente, la expresión *shrink-wrap agreement* también se utiliza para la designación de mecanismos con los que los proveedores de *software* tratan de imponer determinados límites a los adquirentes. Una fórmula común en estos contratos sería la que establece que: "*Las condiciones generales han sido leídas y examinadas por el cliente, manifestando éste su plena conformidad con ellas*".

Resulta también habitual que estas cláusulas consten en documentos anexos a un producto, como los prospectos o garantías. Además, es normal que esta documentación anexa presente un contenido jurídico y no solamente técnico[817]. De esta forma, no sería adecuado afirmar que la libertad contractual lleva implícita la concurrencia de una negociación previa entre los contratantes. Porque pese a la presencia de condiciones fijas y precios impuestos por una de las partes, los demandantes pueden elegir otras opciones

[816] En estos casos, el envoltorio del paquete contendrá una leyenda que indicará: "BEFORE YOU OPEN THIS PACKAGE: "*Carefully read the following legal agreement regardingg your use of the enclosed Brand "X" product. By the act of opening the sealed package, using the software or permiting its use you will indicate your full consented to the terms and conditions of this agreement. If you don´t agree with what it says, you may return the software package within X days of your receipt for a full refund*". Véase este ejemplo citado en: EINHORN, P.A. "Shrink-wrap licneces: the debate continues…", *loc. cit*, pp. 383-401; LARA AGUADO, M.ª A., "Formación del contrato electrónico …", *loc. cit*., pp. 681-725.
[817] Véase EINHORN, P.A. "Shrink-wrap licences...",*loc. cit.,* pp. 383-401.

que les resulten más atractivas. En la práctica, generalmente los adherentes no reparan en el contenido de estas condiciones y están más interesados en el precio y la calidad del producto o en su garantía[818].

Para algunos Tribunales, este tipo de contratos no son válidos, porque no existe la posibilidad del comprador de conocer estas condiciones antes de adquirir el producto. En concreto, la jurisprudencia americana ha rechazado la utilización de esta técnica en los asuntos *Register.com, Inc. v. Verio, Inc*. o en el caso *Klocek v. Gateway, Inc*[819]. Para el Tribunal, no son vinculantes los acuerdos en los que el consentimiento se presta antes de tener conocimiento de las CGC, porque eliminan la posibilidad del usuario de rechazar el acuerdo[820].

En otras resoluciones, como la relativa al asunto *ProCD Inc. v. Zeidenberg*, el Tribunal concede validez al acuerdo en el que el consentimiento se presta antes de conocerse las CGC[821]. Es necesario que se conceda al usuario la posibilidad de devolver el producto en un periodo de tiempo razonable, si no está conforme con los términos del contrato. Los *shrink-wrap contract* serán válidos, siempre que superen los demás requisitos exigidos por el Derecho contractual general. El Tribunal comparte esta solución en el caso *Hill v. Gateway* 2000, Inc[822].

De otro lado, en Gran Bretaña la cuestión del *shrink-wrap* fue tratada en la sentencia del caso "*Beta Computers (Europe) Ltd vs. Adobe Systems (Europe) Ltd*"[823]. "*Adobe Systems compró un software a Beta Computers, por vía telefónica, y recibió el producto, en cuyo envoltorio había una leyenda según la cual su apertura indicaba la aceptación de ciertos términos y condiciones de licencia. Adobe Systems, sin abrir el envoltorio, pretendió devolver el producto comprado, esta pretensión fue rechazada por Beta Computers. La sentencia consideró que no existió contrato en tanto los términos de la licencia no fueron aceptados por el comprador, por haber devuelto el producto sin*

[818] Véase ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Las condiciones generales…", *loc. cit.* pp. 783-829.
[819] *Register.com v. Verio*, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004); *Klocek v. Gateway, Inc*., 104 F. Supp.3d 1332.
[820] Véase LARA AGUADO, M. ª A., "Formación del contrato electrónico…", *loc. cit*., pp. 686-705.
[821] *ProCD Inc. v. Zeidenberg,* 86 F. 3d 1447 (7 ThCir, 1996).
[822] Véase LARA AGUADO, M. ª A., "Formación del contrato electrónico…", *loc. cit*., pp. 686-705.
[823]Véase ROBERTSON, S.J.A. "The validity of Shrink-Wrap Licences in Scot Law, Beta Computers (Europe) Ltd", *JILT,* 1998 (2), pp. 1-6.

abrir el envoltorio. En consecuencia no se produjo el efecto vinculante del shrink-wrap pero, ese efecto se habría producido si el comprador lo hubiera abierto"[824].

b) *Browser-wrap agreements*

La segunda técnica a través de la que puede prestarse el consentimiento al contratar un producto o servicio en un sitio web es la conocida como: *browser-wrap agreement*. Esta expresión hace alusión a un contrato o acuerdo de licencia, que cubre el acceso o uso de materiales en un sitio web o producto descargable[825]. En un *browser-wrap agreement*, los términos y condiciones de uso de un sitio web u otro producto descargable se publican en el sitio web, por lo general como un hipervínculo en la parte inferior de la pantalla[826].

A diferencia de un *click-wrap*, en el que el usuario debe manifestar su consentimiento a los términos y condiciones, normalmente haciendo *clic* en la casilla "*estoy de acuerdo*", "ok", etc., un acuerdo *browser-wrap* no requiere este tipo de manifestación expresa de asentimiento. Por el contrario, un usuario del sitio web acepta las condiciones del sitio por su mera utilización, mediante la introducción del sitio web o la descarga del software[827].

Por tanto, en los sitios web que utilizan las *browser-wrap agreements* esta declaración se produce de forma tácita debido a que en ningún momento se exterioriza la voluntad sólo a través del propio acceso al contenido del sitio. De esta forma, el contrato se formaliza con el mero acceso al sitio, sin necesidad de aceptación expresa. Esto es, que la utilización de los servicios del sitio web hacen presumir la conformidad de sus términos

[824] Siguiendo el estudio jurisprudencial de M.A. Lara Aguado, puede afirmarse que para conocer si el consentimiento es válido (o no), se deberá de estar al caso concreto, y examinar si el adherente tuvo oportunidad real de conocer las CGC (véase LARA AGUADO, A., "Formación del contrato electrónico*…", loc. cit.,* pp. 681-725).
[825] Véase REED, C. *Computer Law*, Blackstone Press, Londres, 1996, pp. 58-67.
[826] Véase REES, P., "Browse wrap Licence? Don't mind if I do", *Computers& Law,* octubre/Noviembre 2001, pp. 7 y ss.
[827] *Ibidem*, p. 6.

y condiciones por los usuarios que quedan contractualmente obligados en los términos establecidos de antemano[828].

De forma habitual, las CGC se incluyen a través de un hipervínculo colocado al final del sitio, bajo la denominación "legales" o simplemente "términos y condiciones", de manera que los usuarios pueden utilizar los servicios o descargar sus productos, sin acceder a los mismos ni conocerlos. Debe considerarse que la validez del acuerdo *browse* depende de la existencia de un aviso claro por el proveedor de servicios informáticos en relación con la existencia de las condiciones de contratación[829]. En la jurisprudencia norteamericana, se niega el valor vinculante a la simple "puesta a disposición" de los términos del contrato sin ulterior actividad, esto tiene consecuencias en la información ofrecida por los sitios webs, así como en la forma en la que lo hacen[830].

c) *Click-wrap agreements*

Por su parte, los *click-wrap agreements* son una técnica que se emplea en los contratos electrónicos por la que las cláusulas se presentan a los contratantes antes o durante el proceso de contratación a través del sitio web. El proceso de contratación es el siguiente, cuando el usuario selecciona un producto o servicio para contratarlo, le aparece en la pantalla un icono con las CGC. En en este momento se le requiere para que acepte

[828] Véase MARSLAND, V. "Online Services – Copyright in the Online World" Hawksmere, (Seminar Paper) Londres, 1997, pp. 1-14.
[829] Véase VEGA VEGA, A., "Las condiciones generales...", *loc. cit*., pp. 28-39; LARA AGUADO, A., "Formación del contrato electrónico...", *loc. cit.*, pp. 485-489.
[830] Por ejemplo, en la web de *Ticketmaster* aparece la leyenda: "by continuing past this page, you agree to our terms of use". Esta leyenda se introdujo tras la Sentencia de hace más de una década que eximió a Tickets.com, Inc. de cumplir con los términos de uso de Ticketmaster al estar estos al final de la web como un vínculo a otra página. De otro lado, la jurisprudencia más reciente de la Court of Appeals (Ninth Circuit) sostuvo en su Sentencia de 18 de agosto de 2014 en el asunto *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc* (D.C. No. 8:12-cv-0812-JST), que un usuario de una web no presta su consentimiento a través de un *browsewrap agreement* cuando la web falla en proporcionarle suficiente advertencia sobre la existencia de unos términos de uso que contiene una cláusula de arbitraje obligatorio. En este caso, además, dichos términos se encuentran accesibles a través de un hipervínculo localizado al final de la web y sin distinción o posibilidad para el usuario de conocer las consecuencias del mero uso del sitio web. La argumentación del tribunal se basa en el concepto de "constructive notice" respecto a la existencia y contenido de los términos contractuales (véase KAHN, J.F.; SHERMAN W., *To click or not to click? Ninth Circuit rejects browsewrap arbitration clause*, Lexology, EEUU, 2014, pp. 1-29).

dichas condiciones, pinchando en el icono de aceptar, o tecleando determinadas palabras, pues, de lo contrario, no podrá completar el proceso de adquisición.

Los *click-wrap agreements* se pueden leer en la pantalla e ir avanzando sobre los mismos con la ayuda del ratón o de una tecla y pueden mostrarse antes de poder continuar con la transacción y de proceder adquirir un producto o servicio *online*[831]. Puede afirmarse que la técnica del *click-wrap agreement* es la que con más frecuencia se da en la práctica de la contratación electrónica a través de sitios web[832].

En todo caso, la admisión de esta técnica en los sistemas del *Civil Law* está condicionada a que este tipo de cláusulas puedan ser almacenadas o reproducidas por el adherente. Así lo postulan preceptos como el art. 10.3 de la DCE o su transposición española (art. 27.4 LSSICE) Del mismo modo, el art. 80.1º b) de la LGDCU, exige que las cláusulas no negociadas individualmente sean accesibles y legibles, de forma que se permita al consumidor y al usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En este caso, se exige que el envío de la justificación al consumidor se haga por escrito o salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada[833].

Por otro lado, en EEUU también es comúnmente aceptada la utilización de esta técnica, ya que cumple los requisitos relativos a la formación del consentimiento informado: conocimiento adecuado de los términos, manifestación no ambigua del

[831] Véase LÓPEZ TARRUELA, A., "Las licencias de uso de bienes digitales: el difícil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos de los usuarios", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 2, marzo 2007, pp. 76-102.

[832] Sobre esta técnica, resulta interesante mencionar el caso *Specht c. Netscape Communications* (Sentencia del SD NY, July 3, 2001, Notas de R. STERN en *EIPR* n. º 23, vol 10, 2001, pp. 155-157 y de H. K. TOWLE en *CRI*, vol 5, 2001, pp. 147-152. En esta resolución se consideró que la cláusula arbitral contenida en las condiciones generales no era invocable, debido a que no se exigía a los usuarios que visualizaran el *web-wrap agreement* antes de descargar el programa, por este motivo, no podían tener conocimiento de las mismas con anterioridad al perfeccionamiento del mismo.

[833] En relación a esta cuestión la SAP de Zaragoza de 23 de julio de 2013 (núm. de Resolución 322/2013) estima que si las CGC no constan en soporte papel, es el demandado (en este caso "*Orange*") quien tiene que probar que la cancelación de la petición de contratación de cambio de operadora la había hecho el cliente, en este caso aportando la grabación (*RJ*, SAP Z 1701/2013). Por tanto la carga de la prueba sobre la aceptación de las CGC (adhesión) según este tribunal la tiene el predisponente que impone la CGC al cliente sin posibilidad de negociación.

consentimiento y posibilidad de rechazar el acuerdo[834]. El consentimiento a las CGC en los *click-wrap agreements* se produce antes de efectuar el pago y es obligatorio prestarlo para poder concluir el contrato electrónico. De esta forma, el consumidor tiene una posibilidad real de conocer las condiciones del contrato, y de rechazarlas antes de pagar, a diferencia de lo que ocurría, con las *shrink wrap contract*[835].

Sin embargo, en varios casos, los Tribunales de EEUU no reconocieron los *click-wraps agreements*. En la resolución anteriormente citada en el asunto *Specht vs. Netscape Communications Corp*. el Tribunal no admitió el acuerdo debido a que si bien el ícono para la transferencia del *software* se encontraba en la parte superior del correspondiente sitio de Internet, el *link* al contrato de licencia estaba en la parte inferior con una leyenda que establecía: "*por favor revise los términos y manifieste su consentimiento en obligarse"*[836].

Para el Tribunal esta frase era simplemente una invitación a leer el acuerdo y no se le notificaba al usuario que al transferir el *software* se estaba obligando conforme al contrato de licencia. En el caso *Pollstar v. Gigmania* se estableció que, el consentimiento en obligarse conforme al contrato de licencia de *Pollstar,* cuyo *link* aparecía en gris sobre un fondo gris y no estaba subrayado como se acostumbra en Internet para este tipo de casos, no resultaba válido[837]. En cambio en los casos *Carnaval Cruise Lines, Inc. V. Shute*; *Caspi vs. Microsoft Network*; *Forrest vs. Verizon Communications, Inc*. se declaró válida la cláusula del fuero convencional establecida en el contrato de términos y condiciones de uso[838].

De otro lado, cabe hacer alusión, de nuevo, a la sentencia en el caso *"Ticketmaster vs. Ticket.com"*, en la que se señaló que: "*el mero hecho de poner en pantalla un acceso a las CGC no implica que sean admitidas, si no se ha previsto que a tal fin sea oprimido el botón "Acepto". En esta misma sentencia, concluye el Tribunal que una parte que firma*

[834] Véase LARA AGUADO, M.A., "Formación del contrato electrónico...", *loc. cit.*, pp. 867-933.
[835] *Ibidem*, p. 540.
[836] Nota de R. STERN, *loc. cit*., pp. 155-157.
[837] *Pollstar v. Gigmania,* 170 F. Supp. 2d 974;
[838] *Carnaval Cruise Lines, Inc. V. Shute; Caspi vs. Microsoft Network; Forrest vs. Verizon Communications, Inc,* 86 F. 3d 1447.

un instrumento, manifiesta su consentimiento con el mismo y no puede posteriormente advertir que no leyó el contrato o que no comprendió su contenido, porque antes de aceptar estaba en libertad de recorrer las diversas pantallas del ordenador donde aparecían los términos y condiciones de los contratos y se tenía la opción de rechazar el servicio que el contrato le ofrecía"[839].

En cuanto a la prueba de la efectiva aceptación de dichas condiciones, existe en el ordenamento español, la posibilidad del art. 25 de la LSSICE, que consiste en que una tercera parte archive las declaraciones de voluntad de los contratos electrónicos, consignando la fecha y la hora de éstas, si bien también acredita la aceptación, la recepción del producto en el domicilio o dirección de correo electrónico que se haya designado, o bien a través de la descarga en el ordenador del comprador[840]. Debe añadirse a esta cuestión la información que aportan los sistemas de pago utilizados, ya que, si, por ejemplo, el precio del producto o servicio se pagara con una tarjeta de crédito, habría un elemento más a tener en cuenta en caso de que fuera necesario acreditar este consentimiento[841].

En este contexto, como destaca M. ª Angeles Lara Aguado, resultan interesantes y deben ser tomadas en cuenta, diferentes estrategias que a modo de "buenas prácticas" en la cotnratación electrónica fueron eleaboradas por la *American Bar Association*[842]. Pueden ser de utilidad para las empresas que venden sus productos y servicios a través de una TV utilizando los *click wrap agreements*:

a) que el usuario tenga la oportunidad de examinar los términos del contrato antes de prestar su consentimiento y si dichos términos ocupan más de una pantalla del dispositivo, que pueda navegar por la misma, hacia adelante y hacia atrás, cambiando de página, para analizar todos los términos del contrato;

---

[839] Véase nota 17.
[840] Véase MORENO P.J.C., SANTOS GONZÁLEZ, J.C., *Sistemas informáticos…, op. cit.,* pp. 125-129; NIÑO CAMAZÓN, J., *Sistemas operativos…, op. cit.,* pp. 52-53.
[841] Véase RAMOS ALEGRE, M.P.; CERVIGON, G.P., *Sistemas operativos en red,* Taurus, Madrid, 2001, pp. 36-42; RAMOS SUAREZ, F., "La seguridad en el comercio electrónico...", *loc. cit.*, pp. 126 y ss.
[842] Véase LARA AGUADO, A., "La formación del contrato electrónico…", *loc. cit.*, pp. 867-933.

b) que se le conceda la oportunidad de aceptar o rechazar los términos en cualquier momento del proceso antes de prestar el consentimiento, de manera que no quede duda de que la aceptación o el rechazo se producen mediante la utilización de palabras como Sí, acepto, consiento, etc.;

c) que se informe al usuario de que la consecuencia de pinchar en el icono "Sí" o "Acepto" conlleva la aceptación de los términos del acuerdo. Esto puede hacerse incluyendo una advertencia, según la cual, se aclare que el *click* en el icono "Sí" implica reconocer que se ha leído, entiende, acepta y queda vinculado por los términos. De igual forma la inclusión de una advertencia según la cual, si se rechazan estos términos se le denegará el acceso a la página web, al *software*, al producto o servicio de que se trate; d) que los términos del contrato estén legibles de manera clara;

d) Que la información proporcionada no contradiga los términos del acuerdo o lo hagan ambiguo; f) que no se le permita al usuario tener acceso al sitio web, al software, a la información o al servicio de que se trate sin haber prestado previamente su consentimiento a los términos del acuerdo; g) que tenga la posibilidad de corregir los errores y h) que quede un registro para probar que se dio el consentimiento.

Este registro debería guardar todos los pasos que se han ido dando durante el proceso contractual, con todos los términos que el usuario aceptó[843]. A este registro se debería poder tener acceso por las personas habilitadas por la ley durante el tiempo exigido por la ley aplicable y de una manera capaz de asegurar su reproducción posterior[844].

B) Ley aplicable a la adhesión (aceptación electrónica)

Como se ha señalado *supra*, en los contratos electrónicos es habitual que la adhesión a las CGC coincida con la aceptación electrónica, ya que todos los términos de la relación contractual suelen venir recogidos en dichas estipulaciones. Por este motivo

[843] *Ibidem.*
[844] Véase ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Las condiciones generales…", *loc. cit.*, p. 755.

se ha advertido que la adhesión y la aceptación en los contratos realizados a través de sitios web activos pueden identificarse como una misma cuestión.

La particularidad que presenta la adhesión, es que se refiere a términos impuestos por una parte a otra que no puede negociarlos y que sólo tiene la opción, en principio, de aceptarlos si desea concluir el contrato. Ahora bien, como se ha expuesto, la Ley rectora de las CGC, en el caso de España, la LCGC, establece una serie de requisitos relacionados con la aceptación de la incorporación de dichas cláusulas al contrato. Si bien, estas garantías se refieren al control de incorporación, es decir, a la acessibilidad y transparencia como requisitos necesarios para la inclusión en el contrato de dichas estipulaciones.

De esta forma, la adhesión o aceptación de las CGC, como fase necesaria para que tenga lugar el perfeccionamiento del contrato no se regula expresamente por esta normativa. Esto es, la LCGC, no se refiere expresamente a las condiciones que ha de cumplir esta aceptación para que el contrato se entienda concluido. De esta forma el art. 5 de la LCGC se refiere a la necesaria aceptación-adhesión de las CGC para que estas se entiendan incorporadas al contrato (requisitos de validez) pero no regula cuanto tiene lugar dicha aceptación.

En cualquier caso, no puede hablarse de control de incorporación de estas cláusulas; sino es porque existe adhesión o aceptación de estas estipdulaciones. Esta cuestión se deduce del art. 5.1 de la LCGC que establece que: *"Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes (...); No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*". En este precepto se habla de forma clara de la necesaria aceptación de las CGC para que se cumpla el requisito relativo a la accesibilidad de estas clausulas. Esta aceptación (adhesión) en el caso de que no existan otras condiciones particulares en el contrato electrónico, lo que sucede con frecuencia, conlleva la conclusión del contrato.

Por otro lado, como ya se ha destacado en el caso de la oferta, el Reglamento Roma I, parte de la existencia del contrato, por lo que no establece una reglamentación relacionada con los elementos necesarios para que tenga lugar el perfeccionamiento del contrato. Esto se traduce, también, en la dificultad para determinar la ley aplicable a la aceptación contractual, en concreto en el contexto de la contratación electrónica.

En este sentido, como se ha señalado *supra*, al existir una laguna legal con respecto a esta cuestión en el Reglamento Roma I, debe utilizarse una de las soluciones mencionadas para dar respuesta a esta cuestión. En concreto, al igual que se ha hecho en el caso de la oferta electrónica puede utilizarse el método de la heterointegración para determinar la ley que califica si se está ante una aceptación o no. Para realizar esta labor podría utilizarse el principio de previsibilidad y de proximidad en relación con la teoría del *International Stream of Commerce*[845].

De acuerdo a estos principios habría que tener en cuenta el lugar del domicilio del destinatario de los SSI (potencial adherente/aceptante), para determinar el régimen jurídico de la adhesión (aceptación electrónica). De esta forma resulta lógico que el destinatario espere ver regulada la aceptación de los términos y condiciones del contrato por el ordenamiento de su domicilio, más aún si la oferta se ha dirigido a este lugar (Teoría del *International Stream of Commerce*)[846]. De esta manera, los costes de internacionalidad en este caso, como ya ocurriera para la determinación de la ley aplicable a la calificación del contenido del sitio web, debe asumirlos el oferente. Este ha de contemplar que si la oferta y la aceptación cumplen todos los requisitos de dicho régimen jurídico, el contrato podrá resultar perfeccionado y por tanto generar derechos y obligaciones para las partes.

En concreto, los requisitos de la aceptación estarán regulados por el propio Derecho autónomo del lugar del destinatario (potencial aceptante/adherente), que como se ha examinado, contemplan distintos requisitos relativos a la aceptación contractual y

[845] Véase LAGARDE, P., "Le principie de proximité…", *loc. cit*., pp. 30-35.
[846] Véase ORTIZ VIDAL, M. ª D., *Contratación internacional…, op. cit.,* pp. 44-59; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Contratos internacionales…", *loc. cit.,* pp. 87-119.

por los distintos instrumentos de Derecho convencional, uniforme y transnacional que formen parte de dicho ordenamiento que se analizan *infra*.

C) Regulación en el Derecho Convencional, uniforme y transnacional

a) Convención de Viena

Como ocurre en el caso de la oferta contractual, los instrumentos de Derecho convencional, uniforme y transnacional contienen, en muchos casos, una regulación de la aceptación contractual. Si bien, como se ha indicado *supra*, ésta no se identifica en todos los supuestos con la adhesión de las CGC, coincide en muchas ocasiones en la contratación electrónica. Esto es, la aceptación de la incorporación de las CGC, que incluyen en estos supuestos todos los extremos del contrato, se constituye como la declaración de voluntad por la que se produce la aceptación de la oferta publicada en el sitio web correspondiente. Por este motivo, resulta conveniente destacar, su reglamentación en cada una de estas normas.

La CV regula la aceptación contractual en los arts. 19-22. El art. 19 establece que "*la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta*". No obstante, también se establece que: "*(…) la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación"*.

Este precepto presenta especial interés en relación con las CGC y las llamadas "batallas de formularios". Con esta expresión se designa aquella situación en que las partes se intercambian, al menos un formulario, que añade algún término que modifica sustancialmente a la oferta. La situación se complica por la práctica habitual de envíar ofertas y aceptaciones que contienen CGC, que con posterioridad, cuando surja el litigio,

pueden resultar contradictorias, haciendo compleja la determinación de los términos que rigen el contrato, en el caso de que este se haya perfeccionado[847].

De esta forma, en la práctica de la contratación electrónica podría darse el supuesto de un contrato electrónico en el que el aceptante se adhiere a las CGC que aparecen en el sitio web, y el oferente le envía un e-mail en el que modifica algunos términos de la oferta, por ejemplo relativos al plazo de entrega o la ley aplicable al contrato. En el caso de que surja una controversia relativa a estas cuestiones, puede plantearse qué términos son los que deben regir esta cuestión.

Sobre este tema debe indicarse que en primer lugar, *un sector de la doctrina entiende que la batalla de los formularios no está regulada por la CV ya que se trata de una cuestión de validez (art. 4 CV)*[848]. El segundo sector entiende *que el problema ha de resolverse de acuerdo con las normas de la Convención, la jurisprudencia avala esta postura*[849]. En relación con este sector existen diversas posturas[850]: Una primera postura entiende que la batalla de los formularios es una laguna que ha de resolverse conforme a la aplicación de los principios generales que rigen la CV (teoría del *knock out rule*)[851].

---

[847] Véase PERALES VISCASILLAS, M.P., "La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT", *La Ley*, viernes 15 de noviembre de 1996, núm. 4167, pp.1-12; *id*., "Battle Of The Forms Under The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison With Section 2-207 UCC And The Unidroit Principles", *Pace International Law Review*, 1998, vol.10, núm.1, pp. 97-155.

[848] Véase DESSEMONTET, F., "La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises" F. Dessemontet (ed.), *Les contrats de vente internationale de marchandises*, Cedidac, Lausanne, 1991, p.56; VON HUBER., U., "Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge", *RabelsZ*, 1979, vol. 43, núm.3, pp.444-445.

[849] Véase RITONDALE, F.,"La formazione progressiva del contratto: il complicato discrimen tra puntuazione e perfezionamento dell'accordo", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, fasc. 9, pp. 876 y ss.

[850] Véase CIACCAFAVA, F., *Contratti*, Egafnet.it, Roma, 2012, pp. 71-92; GRASSANO, A.P., "Contratti di compravendita internazionale con condizioni generali", *Diritto civile e comerciale, Diritto internazionale*, 2005, pp. 28-42.

[851] Son dos los fundamentos para sostener esta tesis. Uno se basa en la propuesta belga que intentaba encontrar una solución mediante la cual los términos contradictorios se anulasen (*knock out rule*) (Documentos Oficiales, arts. 87-103). Véase HELLNER, J., "The Vienna Convention and Standard Form Contracts", in P. Volken & P. Sarcevic, *International Sales of Goods*, Oceana Publications, 1986, p.342. El segundo entiende que los actos de ejecución contractual no pueden considerarse como actos de aceptación: MOCCIA, C., "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the "Battle of the Forms", *Fordham International Law Journal*, 1989-1990, vol.13, p.667; VAN DER VELDEN, F., "Uniform International Sales Law and the Battle of Forms", *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Contributions in Honour of Jean Georges Sauveplanne*, Kluwer: Deventer,

En este sentido, algunos autores afirman que "*se aplica el principio de buena fe y llegan a un resultado por el cual, las cláusulas contradictorias contenidas en los formularios se anularían, y la cuestión se regularia por el derecho dispositivo que resulte aplicable, los usos o la buena fe*[852]*. En segundo extremo, la postura más seguida conduce a la aplicación de la que se conoce como last shot rule, ya que el último que envía su declaración controla los términos del contrato"*[853].

Hay autores que abogan por una interpretación alternativa, así Díez-Picazo, entiende que "*(…) el artículo 19 de la CV solo debe aplicarse a las situaciones en las que no ha existido aún ningún acto de ejecución por las partes, ya que si ha existido, el problema no está ya en la existencia del contrato, sino en la determinación de su contenido*"[854].

Por otra parte, el art. 20 y 21 de la CV establecen el plazo de aceptación para la oferta y las implicaciones de la aceptación tardía respectivamente y por último el art. 22 regula la retirada de la aceptación afirmando que esta puede darse si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

b) Principios Unidroit

En relación con la aceptación como elemento necesario para la perfección del

1984, pp.241-243; VERGNE, F., "The "Battle of the Forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, 1985, pp.255-256.

[852] Esto es, se adopta la solución que se sigue en determinados sistemas jurídicos, como la *knock out rule* de los EEUU en la sección 2-207(3) UCC, la regla del disenso parcial *"partiell Dissens" rule* de los pfos. 154 y 155 del *Bügerliches Gesetzbuch* (BGB), o la solución del art. 2.22 de los PU. Una variación de esta teoría es la que sostiene que se produce una exclusión tácita del artículo 19 de la CV (véase HENNING S., "Standard Business Conditions in Germany under the Vienna Convention", *The Comparative Yearbook of International Business*, 1993, vol.15, p.381).

[853] Una aplicación de esta regla en un caso real sería como sigue: un comprador francés pidió ventanas que debían de ser fabricadas por el vendedor (italiano) siguiendo sus especificaciones. El vendedor envió al comprador una confirmación que contenía sus CGC de venta al dorso, entre las que se incluía una del siguiente tenor: "*los defectos en las mercancías han de comunicarse al vendedor dentro de los 10 días siguientes a la entrega*"; posteriormente, el vendedor envió las mercancías y el comprador las recibió. En este caso, la confirmación se consideró como una contraoferta que resultó aceptada implícitamente por la conducta del comprador al recibir las mercancías. Ahora bien, debe destacarse que este caso se dió en un entorno que no era el electrónico (véase DRAETTA, U., "La Battle of Forms nella prassi del commercio internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1986, núm. 2, p.326; PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato…, op. cit.*, p. 719).

[854] Véase DIEZ PICAZO, L., *La compraventa internacional de mercaderías…, op. cit.,* pp. 42-44.

contrato, el art. 2.6 de los PU establece que: "*(1) constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación. (2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente. (3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto*".

Este precepto se encarga de indicar cuáles son las formas de manifestar la aceptación a la oferta. En este sentido, la aceptación es una forma de exteriorizar una voluntad que debe contener la intención del aceptante de quedar vinculado; vinculación que se produce cuando su respuesta se torna perfecta sin necesidad de que contenga los elementos materiales que todo contrato debe comprender porque la propia oferta es la encargada de señalarlos[855].

Por otro lado, con respecto al medio de comunicación a través del que debe transmitirse la aceptación, de este precepto puede deducirse que, en el caso de que las partes no hayan establecido nada, la regla será la libertad de elección del medio de comunicación; pero si en la oferta se indica un medio específico para realizar la aceptación, éste deberá ser el utilizado. De esta forma, dicha comunicación puede realizarse por medios electrónicos.

El art. 2.6 de los PU indica, a través de su definición y de forma paritaria, que podrá llevarse a cabo por medio de una declaración (escrita u oral) o un acto (*facta concludentia*). Esta definición está formulada en términos muy amplios, aunque perfilada por otras dos reglas establecidas en el mismo precepto: en el apartado (1) al indicarse que el silencio o la inacción, por sí sólo no conllevan la aceptación; y por el párrafo (3) que establece que puede aceptarse una oferta mediante la ejecución de un acto sin la

[855] De esta forma, al aceptante, a diferencia del oferente, le basta con emitir una simple respuesta ("acepto", "de acuerdo") para entrar a formar parte del contrato, a menos que el oferente prescriba los términos en los que la respuesta se ha de realizar, el modo en el que el destinatario debe aceptar, el tiempo y el lugar en el que la aceptación debe llegar, etc.

comunicación al oferente (generalmente se tratará de actos de ejecución del contrato)[856].

Por otro lado, en relación con la aceptación también es importante señalar el art. 2.1.22 de los PUque se refiere al igual que la CV a la batalla entre formularios cuando en el proceso de contratación, las partes utilizan CGC. Este precepto establece que: "*Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo, excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato*".

Del tenor de este artículo se desprende que según los PU las partes contratantes no pueden imponer sus CGC a la otra parte si estas no las acepta expresamente por el simple hecho de haberlas formulado con posterioridad a la aceptación. Este precepto estipula que las cláusulas contradictorias no podrán entenderse en ningún caso como pactadas, no atribuyéndosele ese valor al silencio del oferente.

Se plasma aquí la teoría mencionada *supra* del *knock out rule*, según la cual "*(...) en caso de discrepancia entre las CGC utilizadas por el oferente y por el aceptante habría que acudir a los textos de derecho dispositivo, los criterios generales de integración de los contratos, los usos mercantiles y la buena fe"*[857].

[856] Véase PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., "Avances en la aplicación de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes", *CDT* (Marzo 2014), vol. 6, núm. 1, pp. 253-268; DA GAMA, L., "D. Presente y futuro de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales", *Tendencias y relaciones del Derecho internacional privado americano actual*, Universidad Ciudad De México, México, 2010, pp. 525-534.

[857] Como indica P. Perales Viscasillas, "*(...) la pretendida neutralidad que se intenta plasmar en este artículo puede dar lugar a situaciones no queridas por ninguna de las partes. Esta autora indica el siguiente ejemplo: En la oferta de un contrato se indica que el plazo de denuncia de la falta de conformidad de las mercancías es de dos meses, mientras que en la aceptación se indica que ese plazo se elevará a dos meses y 15 días. Si, finalmente estas cláusulas se anulan, y se aplican las disposiciones de la Convención de Viena, tendremos que, como dice el artículo 39 de laCV, el comprador dispone de un "plazo razonable" para efectuar tal denuncia, plazo que según la jurisprudencia entorno a la Convención se entiende como muy breve"* (véase PERALES VISCASILLAS, P., "La batalla de los formularios en la Convención de Viena…", *loc. cit*., pp. 1-12).

c) Principios europeos de Derecho de los contratos y Marco común de referencia

Con respecto a la aceptación, según los PECL el contrato puede perfeccionarse a través de la aceptación por uno de los contratantes de la oferta hecha por la otra parte, aceptando un contrato preparado por una tercera persona, o por otras vías (art. 2:2101). De esta forma, la aceptación puede producirse de cualquier manera que evidencie al oferente la voluntad del destinatario de quedar vinculado por el contrato (art. 2:204 PECL).

Por tanto, para la comunicación de la aceptación, los PECL admiten la utilización de medios electrónicos, como es el caso de la contratación que se hace a través de un sitio web activo. Esto es, manifestando la declaración de voluntad (aceptación) pulsando el icono correspondiente con el ratón o tecleando en la pantalla del ordenador. En estos casos, se presupone que el sitio web donde constaba la oferta contractual tiene las expresiones necesarias para que pueda emitirse la aceptación por esta vía.

En estos supuestos, se pueden suscitar dudas sobre si se han aceptado las CGC, en los que la vinculación a los términos del contrato se deriva de haber pulsado sobre el icono en el sitio web. En estos casos, como se ha indicado *supra*, la mayoría de los ordenamientos coinciden en que la declaración de voluntad que constituye la aceptación del contrato, y por tanto su perfeccionamiento, sólo surtirá efecto cuando la contraparte haya puesto a disposición del destinatario de la oferta los términos del contrato, indicando su carácter vinculante[858].

Es necesario que dicha información esté accesible al destinatario antes de su aceptación, es decir, que se incluya un botón de aceptación al final de las condiciones contractuales, de modo que sólo pulsándolo se manifiesta la voluntad de aceptar del usuario y que se le permita por tanto abandonar el lugar (virtual) antes de aceptar los términos del contrato[859].

[858] Véase ARIAS POU, M., "El consentimiento en la contratación electrónica…", *loc. cit.,* pp. 1527-1535; BOTANA GARCÍA, G.A., "Protección de consumidores y comercio electrónico...", *loc. cit.,* pp. 125-136; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *La contratación electrónica..., op. cit.,* pp. 49-53; ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica..., op cit*., pp. 47-53.
[859] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit.*, pp. 58-63.

Con respecto a la aceptación, es interesante también destacar si ésta puede tener lugar por silencio o por una determinada conducta del destinatario. En primer lugar, con respecto al silencio, en principio, no constituye aceptación, de modo que si el destinatario de la oferta no hace ni dice nada después de recibir una oferta, no queda vinculado por el contrato. Esto es, antes de que exista un acuerdo suficiente para que el contrato se entienda perfeccionado debe haber una comunicación entre las partes, para que cada una de ellas pueda conocer la intención de la otra (art. 2:204 de los PECL)[860].

En los casos de los contratos electrónicos y, con respecto al silencio del destinatario sobre la oferta, se aplican estas mismas reglas. En estos casos en los que la contratación tiene lugar a través de sitios web, el silencio o la inacción del destinatario difícilmente podrá considerarse como aceptación, por el propio medio en el que se opera. En estos supuestos es imprescindible que la aceptación se manifieste de una forma concreta, que será pulsando el icono correspondiente en el sitio web, acción esta que dará lugar a la perfección del contrato por la concurrencia de voluntades negociales.

En el caso de aceptaciones por medio de la ejecución de un acto, que no tenga que comunicarse al oferente, en virtud de los usos o de las prácticas entre las partes, la regla establecida en el art. 2:205 PECL es la de que el contrato se entiende concluido desde que se inicia el cumplimiento de este acto.

El art. 2:207 de los PECL contienen otras reglas sobre la efectividad de las aceptaciones tardías, remitidas tarde por el aceptante: serán efectivas cuando el oferente informe de su admisión al aceptante, por lo que acogen la teoría del conocimiento. En cambio, las aceptaciones que lleguen tarde al oferente, pero que se remitieron dentro de plazo, son efectivas desde que llegan al oferente (teoría de la recepción), salvo que el oferente informe al aceptante de que considera la oferta caducada (art. 2:207.2 PECL).

Por otro lado, también debe señalarse la regulación de la aceptación en el MCR,

[860] De nuevo, como ocurre en el caso de otros instrumentos como los PU, este precepto al establecer que el silencio "por si sólo" no constituye aceptación, permiten entender, a *sensu contrario*, que "(…) *hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, ya que éstas pueden conducir a atribuir al silencio valor de declaración de voluntad positiva o negativa. En este caso al no precisar cuáles son tales circunstancias, se desplaza la responsabilidad de su concreción al intérprete pues no es posible enumerar todos los factores que pueden condicionar el valor del silencio. Del mismo modo, cuando entre las partes ha habido unas negociaciones previas y una de ellas formula una oferta definitiva a la otra, se genera un deber de responder, entendiéndose, en caso contrario, que hay aceptación"* (véase DIEZ PICAZO, L., *Los principios de Derecho europeo…, op. cit.*, pp. 12-23).

que se recoge en el art. II. 4:204 del MCR. Este precepto establece que "*toda forma de declaración o conducta por el destinatario es una aceptación si indica asentimiento a la oferta*". Como ocurre en otros textos transnacionales como los PU y los PECL el silencio o inactividad por si solas no constituyen aceptación[861]. Según el art. 4: 205 (1) el contrato estará concluido cuando la aceptación llega al oferente. En cualquier caso, si la aceptación puede desprenderse de la conducta del destinatario, el contrato estaría concluido desde que el oferente tenga constancia de esta conducta [art. 4:205 (2)].

Esta cuestión es novedosa con respecto a otros textos normativos, porque no supedita necesariamente el perfeccionamiento del contrato a la aceptación expresa de la oferta sino que la aceptación puede darse también de forma tácita[862]. Este hecho, en la práctica, puede suscitar dificultades en cuanto a la prueba de la correcta formación del consentimiento de las partes[863].

Puede darse el caso de que la aceptación conlleve una modificación sustancial de los términos del contrato de manera que altere sustancialmente la oferta. Del mismo modo, puede ocurrir que la oferta se condicione a la aceptación por el destinatario de todos sus términos. No habrá, en principio, en estos casos una aceptación sino una contraoferta[864]. De esta forma, el contrato se perfecciona cuando conste la intención de la contraparte de vincularse por el contrato, por ejemplo a través de los actos de ejecución[865].

Con relación a este tema el MCR se sitúa en una línea reformista (como los PECL y los PU), en cuanto dejan el tema abierto y no regulan esta cuestión en particular[866]. Por

---

[861] Véase DORALT, W., "The Optional European Contract Law…" *loc. cit.*, pp.16-17.
[862] Véase PERFETTI, U., "La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo", *Rivista di diritto civile*, 2009, vol. 6, pp. 669 y ss.
[863] Véase INFANTE RUÍZ, F.J., "Entre lo político y lo académico: Un Common Frame of Reference de derecho privado europeo", *InDret*, 2/2008, pp. 34-49; DIEGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *Indret*, 2/2009, pp. 1-22.
[864] Véase AAVV, "The Common Frame of References for European Privat Law-policy choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, pp. 659-708.
[865] Véase LARA AGUADO, M.A., "La oferta y aceptación…", *loc. cit.*, pp. 681-725.
[866] Véase VALPUESTA GASTAMINZA, E., "La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: El Draft Common Frame of Reference", AAVV, *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, Barcelona,2011, pp.86-87. Este autor afirma que "*(…) como propuesta personal, un texto opcional que sirva tanto para contratos de consumo como empresariales, y para contratos nacionales como interestatales, sería la opción menos "agresiva", que permitiría a las partes contractuales elegir un ordenamiento mejor que el nacional, o al menos uno conocido. Con todos sus problemas, su excesivo reglamentismo y su alta impresión (que*

este motivo habrá que estar al caso concreto y en si surge una controversia judicial, serán los tribunales los que decidan lo que constituye una variación sustancial de la oferta, con arreglo a la buena fe y a la luz de las prácticas comerciales y los usos[867].

Con respecto a la aceptación tardía, el art. 2:207 del MCR, al igual que los PECL contiene determinadas reglas sobre la efectividad de estas declaraciones de voluntad. Este precepto establece que surtirán efecto cuando el oferente informe de su admisión al aceptante. En el caso de que las aceptaciones lleguen tarde al oferente, pero se hubieran remitido en plazo, son efectivas desde el momento en el que llegan al oferente. Se recogen por tanto la teoría del conocimiento y de la recepción respectivamente con la salvedad de que el oferente informe al aceptante de que considera la oferta caducada[868].

En último lugar, y relacionado con la aceptación de la oferta y las cláusulas no negociadas (adhesión) debe destacarse que los PECL y el MCR, al igual que la CV y los PU regulan el supuesto de la incompatibilidad entre CGC (batallas de formularios)[869]. En concreto, en los contratos celebrados entre empresarios, ambas partes suelen utilizar sus propias CGC de tal forma que cada una acepta la declaración de voluntad de la otra pero a través de sus propios formularios, que pueden ser incompatibles.

Los arts. 2:209 PECL y II. 4: 209 MCR tratan de dar una solución a esta cuestión concluyendo que si las partes han llegado a un acuerdo, existe contrato aunque la oferta y su aceptación se refieran a CGC incompatibles, formando parte del contrato en la medida en que coincida "en su contenido esencial" (PECL) o "en lo fundamental" (MCR). Esta regla presenta una excepción en el caso de que alguna de las partes hubiera indicado

---

deberían ser mejorados), el MCR parece un conjunto de reglas mucho más lógico que, al menos, el Derecho español actual".

[867] Los comentarios sobre estos textos normativos afirman que "*(…) una alteración es sustancial cuando resulta sorpresiva, gravosa para la parte sin cuyo conocimiento expreso se ha incorporado, las que requieren un plazo de reclamación más corto que el razonable y, en definitiva, aquéllas que, por ser inusuales o contrarias al equilibrio de prestaciones propio de la clase de contrato o del sector de actividad de que se trate, pueden pasar desapercibidas para la otra parte"* (véase MAURER, V., "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1989, vol. 15, p. 373).

[868] Véase ARROYO, E; EBERS, M., "Los Principios del Derecho Contractual Comunitario", *ADC*, núm. LXI-1, enero de 2008, pp. 211 y ss.

[869] Véase VON BAR, C., CLIVE, E. y SCHULTE NÖLKE, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009, pp. 85-118.

de manera previa, explícita y no por medio de CGC que no se considerará obligada en esta situación o bien se lo comunique con posterioridad a la otra parte sin demora (pfo. 2º, arts. 2:209 PECL y II.-4: 209 MCR). Es decir, las CGC que sean compatibles entre sí formarán parte del contrato mientras que las que no lo sean, se "anulan" mutuamente[870].

d) Ley Modelo de Comercio electrónico

En este apartado, merece una especial mención la LMCE sobre los elementos para el perfeccionamiento del contrato. El art. 11 de esta norma establece que si las partes no han convenido otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos[871].

La ley Modelo de Comercio electrónico aunque no contiene normas sobre determinación del momento de perfección del contrato, sí incorpora algunos criterios muy importantes sobre este particular en su art. 15, que aparecen reiterados en su mayoría en la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (art. 10)[872].

El art. 15 de la Ley Modelo de Comercio electrónico establece que: "*2) De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar: i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos; Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del*

[870] Véase BOSCH CAPDEVILLA, E., "Comentario al art. II.- 4: 209…", *loc. cit.*, pp. 326 y ss.
[871] Diversos autores se pronuncian sobre esta cuestión: Véase PIAGGI, A.I., "La Ley Modelo de UNCITRAL…", *loc. cit*., p. 21.; RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos jurídicos…, op. cit.,* p. 62; ROGEL VIDE, C., "Momento y lugar de perfección…", *loc. cit.*, pp. 35-39; SCOTTI, L.B., "Contratos internacionales celebrados a través de medios electrónicos, ¿Cuál es la ley aplicable?", *Anuario Argentino de Derecho internacional*, XIX, 2010, pp. 47-99;
[872] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit.*, p. 918.

destinatario".

Conforme a este precepto, a falta de acuerdo en contrario entre el emisor y el destinatario, el momento de expedición de un mensaje de datos es el de su entrada en un sistema de información que no esté bajo el control del emisor o del intermediario. El momento de recepción del mensaje, si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, es el momento en que ingrese en dicho sistema de información[873].

Esta afirmación tiene una salvedad para los casos en los que el mensaje se envíe a un sistema distinto del designado por el destinatario ya que en este caso se considera que el momento de recepción es aquel en el que el destinatario recupere el mensaje de datos. Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción se considera que tiene lugar cuando el mensaje de datos ingrese a un sistema de información del destinatario (art. 15 de la Ley Modelo).

Por tanto, en los casos previstos, en los que sea aplicable esta norma y teniendo en cuenta este precepto (art 15) la aceptación tendrá lugar cuando, el mensaje de datos que contiene esta declaración de voluntad entra en el sistema de información del oferente (PSSI). Debe recordarse que la funcionalidad de esta norma, como su propio nombre indica, es servir de modelo para la regulación que los Estados deben realizar del comercio electrónico.

D) Peculiaridades de la revocación de la aceptación: similitud con el desistimiento

Como se ha indicado, en los contratos electrónicos celebrados a través de TV la aceptación (adhesión de las CGC), coincide, en la mayoría de ocasiones, con el perfeccionamiento del contrato electrónico ya que en estos contratos, en muchos casos, la adhesión-aceptación llega de forma instantánea al emisor de la oferta. Este hecho repercute en las similitudes que en las relaciones contractuales virtuales presentan las figuras de la revocación de la aceptación y del desistimiento.

[873] Véase PIAGGI, A.I., "La Ley Modelo de UNCITRAL...", *loc. cit.*, pp. 26-47.

En los contratos que se realizan *offline*, según las teorías expuestas *supra*, es posible la revocación de la aceptación siempre que no se haya perfeccionado el contrato, ya que normalmente entre la oferta y la aceptación suele haber un lapso de tiempo. Sin embargo, en los contratos electrónicos este periodo de tiempo entre las declaraciones de voluntad necesarias para el perfeccionamiento del contrato no existe[874].

A pesar de este hecho, los sitios web indican (en sus CGC) la posibilidad de revocar la aceptación (el contrato), y entre las requisitos necesarios para poder realizar la revocación aparecen los mismos que para el ejercicio del desistimiento (plazo de 14 días, necesidad de comunicación al oferente, formulario de revocación-desistimiento, gastos para el ejercicio de esta facultad, etc). Esto es, en la contratación *online* muchos comerciantes hacen referencia a la revocación o al desistimiento del contrato de forma indistinta[875]. Por este motivo, en relación con la perfección de estos contratos, en la mayoría de ocasiones, es complicado atestiguar las diferencias entre las figuras jurídicas de la revocación y el desistimiento ya que estas en la práctica se identifican.

Esta cuestión puede conllevar resultados contradictorios relacionados con la ley aplicable a la revocación de la aceptación y al desistimiento ya que ambos regímenes no se identifican necesariamente, como se ha podido comprobar en la presente investigación. Mientras que la ley aplicable a la adhesión/aceptación electrónica y por consiguiente a la revocación de esta, será la del país del domicilio del destinatario de los SSI, que actue como aceptante-adherente siempre que en virtud de la teoría de la *International Stream of Commerce* se verifique que se dirigía la oferta a dicho Estado.

Por su parte, para determinar la ley aplicable al desistimiento, como se analiza de forma más detenida *infra*, es necesario tener en cuenta cual es la Ley rectora del contrato, con los límites señalados por la Directiva 2011/83/UE, en concreto para los supuestos en

[874] Véase MANRESA, J.M. ª, *Comentarios al Código Civil…, op. cit.,* pp. 365 y ss; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho Civil…, op. cit.,* pp. 53-59.
[875] Como se ha expuesto *supra*, algunos ejemplos de sitios web que realizan un tratamiento indistinto de la revocación y de la revocación de la aceptación son: *www.spotsnapr.com*; *www.techtarget.com*; *www.shein.comwww.boulevard.com*; *www.laredoute.com*.

los que la elección de Ley se haya hecho a favor de un Estado miembro (art. 25).

3.- Control de incorporación

A) Relación entre el Reglamento Roma I, la Ley 7/1998 y la normativa de consumo

a) Reglamento Roma I (régimen general) y delimitador espacial de la Ley 7/1998

Al margen del régimen específico del uso de las CGC en los contratos celebrados por consumidores que se examinará *infra*, con carácter general, el art. 3 de la LCGC establece su ámbito de aplicación territorial y el carácter imperativo de sus normas. Conforme a este precepto, basta con que el adherente domiciliado en España haya celebrado el contrato en Internet tras acceder a la Red encontrándose en este país, para que las normas relevantes de la LCGC (incorporación) se apliquen (art. 3.2 LCGC).

El art. 3 de la LCGC está definido en el encabezamiento del propio precepto: "*ámbito territorial. Disposiciones imperativas*", esto es, se pretende la determinación del ámbito de aplicación espacial de la LCGC y se afirma la naturaleza "imperativa" de sus normas[876].

La EM, indica que la protección de la igualdad de las partes es similar para el adherente-profesional y el adherente-consumidor con la sola diferencia de que en las CGC "*además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que las CGC no sean abusivas*"[877]. El art. 3 y todas las normas (de otros Estados miembros) delimitan en el

[876] La noción "ámbito territorial" o espacial se refiere tanto a la fuerza obligatoria cuanto a la aplicabilidad (véase RIGAUX, F."Droit international privé, Théorie générale", *Revue internationales de droit comparé*, année 1978, vol. 30, n. º 2, pp. 708-710).

[877] Un ejemplo de esta idea es el derogado art. 10.8 de la AGBG que vetaba la sumisión a un Derecho extranjero en las CGC en los casos en que no concurriera un legítimo interés. Es interesante la opinión sobre este precepto de J. KROPHOLLER, en la que se critica precisamente la prohibición realizada por el precepto en relación con la elección de un Derecho que no fuese el nacional, cuando la sumisión a una normativa extranjera se realizaba a través de las CGC. Véase KROPHOLLER, J., "Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei", *RabelsZ*, 1978, pp. 647 y ss. De otro lado, el art. 19 h) del Decreto-ley oprtugés núm. 446/1985, de 25 de octubre, prohibía en determinados casos las CGC que determinasen la aplicación de un Derecho extranjero si los inconvenientes causados a una de las partes no se compensaban con intereses serios y objetivos de la otra parte (véase MOURA RAMOS, R.M., "La

espacio el ámbito de aplicación de la LCGC. Se entiende que son imperativas[878], normas imperativas autolimitadas[879], normas de conflicto unilaterales[880] o reglas especiales de conflicto[881]. Puede resultar más preciso entender que este es uno de esos casos en que "el legislador precisa el carácter imperativo de determinadas normas materiales del foro a través de una norma de extensión[882] o norma material espacialmente autolimitada[883].

En todo caso, el art. 3 es una "variante de la técnica unilateral", "para la protección del adherente" que consiste en la delimitación unilateral del ámbito de aplicación de las normas del foro"[884]. Esto implica dos afirmaciones sencillas pero importantes: en primer lugar, desde la perspectiva del método, se opta por una solución unilateral, es decir que se resuelve en términos de voluntad de aplicación de la norma más que de localización de la relación[885], y en segundo extremo, desde la perspectiva de la técnica, dadas unas condiciones, se extiende la aplicabilidad de una norma material construida como norma imperativa de Derecho interno.

En este sentido debe indicarse que la referencia incluida en el segundo párrafo del art. 3 de conformidad con la cual lo dicho se entiende "sin perjuicio de los establecido en Tratados o Convenios internacionales" no aporta nada respecto al citado Reglamento. Por un lado, el Reglamento se va a aplicar con independencia de esta cautela, por otro, su aplicación no sustituye la del párrafo segundo (que parece ser el sentido de la expresión "sin perjuicio de") sino que, como se indica *infra*, la complementa.

Además como se ha expuesto, la aplicación del Reglamento Roma I no actúa sólo respecto de los contratos sometidos a legislación extranjera sino que es el presupuesto de

---

protección de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais" *Droit international et droit communautaire, Actes du Colloque de París*, 5-6 avril 1990. París, 1991, p. 115).

[878] Véase POCAR, F., "La Protection de la partie faible…, *loc. cit*., p. 400, en relación con el art. 12 de la AGBG, que considera como una disposición que específica la reserva de orden público.

[879] Véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo…, op. cit.,* pp. 339 y ss, respecto a la Unfair Contract Terms Act, 1977 y a la AGBG, entre otras.

[880] Véase HARTLEY, T.C., "Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach" *RCADI*, t. 266, 1997, pp. 382 y ss.

[881] Respecto al art. 33 de la Ley portuguesa, véase JAYME E., "Les contracts…, *loc. cit"*., p. 78.

[882] Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional..., op. cit*., pp. 138-146.

[883] Véase PÉREZ VERA, E., *Derecho internacional Privado…, op. cit*., pp. 76-77.

[884] Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales…, op. cit*., pp. 114-120.

[885] Véase GOTHOT, P., "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé" *RCDIP*, 1971, pp. 1-36: BATTIFOL, H., "Unilatéralisme et contracts en droit international privé", *Liber Amicorum A.F. Schnitzer,* Universidad de Ginebra, 1979, pp. 7-17.

los contratos internacionales que resultan sometidos a ley española y por tanto afectaría tanto al primer párrafo como al segundo. Por otra parte, tampoco puede atribuírsela un especial valor en tanto ayuda para el aplicador del Derecho puesto que es un recordatorio genérico a las fuentes convencionales y no al Reglamento Roma I en particular.

En cualquier caso, debe recordase que el Reglamento Roma I determina que la ley aplicable a la existencia y validez de los contratos (por lo tanto también a la incorporación de las CGC, en general), es la ley del contrato, en los términos del art. 10 de este instrumento[886]. En este sentido, la determinación de la ley rectora del contrato, se realiza según las reglas establecidas en el Reglamento Roma I: art. 3 (cláusula general de elección de ley); art. 4 (criterios a falta de elección); arts. 5-8 (reglas especiales para los contratos de transporte, consumo y trabajo).

Por este motivo, la pretensión de que la LCGC sea de aplicación en los términos del art. 3 de la LCGC también a los contratos regidos por una ley extranjera puede resultar contradictoria con respecto al contenido del Reglamento Roma I en este extremo[887]. Este hecho puede deberse a que el Reglamento Roma I y la LCGC persiguen objetivos diferentes. Por un lado, el sistema del Reglamento Roma I intenta proteger el consentimiento contractual y establece un mecanismo uniforme para todo tipo de cláusulas con independencia de que sean condiciones particulares o estipulaciones impuestas por una de las partes (CGC)[888]. Por contra, la LCGC pretende salvaguardar los intereses del adherente por el mero hecho de serlo y para ello establece unos requisitos relativos a la incorporación de dichas cláusulas al contrato[889].

La posible existencia de una contradicción relacionada con la ley aplicable al control de incorporación en los contratos electrónicos, en los que la elección de Ley se realiza en la mayoría de los casos a través de CGC, puede extenderse a la ley rectora del acuerdo de elección de ley. Si se tiene en cuenta el art. 3.5 del Reglamento Roma I, que

[886] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado…, op. cit.*, p. 571.
[887] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit.*, p. 1078.
[888] Véase CASTELLANOS RUIZ, E., El Reglamento Roma I…, *op. cit*., pp. 96-98.
[889] Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El proyecto de ley sobre condiciones generales...", *loc. cit*., pp. 839-902.

remite a los arts. 10, 11 y 12 del mismo texto legal, la *lex contractus* será también la encargada de regular este aspecto del contrato[890].

En virtud del art. 10 del Reglamento Roma I, la existencia y validez del consentimiento de las partes sobre la elección de la ley aplicable queda sometida a la ley elegida, esto es, la ley que sería aplicable si el contrato fuese válido (*lex hypothetici contractus*)[891]. De esta forma, el ordenamiento elegido, determina los requisitos exigidos para el conocimiento pleno por parte del adherente y de claridad en la formulación, para que las CGC, y en concreto, la que prevé la elección de ley, queden incorporadas al contrato[892]. Por lo tanto, son los criterios de ese ordenamiento los relevantes para valorar, la validez de la incorporación de la elección de la ley aplicable en las CGC. Esto es, si dicho ordenamiento admite como válidas las cláusulas de elección de ley contenidas en las CGC, y en caso afirmativo, si existen límites o condiciones y si éstas se han respetado[893].

Puede darse el supuesto de que el contrato remita a unas CGC en las que consta una elección de Ley (por ejemplo a través de un enlace en el sitio web, o de un documento que el usuario se descarga, etc). Para que dicha elección de Ley se considere válida y cause efectos jurídicos, las partes deben ser conscientes de la remisión que el contrato hace a estas CGC[894].

En todo caso, los requisitos de la elección de la ley aplicable al contrato según el art. 3 del Reglamento Roma I son[895]: en primer lugar, la elección de ley debe ser clara, inequívoca y plenamente cierta. Deben señalarse varios aspectos previos al respecto: "*(…) se trata de aplicar la Ley que, realmente, en el caso concreto, han elegido las partes en*

---

[890] Sobre el criterio de la lex causae, véase FOYER, J., "Le contract d'electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 169-179.

[891] Véase CARRASCOSA GONZALEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales…, op. cit.,* pp. 84-87; GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *La Ley*, núm. 6957, 2008, pp. 654-662. QUIÑONEZ ESCAMEZ, A., "Ley aplicable a los contratos internacionales...", *loc. cit.*, pp. 1-22; AGUILAR GRIEDER, H., "Desafios y tendencias en el actual derecho internacional privado…, *loc. cit.*, p. 33.

[892] Véase, AUDIT, B., *Droitinternational privé…, op. cit.,* p. 198.

[893] Véase, LEIBLE, S., "Choice of the Applicable Law...",*loc. cit* p. 62.

[894] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet…, op. cit*., pp. 907-914.

[895] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Ley aplicable a los contratos…, *op. cit*., pp. 57 y ss.

relación con un contrato determinado; el Reglamento Roma I admite, como elecciones "ciertas" o "claras" de Ley aplicable, tanto la elección expresa de la Ley del contrato, como la elección implícita de la Ley reguladora del contrato"[896]. Si conforme al ordenamiento seleccionado, la cláusula de elección es válida, sus normas se aplicarán al conjunto del contrato[897]. Por otro lado, si según ese ordenamiento, el pacto contenido en las CGC no es válido, deberá tenerse en cuenta la ley determinada por el art. 4 del Reglamento Roma I[898].

En todo caso, la *lex contractus* reguladora, entre otras cuestiones, de los requisitos de validez (incorporación) de todas las clausulas del contrato (art. 10 Reglamento Roma I) incluidas las CGC; y especificamente de la validez del acuerdo de elección de ley (art. 3.5 LCGC) ha de ponerse en relación con la LCGC, que también regula el control de incorporación de estas estipulaciones y tiene su propio indicador espacial (art. 3 LCGC).

Esta cuestión se desprende de la propia EM de la Ley 7/1998 que establece que *cuando la declaración negocial se haya producido en territorio español regirá (en cuanto a las condiciones generales) la ley española, conforme al Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993 («Boletín Oficial del Estado» de 19 de julio), al atribuirle el carácter de disposición imperativa (artículos 3 y 5.2 de dicho Convenio).*

---

896 "*El art. 3 del Reglamento Roma I, en relación a esta cuestión, indica que la elección de Ley deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por tanto, la elección expresa y elección tácita de la Ley aplicable son las únicas modalidades de elección de Ley al contrato que admite el art. 3.1 Reg. Roma I; 3º) En consecuencia, no surte efecto jurídico alguno la llamada elección de Ley presunta (mutmassliche Wille) ni tampoco la elección de Ley hipotética (hypothetische Wille). En efecto, no se trata de determinar la Ley que las partes en un concreto contrato habrían elegido de haberse planteado la cuestión de la Ley aplicable al contrato, ni tampoco se trata de determinar la Ley que habrían elegido unos contratantes medios o "ideales*" (véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I…", *loc. cit*., pp. 57-59).

897 "*La libertad de las partes de elegir la ley aplicable –explica el considerando 6 Reg. Roma I– debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales*" [véase KENFACK, K., "Le règlement (CE) núm. 593/2008…", p. 12].

898 Véase GARCÍA RUBIO, M.P., "Las condiciones generales...", *loc. cit.*, pp. 22-43; LEIBLE, S., "Choice of the Applicable Law...", *loc. cit.*, pp. 67-68; MARTINY, D., "Bestimmung des Vertragsstatus...", *loc. cit*., p. 67; PAGADOR LÓPEZ, J., "La ley 7/1998...", *loc. cit*., pp. 1-34; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998…", *loc. cit*, 51-64; VIRGOS SORIANO, M., "Artículo 3...", *loc. cit*., pp. 145-151.

b) Artículo 6 del Reglamento Roma I y delimitador espacial de la Ley 7/1998

Como se ha expuesto *supra*, el art. 3 de la LCGC parte de la distinción entre contratos internacionales sometidos a la ley española y los sometidos a otra ley extranjera[899]. La determinación de la ley rectora del contrato dependerá de si el supuesto está comprendido en el ámbito del art. 6 del Reglamento Roma I o no. En el primer caso, si la respuesta es positiva, la ley rectora del contrato se determinará de acuerdo a lo establecido en este precepto. En cambio, si no queda comprendido en el ámbito de aplicación del art. 6, dicha determinación se realizará, como se ha indicado, conforme a los arts. 3 y 4 del Reglamento Roma I o al resto de criterios "especiales", según el tipo de contrato de que se trate (arts. 5, 7 y 8 Reglamento Roma I).

En todos los preceptos mencionados se establece como punto de conexión principal la autonomía de la voluntad, completado con una conexión subsidiaria en defecto de elección[900]. Sobre esta base común, el art. 6 del Reglamento Roma I limita la autonomía de la voluntad en función de un mínimo de protección asegurado por la Ley de la residencia habitual del consumidor, es decir, las normas de la residencia del consumidor actúan como normas materiales imperativas. Esto es, el sistema de protección favorece la aplicación de la ley de la residencia del adherente (art. 6.2 Reglamento Roma I)[901].

De esta forma, con independencia de quien sea el adherente, si las partes se someten a la ley española o ésta resulta de la conexión objetiva, la LCGC será de

[899] Véase BERCOVITZ, V, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales…, op. cit.,* pp. 41-45.
[900] Véase sobre la autonomía de la voluntad las siguientes obras, CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.*, p. 57; ÁLVAREZ GONZÁLEZ,S., "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado español", *REDI*, 1990, vol. LXII, pp. 125-152; CASTELLANOS RUIZ, E., Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional, Comares, Granada, 1998; MINCKE, W., "Die Parteiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl?", *IPRax*, 1985, pp. 313-317; LEIBLE, S., "Choice of the Applicable...", *loc. cit.*, pp. 61-75; WAGNER, R., "Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom IVerordnung) – Ein Bericht über die Enstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung", *IPRax*, 5/2008, pp. 377-386.
[901] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., *Régimen jurídico de los consumidores…, op. cit.,* pp. 85-93; CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "La contratación entre consumidores de la UE…, *loc. cit.*, p. 363; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *La contratación internacional…, op. cit.,*pp. 34-67.

aplicación vía art. 3, apartado 1º, esto es, como *lex contractus*. Además, si las partes eligen como ley rectora la de un tercer Derecho, la LCGC actuará como disposición imperativa en sentido interno (art. 3.3 Reglamento Roma I).

Por otro lado, el art. 3.2 de la LCGC es de utilidad, sobre todo, cuando la ley aplicable sea la de un tercer Estado por elección de las partes o por conexión objetiva. ¿Pero cuál es el alcance real de la extensión operada por el art. 3.2 de la LCGC? En este sentido, la diferencia adherente-consumidor y no consumidor es determinante. De esta forma, por la relación de este precepto con el art. 6 del Reglamento Roma I, la LCGC se aplicará, si el adherente es un consumidor con residencia habitual en España y en el caso concurre uno de los criterios de vinculación de este precepto[902]. En primer lugar la LCGC se aplicará de conformidad con el art. 3.1 de la LCGC a título de ley española (pues será la *lex contractus* determinada por el art. 6. 1 del Reglamento Roma I).

En este caso, la eficacia del art. 3.2 de la LCGC en los contratos electrónicos de consumo sólo puede darse en el caso de contratos celebrados con consumidores al margen del ámbito material del art. 6.1 del Reglamento Roma I, esto es, cuando se trate de consumidores activos. En la contratación electrónica cuando sea el consumidor el que se dirija al PSSI cuyo sitio web no está dirigido al Estado donde tiene su domicilio dicho consumidor. En los demás casos, el consumidor español ya está protegido por las normas conflictuales del art. 6 del Reglamento Roma I que remiten al ordenamiento español y por tanto a la LCGC, que resulta aplicable en estos supuestos al ser la que rige el contrato (art. 3.1 LCGC)[903].

En segundo extremo, presenta mayor interés plantear la aplicación de la LCGC en contratos electrónicos celebrados con consumidores en términos de "imperatividad", en relación con el art. 6.2 del Reglamento Roma I. La integración del supuesto en el sistema de protección del art. 6 del Reglamento Roma I conduciría a entender la imperatividad de la LCGC como norma imperativa en sentido interno. Como se ha analizado *supra*, en el sector del Derecho aplicable la norma imperativa en sentido interno

[902] Véase VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "Artículo 3...", *loc. cit.*, pp. 166-170.
[903] Véase RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998…", *loc. cit.*", pp. 52-74.

prevalece sobre el Derecho designado por la autonomía de la voluntad, salvo que garantice un nivel de protección superior (normas relativamente imperativas)[904].

Por tanto, si el adherente es un consumidor en los términos del art. 6 con residencia habitual en España, su sumisión a un tercer Derecho siempre estará condicionada por la LCGC española (como ley española-ley de la residencia habitual) ya que de conformidad con el art. 6.2 del Reglamento Roma I, la protección otorgada por la LCGC no podrá eludirse mediante acuerdo. Es decir, que si un adherente consumidor con residencia en España, al celebrar un contrato electrónico, se somete a un tercer Derecho menos protector, la LCGC se aplicará en virtud del art. 6.2 del Reglamento Roma I, coincidiendo así con la voluntad de aplicación manifestada en el propio art. 3.2 de la LCGC.

De esta forma, el Reglamento Roma I determina con carácter general la ley aplicable a los contratos sometidos a CGC. A tal fin cuenta con dos sistemas: uno de protección dirigido al adherente-consumidor y otro general aplicable al adherente-profesional o al consumidor que no entra en el ámbito material o espacial del primero[905]. Esto supone que el ordenamiento español dispone de un tratamiento conflictual dual, especializado para un tratamiento material unitario (LCGC). La consecuencia es que en el caso de los contratos celebrados con consumidores mediante la utilización de CGC conviene la lectura de la imperatividad y por tanto del ámbito espacial de la LCGC que podría entenderse como una norma imperativa en el sentido del art. 6.2 del Reglamento, cuando de este planteamiento resulte la extensión de la LCGC española[906].

c) ¿Doble reglamentación del contrato electrónico con condiciones generales? Propuestas

Como se ha indicado *supra,* en la práctica de la contratación electrónica, con respecto al control de incorporación, que ha de darse como una de las fases necesarias para el perfeccionamiento del contrato, pueden darse resultados contradictorios. De esta forma, en el supuesto de un contrato suscrito (a modo de ejemplo) entre un PSSI indio y

[904] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional…, op. cit*., p. 317.
[905] Véase RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998…", *loc. cit*., p. 70.
[906] *Ibidem*, p. 71.

una empresa española que se adhiere al contrato desde España y en el que se pacta como *lex contractus* el Derecho indio, pueden surgir las siguientes cuestiones relacionadas con el Reglamento Roma I y la LCGC. En primer lugar, según el Reglamento Roma I (art. 10) la ley aplicable al control de incorporación, será el Derecho indio elegido por las partes como *lex contractus* (art. 3.1 Reglamento Roma I). Este Derecho regulará también, en principio, la validez de la cláusula de elección de ley (art. 3.5 Reglamento Roma I).

En segundo extremo, en el citado supuesto, según el art. 3.2 de la LCGC, el control de incorporación debe regirse por la Ley española, ya que el adherente tiene su domicilio en España y su adhesión se ha producido desde este país. Las consecuencias de aplicar una u otra norma (Derecho indio o Derecho Español) pueden ser importantes, ya que las garantías que proporcione una u otra ley a la incorporación de las CGC serán diferentes.

En este sentido, la primacía del Reglamento Roma I conlleva que en las relaciones entre empresarios la LCGC debe aplicarse, *a priori*, sólo cuando un contrato se rija por el Derecho español. En este sentido, como afirma M. Virgos Soriano, "(…) *ni siquiera en la dimensión sustantiva, o de ley aplicable, el art. 3 de la LCGC es la norma principal*[907]. Según este autor las CGC se deben someter a la ley aplicable al contrato del cual formen parte (*lex contractus*). Esto es, no hay un régimen conflictual específico para los contratos con CGC, sino que estas siguen el régimen del contrato principal.

Debe recordarse que el régimen básico en el ordenamiento español para determinar la ley aplicable al contrato lo proporciona el Reglamento Roma I ya que la ley española no puede modificar dicho régimen salvo de conformidad con lo previsto en el propio Reglamento (art. 9)[908].

De esta forma, sólo se podría modificar la reglamentación general, esto es, la aplicación de la *lex contractus*, en este caso al control de incorporación de las CGC, en el supuesto de que se considere que el art. 3.2 de la LCGC pretende atribuir a esta ley, incluso cuando regula relaciones B2B, el carácter de norma internacionalmente imperativa. En tal caso, la aplicación de la LCGC en el marco del Roma I tendría lugar

[907] Véase VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, "Artículo 3…", *loc. cit.*, p. 146.
[908] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…*, *op. cit.*, p. 941.

de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del Roma I, siempre que se dieran las circunstancias espaciales previstas en el art. 3 de la LCGC (adherente en España y adhesión desde este país).En relación con el carácter imperativo de la LCGC, como se ha señalado *supra*, considerar la imperatividad en sentido internacional de la totalidad de esta norma puede menoscabar la aplicación uniforme del Reglamento Roma I[909].

No parece que pueda justificarse, que en todas las situaciones se dote a la totalidad de la LCGC de una imperativiad reforzada (internacional), por el mero hecho de que se den los requisitos del art. 3.2 de la LCGC. Sin embargo, como se ha analizado *supra*, puede plantearse el supuesto de que alguno de los preceptos de la LCGC sí tengan la consideración de normas internacionalmente imperativas, si cumplen determinados requisitos. En este sentido, el control de incorporación de las CGC en la contratación electrónica tiene gran importancia por las razones indicadas, además es, con respecto a la inclusión de estas clausulas, donde puede estar la contradicción entre el Reglamento Roma I y la LCGC.

De esta forma, como primera propuesta en relación con los posibles efectos contradictorios entre las citadas normas o la doble reglamentación que se pueda derivar de su aplicación, se plantea la consideración como normas internacionalmente imperativas de los arts. 5 y 7 de la LCGC. En el contexto de la contratación electrónica, estos preceptos pueden cumplir los requisitos para tener esta consideración, como se ha destacado *supra*. Este hecho puede tener un potencial conciliador, con respecto a la fase del perfeccionamiento del contrato electrónico relativa al control de incorporación de las CGC.

Una segunda propuesta para mejorar la situación existente con respecto a la relación entre el Reglamento Roma I y la LCGC es utilizar la técnica de la adaptación. Según J.C Fernández Rozas, este recurso resulta ineludiblemente, en la fase final de aplicación de la norma de conflicto, al introducir en el foro las normas materiales de

[909] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho imperativo y relaciones privadas…, *loc. cit.*", p. 14.

diferentes ordenamientos jurídicos[910]. En este sentido, esta técnica se dá como un recurso que actúa "*(…) no en el proceso de selección o localización de la ley aplicable; sino en un momento posterior de "armonización de los distintos Derechos materiales", que han resultado designados por el sistema conflictual, a partir de la aplicación de leyes materiales equivalentes*"[911]. Efectivamente, la adaptación persigue la consecución del "principio de armonía material de soluciones", se trata de "hacer coexistir sistemas jurídicos diferentes"[912].

Para que esta técnica pueda operar, han de darse un supuesto en el que la aplicación coincidente de dos o más sistemas materiales conlleva a una contradicción normativa, por carencia o acumulación de normas respecto de una misma cuestión[913]. Esto es lo que ocurre en en este caso si de la aplicación de la *lex contractus* resulta una ley diferente a la española y sin embargo el adherente reside en España y ha emitido su declaración de voluntad desde este Estado (ejemplo anterior)[914].

Según esta técnica, el juez, para establecer la coherencia del sistema de DIPRr, debe realizar una adaptación entre normas de distintos ordenamientos eliminando dicha contradicción, para encontrar una solución justa de la controversia[915]. De una forma más concreta, "adaptar" conlleva mitigar las consecuencias jurídicas previsibles en dos o más

---

[910] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos," *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomos XLV-XLVI, 2004/2005 y 2005/2006, pp. 257-285.

[911] Véase BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 19-27.

[912] Véase PICONE, P., *Saggio sulla struttura formale del problema delle questione preliminari nel diritto internazionale privato*,Jovene, Nápoles, 1971, pp. 27 y ss. Como se recoge en el simil de W. Wengler quien metafóricamente, compara la adaptación con un intento de hacer coincidir y funcionar distintas piezas de una bicicleta o automóvil, procedentes de modelos o fabricantes diferentes (véase WENGLER, W., "The General Principles of Private International Law", *RCADI*, t. 104, 1961, p. 407).

[913] "*Algunos autores han identificado este problema como consecuencia de las calificaciones. En efecto, los inconvenientes a los que conducen las diferencias de calificación no son tan insolubles como a veces se sugiere y no necesitan la interpretación caótica construida por la doctrina de la lex fori. Las verdaderas dificultades consisten en el ajuste de varios sistemas jurídicos internos que actúan juntos con respecto a la misma serie de hechos. Las cuestiones que surgen en este sentido, no están sin embargo relacionadas con el DIPr, sino con la interpretación correcta de las reglas internas. No pueden surgir donde sólo se aplica un sistema jurídico, sino que emergen únicamente cuando están en discusión hechos que contienen elementos extranjeros"* (Véase BOUZA VIDAL, N., *Problemas de adaptación…, op cit.,* p. 160).

[914] Véase MADRID MARTÍNEZ, C., "Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", *Estudios de Derecho internacional privado, homenaje a Tatiana Maekelt*, V H. Guerra, C. Madrid Martínez y Pérez (coords.), Universidad católica Andrés Belló, Caracas, pp. 155-226.

[915] *Ibidem*, pp. 158-160.

ordenamientos materiales diferentes, que de forma simultánea pueden resultar aplicables según la norma de conflicto del foro, por la imposibilidad de aplicarlos en su integridad dado su carácter contradictorio[916].

De esta forma, para que opere la técnica de la adaptación han de darse tres elementos esenciales. En primer lugar, un litigio con elemento extranjero en el cual los diferentes elementos de la relación o de dos relaciones dependientes entre sí, hace que resulten aplicables diferentes normas de conflicto, que solicitan distintos ordenamientos materiales para su regulación. En este caso sería el contrato electrónico con CGC, y los derechos materiales, la *lex contractus* designada y la LCGC.

En segundo extremo, la existencia de una contradicción normativa entre estos ordenamientos, porque exista una carencia en la regulación o bien porque resulten aplicables varias soluciones normativas para el mismo supuesto[917]. En relación a este elemento, en el supuesto que se analiza se daría cuando el adherente resida en España y se adhiera al contrato desde este país, ya que se cumpliría uno de los requisitos establecidos en los delimitadores espaciales de la norma (art. 3.2); pero se ha elegido como *lex contractus* una ley diferente a la española.

Por último, la necesidad por parte del juez de restablecer la coherencia del sistema de DIPr solucionando tal contradicción normativa[918]. Por consiguiente necesita ser resuelta la cuestión relativa a si se aplica a las CGC el régimen establecido por la l*ex contractus*, o por la LCGC. Conformada así, la técnica analizada puede ser una herramienta contra la rigidez de la norma de conflicto con el fin de facilitar un *"resultado funcional acorde con la justicia material"*[919].

Por tanto, en este caso ocurre que deben aplicarse distintas leyes simultáneamente llamadas a regular un litigio surgido en relación con un contrato electrónico con CGC. En este caso, el juez ha de buscar la coherencia normativa y eliminar la contradicción que se suscita en este supuesto por un cúmulo de regulaciones para el mismo problema en ambos

[916] Véase BATIFFOL, H., "Réflexions sur la coordination…", *loc. cit*, p. 188.
[917] Véase DROZ, G.A.L., "Regards sur le droit international privé…," *loc. cit.*, pp. 368-374.
[918] Véase BOUZA, VIDAL, N., *Problemas de adaptación…*, *op. cit.*, pp. 21.
[919] *Ibidem*, p. 23.

sistemas entre sí contradictorios o que pueden conducir a resultados finales que son substanciales injustos[920]. Este hecho se daría si la ley que finalmente resulta aplicable otorga una protección significativamente menor para el adherente.

La técnica de la adaptación ofrece una primera opción que consiste en "*(…) jerarquizar las dos o más normas de conflicto que, eventualmente, una vez aplicadas las normas materiales reclamadas dan lugar a la inadaptación, o bien en derogar para el caso concreto, una de ambas normas"*[921]. Esta puede ser una solución estricta que conlleve la aplicación del Roma I, que sería una norma jerárquicamente superior, frente a la LCGC, a no ser que se considere la imperatividad internacional de determinados preceptos de esta (control de incorporación; arts 5 y 7) de acuerdo con el art. 9 del Reglamento Roma I, como se ha destacado *supra*, en la primera de las propuestas.

En segundo extremo, la técnica de la adaptación puede consistir no en un mero ajuste normativo, sino en una introducción de valores en la respuesta a ciertos conflictos de intereses que se presentan en una determinada situación de tráfico externo. En este caso, la citada técnica tiene como objetivo que la concurrencia de los sistemas se plasme en la continuación de las relaciones privadas, en la seguridad de estas o, simplemente, en evitar un resultado injusto. La segunda opción resulta de intentar compaginar el tenor de los Derechos materiales en presencia, extrayendo de su observación una reglamentación *ad hoc*, una normativa particular, que resolviese la inadaptación[922].

---

[920] Véase LEQUETTE, Y., "Ensembles législatifs et droit international privé des successions", *RCDIP* (1983-1984), p. 163.

[921] Véase ABARCA JUNCO, A., "Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)", Derecho internacional privado, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, vol. I, pp. 138 y ss.

[922] Al respecto, Parra-Aranguren estima "*que el recurso al método analítico por las normas de conflicto puede conducir a una pluralidad de ordenamientos jurídicos aplicables a la misma situación, y al mismo tiempo permite hipótesis de acumulación o carencia de normas. Por tanto es imprescindible la necesaria adaptación (Angliechung), con el propósito de estructurar en forma coherente los diversos segmentos de las distintas leyes aplicables. Esta tarea se logra a través del método sintético-judicial, que persigue resolver el caso concreto de manera directa e inmediata, conforme a su entelequia particular y según la idea de justicia"* [véase G. PARRA-ARANGUREN, "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)". *Anuario Jurídico Interamericano*, Secretaría General de la OEA, 1979, pp. 157 y ss]. Debe destacarse que el término "método sintético judicial" fue acuñado por Werner Goldschmidt, para referirse al tercer método de solución de los problemas del DIPr, con el que corresponde al juez establecer la correcta síntesis entre los fragmentos de leyes diversas, [citado por BOUZA, VIDAL, N., *Problemas de adaptación…,op. cit.* (nota 123), pp. 176-179].

De esta forma, en relación con el posible resultado contradictorio y/o insatisfactorio que pueda darse con respecto a la aplicación a un contrato electrónico con CGC del Reglamento Roma I y de la LCGC una solución sería aplicar la reglamentación (*lex contractus* o LCGC), que mayores garantías otorgue al adherente. De otro lado, pese a las ventajas que presente la citada solución en este supuesto, también puede haber otros inconvenientes relacionados con la seguridad jurídica que podría verse mermada al supeditar la determinación de la ley aplicable, en este caso al control de incorporación, a esta técnica[923].

B) Ámbito de aplicación de la *lex contractus* y de la Ley 7/1998

a) Consideraciones previas

En la actualidad y, como ya destacó en su momento S. Álvarez González, no existe un DIPr especial de las CGC[924]. *No es posible encontrar un conjunto de normas de DIPr que establezca un régimen específico para las CGC en los contratos internacionales, en este caso celebrados por medios electrónicos*. Según este autor, resulta razonable que está regulación corresponda al Derecho material de cada ordenamiento interno[925].

Como es sabido, en el sistema español, el Derecho aplicable al contrato se determina, con carácter general, conforme a lo dispuesto en el Reglamento Roma I, ya que este instrumento comprende la mayoría de los supuestos posibles. El legislador parece dar a entender que no existe otra posibilidad teniendo en cuenta la declaración establecida en la EM de la LCGC en la que el Convenio de Roma (actual Reglamento Roma I) es citado como el instrumento para determinar la ley aplicable[926].

---

[923] Véase CARRILLO SALCEDO, J.A., *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1976, p. 242; J.P; NIBOYET, J.P., *Manuel de Droit international privé*, Recueil Sirey, Paris, 1928, pp. 562-568; BOUZA, VIDAL, N., *Problemas de adaptación…*, *op. cit.*, pp. 53-125.

[924] Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales…,op.cit.*, pp. 15-17. Es interesante el comentario de esta obra que realiza GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, J.F., *REDI*, vol. XLIV (1992), pp. 751-754.

[925] *Ibidem*, p. 754.

[926] Precisamente esta correlación Convenio de Roma-LCGC motivó la introducción de una modificación en el texto de la Ley en fase de Proyecto. En efecto el párrafo 2º del art. 3 (entonces art. 2) hacía referencia al "domicilio o residencia habitual". El término domicilio fue suprimido para evitar problemas de interpretación y teniendo en cuenta la atención que la modificación se justifique exclusivamente por

En relación con esta cuestión, debe recordarse que el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I es sumamente amplio por dos razones: en primer lugar, que es un instrumento *"erga onmes"*. De este modo, cualquier contrato que esté incluido en el ámbito de aplicación material del Reglamento y sea discutido ante el Juez español, entrará en su ámbito de aplicación (con lo que la cuestión se trasladaría al sector de la competencia, esto es, a la pregunta sobre el Juez competente)[927].

En segundo extremo, su ámbito de aplicación material es muy extenso. Esto es, en orden a determinar las cuestiones incluidas en la *lex contractus*, en relación con el perfeccionamiento del contrato electrónico cabe hablar de una vocación general del Reglamento[928]. El motivo para realizar esta afirmación esta relacionado con que este instrumento se aplica a los contratos en supuestos que conlleven un conflicto de leyes (art. 1.1). Por tanto, la aplicación generalizada del Reglamento sólo sufre contadas limitaciones, principalmente, por razón de las exclusiones a su ámbito de aplicación material y por razón del juego del principio de especialización[929].

Del mismo modo, debe indicarse que otro límite a la aplicación de la *lex contractus*, lo constituye el art. 23 del Reglamento Roma I que garantiza que prevalezcan las normas que "*en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o están contenidas en los actos derivados de las instituciones de la Comunidad*". Pero, en estos casos, el Reglamento Roma I no sería aplicable ni tampoco la propia LCGC, debido a que se trata de un sector en el que las

referencia al art. 5 ya que, en principio, parece claro que el ámbito de la LCGC supera el del art. 5 del Convenio (como reconoce la propia EM).

[927] Véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit*., p. 55; CUARTERO RUBIO, M. ª V., "Artículo 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas", A. Bercovitz Rodriguez Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 93-111; CATELLANOS RUIZ, E., *El Reglamento Roma I…, op. cit*., pp. 11-15.FRANCQ, S., "Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable…",*loc. cit.,* pp. 41-69.

[928] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales…, op. cit.,* pp. 45-51.

[929] Véase DI GIOVANNI, M., "Il contratto conclusso...", *loc. cit*., pp. 598-603; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La unificación del Derecho conflictual en Europa...", *loc. cit*., pp.1-18; LEIBLE, S., "La propuesta para un Reglamento Roma I...", *loc. cit*., pp. 1-18; QUIÑONEZ ESCAMEZ, A., "Ley aplicable a los contratos internacionales...", *loc. cit*., pp. 1-22. RADICATI DI BROZOLO, L.; SALERNO, F., "Verso un nuovo diritto internazionale,...", *loc. cit*, pp. 1-8.

CGC derivan de una disposición legal y quedarían al margen de la LCGC a tenor del art. 4 de la LCGC, párrafo 2º de la propia Ley[930].

En relación con este tema ha de indicarse que el ámbito de cuestiones incluidas en la *lex contractus* se encuentra establecido en el art. 12.1 del Reglamento Roma I. De esta forma, la ley aplicable al contrato rige no sólo todo lo relativo a su interpretación, al cumplimiento de sus obligaciones, las consecuencias del incumplimiento, los modos de extinción de las obligaciones, las consecuencias de la nulidad del contrato, sino también la existencia y validez del contrato (art. 10 Reglamento Roma I)[931]. Esta enumeración no es exhaustiva, ya que en general, todos los aspectos relativos al régimen del contrato quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley del contrato, salvo que sean objeto de conexión separada. Entre estos, destacan la capacidad para contratar (que en principio se determina conforme a la ley de la nacionalidad (art. 9.1 Cc) y las modalidades de la ejecución (art. 13.2 Reglamento Roma I).

Por otra parte, para verificar si el Reglamento Roma I comprende también los contratos con CGC, y en su caso, qué cuestiones quedan comprendidas en su ámbito de aplicación, es preciso verificar las funciones jurídicas que el legislador comunitario otorga a la *Lex contractus* mediante este Reglamento. Para realizar esta función se tiene en cuenta la clasificación que realiza J. Carrascosa, la primera de estas funciones consiste en *crear el contrato*. "*La lex contractus dota de fuerza vinculante al acuerdo de voluntades entre los contratantes y fija las condiciones para la existencia del contrato mismo. Este existe porque hay una Ley estatal que otorga fuerza obligatoria a un acuerdo interpartes al que confiere la calificación de contrato*[932]*. Sin una Ley estatal que califique*

[930] Véase BADENAS CARPIO, J.M., "Contratos excluidos", A. Bercovitz Rodriguez Cano (coord.), *Comentarios a la Ley*…, *op. cit*., pp. 111-128.
[931] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*…, *op. cit*., pp. 571-576.
[932] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La autonomía de la voluntad conflictual…", *loc. cit*., pp. 1-27. Este autor a título de ejemplo expone diferentes situaciones. En primer lugar, una "sociedad de capital" no existe si no hay una Ley estatal que así lo determina, y pasa lo mismo con un derecho real sin un Derecho estatal que así lo establezca. Del mismo modo tampoco existe un "contrato" si una Ley estatal no determina que un concreto "acuerdo" entre varios sujetos es un "contrato".

el acuerdo como contrato y lo dote de fuerza jurídica obligatoria, el contrato no existe y el acuerdo entre las partes no es obligatorio o si es obligatorio, no es un contrato"[933].

La segunda función está relacionada con *determinar el margen de pacto entre los contratos*. La Ley del contrato marca los límites dentro de los cuales las partes pueden acordar los pactos y cláusulas que tengan por convenientes. La *lex contractus* señala qué pueden pactar válidamente las partes y qué no pueden pactar y que, debido a ello, invalidará el contrato o las obligaciones contractuales o se tendrá por no puesto, según el caso[934].

Por último, la tercera función de la ley rectora del contrato, vendría dada por la necesidad de s*uplir las carencias regulativas del contrato*. La Ley del contrato provee la regulación de la relación contractual cuando las partes no han elegido la ley aplicable y los criterios de interpretación de la misma. Los contratos suelen ser pactos realizados por las partes con cláusulas expresamente pactadas por estas. En cualquier caso existen distintas cuestiones que no se encuentran recogidas en el contrato[935]. En concreto, los contratos electrónicos se celebran muy rápidamente (contratación irreflexiva) de modo que en ocasiones sólo contienen un sucinto acuerdo entre las partes. De esta forma resulta necesatio que la ley estatal "complete" las materias que no hayan sido previstas por las partes.

De esta forma, el Reglamento Roma I es necesario en aras a determinar la ley aplicable al contrato electrónico con CGC, aunque no esté expresamente previsto para este tipo de relaciones contractuales. Ahora bien, este hecho no implica que todas las cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento del contrato electrónico estén incluidas en el ámbito de la *lex contractus* determinada de acuerdo al Reglamento Roma I.

---

[933] Véase AGUILAR GRIEDER, H., "Desafios y tendencias...", *loc. cit.,* pp. 23-48; ALVAREZ GONZÁLEZ, S., "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual…", *loc. cit*., pp. 125-152; CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado…, op. cit*., pp. 451-458; CATELLANOS RUÍZ, E., El Reglamento Roma I…, *op. cit*., pp. 22-27; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacional…, op. cit.* pp. 22 y ss; MAYER, P.; HEUZÉ, V., *Droit international privé*, París Montchrestien, 2007; S. POILLOT-PERUZZETO, "Le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Ré- pertoire de Droit communautaire*, Cahiers de l'actualité, 2008-5, pp. 3-11; VIRGOS SORIANO, M., "Obligaciones Contractuales…", *loc. cit*., pp. 147-207.

[934] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La autonomía de la voluntad…", *loc. cit*., pp. 1-27.

[935] *Ibidem*.

b) Cuestiones incluidas en la *lex contractus* y en la Ley 7/1998

Como se ha indicado *supra*, con respecto a la ley aplicable a la oferta esta cuestión no está expresamente regulada por el Reglamento Roma I. Ahora bien, según lo expuesto en relación con la *Teoría del Internacional Stream of Commerce* la oferta vendría regulada por la Ley del lugar al que esta se dirige, en este caso a través del sitio web. Esta aseveración puede realizarse por las razones esgrimidas *supra* al no existir mayor concreción en el Reglamento Roma I sobre esta declaración de voluntad necesaria para el perfeccionamiento del contrato[936].

En segundo extremo, con respecto a la adhesión o aceptación de las CGC, se trata de una fase fundamental relacionada con estas cláusulas, ya que si no se produce, como se ha indicado, la protección otorgada por el régimen jurídico aplicable a las CGC (control de incorporación) carece de sentido. En relación con la aceptación contractual, de forma similar a lo que ocurre con la oferta, el Reglamento Roma I, no establece criterio alguno en aras a determinar el régimen aplicable a esta cuestión. Como se ha indicado *supra*, en la contratación electrónica la aceptación contractual y la adhesión coinciden en la mayoría de ocasiones en las que se contrata a través de TV. Por este motivo el régimen jurídico de la adhesión (aceptación electrónica) se determinará de acuerdo a la Ley del lugar al que se dirige la oferta, esto es, según el ordenamiento del lugar en el que se encuentra el destinatario de los SSI, que además es el más previsible para esté. Esta afirmación se hace también siguiendo, los principios de previsibilidad y proximidad en relación con la teoría del *International Stream of commerce*.

Según esta afirmación para determinar el régimen jurídico de la adhesión-aceptación se tendrá en cuenta el Derecho autónomo o los distintos instrumentos de Derecho convencional, uniforme y transnacional, que contemplan una regulación específica para la aceptación contractual que formen parte del citado ordenamiento del domicilio del potencial adherente-aceptante de las CGC.

[936] Véase el apartado de este capítulo relativo a la oferta electrónica.

En tercer término, con relación a la incorporación de las CGC, el Reglamento Roma I, como también se ha explicado, hace referencia en su art. 10 a la validez del contrato, remitiendo, del mismo modo a la *lex contractus*. Esta validez (general y material) a la que se refiere este precepto puede comprender también la de las cláusulas no negociadas que se encuentran en los contratos electrónicos. Si bien, existen disposiciones en la LCGC (art. 5 y 7) relativas a dicha incorporación y que regulan de un modo más concreto los requisitos de inclusión de las CGC y responden fundamentalmente a la accesibilidad y transparencia que debe caracterizar a las CGC.

Este hecho, como se ha analizado *supra*, puede suponer que se produzcan resultados contradictorios o insatisfactorios cuando la *lex contractus* sea distinta de la española, pero el adherente tenga la residencia en este país y emita la declaración de voluntad desde el mismo (art. 3.2 LCGC).

Por último, el Reglamento Roma I contempla expresamente la validez del pacto de elección de ley que habrá de regirse, por la ley rectora del contrato. Se llega a esta conclusión por la aplicación del art. 3.5 del Reglamento. De esta forma, el control de incorporación, en concreto de la cláusula de elección de Ley se dará, en principio, de acuerdo a la Ley determinada por este precepto. Ahora bien, en los casos en los que este acuerdo esté comprendido en una CGC se plantea la duda (al igual que ocurre con el art. 10 Reglamento Roma I) de si los requisitos necesarios para su validez (incorporación) han de regirse por la *lex contractus* o por la LCGC. Esta cuestión se plantea en caso de que esta, a *priori*, no resulte aplicable porque el contrato esté regulado por un Derecho diferente al español, pero se den las conexiones espaciales reguladas en su art. 3.2.

En este contexto, con respecto a las fases del perfeccionamiento del contrato electrónico, el régimen del control de incorporación de las CGC (incluida la incorporación de la cláusula de elección de ley) está incluido en el ámbito de la *lex contractus*, determinada de acuerdo a los criterios del Reglamento Roma I (arts. 10 y 3.5 Reglamento Roma I respectivamente). En cualquier caso, con respecto a las posibles contradicciones que puedan darse con respecto a la Ley rectora de las condiciones generales estas habrán de solventarse mediante las propuestas indicadas relacionadas con la consideración de

normas internacionalmente imperativas de los arts. 5 y 7 de la LCGC y mediante la técnica de la adaptación[937].

En relación con este tema es importante señalar que hay determinadas cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento del contrato, como pueden ser los deberes de información previos que estén contenidos en las propias CGC. Esta cuestión tiene su propia regulación establecida en la *lex contractus* teniendo en cuenta las normas imperativas de la DCE y en concreto por sus normas de transposición (art. 27 LSSICE).

Por tanto, los requisitos de información que han de figurar en el sitio web deben cumplir, en cuanto a su contenido, lo establecido en dicho precepto, cuando el mismo, según la argumentación expuesta *supra*, resulte de aplicación. Ahora bien, la incorporación de dichos deberes de información al contrato, cuando los mismos estén contenidos en CGC, vendrán regulados por la la LCGC, como el resto de estipulaciones no negociadas (desistimiento, entrega, devolución, etc) si se dan los requisitos del art. 3.2 de esta norma y si se considera la imperatividad internacional de los art. 5 y 7 de la LCGC reguladores de dicho control de incorporación.

Según los motivos expuestos, sí bien es necesario determinar la Ley aplicable al contrato electrónico de acuerdo a los criterios del Reglamento Roma I, con respecto al perfeccionamiento del contrato electrónico la reglamentación establecida por este instrumento tendrá un carácter más residual y se centrará en determinados aspectos como el control de incorporación, cuestión, que en determinados casos, como se ha expuesto también puede venir regulada por la Ley rectora de las CGC, por lo que habrán de utilizarse alguna de las propuestas indicadas para lograr una respuesta satisfactoria en relación con la Ley rectora del control de incorporación.

C) El control de incorporación en diversos instrumentos de *soft law*

La CV no se refiere a la validez de ninguna de las cláusulas contractuales entre las que pueden encontrarse en muchas ocasiones las CGC. De esta forma, su art 4 establece que "*La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato*

[937] Véase en este capítulo II; apartado 2.- Adhesión y control de incorporación y en concreto el apartado c) ¿Doble reglamentación del contrato electrónico con condiciones generales? Propuestas.

de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso (…)". De esta forma este texto convencional no resulta de aplicación a esta fase del perfeccionamiento del contrato electrónico referida al control de incorporación de las CGC.

En cualquier caso, existen otros instrumentos de *soft law* que sí se refieren al control de incorporación de las CGC entre los que cabe hacer mención a los PU, los PECL y el MCR. Estas normas comienzan proclamando el principio de libertad contractual y señalando sus límites. Los PU, establecen en su art. 1.1 que las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido. Por su parte, según el art. 1:102 de los PECL la autonomía de la voluntad está limitada por el respeto a la buena fe y a las normas imperativas dispuestas por los propios principios a los que el art. 15:101 de los PECL añade los principios reconocidos como fundamentales en los derechos de los Estados miembros de la UE. También las partes estarán sujetas a los usos acordados y los que fueran razonables así como a las prácticas establecidas entre ellas (art. 1: 105).

De forma parecida, el MCR reconoce la libertad de las partes para determinar el contenido de los contratos que celebren, sujetos a las normas imperativas, a los principios reconocidos como fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la UE (II-7: 301), a la buena fe (I-1: 103) y a los usos y costumbres (II-I:104 (2)[938].

Pero, junto a los límites generales a la autonomía privada, los textos mencionados regulan los límites específicos en el caso de la contratación mediante CGC.

De esta forma, el art. 2.1.19 de los PU establece que las cláusulas estándar son "*aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte"*. Por su parte, el art. 2:209 de los PECL define a las CGC de forma parecida a como lo hace la LCGC en su art. 1 como "*aquellas clausulas que han sido redactadas para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las*

[938] Véase VAQUER, ALOY, A., *Derecho europeo de los contratos…, op. cit.,* p. 28.

partes". El art. II 2: 109 MCR establece que "*las CGC son todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes"*.

Con respecto al control de incorporación de estas cláusulas, los PU regulan esta cuestión de forma sucinta limitándose a su art. 2.1.20 (1) en el que se afirma que "*una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente*". De esta forma este precepto parece recoger, al menos, el requisito de transparencia pero de forma algo confusa debido a su escueta regulación sobre esta cuestión.

Por otro lado, los PECL y el MCR prevén un control de incorporación de las CGC algo más amplio que los PU. Con respecto al primero, el art. 2: 104 PECL exige "*que la parte predisponente haya adoptado las medidas suficientes para que la otra parte repare en los términos que no hayan sido objeto de negociación antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión, sin que la mera referencia en el texto a una cláusula, incluso estando firmado el documento, sea suficiente para considerar que se ha destacado de forma conveniente"*.

También alude a la necesidad de favorecer el conocimiento del adherente de las cláusulas predispuestas no negociadas el art. II 9: 103 MCR: "*sólo podrán invocarse frente a la otra parte si esta última fuera consciente de las mismas o si la parte que las predispuso tomó las medidas adecuadas para llamar la atención de la otra parte respecto de las mismas, antes o durante la celebración del contrato*" (apartado 1).

Es de especial interés que para el caso de los contratos electrónicos esté disponible la cláusula "en forma textual" (apartado 2) sin que sea tampoco suficiente una mera referencia a las cláusulas en el documento, con independencia de que éste haya sido firmado (apartado 3). En estos tres supuestos, la posibilidad del adherente de conocer las cláusulas no negociadas es el elemento central del control de incorporación, teniendo que estar a la buena fe y a lo razonable en la valoración de adecuación del comportamiento

del predisponente[939].

Por otro lado, el MCR de forma parecida al ordenamiento español (art. 5.4 y 7.2 LCGC) establece otra obligación para el predisponente relacionada con el deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente. De esta forma, el art. 9:402 MCR establece que estas cláusulas deben redactarse y comunicarse "e*n un lenguaje sencillo e inteligible*".

Por último con respecto al control de incorporación en este tipo de instrumentos, el 11 de octubre de 2011 se presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea[940]. Este instrumento tiene la intención de promover el comercio transfronterizo en el mercado interior y eliminar los obstáculos, desincentivos y costes que implican las diferencias de regulación del Derecho contractual entre los Estados miembros[941]. Su regulación se extiende a tres tipos de contratos: contratos de compraventa y afines, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de prestación de servicios relacionados con los anteriores[942].

En líneas generales, este texto de derecho europeo sigue los pasos de los anteriores. Junto con los límites genéricos a la libertad de contratación (art. 1). Este precepto promulga la libertad de las partes de celebrar un contrato así como de determinar su contenido, libertad tan sólo limitada por las normas imperativas a lo que se suma el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual (art. 2) y el de cooperación (art. 3), se introducen determinados requisitos para la validez de las cláusulas no negociadas individualmente que afectan, aunque de diferente manera, tanto a los

[939] Véase BLANDINO GARRIDO, M.A., "Comentario a los arts. II.- 9:101, II.-9:102, II.-9: 103, II.- 9: 402", A. Vaquer Aloy; M.P., Bosch Capdevilla (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marcón Común de Referencia*, tomo 1, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 646-647.

[940] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas 11.10.2011, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

[941] Véase FERNÁNDEZ MASIA, E., "Optando por la normativa...", *loc. cit.*, pp. 1-21.

[942] Véase GOMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos", *InDret*, núm.1, 2012, pp.1-8; SANCHEZ LORENZO, S.,"Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: "*softlaw versus hardlaw"* o "Comisión contra Parlamento", *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro,* Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 377-405; *id* "La unificación del Derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea", en *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85-118.

contratos con consumidores como a los contratos entre empresarios.

La definición que este instrumento coincide con la de los PECL y el MCR, siendo sus rasgos característicos asimismo, la predisposición, la pluralidad de contratos y la ausencia de negociación individual (art. 2 Reglamento, "Definiciones"[943]). Por otro lado, también se menciona la ausencia de negociación individual que, según el art. 7 de la propuesta de normativa común, se produce cuando la cláusula ha sido impuesta por una de las partes y la otra no ha podido influir en su contenido[944].

En concreto, con respecto al control de incorporación, el art. 70 de la Propuesta de normativa común de compraventa europea recoge el deber que tiene el predisponente de poner a disposición de la otra parte las CGC de manera que pueda tener conocimiento de estas. En concreto establece que: "*las cláusulas contractuales impuestas por una de las partes y no negociadas individualmente a tenor del art. 7 podrán ser invocadas contra la otra parte solo si ésta tuvo conocimiento de ellas, o si la parte que las impuso adoptó las medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento de ellas antes de la celebración del contrato o durante la celebración*".

De esta forma, cuando resulten de aplicación estos instrumentos, habrá que tomar en consideración las cuestiones expuestas relativas a la regulación del control de incorporación de las CGC en el caso concreto de los contratos electrónicos. Esta reglamentación, en la práctica, tiene la virtualidad de sustituir (caso de elección) o completar, dependiendo de los supuestos, la establecida en otras normas nacionales (por ejemplo LCGC) que resulten aplicables al supuesto concreto y que regulen esta fase del perfeccionamiento del contrato electrónico relacionada con las estipulaciones no negociadas que abundan en este tipo de relaciones contractuales[945].

---

[943] Se definen las CGC como "*cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del art. 7 de la normativa común de compraventa europea*".

[944] De forma casi exacta el MCR, apunta que no se considera que una cláusula se ha negociado individualmente por el hecho de que una parte la haya elegido dentro de un listado que la otra le ha impuesto. La carga de la prueba de la negociación individual recae también sobre el que lo alegue (véase EBERS, M., "EL control de las cláusulas abusivas…", *op. cit.*, pp. 29-37).

[945] Véase BOUZA VIDAL, N., "La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea", *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, T.II, Madrid, Eurolex, 2005, pp.1309-1334.

IV.- EL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

1.- El desistimiento como un tema híbrido en la contratación electrónica

Como se ha expuesto, la Directiva 2011/83/UE regula diferentes cuestiones relativas al derecho de desistimiento como son: el plazo para su ejercicio, el cómputo de dicho plazo, el deber de información sobre esta facultad, la forma para ejercitarlo y sus efectos, etc. En un contrato electrónico, el derecho de desistimiento puede venir regulado por esta norma y en concreto como señala su art. 25: "*si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor*". Esta norma imperativa de Derecho europeo limita la aplicación de las leyes, siempre que sean las de un Estado miembro, y las cláusulas contractuales a los contratos celebrados con consumidores (comunitarios)[946].

Dicho de otra forma, en un contrato celebrado a través de medios electrónicos, en los que intervenga un consumidor será de aplicación la citada Directiva siempre que la Ley aplicable al contrato sea la de un Estado miembro. Ahora bien, esta norma, como todas las de Derecho derivado de origen comunitario no puede aplicarse directamente sino que precisa de una norma nacional de transposición. En el caso de España, como se ha señalado, la Ley 3/2014 transpone el contenido de la Directiva modificando el TRLDCU.

En todo caso, para determinar la ley aplicable al derecho de desistimiento será preciso tener en cuenta las normas conflictuales del Reglamento Roma I con el fin de verificar qué ley regula el contrato, y en concreto esta facultad[947]. En este sentido, la Directiva remite a la regulación establecida en el Reglamento Roma I, en concreto el Cdo. 10 de la Directiva 2011/83/UE establece que "*la presente Directiva debe entenderse sin*

[946] Véase ROTT, P, "More coherence? A higher level of consumer protection? A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU", *Revue européenne de droit de la consommation*, núm. 3, 2012, pp. 371-392.
[947] Véase FÖLISCH, R., *Das Widerrufsrecht im Onlinehandel*, Mairisch-Verlag, Hamburgo, 2009, pp. 90-95.

perjuicio del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)".

Además este hecho se deduce, también del Cdo. 58 de la Directiva 2011/83/UE que señala que el consumidor no debe ser desposeído de la protección que le otorga esta norma y en el caso de que la ley aplicable al contrato sea la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento Roma I, para determinar si el consumidor conserva la protección que ofrece dicha Directiva, o por el contrario no.

De esta forma, en caso de que surja algún litigio relacionado con el derecho de desistimiento, en concreto con alguna de las cuestiones señaladas *supra*, habrá que tener en cuenta cual es la Ley rectora del contrato, con los límites señalados por la propia Directiva, en concreto para los supuestos en los que la elección de Ley se haya hecho a favor de un Estado miembro (art. 25). En estos casos, como se analiza *infra*, "todos" los consumidores quedarán protegidos, por la Directiva 2011/83/UE. Sin embargo en los supuestos de elección de ley a favor de un tercer Estado, la aplicación de esta norma comunitaria quedará limitada a los supuestos contemplados por el Reglamento Roma I, que a diferencia de la Directiva, sí establece una protección distinta para los consumidores activos y pasivos.

Debe advertirse que el derecho de desistimiento, máxime en el ámbito de la contratación electrónica, es un tema híbrido cuya regulación esta relacionada con diferentes cuestiones. En primer lugar, con los deberes de información (previos) que han de tener lugar en este tipo de contratos. Estos deberes, como se ha analizado, aparecen regulados en la normativa sobre contratación electrónica y no se refieren en particular al derecho de desistimiento, sino a otras cuestiones como: los medios técnicos para corregir errores, el idioma del contrato, etc. (art. 10.1 DCE y 27.1 LSSICE).

Sin embargo, la facultad de desistir del contrato suele venir recogida como una CGC en los contratos electrónicos, por tanto esta clausula no negociada, al igual que el resto, tendrá que cumplir los requisitos del art. 10.3 de la DCE/art. 27.4 de la LSSICE, cuando esta norma resulte aplicable. Estos preceptos, como se ha indicado, obligan al

PSSI a poner a disposición del destinatario las CGC, de forma que puedan almacenarse y/o reproducirse.

Ahora bien, conviene aclarar que la información general sobre el desistimiento que el oferente del producto tendrá que poner a disposición del consumidor vendrá regulada por la ley rectora del contrato, que como a continuación se expone, puede llevar a la aplicación de la protección otorgada por la Directiva 2011/83/UE que se materializa a través de sus normas de transposición.

En segundo extremo, el contenido del desistimiento (plazo de ejercicio del desistimiento, cómputo del plazo, información sobre el desistimiento, etc), regulado por la *lex contractus*. Esta puede llevar a la aplicación de las normas de transposición de la Directiva 2011/83/UE, como es el TRLDCU, cuando de las reglas conflictuales del Reglamento Roma I así se deduzca, y en todo caso cuando se haya elegido la Ley de un Estado miembro (art. 25 Directiva 2011/83/UE).

Por último, habrá de tener en cuenta la ley aplicable al control de incorporación de las CGC de las cuales forma parte el derecho de desistimiento, en la mayoría de los casos. En estos supuestos, como ocurre con el resto de estipulaciones no negociadas (entrega, devolución, pago, etc) estas condiciones tendrán que cumplir unos requisitos de accesibilidad y transparencia que conforman dicho control.

De manera que los conflictos relativos al Derecho de desistimiento que surjan en la práctica pueden deberse tanto a cuestiones relativas a su contenido, en cuyo caso habrá que estár a la ley rectora de estas cuestiones (*lex contractus*), como al hecho de que las mismas se insertan en el contrato como CGC, para lo que habrá que considerar las normas sobre deberes de información previos relacionadas con esta cuestión (art. 27.4 LSSICE), y la ley rectora de las CGC (art. 5 y 7 LCGC). Estos preceptos sobre el control de incorporación, en el caso del derecho de desistimiento, cuando se trate de contratos celebrados con consumidores, pueden actuar como normas imperativas en sentido interno, como se ha expuesto *supra*.

2.- Artículo 25 de la Directiva 2011/83/UE

A) Protección de los consumidores activos y pasivos

La Directiva 2011/83/UE extiende su ámbito de aplicación a todos los consumidores (activos y pasivos). De esta forma, su art. 1.1 establece que: "*La presente Directiva se aplicará en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor*". Por tanto, esta norma protege a todos los consumidores, con independencia de que sean ellos los que se dirijan al oferente, en este caso en el medio electrónico y no al contrario.

Como se ha destacado *supra*, el consumidor activo es quien genera el riesgo de internacionalidad (criterio del control del riesgo)[948]. Es el consumidor que se adentra en el mercado del empresario, el que confiere un carácter internacional a la relación y debe ser este, *a priori*, el que debe asumir las posibles consecuencias negativas que se produzcan por este hecho[949]. Se trata además de un riesgo imprevisible para el empresario que comercializa sus productos *online,* siempre que a través de su sitio web dirija su actividad a un determinado mercado nacional y, en todo caso, no al país de residencia del citado consumidor que en este caso se considera activo[950].

El criterio del "control del riesgo" no tiene justificación en el caso en que a una de las partes se le atribuyen riesgos que no pueden preveerse, pero en este supuesto, la imputación al consumidor del riesgo de internacionalidad resulta esperada. Todo sujeto que entra en la esfera jurídico-económica de otro Estado debe tener cuenta, la posibilidad de quedar sometido a un ordenamiento extranjero o de que las controversias que puedan surgir con otros cocontratantes se sometan a un Tribunal extranjero[951]. Por el contrario, en el caso de que sea el empresario el que dirija sus actividades al país donde tenga su

---

[948] Véase VIRGÓS SORIANO, M.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil…", op. cit.,* pp. 166-175.

[949] Véase GILLIES, L.E., "Choice-of-Law rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 89-112; LEIBLE, "Mercado interior, comercio electrónico…", *loc. cit*., pp. 9-22; TANG, S., "Parties Choice of Law…", pp. 113-136.

[950] Véase FALLON, M., "Le droit des rapports internationaux de consommation", *JDI Clunet*, 1984, pp. 765-847.

[951] Véase GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., "La racionalidad económica….", *loc. cit*., pp. 87-98; CARRASCOSA GONZÁÑEZ, J., "Globalización y Derecho internacional...", *loc. cit*., pp. 17-58; CALVO CARAVACA, L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho internacional privado…, op. cit.,* pp. 74-78.

residencia habitual el consumidor tendrá la consideración de pasivo[952]. En este caso, como se ha indicado, teniendo en cuenta el criterio de impacto, se imputará el riesgo de internacionalidad a aquella parte (profesional) al que le ocasionará menores costes si al final se materializa el riesgo[953].

Con respecto a la protección que la Directiva 2011/83/UE confiere a los consumidores, con independencia de que en el contexto electrónico tengan la consideración de consumidores activos o pasivos, es de gran importancia, como se ha indicado, el art. 25 de la citada norma comunitaria. Este precepto confiere carácter imperativo (interno) a las normas de transposición en materia de consumo, en el caso español, al TRLDCU a través de la modificación operada por la Ley 3/2014 de reforma de dicho texto legal, siempre que se cumpla el requisito de que la Ley aplicable al contrato sea la de un Estado miembro.

Por tanto, este precepto es relevante para la determinación de la Ley aplicable al desistimiento en los contratos electrónicos, sobre todo en relación con los consumidores activos, que si bien no estarían protegidos por el art. 6 del Reglamento Roma I, sí podrían verse amparados por las normas protectoras relativas, entre otras cuestiones, al desistimiento establecidas en la Directiva 2011/83/UE.

b) Relación entre el Reglamento Roma I y la Directiva 2011/83/UE con respecto al derecho de desistimiento

En primer lugar, con respecto a la protección proporcionada a los consumidores en el Reglamento Roma I, como es sabido, sólo los consumidores pasivos se benefician

[952] Véase CARRASCOSA GONZALEZ, J *La ley aplicable a los contratos internacionales…, op.cit.,* pp., 57-62; RADICATI DI BROZOLO, L.; SALERNO, F., "Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa", P. Franzina (ed.), *Lalegge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I". Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

[953] No debe olvidarse que será él quien posea un mayor caudal de información sobre el propio riesgo, al estar seguramente habituado a las particularidades de la contratación internacional y al operar casi con total seguridad en diferentes mercados, al margen, claro está, de que la penetración en el Estado del consumidor habrá sido precedida de una planificación de los recursos necesarios para ello, incluidos, evidentemente, los que eventualmente deberán destinarse a cuestiones jurídicas (véase GARCÍMARTÍN ALFEREZ, F.J., "La racionalidad económica…", *loc. cit.*, p. 139).

de la regla especial de protección de su art. 6. La ley objetivamente aplicable (en defecto de autonomía de la voluntad o, *rectius*, de una elección válida de ley en el sentido del art. 6.2 Reg. Roma I) es "la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual" (art. 6.1 Reg. Roma I)[954].

De otro lado, al no incluir el art. 6 del Reglamento Roma I a los consumidores activos, la protección de estos viene dada por las disposiciones de los arts. 3 y 4 del Reglamento Roma I (*ex* art. 6.3). En la práctica, esto supone que a dicho contrato se le aplica la ley elegida por las partes y, en su defecto, la ley del Estado donde tiene su sede la empresa con la que contrata la prestación de bienes y servicios por vía electrónica.

En cualquier caso, este marco legal puede resultar inadecuado para los contratos electrónicos internacionales celebrados con consumidores (activos, en particular), porque bajo la elección de la *lex contractus* por las partes puede imponerse al consumidor por el empresario una ley que favorezca sus intereses. Cabe la posibilidad de que la ley elegida no guarde relación con el contrato más que por el *pactum de lege utenda* y que, para el empresario esta elección suponga una *estrategia defensiva* frente a los intereses de los consumidores activos, para los que estas operaciones suelen ser actos aislados[955].

Estas reglas generales permiten la libre elección por las partes de la ley aplicable a su contrato en términos muy amplios, sin que sea necesario que escojan la de un Estado miembro de la UE o una ley que presente alguna conexión con la relación contractual, distinta de la derivada del propio ejercicio de la autonomía de la voluntad[956].

En segundo extremo, con independencia de la *lex contractus* elegida, el consumidor activo puede beneficiarse de la protección que le otorgan las Directivas comunitarias, cuando el supuesto es "comunitario"; es decir, guarda una especial

---

[954] "*El Convenio de Roma de 1980 subordinaba la protección de esta ley al hecho de que se tratase de un consumidor estático o pasivo (art. 5.3 in fine del Convenio de Roma de 1980) ya que carecía de sentido que, si se trataba de un consumidor activo, pudiese ampararse bajo su propia ley en cualquier caso. En la práctica, el problema que dicha reglamentación suscitaba no era otro que la necesidad de deslindar entre consumidores pasivos y activos. Para ello, el Convenio de Roma de 1980 formuló varias precisiones que permitían afirmar que se estaba ante un contrato internacional concluido por un consumidor pasivo (art. 5.2). El Reglamento Roma I regula esta cuestión de igual forma"* (véase CALVO CARAVACA, A.L. "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.,* p. 105).

[955] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable…, op. cit.,* pp. 71-76.

[956] Véase CALVO CARAVACA, A.L. "El Reglamento Roma I…", *loc. cit*., pp. 95-96.

vinculación con la UE (*aplicabilidad del Derecho armonizado de protecciónde consumidores*)[957]. En efecto, las normas de conflicto de leyes contenidas en algunas Directivas que regulan cuestiones concretas en materia de contratos tienen prioridad sobre las disposiciones del Reglamento Roma I (art. 23 Reg. Roma I), siempre que se trate de casos "estrechamente conectados con la UE". Este último extremo se verifica cuando se cumplen las "condiciones de aplicación espacial" de la Directiva en cuestión (por ejemplo el art. 6.2 en el caso de la Directiva 93/13/CEE)[958].

En concreto, en relación con el derecho de desistimiento, los consumidores pueden verse protegidos por las normas relativas a este Derecho contenidas en la Directiva 2011/83/UE con independencia de la ley elegida (cuando sea la de un Estado miembro), por la vía del art. 25 de esta norma comunitaria. Si bien cabe hacerse la pregunta de qué ocurre cuando la Ley elegida es la de un tercer Estado. En este contexto, en relación con el Derecho aplicable al desistimiento, los consumidores pasivos tendrían la vía del art. 6.2 del Reglamento Roma I. Como es sabido, este precepto opera si la ley aplicable al contrato (elegida por las partes), va en contra de las disposiciones imperativas de la Ley de su residencia (por ejemplo, el consumidor español estaría protegido por el TRLDCU, en lo que al derecho de desistimiento se refiere)[959].

---

[957] Véase VIRGÓS SORIANO, M.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional…, op. cit.,* pp. 170-175.

[958] Sobre esta Directiva, véase BARTOLI, L., "Questioni di diritto internazionale privato relative alla diretttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori", *RDI*, 78, 1995, pp. 324-344; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionale…, op-cit.,* pp. 79-85; FUMAGALLI, L., "Le clausole abusive nei contratti con iconsumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato", *RDIPP*, 30, 1994, pp. 15-32; JAYME, E., "Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", en *Droit international et droit communautaire (Actes du colloque, Paris, 5-6 abril 1990)*, París, 1991, pp. 77-86; *id.*, "Allgemeine Geschäftsbedingungen und IPR", *ZHR*, 1978, pp. 105-123; JAYME, E.; KOHLER, C., "L'interaction des règles de conflit contenuesdans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *RCDIP*, 84, 1995, pp. 1-40; KLAUER, S., *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 55-57; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Globalización, regionalización y nuevas tecnologías…", *loc. cit*, pp. 231-242; *id*.,"Nota a la STJCE 9 septiembre 2004", *REDI*, 2004, pp. 938-944; *id.*., "Incorrecta transposición de la noción de 'vínculo estrecho con el territorio comunitario' de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, As. 70/03 Comisión c. España)", *RDCE*, 2005, pp. 535-551.

[959] Véase RADICATI DI BROZOLO, L.; SALERNO, F., "Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa", P. Franzina (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento "Roma I". Atti della giornata di studi,* Rovigo, 31 marzo 2006, Padova, 2006, pp. 1-8.

Sin embargo, con respecto a los consumidores activos, el art. 6 del Reglamento Roma I deja sin resolver si cabe recurrir a las leyes de policía en este supuesto. De ser éste el caso de un consumidor activo (español), que quiere ejercer su derecho de desistimiento se podrían aplicar los arts. 68-79 de la LGDCU, como límite a la elección de ley que puede regular esta facultad en los contratos electrónicos de consumo.

Como se ha señalado *supra*, la cuestión relativa a si las normas de policia pueden extenderse a los contratos de consumo es una cuestión muy debatida entre la doctrina y en términos generales se justificaría como último recurso en defensa de los consumidores para casos extremos[960].

Dada la importancia del derecho de desistimiento en los contratos de consumo, esta cuestión se hubiese podido solventar si la norma de conflicto especial (art. 67 TRLDCU) asistiera a los consumidores con respecto a esta facultad. El art. 67 del TRLDCU delimita el ámbito de aplicación (como norma imperativa) pero sólo para determinadas materias relacionadas con el control de contenido de las CGC y con los derechos de garantía en los contratos de consumo, no para el derecho de desistimiento. En cualquier caso, de haber sido contemplada esta facultad en el art. 67, hubiese sido necesario demostrar la estrecha relación del supuesto con el Espacio comunitario. Este precepto, si bien menciona que, en todo caso, se entiende esta estrecha relación cuando la actividad se dirige al EEE, no está limitado a este supuesto. Por este motivo, si esta norma hubiese incluido el derecho de desistimiento, el consumidor activo podría tener, dependiendo de los casos, otra vía para hacer valer la ley de su residencia, en concreto con respecto a esta cuestión.

Limitada la protección de la Directiva 2011/83/UE a los supuestos de elección de la Ley de un Estado miembro, en el caso de que se elija la Ley de un tercer Estado, la única vía es la dispensada por el art. 3., apdos. 3 y 4 del Reglamento Roma I. De cualquier

[960] Como se ha indicado en el apartado de este capítulo relativo a las normas imperativas, la consideración de las normas protectoras de la parte contractualmente débil como normas de policía, es una tesis ampliamente debatida entre la doctrina, véase, BONOMI, A., "Le régime des règles impératives"…, *loc. cit.*, pp. 229-232; De esta forma cabe recordar quecabe la posibilidad de recurrir a las leyes de policía como "último recurso" en defensa de los débiles y para casos absolutamente excepcionales (véase CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I...", *loc. cit.*, pp. 106-110).

modo, para que opere tal protección tendrá que comprobarse, en primer lugar, que efectivamente " *(…) todos los elementos pertinentes de la situación se encuentran localizados en uno o varios Estados miembros*".

En segundo extremo, la ley elegida ha de menoscabar el derecho de desistimiento de este consumidor (como norma imperativa) que no puede excluirse mediante la elección de la *lex causae*. En la práctica de la contratación electrónica debe indicarse que si la empresa con la que se contrata tiene su domicilio en un tercer Estado, difícilmente se podrá alegar que todos los elementos de la relación contractual se encuentran vinculados con el espacio comunitario a efectos de justificar la aplicación de la Ley del consumidor (activo) por la vía del art. 3, apdos. 3 y 4 del Reglamento Roma I. En este sentido, debe recordarse que estos preceptos están concebidos para los casos en los que el único elemento que queda fuera del ámbito comunitario es, precisamente, la elección de Ley (a favor de un tercer Estado).

De esta forma, con respecto al derecho de desistimiento, puede afirmarse que las vías de protección analizadas (Directiva 2011/83/UE y Reglamento Roma I) plantean limitaciones en el caso de los consumidores activos, cuando estos contraten con un PSSI de un tercer Estado y elijan la ley de un Estado no miembro de la UE. Por este motivo y, dejando al magen la controvertida consideración de las normas de protección de los consumidores como normas internacionalmente imperativas, su derecho de desistimiento, puede verse sometido, en la mayoría de los casos, a la regulación de esta facultad por la *lex causae* elegida a favor de dicho país.

Por lo expuesto, puede afirmarse que en la actualidad el sistema de DIPr con respecto a la protección del consumidor activo, en concreto en el caso del derecho de desistimiento en la contratación electrónica, presenta algunas deficiencias teniendo en cuenta la importancia de esta facultad. En este sentido, como se ha expuesto *supra*, la Directiva 2011/83/UE, a diferencia del Reglamento Roma I, extiende su protección a los consumidores activos, pero sólo en el caso de que la elección de Ley se haya realizado a favor de un Estado miembro de la UE. Sin embargo, en los supuestos en los que se haya elegido como ley rectora del contrato la de un tercer Estado, la cuestión de la protección de los consumidores activos comunitarios con respecto al derecho de desistimientose

torna más compleja; a diferencia de lo que ocurre con los consumidores pasivos que si estarían protegidos por el art. 6.2 del Reglamento Roma I.

3.- El desistimiento como condición general

Como se ha indicado *supra*, en la mayoría de los casos, el derecho de desistimiento estará contenido como una cláusula contractual en las CGC del contrato electrónico[961]. De esta manera, la condición general donde se inserta el derecho de desistimiento en un contrato electrónico, debe cumplir, al igual que el resto de CGC con los requisitos relativos al control de incorporación que se cifran en la accesibilidad y la transparencia de dichas cláusulas.

Por este motivo, en la práctica pueden surgir controversias relativas a los citados requisitos de incorporación de la condición general sobre el derecho de desistimiento. En este sentido, debe tenerse en cuenta el régimen jurídico aplicable a esta cuestión relacionada con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Como se ha indicado, en el caso de España, en principio se aplicará la LCGC, si se cumplen los requisitos de su art. 3. Ahora bien, puede ocurrir que se cumplan estos requisitos pero que las partes hayan elegido la Ley de otro Estado, esta cuestión es habitual en la contratación electrónica. En primer lugar, en los contratos celebrados con consumidores pasivos, esta elección de Ley, estará limitada por el art. 6.2 del Reglamento Roma I. Esta norma conduce, en los casos de consumidores españoles, a la aplicación de la LCGC, como norma imperativa en sentido interno.

En segundo extremo, para determinar la Ley aplicable al control de incorporación en los casos de consumidores activos, dicha elección de Ley estará limitada por los arts. 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I, cuando se den los indicadores espaciales de estos preceptos, como se ha indicado *supra*.

[961] Véase VAQUERO PINTO, MARÍA JOSÉ. "El Desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida", LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 58-64.

En tercer término, el derecho de desistimiento, puede operar también en contratos celebrados entre empresas, en los que también se pueden plantear controversias por la incorporación de esta cláusula como CGC. En este caso, como se ha señalado para todas la condiciones no negociadas que conforman el contrato electrónico, la determinación de la ley aplicable al control de incorporación puede ser compleja. Este hecho se debe a la posible contradicción entre la reglamentación del Reglamento Roma I (art. 10) que conduciría a la ley elegida por las partes; mientras que en su caso la reglamentación sobre CGC, plantearía la aplicación de la LCGC.

En un supuesto como este, como se ha propuesto, puede haber dos posibles soluciones: en primer lugar, la consideración de las normas que regulan el control de incorporación (art. 5 y 7 LCGC) como normas internacionalmente imperativas, en la contratación electrónica, por los motivos esgrimidos. En estos casos, si se dan los delimitadores espaciales de la norma (adherente en España y adhesión desde este país) estos preceptos se aplican con independencia de la *lex causae* elegida por las partes debido a la imperatividad reforzada de la que gozan estas normas.

En segundo extremo, otra posible solución es utilizar la técnica de la adaptación que conduciría a la aplicación por un lado de la norma jerárquicamente superior (Reglamento Roma I). Por tanto, el control de incorporación de la condición sobre el desistimiento se regiría por la ley elegida por las partes, con las salvedades del art. 9 de esta norma, que podría conllevar, también la aplicación de los arts. 5 y 7 de la LCGC, como normas de policía. Por otro lado, la aplicación de una normativa *ad hoc* que puede ser cualquiera de las normas en conflicto (*lex causae* y LCGC) dependiendo de las circunstancias concretas del caso, en las que el juzgador aplicará la Ley que otorgue una mayor protección, en este caso al adherente, con respecto a este derecho de desistimiento.

Al margen del incumplimiento de los requisitos de incorporación de la condición general donde se inserta el derecho de desistimiento puede ocurrir que la cláusula no negociada que recoja esta facultad resulte abusiva, esto es, cause un desiquilibrio a las partes en detrimento de la buena fe. En estos supuestos, el consumidor comunitario (activo o pasivo), podrá exigir la aplicación de sus normas de protección frente a cláusulas

abusivas[962]. En concreto, en el caso de los consumidores españoles, si se demuestra la especial vinculación mencionada *supra*, según el art. 67 del TRLDCU, se aplicarán los preceptos de esta norma relativos al control de contenido de las CGC (art. 82-91 TRLDCU), con independencia de la ley elegida[963].

En este caso, será necesario verificar que según estos preceptos la cláusula relativa al desistimiento incluida en el contrato electrónico cumple con el control de incorporación y de contenido y las consecuencias que comprende este hecho. De esta forma, con respecto al derecho de desistimiento, si bien de forma indirecta este doble control de las CGC puede suponer otra vía de protección, que deben tener en cuenta los destinatarios de los SSI para hacer valer esta facultad en la contratación electrónica.

4.- El derecho de desistimiento en el Derecho transnacional

Además de las normas indicadas, el régimen del derecho de desistimiento puede estar regulado en la contratación electrónica por distintos instrumentos de *soft law*. En este sentido, el desistimiento ha sido objeto de regulación en el marco de la armonización del Derecho contractual en Europa, en este sentido, existen referencias al desistimiento tanto en los *Acquis Principles*, como en el MCR y en la CELS[964].

En primer lugar, "*el desistimiento en los Acquis Principles (ACQP) se regula, de*

---

[962] Véase EBERS, M., "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", *InDret* 1/2012, pp. 1-46; ECHEVERRI SALAZAR, V.M., "El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores", Opinión Jurídica, vol., núm. 20, julio-diciembre de 2011, pp. 125-144.
FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, S., "Nulidad de las cláusulas…", *loc. cit*. pp. 1-36; MARTÍNEZ ESPÍN, P., "¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?" *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, /2014, pp. 76-84.

[963] En relación con esta cuestión es importante la STJUE en el asunto C-191/15 de 28 de julio de 2016 en la que se afirma…*una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma n.º 593/2008, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula***"***. De esta forma se declara el carácter abusivo de la condición general en la que se incluye una claúsula de elección de ley a favor del Estado en el que tiene su domicilio la empresa (véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores", agosto, núm. 2, 2016, *www.almacendederecho.com*).

[964] Véase ORELLANA CANO, C., "El desistimiento unilateral en los contratos de consumo. Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 3, pp.1137-3520.

manera general, en los arts. 5:101 a 5: 202 ACQP, que están divididos en dos secciones, la primera relativa al ejercicio y eficacia; y la segunda, dedicada a derechos de desistimiento en modalidades contractuales especiales: negocios celebrados fuera de los establecimientos comerciales (artículo 5: 201) y time-shire (artículo 5: 202 ACQP)".

En segundo extremo, con respecto al derecho de desistimiento en el MCR, los principios de este intrumento se basan en la diversidad de casos que pueden justificar el derecho de desistimiento[965]. Estos pueden estar basados: en que el consentimiento se captó de forma sorpresiva, porque el contrato se llevase a cabo en condiciones en las que las opciones del consumidor para comparar precios o alternativas fuesen escasas, o porque sea necesario reconocerle un "*cooling off period"* que le permita obtener más información y datos a través de los que pueda decidir si desea permanecer en el contrato o no[966].

En el MCR la regulación del derecho de desistimiento se divide en dos secciones, la primera sobre el ejercicio y la eficacia; y la segunda, dedicada a los derechos de desistimiento especiales[967]. *El desistimiento está regulado en el capítulo V del Libro II, del MCR* (arts.5:101-5:202). *Este instrumento parte del carácter imperativo e irrenunciable del derecho de desistimiento. Puede ejercitarse expresamente, si bien se admite su ejercicio tácito* (art. 5: 101). *Se establece el deber de informar del mismo al contratante a favor del que se reconozca dicha facultad* (art. 5: 104) *información que ha de ser clara y comprensible, así como adecuada en forma y contenido a las circunstancias de su destinatario*.

[965] Véase AGNER, W.; ANSEN, J.; AUST, F.; IDENMÜLLER, E.; RIGOLEIT, G., "The Common Frame of References for European Privat Law-policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal*, Studies, vol. 28, No. 4, pp. 659-708.
[966] Study Group on a European Civil Code and Acquis Group: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, p. 58.
[967] Véase DIEGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento…", *loc. cit*., pp. 1-22.

Dicha información debe contener las siguientes cuestiones: *forma de ejercicio, sujeto frente a quien ha de ejercitarse así como el plazo para su ejercicio* [art. 5: 104 con relación a los arts. 3: 101 y ss, también del libro II *relativos a los deberes precontractuales* de información]. "*(...) Se establece un plazo general de ejercicio de catorce días que empezará a contar bien desde el momento de la conclusión del contrato, o cuando la prestación principal a favor de aquel sea la entrega de ciertos bienes desde el momento de recepción de estos.* [art. 5: 103 (2)]". En cualquier caso, el plazo para el ejercicio del desistimiento no puede demorarse más de un año desde que concluyó el contrato[968].

De un modo análogo a la regulación de la Directiva 2011/83/UE el efecto principal que contempla el MCR en el supuesto en el que se ejerza el derecho de desistimiento es la extinción del contracto (art. 5.105). Esto es, las partes se desvinculan del vínculo contractual. Del mismo modo tiene como efecto jurídico el nacimiento de la obligación de restitución. La regulación de está fue novedosa en relación con la regulación previa del derecho de desistimiento en el Derecho derivado comunitario vigente cuando se promulgó este instrumento, ya que estas remitían a los diferentes ordenamientos nacionales.

Todas las cuestiones relacionadas con la restitución de las prestaciones, por remisión, se ecuentran en el MCR en su Libro III, Capítulo 3º, Sección 5ª, subsección 4ª (Arts. 3:510-3:514). Según este instrumento, "*(...) a no ser que el contrato contenga alguna previsión en cuanto a la determinación del momento en el que se entiende ejercitado el derecho de desistimiento, extinguido el contrato y por consiguiente, obligadas las partes a la restitución de las prestaciones que se hubieran cumplido*" [969]. Esta cuestión es relevante para determinar quien tiene la responsabilidad en caso de pérdida, destrucción o menoscabo del bien que ha de ser restituido, y también sobre la fijación del *dies a quo* para el comienzo del plazo de treinta días para la restitución de los pagos realizados al empresario [art. 5: 105 (3)].

[968] Véase OTT, P. R., (2006), "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", *German Law Journal*, núm. 12, pp. 1-23.
[969] Véase DIEGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento…", *loc. cit*., pp. 1-22.

En tercer término, en la CELS el capítulo 3 de la CELS se ocupa del derecho de desistimiento siguiendo muy de cerca la regulación de la Directiva 2011/83/UE. El ámbito de aplicación del derecho de desistimiento se circunscribe a tres tipos de contratos (arts. 40.1 y 4 CELS): "*contratos a distancia, contratos celebrados fuera del establecimiento cuyo importe global es superior a 15 euros, y a las ofertas realizadas por el consumidor que, de ser aceptadas, darían lugar a un contrato a distancia o a un contrato celebrado fuera del establecimiento con un importe global superior a 15 euros. Quedan fuera de su ámbito de aplicación una larga lista de contratos"* (artículo 40.2 y 3) está lista prácticamente coincide por completo con la enumeración que aparece en el art. 16 de la Directiva 2011/83[970].

Por último, debe indicarse que en los PECL no aparece ninguna referencia relativa al derecho de desistimiento. La única cuestión en este instrumento en el que, de forma indirecta, se puede considerar una solución relacionada con el contrato celebrado por un consumidor que resulte arrepentido, sería la regulación contenida en el art. 4:109, "*(...) en la medida en que la situación de presupuesta inferioridad económica y jurídica del consumidor pueda ser subsumida en la letra (a) del mismo, y que como consecuencia de dicha situación, el empresario obtenga un beneficio excesivo o se aprovechó injustamente de dicha situación de inferioridad"* [971].

[970] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F.; OLARIU, O., "La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CELS) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo", *InDret* 1/2013, pp. 2-32).
[971] Véase DIEGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento…", *loc. cit*., p. 4.

CAPÍTULO TERCERO
COMPETENCIA DE AUTORIDADES

I.- INTRODUCCIÓN

En relación con el perfeccionamiento del contrato electrónico, como se ha analizado *supra*, existen varias fases o estadios, relacionados principalmente con la oferta, la adhesión/aceptación y el control de incorporación de las CGC. De otro lado, también tienen gran importancia los deberes de información que con carácter previo y posterior debe cumplir el PSSI establecidos en la DCE y en su normativa de transposición, así como el derecho de desistimiento que cobra gran relevancia en este tipo de contratación.

En relación con estas cuestiones, pueden surgir distintas controversias que las partes intentarán solucionar en sede judicial o extrajudicial. Estas pueden estar relacionadas principalmente con: la existencia de la oferta y de la aceptación electrónicas, el incumplimiento de los deberes de información o el control de incorporación de las CGC, en particular de deteminadas claúsulas, como pueden ser la relativa al derecho de desistimiento, los deberes de información previos, o las cláusulas de elección de ley o de tribunal, entre otras.

La atribución de la competencia en los casos de litigios relacionados con el perfeccionamiento del contrato electrónico presenta la peculiaridad de que se desconoce si el contrato está concluido o no. Por este motivo, entre otros, puede resultar complejo determinar el foro para conocer de las distintas cuestiones que se planteen hasta el nacimiento del vínculo contractual[972].

Para realizar esta labor, es necesario preguntarse ¿quién asume los costes-riesgos de la internacionalidad jurisdiccional del contrato electrónico?, ya que si se considera que es el PSSI quien debe asumirlos, debe litigar en el foro del destinatario de los SSI[973]. Por

[972] Véase KELLER, M., "Lessons for The Hague: Internet Jurisdiction in Contract and Tort Cases in the European Community and the United States", *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. 23, 2004, pp. 1-74.

[973] Según se cuestiona Garcimartín Alférez, F.J., en este caso, en concreto con respecto a la determinación

el contrario, si es este último el que ha de hacerse cargo de estos costes-riesgos relacionados con la internacionalidad del litigio, podrá demandar y ser demandado ante los Tribunales del PSSI. En este capítulo se trata de determinar los foros que pueden resultar eficientes para la atribución de la CJI en los litigios relacionados con el perfeccionameinto del contrato electrónico internacional. Del mismo modo, existen *ADR* que en el contexto electrónico son especialmente útiles para la resolución de las citadas controverias, que también han de analizarse.

Debe destacarse que la regulación específica sobre contratación electrónica no contiene normativa relacionada con la determinación de la competencia judicial. Por este motivo, para dar respuesta a esta cuestión y determinar quién asume los riesgos de la internacionalidad del litigiolas normas de determinación de la CJI de los Tribunales españoles en esta materia, se encuentran en el Reglamento Bruselas I *bis*[974], el Convenio de Lugano[975] y la LOPJ[976]. De forma resumida puede afirmarse que el Reglamento Bruselas I *bis* y el Convenio de Lugano desplazan, en muchos supuestos, a la normativa interna cuando el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro[977]. En cocnreto, el Reglamento Bruselas I *bis* se aplica en la mayoría de los supuestos de contratación electrónica cuando deban conocer las autoridades españolas[978].

---

de la competencia hay que preguntarse "*¿quién debe pagar el viaje al extranjero?*, esto es, quién debe asumir los costes económico-jurídicos que conlleva la situación internacional. Esto es, el lugar donde deba litigarse supondrá en estas situaciones va a originar más costes a una de las partes. De forma que este autor se plantea quien está en mejor posición para asumirlos teniendo en cuenta una serie de factores relacionados con los principios de proximidad y de previsibilidad. (véase GARCÍMARTÍN ALFEREZ, F.J., "La racionalidad económica…", *loc. cit.*, p. 139).

974 *DO* L 351/1 de 20 de diciembre de 2012. Según el Cdo. 41 del Reglamento Bruselas I bis, Dinamarca no participa en la adopción del citado Reglamento y no queda vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación. No obstante, Dinamarca podrá aplicar las modificaciones introducidas en el Reglamento Bruselas I, en virtud del art. 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* núm. L 251/1 de 21 de septiembre de 2013).

975 Instrumento de ratificación de España a este Convenio, publicado en *BOE* núm. 251 de 20 de octubre de 1994.

976 *BOE* núm. 157 de 2 de julio de 1985. Esta norma ha sufrido diversas modificaciones, la más reciente y relevante para el DIPr es la operada por la ley 7/2015 de 21 de julio (*BOE*núm. 174, de 22/07/2015).

977 En cualquier caso, teniendo en cuenta el alcance global de Internet y la prestación de servicios importantes que en muchas ocasiones se encuentran en terceros Estados, la LOPJ, continúa teniendo un papel relevante (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…op. cit.*, p. 122).

978 Debe destacarse la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Doc. COM (2013) 554 final, Bruselas 26 de julio de

Los foros de CJI establecidos en el Reglamento Bruselas I *bis*, al igual que ocurre con el Reglamento Bruselas I[979], se construyen en cuatro niveles[980]. El primer nivel está constituido por las competencias exclusivas previstas en el art. 24. En determinadas materias, este precepto atribuye competencia única y exclusiva a los Tribunales de un Estado miembro, excluyendo absolutamente la posibilidad de que conozcan otros Tribunales.

En segundo extremo, si la controversia versa sobre materias diferentes a las contempladas en el art. 24 del Reglamento Bruselas I *bis*, la voluntad de las partes atribuye competencia a los Tribunales designados por las partes (art. 25 Reglamento Bruselas I *bis*). Este foro de sumisión expresa no puede operar sobre materias reguladas por competencias exclusivas y atribuye una competencia, en principio única a favor de los Tribunales elegidos. En cualquier caso, el acuerdo de sumisión a los Tribunales de un Estado puede ser modificado por la sumisión tácita de ambas partes a los Tribunales de otro Estado (art. 26 Reglamento Bruselas I *bis*)[981].

En tercer término, en el supuesto de que no exista sumisión expresa y siempre que el objeto del litigio no trate sobre las competencias exclusivas del art. 24 del Reglamento

---

2013], cuya finalidad es garantizar la aplicación conjunta y coherente del Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes (Acuerdo TUP) y el Protocolo del Tratado del Benelux de 1965 y del Reglamento. Para un análisis de las modificaciones propuestas (véase de Miguel Asensio, P.A., "La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes", *La Ley/Unión Europea*, núm. 7, septiembre de 2013, pp. 1-6). "*(…) Que el resultado final no es plenamente satisfactorio lo muestra el propio artículo 79 del Reglamento cuando establece que la Comisión presentará, a más tardar el 11 de enero de 2022, un informe al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento que incluirá una evaluación de la posible necesidad de una mayor ampliación de las normas sobre competencia a los demandados que no estén domiciliados en un Estado miembro"* (véase RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.ª A., "Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I", *CDT*, marzo 2014, vol. 6, n.º 1, pp. 330-347).

[979] *DO* L 307 de 24 de noviembre de 2001.

[980] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional privado…, op. cit.*, pp. 67-68.

[981] Para una valoración del Reglamento véase, entre otros, ARENAS GARCÍA, R. "Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis", *REDI*, núm. 2, 2013, pp. 377-382; BERAUDO, J. P "Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et comérciale", *Journal de Droit International*, núm. 3, 2013, pp. 741-763; CADET, F., "Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéaire d'un enfant gâté", *Journal de Droit International*, núm. 3, 2013, pp. 765-790; DE MIGUEL ASENSIO, P.A, "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley/Unión Europea*, núm. 8013, 31 de enero de 2013, pp. 3-8; GARAU SOBRINO, F., "Nace el nuevo Reglamento Bruselas I" (*http://conflictuslegum.blogspot.com.es*); NIELSEN, P., "The New Brussels I Regulation", *Common Market Law Review*, 2013, pp. 503-528; NUYTS, P. "La refonte du Règlement Bruxelles I", *RCDIP*, núm. 1, 2013, pp. 1-63.

Bruselas I *bis*, debe determinarse la competencia teniendo en cuenta los foros especiales previstos en los arts. 7 a 23 del Reglamento Bruselas I *bis*. En el caso de que por razón de la materia no pudiera atribuirse la competencia en virtud de ninguno de estos foros habrá de hacerse de acuerdo con el foro del domicilio del demandado (art. 4 Reglamento Bruselas I bis). Este foro opera si el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro, en cuyo caso, serán competentes los Tribunales del domicilio del demandado (art 4 Reglamento Bruselas I *bis*).

De esta forma, con la aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* se trata de limitar la atribución de la competencia a través de foros "excesivos" o "exorbitantes" que operan en algunos ordenamientos europeos[982].

Finalmente, si el domicilio del demandado no se encuentra en un Estado miembro, y el Reglamento Bruselas I bis tampoco fuese aplicable según sus arts. 18, 21 24, 25 o 29, la CJI se determinará conforme a las normas del Derecho autónomo de cada Estado miembro, en el caso de España, a través de la LOPJ[983].

[982] Por ejemplo el art. 14 del Cc francés, conforme al que basta con que una de las partes en el proceso ostente la nacionalidad francesa para que puedan entrar a conocer los tribunales de dicho país, lo que no deja de ser un privilegio de nacionalidad. Piénsese, por ejemplo, en un litigio suscitado entre un comerciante francés, establecido en Francia, y uno español temporalmente establecido en EEUU, debiendo ejecutarse el contrato en este país. Surgida la controversia, el comerciante francés puede acudir a los Tribunales franceses y el art. 14 del Cc serviría como fundamento de la CJI (véase ARENAS GARCÍA, R., "Competencia judicial internacional y acuerdo de sumisión en la contratación electrónica internacional, *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 45-60).

[983] Como señalan J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, estos preceptos disfrutan excepcionalmente de otros criterios de aplicación espacial y en consecuencia de delimitación respecto del régimen previsto en la legislación estatal, se trate del régimen común o de otros convenios internacionales (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional…, op. cit*., p.64); Es interesante hacer alusión a la crítica realizada por A. Bonomi, quien menciona que el Reglamento Bruselas I bis como otros instrumentos de las áreas civiles y comerciales distinguen entre demandados domiciliados en un Estado miembro y aquellos domiciliados en terceros Estados. Según este autor esta distinción no es la más apropiada para distinguir entre disputas internas y externas ya que aunque el demandado esté domiciliado en la UE la disputa puede estar relacionada con terceros Estados. Según este autor, la protección de las personas y negocios europeos y en general los intereses europeos, pueden requerir un fácil acceso a los Tribunales de los Estados miebros cuando terceros Estados estén implicados, de hecho, los Reglamentos 4/2009 y 650/2012 (*DOUE* L 7/1 de 10 de enero de 2009 y L 201/107 de 4 de julio de 2012) preveen foros subsidiarios aplicables a situaciones con terceros Estados (véase BONOMI, A., "European Private International…, *loc. cit*., pp. 184-193).

II.-EXISTENCIA DE OFERTA Y ACEPTACIÓN ELECTRÓNICAS

1.- Foro general del domicilio del demandado

A) Características. Ventajas e inconvenientes en el entorno virtual

El foro del domicilio del demandado en la contratación electrónica tiene ventajas para el demandado y también para el demandante. En el primero de los casos este criterio de atribución de competencia responde a la regla *Actor Sequitur Forum Rei* según la cual el demandante debe litigar en el fuero del demandado[984]. Este foro también presenta ventajas para el demandante debido a que permite una rápida ejecución ya que el patrimonio del demandado suele estar en el Estado donde esté su domicilio. Este hecho supone mayores garantías para el demandante que ve reforzada su tutela judicial efectiva ya que puede ejecutar la sentencia en el mismo lugar donde ha litigado, sin necesidad de instar el reconocimiento en otro país[985].

En concreto, en el caso de que surja una controversia en relación con la existencia de la oferta electrónica o de la aceptación (adhesión) de los términos del contrato, el foro general del domicilio del demandado establecido en el Reglamento Bruselas I *bis* puede resultar de utilidad en relación con otros foros. Este hecho se debe, a que en este caso, precisamente lo que se pretende dilucidar es si la oferta es vinculante y en consecuencia se ha perfeccionado el contrato electrónico. Por tanto, como se analiza *infra*, puede resultar más complejo determinar la CJI de acuerdo con otros foros del Reglamento Bruselas I *bis* debido a la relación entre el propio *petitum* de la demanda y los criterios establecidos en dichos foros para determinar la CJI.

La referencia al foro general del domicilio del demandado se contiene en el art. 4 de este Reglamento. Debe indicarse que la presencia del domicilio del demandado en territorio de la UE es tanto un presupuesto general de aplicación del Reglamento, como

[984] Esta regla que se remonta a la Edad Media se basa en el principio general según el cual ha de prevalecer la jurisdicción territorial y personal del demandado (véase AIMERICH OJEA, I. *Lecciones de Derecho comparado*, Universidad Jaume I, Castellón, 2004, p. 122).

[985] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...", *loc. cit*., pp. 3-8.

también un criterio determinante de la atribución de la CJI a los tribunales de un Estado[986].

En efecto, por su ámbito personal, si el demandado, con independencia de su nacionalidad, tiene su domicilio en territorio comunitario, se aplicará el Reglamento Bruselas I *bis* (art. 4). Este precepto establece que: "*Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro*".

De esta forma, el domicilio del demandado en un Estado miembro es el criterio que determina, con carácter general, la aplicación de las normas reguladoras de competencia judicial del Reglamento, a excepción de los foros exclusivos y la sumisión expresa (art. 24 y 25 respectivamente).

Debe indicarse que el Reglamento Bruselas I *bis* no contiene un concepto uniforme de "domicilio" pero sí disposiciones conflictuales sobre la interpretación de dicho concepto[987]. En concreto, este instrumento, en sus arts. 62 y 63 establecen cómo ha de concretarse el domicilio de las personas físicas y jurídicas. Como es sabido, esta cuestión presenta cierta complejidad ya que el concepto de "domicilio" puede cambiar dependiendo del país. Según el primero de los preceptos indicados, para determinar si una persona física (parte) tiene su domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales juzgan el asunto estos aplicarán su Ley interna (art. 62.1 Reglamento Bruselas I *bis*).

En el caso de que una parte esté domiciliada en un Estado miembro distinto al de los tribunales que conocen del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte está domiciliada en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro (art. 62.2 Reglamento Bruselas I *bis*). De esta forma, en ambos casos, para la determinación del

[986] Véase ARENAS GARCÍA, R., "Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis…", *loc. cit*., p. 378.
[987] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado…, op. cit.*, pp. 76-77.

domicilio de la persona física que actúa como parte en un procedimiento se tiene en cuenta un Derecho nacional concreto.

Por otro lado, en relación con las personas jurídicas, el art. 63 del Reglamento Bruselas I *bis* tiene en cuenta: En primer lugar, su sede estatutaria, en segundo extremo, su administración central y por último su centro de actividad principal. Estos criterios, pueden tener varias consecuencias, por un lado, suponer un aumento de las demandas contra las personas jurídicas que operen como empresas internacionales (administración central en un Estado y/o sede social en un tercer Estado). Este hecho puede darse al existir, teóricamente, varios Tribunales que resulten competentes según el citado precepto, que permitan atribuir la competencia *ex art*. 4 del Reglamento Bruselas I *bis*. De otro lado, el art. 63 del Reglamento Bruselas I *bis*, pretende evitar que las empresas "desaparezcan" para evitar demandas en un país concreto, al aumentar los posibles Tribunales competentes según el criterio del domicilio del demandado.

Frente a las ventajas señaladas *supra*, que dotan de eficiencia a este foro en la contratación electrónica, también presenta ciertos inconvenientes relacionados con los distintos criterios de los Estados miembros que como señalan J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo pueden dar lugar a conflictos positivos y negativos[988]. En el primer caso, dos Tribunales de diferentes Estados miembros pueden considerar domiciliado en su territorio al mismo sujeto. La solución de este conflicto positivo puede alcanzarse con los mecanismos previstos en el propio Reglamento (litispendencia, conexidad, etc).

Resulta más complicada la solución de un conflicto negativo en el que ninguno de los jueces considera al demandado domiciliado en su Estado, por no cumplir las condiciones previstas en el Derecho aplicable para entender que tiene su domicilio en dicho territorio. Las consecuencias de este hecho no sólo afectan al foro del domicilio del demandado que no resultaría operativo en este caso sino a la aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* en general. En este supuesto sería tratado como no domiciliado en la UE un demandado que sólo tenga un vínculo de residencia con uno o más Estados miembros aunque no suficiente para ser considerado como "domicilio". Por este motivo, resulta

[988] Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho internacional…, op. cit*., pp. 81-82.

conveniente realizar una interpretación flexible del concepto de domicilio, que se inspire en un principio de necesidad, con el objetivo de impedir las citadas situaciones en caso de conflicto negativo[989].

Por último, existe otro inconveniente relacionado con la atribución de la CJI en la contratación electrónica debido a que el foro del art. 4 del Reglamento Bruselas I *bis*, sólo opera en el momento de presentación de la demanda. De forma que si un sujeto contrató desde la UE pero trasladó posteriormente, cuando se plantea la demanda, su domicilio o sede a un país no participante en el Reglamento Bruselas I *bis*, entonces dicho Reglamento no es aplicable (salvo las reglas sobre competencias exclusivas y sumisión competencial).

Por este motivo, este foro puede ser utilizado como una estrategia por parte del demandado que puede cambiar de domicilio (a un tercer Estado) evitando el foro del domicilio del demandado. En este contexto, el sistema de CJI debe procurar otros foros alternativos que no obliguen al demandante a litigar exclusivamente, ante los tribunales del país extranjero donde tiene su domicilio el demandado[990].

C) Determinación del domicilio del demandado

a) Demandado sin domicilio conocido

La naturaleza "virtual" de Internet y sus características pueden hacer difícil, en ocasiones, determinar el domicilio del demandado, este hecho puede hacer más complejo el desarrollo de algunas de estas relaciones contractuales, sobre todo cuando presenten un carácter transnacional[991]. En relación con esta cuestión resulta de interés el art. 6 del Reglamento Bruselas I *bis* y la postura del TJUE según la que "*(…) si se desconoce el domicilio del demandado nacional de un Estado miembro sólo procede aplicar las normas nacionales de competencia si existen indicios probatorios que permitan al*

[989] *Ibidem*, p. 82.
[990] De esta forma, el Reglamento Bruselas I bis protege la situación procesal del demandado a través de un sistema de mínimos y se potencia la posición procesal del demandante mediante la configuración de un sistema de foros que este puede utilizar para interponer la demanda de acuerdo a sus intereses (véase ARENAS GARCÍA, R., "Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis...", *loc. cit.*, pp. 377-382).
[991] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…,op. cit*., p. 196.

tribunal llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la UE"[992]. De esta forma, si no existen los citados indicios, la CJI del Tribunal de un Estado miembro ha de determinarse de acuerdo con el Reglamento Bruselas I *bis*, cuando se den los requisitos de aplicación de alguna de sus normas de CJI[993].

En relación con la determinación del domicilio del demandado en el entorno virtual se plantean cuestiones que hacen que la atribución de la competencia en virtud de este foro presente ciertas complejidades. En este sentido, debe partirse de la idea de que, a estos efectos, como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ no resulta relevante la situación física de los dispositivos desde los que se realiza la contratación, ni tampoco la situación física del servidor en el que se aloja el sitio web que posibilita la realización del contrato[994].

La primera cuestión que dificulta la determinación del domicilio del demandado es que en este tipo de contratos, las partes, en ocasiones, no se identifican, por lo que no puede saberse con quien se contrata ni donde están domiciliados los contratantes. Este hecho, en la práctica, se trata de palear mediante la utilización de dispositivos de seguridad (ej. firma electrónica), además, la mayoría de sitios web exigen la introducción de ciertos datos (obligatorios), para poder finalizar el proceso de compra[995]. Esta información está relacionada con los datos personales de la parte que adquiere el producto

---

[992] Sobre esta cuestión destaca la STJUE de 15 de marzo de 2012, C-292/10 (Asunto C-292/10, *G/Cornelius de Visser*) en la que "(…) *el TJUE tuvo que resolver de nuevo el problema de la aplicación de los foros de CJI (en concreto, el art. 5.3 en materia de responsabilidad extracontractual) a un demandado cuyo domicilio se desconoce, así como la compatibilidad de las normas del Reglamento con una notificación por edictos. Estas cuestiones habían sido resueltas meses antes por el propio Tribunal en su Sentencia de 17 de noviembre de 2011, en el asunto Hypotecnyí banka/Lindner, por lo que no puede entenderse una sin la otra. Además es la primera vez que el Tribunal de Justicia interpretaba el Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril de 2004, afirmando que no es posible certificar como título ejecutivo europeo una resolución dictada en rebeldía cuando se desconoce el domicilio del demandado; y descarta la aplicación de la DCE a un supuesto, como el que resuelve en el que no se conoce el lugar de establecimiento del PSSI"*. [véase el comentario realizado por RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.ª A., "De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I", *CDT* (octubre 2012), vol. 4, n.º 2, pp. 356-366].

[993] Esta afirmación se encuentra en el motivo 41 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, C-292/10. En este sentido P. A. De Miguel Asensio, afirma que la interpretación del Tribunal puede resultar de mucha utilidad en la práctica en la medida que "*facilita a la víctima la posibilidad de demandar ante los tribunales del lugar en el que se localice su centro de intereses*" *(http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es).*

[994] Véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.*, p.37.

[995] Véase SERRANO CINCA, C.; FABRA GARCÉS, L.A.; LOBERA VIÑAU, E., "Planificación de sistemas de información en la Empresa…, *op. cit*., pp. 79-98.

o servicio por Internet y entre los que se encuentra su domicilio[996].

En relación con los suspuestos en los que resulte difícil determinar el domicilio del demandado, es interesante la sentencia del TJUE en el caso *Hypotecny banka c. Linder* (asunto C-327/10) de 17 de noviembre de 2011. El TJUE estableció en esta resolución que en los supuestos del demandado sin domicilio conocido debe tomarse como referencia el último domicilio conocido de la parte concernida[997].

Esta solución presenta importantes ventajas en los casos en los que el objeto del litigio verse sobre la existencia de la oferta ya que se trata de una regla simple y clara que permite a las partes identificar la jurisdicción ante la que puede ser entablado el litigio ofreciéndoles seguridad jurídica. Por lo que se refiere al demandante, esta solución protege su derecho de acceso a los tribunales ofreciéndole una salida en un supuesto que habría podido conducir fácilmente a una denegación de justicia. Además, la regla disuade al demandado (por ejemplo, PSSI que pretende que su oferta no lo vincule) para eludir sus obligaciones, esto es, al decidir que el último domicilio conocido será el pertinente en el caso de que el demandado desaparezca sin dejar una dirección. En estos casos, el TJUE elimina el interés de cualquier maniobra relacionada con la competencia basada en el domicilio del demandado[998].

b) Domicilio real y ficticio en la contratación electrónica

Como se ha indicado, la DCE exige a los PSSI que informen sobre determinadas cuestiones (información general). En concreto, esta norma en su art. 5.1 establece que: "*los Estados miembros garantizarán que el PSSI permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente como mínimo a los datos siguientes. a) nombre del PSSI; dirección geográfica donde está*

[996] Véase JOHNSON, D.R., "The Sovereignty of Electronico Contract", U. Immenga; N. Lübben; H.P. Schwintowski (Hrsg.), *Das internationale Wirtschaftsrecht des Internet*, Nomos Verlagsgeselleschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 23-37.

[997] Este asunto permite al Tribunal pronunciarse por primera vez acerca de una importante cuestión, la de la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I en la hipótesis de que el domicilio del demandado sea desconocido, Del mismo modo, el Tribunal se reafirma en la idea de que el Reglamento no se aplica más que a los litigios que presentan un elemento de extranjería, aunque lo hace adoptando una concepción extensiva de la internacioanlidad (véase comentario de esta resolución de CUNIBERTI, G., *REDI*, vol. LXIV, 2012, 1, pp. 187-190).

[998] *Ibidem*.

establecido el PSSI (...)"[999]. Esta misma regla se establece en el art. 10.1 a) de la LSSICE que transpone dicha regla al ordenamiento español.

En cualquier caso, y pese a esta regulación puede darse el supuesto de que el contratante se identifique con un domicilio que no sea el real (domicilio ficticio), esta es la segunda cuestión que dificulta en la práctica la determinación del domicilio del demandado en la contratación electrónica. Una empresa que opera en Internet lo hace con un domicilio ficticio cuando no ofrece ninguna información sobre el domicilio real y se emplean indicios que hacen creer al destinatario que la sede del empresario está en un país determinado. Estos pueden ser: la utilización exclusiva del idioma de un país determinado; nombre del domicilio de un determinado Estado; referencias en el sitio web de sedes u oficinas situadas en países determinados aunque estos datos no sean ciertos; etc. En estos casos, quien crea la apariencia de un domicilio ficticio debe asumir las consecuencias que este hecho comporta, esto es, poder ser demandado (en virtud del art. 4 Reglamento Bruselas I *bis*) tanto en el domicilio real como en el ficticio[1000].

La doctrina es partidaria de esta opción por diversos motivos[1001]: En primer lugar, porque una interpretación muy apegada a la Ley, lesionaría el principio de confianza en las relaciones comerciales internacionales, la seguridad jurídica y el principio de la apariencia que constituyen pilares fundamentales de la contratación internacional, en este caso electrónica[1002].

---

[999] En otros países como es el caso de EEUU existe una legislación similar que promueve la identificación de los PSSI sobre todo en lo que a su domicilio social se refiere. Por tanto, en la práctica esta cuestión se reducirá, en su caso, a la prueba que pueda ser preciso prácticar en aras a la determinación del domicilio del PSSI, al margen de los supuestos en los que estos actuén con fines fraudulentos y no deseen ser identificados, entre otras razones para evitar demandas en el país donde tengan su sede (véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes, op. cit*…, p. 37).

[1000] Véase REMÓN PEÑALVER, J., "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", *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, n. º 2, 2002, pp. 69-78.

[1001] Véase CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.*, p. 40; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado…, op. cit.*, pp. 195-197; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La racionalidad económica del Derecho...", *loc. cit.*, pp. 85-96; VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil…, loc. cit.,* pp. 52-53.

[1002] Sobre estos principios véanse entre otras las siguientes obras, CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ *Curso de contratación…, op. cit.*, pp. 48-52; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Contratación internacional: la evolución del modelo...", *loc. cit.* pp. 67-89; VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "Obligaciones Contractuales…", *loc. cit.* pp. 67-71; VISCHER, F., "General Course on Private International Law", *RCADI*, 1992-I (t. 232), pp. 9-20; ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Univesity Press, Oxford, 1996, pp. 559 y 564.

En segundo extremo, si se opta por el domicilio real y no por el aparente también se vería mermado el principio de predeterminación legal de la CJI[1003]. Por ejemplo, el demandante cree haber contratado con una empresa española y que, por tanto, en caso de controversia podrá interponer la demanda en España en virtud del art. 4 del Reglamento Bruselas I *bis*. Es aconsejable que esta expectativa se respete en la práctica para promover la utilización de este medio en las transacciones internacionales.

En tercer lugar, el comerciante que se introduce en el comercio internacional con un domicilio ficticio y crea la apariencia de tal, sin dar más datos de su domicilio real pudiendo hacerlo, debe asumir el riesgo de que tal domicilio sea tomado en consideración como foro de competencia o "punto de conexión" por las normas de DIPr. Es dicho comerciante el que crea el riesgo de confusión, por lo que es justo, que él mismo pague las consecuencias de la confusión que generó, pudiendo ser demandado, en este caso para determinar si la oferta realmente existió, o si el cliente aceptó los términos del contrato, no sólo en el país de su domicilio real, sino también en el país de domicilio ficticio[1004].

2.- Foro especial en materia contractual

A) Determinación del lugar de ejecución

El foro en materia contractual establecido en el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I *bis* "*atribuye la competencia a los Tribunales del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda*"[1005]. Por este motivo, en el caso del perfeccionamiento del contrato puede resultar compleja la atribución de la competencia en virtud de este foro, en particular con respecto a los litigios sobre la

[1003] Véase ARENAS GARCÍA, R., "Del Reglamento Bruselas I…", *loc. cit.*, pp. 377-382.
[1004] Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La racionalidad económica del Derecho...", *loc. cit.*, pp. 84-157.
[1005] El TJUE establece que "*el lugar de cumplimiento de la obligación, cuando se trate de una compraventa de mercaderías, será el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías, en el sentido de que el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente, es el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato, o bien aquel en el que el vendedor cumple la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto, o cabe una intrepretación distinta de la citada norma*" (véase en especial la STJUE de 9 de junio de 2011, en el asunto C-87/10 comentada por ANDREEVA ANDREEVA, V., en *REDI*, vl. LXIV, 2012, 1, pp.174-176).

existencia de oferta o/y aceptación electrónicas.

El art. 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis concreta que en el caso de la compraventa de mercaderías, será competente el Tribunal del lugar donde según el contrato hayan sido entregadas o deban entregarse las mercancías. Por otro lado, en los contratos de prestación de servicios, la competencia se atribuye al órgano jurisdiccional del Estado donde hayan sido prestados o deban prestarse los servicios[1006].

Este foro especial en material contractual del art. 7 del Reglamento Bruselas I *bis* permite que el demandante ejercite su acción contra el demandado, domiciliado en un Estado comunitario, ante los tribunales de otro Estado comunitario con el que el litigio presenta un vínculo relevante. Según señala J. Carrascosa González se trata de un foro que responde a un criterio fundado en el principio de proximidad que justifica la CJI del concreto Tribunal del lugar de ejecución, que proporciona un foro neutral para las partes[1007].

Este foro está relacionado con el momento de celebración del contrato y no con el momento de presentación de la demanda. Este hecho otorga seguridad jurídica a la transacción debido a que, como ocurre con la sumisión expresa, permite conocer *a priori* el Tribunal que va a dirimir el litigio. De esta forma, el foro del art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, se enmarca también en la teoría de la *International Stream of Commerce* en dicho país, debido a que el oferente que realiza su actividad comercial en un país debe atenerse a que le demanden en dicho Estado por el hecho de haber creado la "situación

[1006] En relación con este foro existen abundantes obras de interés, véanse, entre otras, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La competencia jurisdiccional internacional de los Tribunales españoles del orden civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 54-62; ARENAS GARCÍA, R., *Competencia Judicial Internacional…, op. cit.,* pp. 50-53; CASTELLANOS RUIZ, E., "El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega", *CDT* (Octubre 2012), pp.56-75; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial...", *loc. cit*., pp. 3-8; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Y GARCÍA CASAS, M., *Derecho Procesal Civil Europeo. Competencia Judicial Internacional, Reconocimiento y Ejecución de sentencias extranjeras en la Unión Europea*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 33-39; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., "El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el derecho internacional privado, *CDT* (Octubre 2012), pp. 123-139; GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J. "Contratos de Distribución Internacional: Competencia judicial y Ley aplicable", A. Alonso Ureba; L.A. Velasco San Pedro y otros (dirs.), *Actas del Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia*, 2010, pp. 221-240; GUZMÁN ZAPATER, M., "El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 12, núm. 2 mayo-agosto, 1985, pp. 15-22; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "El contrato de transporte aéreo de pasajeros: Algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable*", CDT*, Marzo 2011, pp. 179-194.

[1007] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Competencias especiales…", *loc. cit.,* p. 98.

internacional"[1008].

Este foro puede tener incidencia en la contratación electrónica, aunque en este contexto, la determinación del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda no siempre resultará sencilla. Por este motivo es necesario ver la aplicación del mismo en función del tipo de contrato *online* de que se trate[1009]. En primer lugar, con respecto al comercio electrónico indirecto, esto es, los contratos que se celebran *online* pero cuya entrega es física (*offline).* En este caso, el foro del lugar de ejecución de la obligación litigiosa del art. 7.1 del Reglamento Bruselas I *bis*, opera sin mayores dificultades ya que resulta fácil determinar este lugar que coincidirá con la entrega de las mercancías o con la prestación del servicio en su caso.

En segundo extremo, en relación con el comercio electrónico directo, en los contratos concluidos *online* y ejecutados por completo por vía electrónica mediante "descarga" de ciertos datos electrónicos (*Downloading*), el art. 7.1 a) del Reglamento Bruselas I *bis* resulta aplicable por remisión del art. 7.1 c) de este instrumento. En este caso resultarán competentes "*(…) los Tribunales del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda"*. La cuestión estriba en estos supuestos en determinar donde se encuentra este lugar. En estos casos, como apuntan Calvo Caravaca y Carrascosa González, debe partirse de la premisa de que el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I *bis* (antes art. 5.1 del Reglamento Bruselas I) no fue concebido para este tipo de contratos, por tanto presenta una "laguna oculta"[1010].

Estos autores afirman que una posible solución es concebir como lugar de ejecución ficticio de la obligación, el país de la sede o residencia habitual del vendedor o PSSI, presumiendo que la entrega se realiza en dicho país. Esta es una solución económicamente positiva debido a que incentiva al cumplimiento del contrato por parte del otro contratante, ante el riesgo de ser demandado en un país extranjero[1011].

[1008] Véase CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Contratos internacionales...", *loc. cit.,* pp. 113-114.
[1009] Véase KESSEDJIAN, C., "Electronic data interchage, internet and electronic commerce", *Preliminary Document n. 7 of April 2000*, Hague Conference on Private International Law, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 25-39; *id*. "Rapport de synthèse", K. Boele-Woelki; C. Kessedjian (eds.), *Internet, Wich Court decides? Wich Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit sápplique?*, Kluwer, The Hague, 1998, pp. 143-154.
[1010] Véase CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit*., p. 53.
[1011] *Ibidem*, pp. 53-54.

B) ¿Incompatibilidad con el *petitum* de la demanda?

Como se ha indicado, para la atribución de la CJI en virtud de este foro especial en materia de contratos resulta necesario determinar el lugar de ejecución de la obligación presuntamente incumplida, que es la obligación litigiosa.

En concreto, puede presentar especial complejidad la atribución de la competencia en virtud de este foro, cuando no está claro si el contrato se ha perfeccionado. Esta situación puede darse, cuando el *petitum* de la demanda versa precisamente sobre la determinación de la existencia de las declaraciones de voluntad que conforman el perfeccionamiento del contrato electrónico (oferta y aceptación).

En este caso el Reglamento Bruselas I *bis*, presenta cierto paralelismo con el Reglamento Roma I, en el sentido de que parte de la existencia del contrato y no se plantea que pueden darse cuestiones que estarán relacionadas con el *iter* formativo de la relación contractual. En este supuesto, puede plantearse la pregunta de si el propio objeto de la demanda resulta incompatible con el foro especial en material contractual establecido en el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I *bis*[1012].

Para responder a esta cuestión, es de interés destacar la Sentencia del TJCE, en el asunto 38/81 de 4 de marzo de 1982, en la que se planteaba una cuestión prejudicial relacionada con el art. 5 del Convenio de Bruselas de 1968 (art. 7 Reglamento Bruselas I *bis*)[1013]. En este supuesto, se pretendía saber si el demandante podía acogerse al fuero del lugar de cumplimiento del contrato con arreglo al art. 5.1 del citado Convenio, aun cuando la formación del contrato que dio lugar a la demanda constituía el objeto del litigio entre las partes.

El Tribunal de Justicia en este caso afirmó que del conjunto de las disposiciones del Convenio se desprendía que *"(…) en los casos contemplados en el art. 5.1 del Convenio, la competencia del órgano jurisdiccional nacional, para resolver las cuestiones relativas a un contrato, comprende la apreciación de la existencia de los*

[1012] El TJCE se pronunció en este sentido en las STJCE de 4 de marzo de 1982, en el asunto Effer y STJCE de 17 de junio de 1992, en el asunto Handte (veáse CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit*., p. 47).

[1013] Este art. establece que "*(…) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda (…)*".

elementos constitutivos del propio contrato". Dicha apreciación resulta indispensable para permitir al órgano jurisdiccional comprobar su competencia en virtud de dicho instrumento.

Según el Tribunal si no se realiza esta interpretación las disposiciones del art. 5 del Convenio de Bruselas de 1968 (actual art. 7 Reglamento Bruselas I *bis*), corren el riesgo de quedar desprovistas de efecto jurídico. Esto es, bastaría con que cualquiera de las partes alegara la inexistencia del contrato para desvirtuar la regla contenida en dichas disposiciones[1014]. Por tanto, el TJCE afirma que dicho foro resulta operativo en los casos en los que está cuestionada la propia formación del contrato que origina la demanda en el procedimiento principal.

Esta resolución es de utilidad para las cuestión que se plantean en relación a si el foro de competencia en materia contractual del art. 7 del Reglamento Bruselas I *bis* opera en los supuestos en los que el *petitum* de la demanda está relacionado con el perfeccionamiento del contrato, en concreto con la existencia de la oferta o de la aceptación. Según lo expuesto, y pese a que puedan darse dificultades para la determinación del lugar de ejecución en el comercio electrónico directo; el foro en materia contractual resulta operativo aun cuando el objeto de la demanda esté relacionado con la existencia de la oferta o de la aceptación en el entorno electrónico. Esto es, no hay incompatibilidad, en principio entre dicho *petitum*, vinculado al perfeccionemiento del contrato electrónico y el foro del art. 7 del Reglamento Bruselas I *bis*.

3.- Foro especial en contratos de consumo

A) Regulación en el artículo 17 del Reglamento Bruselas I *bis*

La cuestión de la existencia de la oferta o/y de la aceptación electrónica puede plantearse en las transacciones con consumidores, que se dan de forma muy habitual en

[1014] Dicha interpretación coincide con la de la sentencia de 14 de diciembre de 1977, Sanders/Van der Putte (73/77, Rec. p. 2383) sobre la competencia en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de los Tribunales del Estado donde se hallare sito el inmueble (art.16.1 del Convenio), en la que el Tribunal de Justicia estimó también que se daba la competencia en virtud de dicho precepto aún cuando el objeto del litigio verse sobre "la existencia" de un contrato de arrendamiento.

la práctica de la contratación que tiene lugar en el entorno virtual. En este sentido existen reglas especiales en el Reglamento Bruselas I *bis* que han de tenerse en cuenta para atribuir la competencia en las controversias que se susciten por estos motivos y que tratan de proteger al consumidor.

En concreto, en los supuestos comprendidos en el art. 17 de este Reglamento, la competencia queda regulada por lo previsto en sus arts. 18 y 19, sin perjuicio, de que hayan de tenerse en cuenta, como establece el art. 17.1, las previsiones de los arts. 6 y 7.5 del Reglamento Bruselas I bis [1015].

En estos supuestos, el consumidor tiene la opción de demandar bien en los tribunales del Estado del domicilio del demandado o ante los tribunales del Estado del domicilio del cocontratante del consumidor. Este último, por el contrario, sólo podrá litigar ante los tribunales del Estado en el que tiene su domicilio el consumidor.

En estos casos, además, la posibilidad de elegir un tribunal queda reducida, debido a que según el art. 19 del Reglamento Bruselas I *bis*, "*los acuerdos de elección de tribunal sólo prevalecerán sobre los criterios de competencia previstos en el art. 18 de dicho Reglamento en los siguientes supuestos: en primer lugar, cuando sean posteriores al nacimiento del litigio. En segundo extremo, cuando permitan al consumidor presentar la demanda ante tribunales diferentes de los indicados en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento. Y, por último, cuando se hayan celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos con domicilio o residencia habitual en el mismo Estado*

[1015] Sobre los foros de protección del consumidor que establece el Reglamento, véanseentre otros: CACHIA, P., "Consumer contracts in European private internacional law: The sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulation", *European Law Review*, vol. 34, núm. 3, June 2009, pp. 476-490; CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Operaciones internacionales de consumo", A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez (dirs.), *Derecho Internacional privado* vol. *II*, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 807-819; CARRILLO POZO, F., "Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores", A. L. Calvo Caravaca (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 305-318; CASTELLANOS RUIZ, E., "Las normas de Derecho internacional privado…", *loc. cit*., pp.134-159; ESPLUGUES MOTA, C., "Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil", *Comunidad Europea Aranzadi*, Año XX, núm. 12, 1993, pp. 31-36; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores…,* pp. 23-97; FERNÁNDEZ MASIÁ, F., "Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001", *Estudios sobre consumo*, núm. 63, 2002, pp. 9-24.; GAMBARO, E., LANDI, N., "Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and comercial Matters", *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371.

miembro y acuerden que sean competentes los tribunales del Estado miembro del domicilio o residencia común, siempre que el Derecho de dicho Estado permita tales acuerdos".

Si no se dan estos supuestos, los pactos sobre el tribunal que haya de conocer del asunto, no prevalecerán sobre lo establecido en el art. 18 del Reglamento Bruselas I *bis*.

En los contratos de consumo la posibilidad de elegir al Tribunal queda reducida en los contratos de consumo que se encuentren incluidos en la protección regulada en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento Bruselas I *bis*. Este instrumento trata de impedir que a través de una cláusula de sumisión se prive al consumidor de la opción de acudir al Tribunal de su propio domicilio que previsiblemente será el que le resulta más cercano. Además, en las controversias derivadas de contratos electrónicos de consumo, normalmente la cuantía es escasa y puede ocurrir que los costes de acudir a un tribunal extranjero sean supueriores al beneficio obtenido en el procedimiento judicial. Por este motivo, en estos contratos, se permite la existencia de un *forum actoris* a favor del consumidor[1016].

Por este motivo, si en los contratos electrónicos se establecen a favor de las empresas que venden o prestan sus servicios en Internet, determinadas cláusulas de elección de Tribunal, en todo caso, el consumidor afectado puede litigar ante los tribunales de su propio domicilio cuando se den los requisitos establecidos en las citadas normas del Reglamento Bruselas I bis.

De esta forma, una de las cuestiones que más complejidad presenta con respecto a la regulación de la competencia judicial en materia de contratos de consumo contenida en los arts. 17-19 del Reglamento Bruselas I *bis* es determinar su ámbito de aplicación. Los contratos excluidos de esta protección, quedan sometidos al régimen general, esto es: al foro general del domicilio del demandado; a los foros en materia contractual, y a la sumisión expresa que en su caso se haya realizado a favor de un determinado Tribunal.

En este sentido, los supuestos en los que el consumidor se considera protegido según el Reglamento Bruselas I *bis*, son: en primer lugar, en los casos de venta a plazos de mercaderías o préstamos a plazos u otra operación vinculada a la financiación de la venta de mercaderías [art. 17.1 a)]. En segundo extremo, cuando la parte que desempeña

[1016] Véase ARENAS GARCÍA, R., "Competencia judicial…", *loc. cit*., p. 53.

actividades comerciales o profesionales ejerce éstas en el Estado miembro del domicilio del consumidor [art. 17.1 b)]. En tercer término, dirige tales actividades a dicho Estado, o a varios Estados miembros entre los que se encuentre el Estado miembro del domicilio del consumidor y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades [art. 17.1 c)].

En la contratación electrónica interesa especialmente el último de los supuestos recogidos en el art. 17.1 del Reglamento Bruselas I *bis*, esto es, cuando el empresario que comercializa sus productos a través de Internet realice sus actividades en el país en el que el consumidor tenga su domicilio habitual o por cualquier medio las dirija a este Estado.

B) Atribución de la competencia según la *Internacional Stream of Commerce*. Jurisprudencia de interés

a) Protección del empresario frente al consumidor excesivo

La determinación de los supuestos en los que una actividad comercial o profesional se dirige al Estado del domicilio del consumidor puede ser compleja en los contratos electrónicos. En concreto, surgen dudas, sobre si el hecho de que el consumidor pueda acceder al sitio web del profesional debe interpretarse como que dicho profesional dirige su actividad al Estado del domicilio de este[1017].

Debido a las dificultades que plantea la interpretación de este precepto, el Consejo y la Comisión de la UE realizaron una declaración conjunta (no publicada) acerca del entendimiento de esta letra c) del entonces art. 15 del Reglamento Bruselas I, que en la actualidad el Reglamento Bruselas I *bis*, plasma de la misma manera en su art. 17.1 c).

De acuerdo con esta declaración, no es suficiente que el consumidor pueda acceder a un sitio web desde su domicilio para que sea aplicable la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento. Por el contrario es necesario que este sitio web invite a la realización de contratos y que al menos se haya celebrado alguno de ellos. La declaración del Consejo y de la Comisión sobre el art. 15 del Reglamento Bruselas I no resolvió los incovenientes que plantea la interpretación de la letra c), del primer apartado

[1017] Véase ORTIZ VIDAL, M.ª D.,"Contratos electrónicos internacionales…", *loc. cit.*, pp. 379-396.

de este precepto[1018].

En todo caso, para resolver esta cuestión, debe distinguirse cuando el consumidor entra en contacto con la empresa a través de un sitio web pasivo o en cambio si el sitio web es activo y permite al usuario interactuar. En el primer caso, la doctrina considera con carácter general, que no puede entenderse que la actividad está dirigida al domicilio del consumidor, a no ser que del sitio web pueda deducirse otra cosa. Esta idea fue afirmada por primera vez por la jurisprudencia sobre el *Doing Business* o la *International Stream of Commerce* de EEUU[1019].

Aunque el sitio web sea visible desde un determinado país, del hecho de que el usuario no pueda interactuar se deduce que el comerciante no ha pretendido entrar en dicho mercado nacional. De esta forma, si a pesar de ello el consumidor contrata, debe asumir el riesgo de tener que litigar en el país donde dicha empresa esté establecida. Por ejemplo, en el supuesto de un sitio web de una empresa china, que se encuentra en un

[1018] Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento núm. 44/2001 *(http://ec.europea.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_de_declaration.pdf.)*.

[1019] "*En la jurisprudencia norteamericana no existe una línea bien definida respecto a los límites en la aplicación del criterio de la International Stream of Commerce. Si bien en los años 80 fue defendido por el TS de EEUU en el asunto World-Wide Volkswagen Corporation. En concreto en 1987 se dictó una Sentencia de la Corte Suprema de EEUU [World-Wide Volkswagen Corporation, 444 U.S. 286 (1980)], en relación con la Sentencia Asahi Metal Industry. En esta resolución, el TS matizó su aplicación argumentando que para que el demandante (adquirente del producto) pudiese invocar la protección de los tribunales de su Estado era exigible no solo que el producto de una empresa alcanzase el forum del demandante sino también que el vendedor hubiese dirigido sus actividades a dicho mercado. A partir de ese momento, este criterio ha sido objeto de un gran debate por lo que durante muchos años se ha esperado una nueva decisión del TS norteamericano en la que clarificase las incertidumbres relacionadas con este criterio, especialmente a raíz de las diferentes opiniones vertidas por sus jueces en la citada Sentencia Asahi. Esta decisión se produjo en los asuntos Nicastro (Sentencia de la Corte Suprema de EEUU, J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro, núm. 09-1343, 546 U.S., 2011) y Goodyear (Sentencia de la Corte Suprema de EEUU, Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown, núm. 10-76, 546 U.S. 2011). El Tribunal considera en este caso, que para aplicar la International Stream of Commerce no basta que el vendedor haya previsto la posibilidad de que sus productos alcancen el mercado de conquista sino que, además, ha de confluir su voluntad manifiesta de dirigir los productos hacia ese mercado. Añade, además, que cada caso ha de ser evaluado de forma individualizada ("personal jurisdiction requires forum-by-forum analisys") atendiendo a sus circunstancias, no pudiendo aplicarse este criterio de forma generalizada. Sin embargo, lejos de conseguir el objetivo de clarificar este criterio tal vez con estas nuevas decisiones el Tribunal ha podido contribuir a incrementar las dudas existentes debido a la ausencia de consenso y a las opiniones contradictorias emitidas por sus jueces. De esta forma, mientras cuatro de ellos eran partidarios de aplicar de forma restrictiva este criterio, otros tres pretendían mantener el estándar existente en la Sentencia Asahi y los dos restantes parecían indecisos"*. Estas resoluciones se han consultado en (*http:// supreme.justia.com/cases/federal/us*). En relación con estas resoluciones (veánse, MORRISON, A. B. "The impacts of McIntyre on minimum contacts", *Arguendo, The George Washington Law Review*, Octubre 2011, vol. 80, p. 12; PETERSON, T. D., "The timing of minimum contacts after Goodyear and McIntyre", *Arguendo, The George Washington Law Review*, September 2011, Vol. 80, p. 39).

idioma chino, y que se limita a proporcionar información sobre un determinado producto, fotos, precios, etc, esto es, no tiene TV[1020].

En este supuesto, del contenido del sitio web se desprende, en principio, que la intención del PSSI es limitar la venta al mercado chino. De esta manera, si un consumidor español, que conoce este idioma (chino) accede al sitio web y contacta con la empresa para adquirir el producto se considera un consumidor "activo" y por tanto, en principio, no está protegido por la sección cuarta del capítulo II del Reglamento Bruselas I *bis*.

Este mismo supuesto puede plantear mayor complejidad si el sitio web es activo. En este caso, el hecho de que el sitio web disponga de TV y sea accesible desde cualquier parte del mundo tampoco conlleva que el empresario dirija sus productos a todos los países desde los que sea accesible dicho sitio web[1021]. En este sentido, como se ha expuesto *supra*, la primera condición que impone el Reglamento Bruselas I *bis* para que resulten aplicables las normas especiales de competencia en materia contractual, es que el empresario dirija su actividad al Estado miembro donde está domiciliado el consumidor (criterio del *Doing Business* en el DIPr norteamericano)[1022].

De esta forma, como señalan A.L. Calvo y J. Carrascosa "*serán competentes los Tribunales del Estado a cuyo mercado se dirige el empresario mediante actos comerciales concretos (mercado de conquista)"*[1023]. De esta forma, el art. 17.1 c) del Reglamento Bruselas I bis es, como su antecesor, una norma de transacción que trata de proteger y de favorecer el comercio electrónico B2C, desde una doble vertiente. En primer lugar, no se obliga a los consumidores a litigar exclusivamente ante los tribunales del país del empresario, ya que en estos supuestos muchos contratos electrónicos no llegarían a perfeccionarse, debido al alto riesgo (que para los consumidores constituiría esta vía de contratación. En segundo extremo, tampoco se puede imponer, en todo caso, la carga de litigar a los empresarios, ya que muchos de ellos no ofertarían sus productos a través de Internet.

[1020] Véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.*, p. 89.
[1021] Véase FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., "El tratamiento legal del contrato...", *loc. cit.*,pp. 123-139.
[1022] Véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Conflictos de leyes…,op. cit.,* p. 85.
[1023] *Ibidem*, 85-90.

De esta forma, el hecho de que un sitio web sea accesible desde un determinado país no justifica, por sí sólo, la aplicación de las normas de competencia protectoras de los consumidores (pasivos) contenidas en los arts. 18 y 19 del Reglamento Bruselas I *bis*[1024]. Para que puedan aplicarse estas reglas es necesario que de su contenido pueda deducirse, que efectivamente, el comerciante quería dirigir su actividad al Estado del domicilio del consumidor.

De esta manera, el Reglamento Bruselas I *bis*, trata de proteger al empresario frente al consumidor excesivo, de forma que sólo cuando el PSSI realice sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor estará operando en su mercado y tendrá que considerar, entre otras, la posibilidad de que los consumidores lo demanden ante los tribunales de estos países[1025].

De no ser así, los PSSI que comercialicen sus bienes y servicios en Internet podrían verse demandados ante los tribunales de cualquier Estado donde el consumidor que ha accedido a su *web* se encuentre domiciliado y verse abocados al cumplimiento de las disposiciones nacionales de los diferentes Estados miembros. Este hecho, como se ha señalado, podría generar un efecto negativo en la contratación electrónica y una restricción importante en la comercialización transfronteriza. De forma que las empresas que no deseen verse sometidas en caso de disputa a la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor por la incertidumbre legal y el coste económico que estas demandas pueden representar, optarán por no ofertar sus productos a través de *Internet* en determinados mercados, limitando así las posibilidades de elección para el consumidor[1026].

Además, cuando el PSSI expresamente indica en su sitio web que sus productos o/y servicios no se ofertan en ciertos países, no existe, con independencia de que el sitio web sea visible desde estos países *Stream of Commerce*. En el caso de que, pese a esta

[1024] Véase ORTIZ VIDAL, M.ª D.,"Contratos electrónicos internacionales...", *loc. cit*., pp. 379-396.
[1025] Véase LAFUENTE SÁNCHEZ, R., "El criterio del international Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contratos celebrados con consumidores", *CDT* (octubre 2012), vol. 4, n.º 2, pp. 177-201.
[1026] Véase CALVO CARAVACA A.L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., (Dirs.), *Derecho Internacional privado…, op. cit.,* pp. 817-818. Según estos autores, la aplicación de este criterio (tesis de la accesibilidad) resulta muy riguroso con los empresarios por lo que el Reglamento 44/2001 no ha acogido esta interpretación.

advertencia los consumidores de estos Estados decidan contratar a través de dicho sitio web, asumen el riesgo de no quedar protegidos por el art. 17.1 c) del Reglamento Bruselas I bis[1027].

A sensu contrario, cuando el PSSI dirija su oferta a los consumidores que tiene su domicilio en un Estado en el que normalmente no desarrolla su actividad, se entiende que trata de introducirse en un mercado nuevo para él, por lo que se cumplirían las condiciones necesarias para hablar de *Doing Business* o *Internacional Stream of Commerce*[1028]. En este contexto, es de gran importancia verificar cuándo se considera que un PSSI domiciliado en un Estado miembro. Esto es, cuando comercializa sus bienes y servicios en Internet orientando su actividad a otros Estados miembros y ofertando sus productos y servicios a los consumidores que se encuentren domiciliados allí, es decir, cuando dirige su actividad hacia esos Estados miembros[1029].Como se analiza *infra*, según la postura del TJUE, se atribuirá la competencia al Tribunal de la residencia del consumidor en virtud del art. 17.1 c) cuando se verifiquen en su sitio web determinados indicios sobre la "actividad dirigida".

En relación con esta cuestión presenta especial interés el caso en el que un litigio relacionado con un contrato electrónico en el que se atribuye la competencia en base a este criterio de la *International Stream of Commerce* se suscite la cuestión de la ley que califica el contenido del sitio web, y en consecuencia se aborde la cuestión de la existencia de la oferta. En este caso, siendo el Tribunal competente el del domicilio del consumidor (art. 18 Reglamento Bruselas I bis), la ley que habría que considerar para verificar si se está ante una oferta con carácter vinculante o por el contrario se trata de una invitación

[1027] Véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.,* p. 89.
[1028] Véase BATALLA TRILLA, A., "Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario", *La Ley*, año XXV, núm. 6001, de 21 de abril de 2004, pp. 3 y ss. CASTELLANOS RUÍZ, E., *Régimen jurídico de los consumidores…, op. cit.,* pp. 87-93; id., *"El concepto de actividad profesional «dirigida»...", loc. cit.,* pp. 70-92; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Mercado global y protección de los consumidores...", *loc. cit*., pp. 155-181; MATÍAS FERNANDES, M.J., "O conceito de «actividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «Bruxelas I» e a internet: subsídios do tribunal de justiça por ocasião do acórdão Pammer /Alpenhof", *CDT* (Marzo 2012), vol. 4, núm. 1, pp. 302-315.
[1029] Véase FARAH, Y., "Allocation of jurisdiction and the Internet in EU law", *European Law Review,* vol. 33, núm. 2, April 2008, pp. 265-266; VARGAS GOMEZ-URRUTIA, M., "Protección internacional de los consumidores…", *loc. cit.,* pp. 669-670.

para contratar o mera publicidad será la *lex fori*.

Esto es, según lo expuesto *supra*, se tendrá en cuenta el ordenamiento del lugar hacia el que el oferente dirige la información (actividad) a través de su sitio web, que en este caso coincide con el Estado donde el Tribunal competente conoce del asunto, en virtud del mismo criterio [art. 17.1 c) Reglamento Bruselas I *bis*][1030]. A continuación, habrán de verificarse los requisitos de este ordenamiento para confirmar que esta información puede considerarse una oferta, ya que en caso contrario, el contrato no estará perfeccionado.

b) Asunto *Pammer* y asunto *Hotel Alpenhof*

Como se ha indicado, para determinar cuándo una empresa dirige sus actividades a un determinado mercado debe tenerse en cuenta el contenido de su sitio web del que puede deducirse si se pretenden comercializar los productos o/y servicios en un determinado país o no. En este sentido, el TJUE en la sentencia de 7 de diciembre de 2010, en el asunto C-585/08 *Pammer* y asunto C-144/09 *Hotel Alpenhof* se pronunció sobre si era suficiente poder acceder a través de Internet al sitio web del cocontratante del consumidor para considerar que la actividad está "dirigida" a un Estado, en el sentido del art. 15, ap. 1, letra c) del Reglamento, núm. 44/2001 (art. 17 Reglamento Bruselas I *bis*)[1031].

Según esta resolución se consideran indicios de que la actividad se ha dirigido a un determinado Estado: "*todas aquellas manifestaciones expresas de atraer a clientes de un determinado Estado miembro así como los gastos de remisión a páginas web en Internet prestados por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros*".

"Otros indicios pueden ser: el carácter internacional de la actividad en cuestión, la mención de números de teléfono con prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en el que está establecido el

[1030] Véase Capítulo II; apartado III.- Perfeccionamiento del contrato electrónico; 1.- Oferta electrónica.
[1031] Véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., "Competencia judicial internacional…", *loc. cit*., pp. 181-188.

vendedor o la utilización de nombres de dominio neutros (por ejemplo: ".com") o la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes".

Asimismo, según el TJUE, aunque exista un profesional intermediario, no hay impedimento alguno en que pueda considerarse que el vendedor dirige su actividad a otro país si éste actúa en nombre y por cuenta del vendedor.

Por tanto, la aplicación de este criterio del TJUE supone que no basta con que el sitio web sea accesible desde un determinado país para considerar a un sujeto como consumidor pasivo, sino que, como se ha indicado *supra*, es necesario, además, que concurra una voluntad manifiesta por parte del profesional, de la que se deduzca su inequívoca intención de introducirse en ese mercado[1032].

Según la citada resolución, los supuestos que están incluidos en los arts. 18 y 19 del Reglamento Bruselas I *bis*, son: *"(…) aquellos contratos en los que la penetración del empresario en un mercado foráneo se produce precisamente a través de medios electrónicos[1033]. Debe reconocerse que las dificultades que al DIPr le ocasiona el elevado nivel de desmaterialización de los contratos celebrados a través de Internet se encuentran atenuadas sustancialmente en el ámbito de los contratos de consumo, al estar basadas las normas relevantes de este sector en conexiones más flexibles que la regulación general[1034]. No obstante, siguen existiendo complicaciones y, posiblemente, la de mayor entidad sea la determinación de aquellos sujetos que merecen la consideración de consumidores pasivos y que, por tanto, se beneficiarán del régimen tuitivo dispuesto por las normas de DIPr*"[1035].

En cualquier caso, la mencionada resolución resulta de gran utilidad para mitigar

---

[1032] Véase CASTELLANOS RUÍZ, E., "El concepto de actividad profesional «dirigida»…", *loc. cit*., pp.75-78.

[1033] Véase OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Comentarios sobre la atribución de la competencia en contratos e ilícitos electrónicos: el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE", P. Diez Hochleitner y otros (coords), *Últimas tendencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE 2008-2011*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 599-604.

[1034] Véase FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., "El tratamiento legal del contrato...", *loc. cit*., pp. 125.

[1035] Véase ORTIZ VIDAL, M. ª D., "Contratos electrónicos internacionales B2C…", *loc. cit.*, pp.85-86.

estas dificultades. De esta forma, en un supuesto en el que, por ejemplo una empresa italiana en su sitio web contenga una serie de datos de los que puede deducirse que pretende dirigir sus actividades, entre otros, al consumidor español, debe esperar ver sometidas las disputas que se ocasionen en relación a los consumidores españoles, ante los Tribunales de este país.

Este hecho se da, porque en el citado ejemplo, el consumidor español estaría protegido como consumidor pasivo por el Reglamento Bruselas I *bis*. En este sentido, y según el art. 18 del citado Reglamento, el consumidor que ha celebrado un contrato electrónico, si se plantea una controversia relacionada con la existencia de la oferta o de la aceptación podrá optar por interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado (España), o ante los Tribunales del lugar en que esté domiciliada la empresa a la que demanda (Italia).

c) Asunto *Emrek* y asunto *Mühlleitner*

De otro lado, también relacionado con el tema de la actividad dirigida, debe mencionarse, en primer lugar, la STJUE de 17 de octubre de 2013 (As. C-218/12, *Emrek*). En este caso, se planteó al TJUE una cuestión relativa al fuero especial en materia de contratos de consumo establecido en el artículo 15.1 c) del Reglamento Bruselas I [art. 17. 1 c) Reglamento Bruselas I *bis*][1036]. En concreto, se trataba de saber si esta norma competencia, que, entre otros aspectos, posibilita que el consumidor pueda demandar ante los tribunales de su propio domicilio, resulta operativa aún en el supuesto en el que el consumidor no ha sido animado a realizar el contrato obejeto del litigio por el sitio web dirigido al Estado miembro de su residencia habitual[1037].

En el asunto principal, el consumidor actor (con residencia habitual en Alemania) *celebró un contrato con un comerciante situado en Francia, para lo que se desplazó al establecimiento del demandado sito en Hamburgo, tras haber tenido noticia de ese*

[1036] Véase WILD, C.; WEINSTEIN, S.; RIEFA, C., "Council Regulation (EC) 44/2001 and Internet Consumer Contracts: Some Thougts on Article 15 and the Futility of Applying", *International Review of Law Computer & Technology*, vol. 19, núm. 1, marzo, 2005, pp. 13-23.
[1037] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., "El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?", *Revista La Ley. Unión Europea*, núm. 11, 2014, pp. 7-21.

establecimiento a través de unos conocidos y no a través del sitio web (dirigido al Estado miembro de residencia del comerciante pero también al Estado miembro de residencia habitual del consumidor). De esta forma, se planteaba si para que el consumidor quedara protegido por la protección del art. 15.1 c) del Reglamento Bruselas I [art. 17.1 c)], era necesario "que la página web guarde una relación causal con la celebración del contrato"[1038].

De acuerdo con la jurisprudencia previa, este Tribunal en relación con esa norma, en concreto sus sentencias en los asuntos mencionados (C-585/08 *Pammer;* C-144/09 *Hotel Alpenhof*) y también se pronuncia en este sentido en el asunto (C-190/11 *Mühlleitner*), en sus conclusiones presentadas por el Abogado General Cruz Villalón, propone rechazar que ese requisito adicional sea exigible[1039].

Tal conclusión se funda, en particular, en que según el art. 15.1.c) RBI, la aplicación de ese sistema de protección de los consumidores sólo necesita que se dirija la actividad profesional al Estado del domicilio del consumidor y que el contrato quede comprendido en el marco de esas actividades[1040]. Debe añadirse que el TJUE en el caso *Mühlleitner* ya advirtió que "*(…) añadir requisitos al artículo 15.1.c) sería contrario al objetivo de esa norma*" (ap. 42).

En segundo extremo, el TJUE en su sentencia *Mühlleitner* terminó afirmando que "*(…) la toma de contacto a distancia del consumidor con el sitio web; la reserva de un bien o de un servicio a distancia; o la celebración de un contrato de consumo a distancia son indicios de vinculación del contrato de la actividad dirigida al domicilio del consumidor"* (ap. 44). En este apartado el TJUE aclara que la celebración de un contrato a distancia no es en modo alguno requisito de aplicación del precepto, sino un indicio de vinculación del contrato a la actividad comercial o profesional dirigida al Estado del

[1038] Véase PAZOS CASTRO, R., "El contrato celebrado en el marco de una actividad comercial dirigida al consumidor. Comentario a la STJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto C-218/12, Emrek)", Año LXVIII, *BMJ* núm. 2165. Abril 2014.

[1039] Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., "El papel del nexo de causalidad...", *loc. cit*., pp. 7-2. Según el planteamiento de este autor, el TJUE debería de haber valorado las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para decidir si existe o no el vínculo que es necesario entre el contrato celebrado y la actividad del empresario, para activar los foros especiales de los contratos de consumo.

[1040] Véase comentarios de estas resoluciones en (*pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, 23 de julio de 2013).

domicilio de consumidor (un indicio *a fortiori*)[1041].

Por su parte, el Abogado General concluye que "*(…) la relación de causalidad mencionada es un indicio que facilitará, la determinación por parte del juez nacional de que el sitio de Internet se dirige al Estado del domicilio del consumidor* (ap. 31 de las conclusiones), *pero no opera como un requisito adicional"*.

En los dos asuntos *Emrek* y *Mühlleitner* se considera probado, en el litigio principal, que las actividades comerciales a través del sitio web se dirigían al Estado del domicilio del consumidor. En concreto, en el asunto *Emrek* los números de teléfono de contacto aparecían precedidos del prefijo internacional de Francia y se facilitaba también un teléfono móvil alemán con el prefijo internacional de Alemania.

En relación con la posición del Abogado General, en esta resolución, cabe entender que pese a que no se exija una relación de causalidad entre la actividad dirigida y el contrato concluido, la carga impuesta al comerciante puede resultar excesiva en estos supuestos[1042]. Esto es, el empresario que publicita sus productos a través de sitios web a determinados Estados miembros, puede ser demandado por los consumidores de estos Estados, aun cuando son éstos los que se desplazan a sus establecimientos a celebrar el contrato. Este riesgo está vinculado a las ventajas derivadas de la ampliación de su mercado por la utilización de un sitio web que dirige su oferta a distintos países[1043].

Es importante recordar que la mera accesibilidad del sitio web no es un elemento suficiente para afirmar que el empresario dirige su actividad a otro Estado miembro[1044]. Pero, resulta más importante, como destaca el Abogado General en estas conclusiones, la "*indagación de los objetivos y efectos de la estrategia comercial perseguida por el vendedor o prestador del servicio*" (ap. 19 de las conclusiones), considerando los criterios objetivos que proporcionan indicios relevantes a estos efectos.

La decisión del TJUE en estos asuntos está motivada, entre otras razones, en el hecho de que, en la práctica, es frecuente que un sitio web esté dirigido a varios Estados

[1041] Véase comentario de la STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11: Mühleitner-Yusufi de ALVAREZ GONZÁLEZ, S. en *REDI*, vol. LXV (2013), 1, pp. 211-214.
[1042] Véase ORTIZ VIDAL, M. ª D. "Contratos electrónicos internacionales B2C…", *loc. cit.*, p. 88.
[1043] *(pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es,* 23 de julio de 2013).
[1044] Véase MARCHAL ESCALONA, N., "¿Hacia un nuevo derecho procesal europeo de protección del consumidor?: la nueva iniciativa europea sobre la resolución de litigios de pequeña cuantía" *REEI*, octubre, 2014, pp. 12-13.

fronterizos (en el asunto Emrek, Francia y Alemania). En estos supuestos, puede resultar previsible para el empresario el hecho de poder ser demandado ante los tribunales de cualquiera de estos Estados, y en concreto, ante el Estado del domicilio del consumidor.

En relación con esta resolución, y pese a que será preciso estar al caso concreto, los empresarios tienen la posibilidad de adaptar su estrategia comercial y elegir qué tipo de configuración otorgan a su sitio web, limitando su información y por consiguiente los países a los que se dirige su actividad comercial. De esta forma, el riesgo de ser demandados en otros Estados, en virtud, entre otros, del foro en materia de contratos de consumo (art. 17 Reglamento Bruselas I *bis*), será menor[1045].

Estas demandas pueden generarse, por ejemplo, porque haya dudas sobre la calificación del contenido del sitio web como oferta, o porque no esté claro si se produjo la aceptación. De esta forma, y ante las posibles controversias que puedan surgir relacionadas, entre otras, con estas cuestiones, los PSSI deben definir los mercados ante los que desean actuar dirigiendo a los mismos sus actividades de manera voluntaria. Esta previsión es de gran importancia porque de la jurisprudencia analizada se deduce que incluso en los casos en los que el contrato que suscita el litigio se haya celebrado porque el consumidor (activo) se haya dirigido al mercado del comerciante; el hecho de que este dirija su oferta a través de su sitio web, entre otros, al mercado de dicho consumidor, es un motivo suficiente para que éste quede protegido por el art. 17.1 c) del Reglamento bruselas I bis.

En cualquier caso, las empresas deberían valorar si la renuncia a contratar electrónicamente con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, con el fin de evitar posibles demandas ante sus tribunales, compensa la pérdida de actividad que pueden sufrir en esos mercados[1046]. Estas empresas pueden ver minimizados los riesgos de tener que litigar en el país del domicilio del consumidor, en concreto por la existencia de la oferta, si en el sitio web concretan el carácter vinculante o no, de la información que proporcionan en este entorno virtual. Esta misma estrategia, puede extenderse a la

[1045] Véase CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "La contratación entre consumidores…", *loc. cit*., pp. 162 y ss.
[1046] Véase MARINO, S., "I contrati di consumo *on line* e la competenza giurisdizionale in ambito comunitario", *Contratto e impresa/Europa*, 1/2011, p. 253. Este autor afirmó que el criterio adoptado por el Reglamento 44/2001 y mantenido en el Reglamneto Bruselas I bis, no resulta eficiente en un mercado único donde los prestadores han de desarrollar su actividad sin ningún tipo de discriminación por razones geográficas.

aceptación si se concreta en que momento se entienden aceptados los términos del contrato.

En cualquier caso, sino se concretan estos extremos o si en todo caso surgen litigios relacionados con los mismos en contratos celebrados con consumidores podrá determinarse el Tribunal competente en base al art. 17.1 c), siempre que del sitio web se desprenda que el PSSI pretendía dirigir su actividad al país del domicilio del consumidor. Este hecho se dará con independencia de la existencia de un nexo causal entre dicho sitio web y la celebración del contrato que orgina el litigio.

d) Asunto *Hobohm*

La sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, C-297/14, *Hobohm*, también está relacionada con el requisito de la actividad dirigida del art. 17. 1 c) del Reglamento Bruselas I bis. En este caso se trata de un contrato que considerado de forma individual no está comprendido en el ámbito de la actividad dirigida por el profesional al Estado del domicilio del consumidor pero que está relacionado con un contrato en el que este mismo profesional sí dirigía su actividad a dicho Estado[1047].

En esta resolución se trata de verificar si la relación entre ambos contratos es un motivo suficiente para que el consumidor pueda fundamentar la CJI de los Tribunales de su domicilio y no se vea obligado a litigar en el país del comerciante. En este caso, la empresa está domiciliada en España y ofrece servicios inmobiliarios, entre otros países a Alemania. Este hecho puede deducirse de su sitio web en el que el intermediario demandado ofrecía sus servicios en Internet a través de un sitio registrado con un nombre de dominio ".com", redactado en Internet a través de un sitio registrado con un nombre de dominio ".de". Para contactar con el servicio de gestión de la actividad profesional del demandado debía utilizarse un número de teléfono de Berlín; y el demandado empleada para su actividad folletos redactados en alemán (ap. 19 de la STJUE en el asunto *Hobohm*).

A través de este sitio web, el consumidor había contratado los servicios de

[1047] Véase comentario de DE MIGUEL ASENSIO, P.A (*http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, entradade 4 de enero de 2016).

intermediación de esta empresa para comprar una vivienda en España, pero la controveria en el litigio principal no se suscita por esta relación contractual. El origen del litigio está en un contrato de mandato con esta misma empresa para procurar la habitabilidad de una vivienda sita en Denia (Alicante) que el consumidor había adquirido a través de los citados servicios de intermediación.

La existencia de un "nexo material decisivo" entre la actividad de intermediación y el contrato de mandato, cuya finalidad era hacer posible el disfrute efectivo del apartamento adquirido como consecuencia de la actividad de intermediación dirigida a Alemania, es la que lleva al Tribunal alemán a plantear la cuestión prejudicial resuelta ahora por el TJUE.

El Tribunal concluye en la existencia de una conexidad entre ambos contratos para justificar la atribución del foro competencial a favor del Tribunal del domicilio del consumidor según el art. 17. 1 c) del Reglamento Bruselas I bis. Esta afirmación se produce porque en el litigio principal la finalidad del contrato conexo (mandato) era alcanzar el objetivo económico concreto que subyacía al contrato de intermediación (actividad dirigida al domicilio del consumidor) que había dado lugar a la celebración del contrato de compraventa del apartamento a cuya habitabilidad va referido el mandato (ap. 34).

Cuando el contrato conexo tiene como objetivo la satisfacción del objetivo económico del otro contrato, entiende el Tribunal que su celebración puede considerarse como prolongación directa de la actividad profesional dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor que dio lugar al contrato inicial y que el contrato ulterior (mandato) es complementario del inicial (intermediación) (ap. 35). A estos efectos es suficiente la existencia de un nexo económico estrecho entre los contratos conexos aunque entre ambos no exista interdependencia jurídica (ap. 36).

De esta forma, en la situaciones en las que el segundo contrato va referido a la prestación de servicios directamente vinculados a los que constituyen el núcleo de la actividad dirigida al domicilio del consumidor y que se prestan con la misma estructura empresarial. La vinculación que presenta con el primer contrato sirve, en tales supuestos, para afirmar que el segundo contrato, queda comprendido, al igual que el primero, en el marco de las actividades que el profesional dirige al Estado del domicilio del consumidor.

Esta sentencia puede servir, en la práctica en relación con las controversias que se originen sobre la existencia de la oferta y de la aceptación. Por ejemplo, podría ocurrir que la empresa ofreciera en su sitio web servicios de intermediación y que surja una controversia porque el oferente cree que el consumidor ha aceptado no sólo un contrato consistente en la intermediación para el alquiler de una vivienda; sino otro contrato de mandato, para la gestión del alta de los suministros (luz, agua, etc). Cuando el profesional, pretende cobrar sus servicios, tanto por la intermediación como por la gestión realizada, el consumidor dice que sólo existe un contrato, el de intermediación porque el no ha aceptado el contrato de mandato, y que por tanto sólo pagará los honorarios por dicha labor de mediación.

En este contexto, se plantea un litigio para verificar si el contrato de mandato se perfeccionó, y en concreto si se prestó la aceptación *online* por aquel, para lo que debe determinarse la CJI en base al art. 17.1 c) del Reglamento Bruselas I bis, ya que ambos contratos mantienen un nexo material decisivo. De esta forma, será necesario verificar que el profesional dirigió su oferta para la intermediación y para la gestión (mandato) a través de su sitio web. Aunque en todo caso, según el TJUE si se verifica la conexidad entre ambos contratos, se podría justificar la determinación de la competencia en base a este criterio cuando una sóla de las actividades cumpliera los requisitos del mismo.

III.-LITIGIOS SOBRE DEBERES DE INFORMACIÓN Y DERECHO DE DESISTIMIENTO

1.- Reclamación de cantidad e incumplimiento del deber de información

A) Supuestos más frecuentes en la contratación electrónica

Como se ha indicado *supra*, los deberes de información constituyen una cuestión muy importante en la contratación electrónica, en los momentos previo y posterior al perfeccionamiento del contrato[1048]. En la práctica pueden plantearse distintos litigios por

[1048] Véanse en el Capítulo primero, el apartado I.- Perspectiva de Derecho material; 3.- Deberes de información en la contratación electrónica y en el Capítulo segundo, el apartado II.- Normas imperativas en la contratación electrónica; 2.- Normas imperativas y deberes de información.

el incumplimiento de estos deberes que pueden ocasionar reclamaciones de cantidad de los destinatarios de los SSI que pretenden recuperar las cantidades pagadas en virtud de un contrato electrónico celebrado, en el cual no han recibido la información requerida legalmente.

En primer lugar, en relación con los deberes de información previos establecidos en el art. 10 de la DCE, (art. 27 LSSICE), pueden plantearse disputas, porque el PSSI no haya informado sobre las cuestiones que estos preceptos establecen, relacionadas con: "*los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato; si el PSSI va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible; los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido y las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato*"[1049].

En segundo extremo, presenta gran interés el deber del PSSI de poner a disposición del destinatario las CGC de manera que este pueda almacenarlas y reproducirlas (art. 10.3 DCE y 27.4 LSSICE). Esta es una cuestión que en la práctica presenta gran litigiosidad ya que en ocasiones la configuración del sitio web dificulta el acceso a estas estipulaciones y se plantean dudas sobre el cumplimiento de los preceptos indicados[1050].

En tercer término, entre los supuestos más frecuentes que pueden darse en relación con las reclamaciones sobre el incumplimiento de los deberes de información se encuentra la cuestión del envío del acuse de recibo regulado en el art 11 de la DCE y 28 de la LSSICE. Como se ha indicado, el cumplimiento de esta obligación consiste en que el PSSI debe enviar al aceptante una confirmación de que ha recibido la aceptación. Los litigios que pueden plantearse en relación con este tema vendrán dados, principalmente,

[1049] Véase GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 13. En esta obra, se ponía de manifiesto hace más de dos décadas, el cambio que se estaba produciendo en el ámbito de las nuevas tecnologías de la comunicación e información. Hay que apuntar que en la actualidad la complejidad de la contratación electrónica ha aumentado y se evidencia la necesidad de que el legislador proporcione instrumentos al destinatario de los SSI que le permitan reaccionar frente a los abusos que pueden conllevar las nuevas tecnologías de la comunicación (véanse las siguientes obras DESANTES REAL, M., "La Directiva sobre el comercio electrónico…", *loc. cit.*, pp. 323-338; ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información…, op. cit.*, pp. 41-47).

[1050] En relación con este deber de información previo destacan varias sentencias que se comentan *infra:* STJUE de 21 de mayo de 2015 (As. C-322/14); STJCE de 16 de marzo de 1999, entre otras.

por el hecho de que el PSSI no haya enviado esta confirmación, o que el destinatario no la haya recibido[1051].

El incumplimiento de cualquiera de los deberes de información mencionados puede suscitar controversias en el contexto de la contratación electrónica, principalmente vinculadas con reclamaciones de cantidad de los destinatarios de los SSI a los PSSI. De esta forma, puede ocurrir, por ejemplo, que se formalice un contrato electrónico entre un PSSI establecido en Canada y una empresa española. En este contrato se ha elegido como Tribunal competente el del PSSI.

En este caso, el comprador (español) decide demandar a la empresa canadiense porque no ha sido informado de los diferentes pasos para corregir errores y ha pedido (por error) un número de productos superior al que realmente quería comprar. También puede originarse el conflicto, porque la empresa no haya enviado al comprador un acuse de recibo del pedido realizado. Para resolver estas y otras cuestiones que puedan suscitarse en relación con los deberes de información en vía judicial será necesario determinar qué Tribunal tiene la competencia en estos casos, teniendo en cuenta, como en las demás cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento del contrato electrónico, los distintos foros establecidos en el Reglamento Bruselas I *bis*.

Además de los litigios señalados, relacionados con el contenido del deber de información en la contratación electrónica, pueden surgir otros originados por el hecho de que dicha información se inserta como una condición general en el contrato. Estos procesos originados por el incumplimiento del control de incorporación de las CGC se abordan de forma separada *infra*, debido a que por el propio objeto de la demanda el Tribunal que resulte competente puede variar, en unos y otros supuestos.

[1051] Según el art. 28.2 de la LSSICE *"(...) se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de confirmación mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones"*.

B) Tribunal competente en estos casos

Como se ha indicado, en relación con los deberes de información se plantea la cuestión de qué Tribunal es el competente para conocer de las cuestiones que se susciten por el incumplimiento de éstos. En este caso, al tratarse de una materia contractual, la propia LSSICE establece (*deberes de información previos y posteriores al contrato;* arts. 27 y 28 LSSICE) deben incluirse dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* (art. 1.1). De esta forma, será competente para conocer de esta cuestión el órgano jurisdiccional que deba conocer del asunto según los criterios establecidos en este instrumento.

En estos supuestos, la acción de reclamación de cantidad del destinatario de los SSI, (cliente) puede interponerse ante el domicilio del demandado, en virtud del mencionado foro general establecido en el art. 4 del Reglamento Bruselas I *bis*. Este puede ser un foro que presenta ciertas ventajas para el demandante, en este caso en relación a la ejecución del contrato, ya que es habitual que el domicilio del demandado constituya, también el lugar donde este tiene, al menos, parte de su patrimonio. De otro lado, presenta la desventaja del mayor coste económico que puede tener para el destinatario tener que litigar ante un Tribunal extranjero.

Del mismo modo, en relación con la reclamación de cantidad derivada del incumplimiento de los deberes de información en la contratación electrónica, también resulta operativo el foro especial en materia contractual del art. 7 del Reglamento Bruselas I *bis*. En este caso, será competente el Tribunal del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base para la demanda (art. 7.1 a). En este sentido, cuando el contrato electrónico verse sobre una compraventa de mercaderías, se tendrá en cuenta el lugar de entrega de estas y en el caso de prestación de servicios el lugar donde hayan sido o deban ser prestados los servicios. Como se ha advertido, en los supuestos en los que la entrega también se haga *online*, la atribución de la CJI en virtud de este foro, puede resultar más compleja.

De otro lado, en los contratos de consumo, como se analizado *supra*, cuando se den los requisitos del art. 17 del Reglamento Bruselas I *bis*, el consumidor podrá optar

entre interponer la demanda ante el Tribunal del lugar donde tenga su domicilio el comerciante o ante los órganos jurisdiccionales de su propio domicilio. Para que pueda operar este foro tendrá que cumplirse el requisito de que el PSSI haya dirigido su actividad al país del domicilio del consumidor. Por tanto habrá que verificar mediante los indicios señalados, si efectivamente, esta era la intención del empresario. En caso contrario el consumidor no podrá utilizar este foro para litigar en su país.

Sin perjuicio de que, con respecto a la reclamación por el incumplimiento de los deberes de información, la CJI pueda atribuirse en virtud de alguno de los foros indicados, debe advertirse que en la mayoría de los contratos electrónicos, se establece una cláusula en la que las partes se someten a un determinado Tribunal[1052].

La determinación de la competencia a través de este criterio de sumisión expresa o *prorrogatio fori* presenta especial interés en relación con la ley aplicable a los deberes de información en la contratación electrónica. Este hecho se da, principalmente, porque como se ha señalado *supra* las normas reguladoras de esta cuestión pueden tener la consideración de normas internacionalmente imperativas. De esta manera, como se expone a continuación, el foro establecido en el art. 25 del Reglamento Bruselas I sobre sumisión expresa puede utilizarse, en determinados supuestos, para eludir la aplicación de las citadas normas de policía por el Tribunal que conozca del asunto.

[1052] Sobre la sumisión expresa se han pronunciado muchos autores en relación con distintas cuestiones. A modo de ejemplo, pueden consultarse las siguientes obras en relación con este foro: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La competencia Jurisdiccional Internacional…, op. cit.,* pp. 54-63; ARENAS GARCÍA, R., "Competencia judicial internacional...", *loc. cit*., pp. 45-60; BOUZA VIDAL, N., "Aspectos actuales de la autonomía de la de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz,* Vitoria, 2004, pp. 1-51; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento...", *loc. cit*., pp. 3-8; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado…, op. cit.,* pp. 53-108; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J. "Contratos de Distribución Internacional: Competencia judicial y Ley aplicable...", *loc. cit*., pp. 221-240; RODRIGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial…, op. cit.*, pp. 74-81; VIRGÓS SORIANO, MIGUEL Y GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil…*, *op. cit.*, pp. 54-67. En el concreto ámbito de la contratación electrónica también han sido muchos los autores que se han pronunciado sobre la sumisión expresa de las partes a un concreto Tribunal, entre otras destacan: CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.,* p. 109; FARAH, Y., "Allocation of jurisdiction and the internet in EU law", *European Law Review,* vol. 33, núm. 2, april 2008, pp. 265-266; KELLER, M., "Lessons for The Hague: Internet Jurisdiction in Contract and Tort Cases in the European Community and the United States", *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. 23, 2004, pp. 1-74; KESSEDJIAN, C., "Electronic data interchage...", *op. cit*., pp. 153-154.

2.- Deberes de información y *prorrogatio fori*

A) Sumisión expresa e inaplicación de las leyes de policía

En la práctica de la contratación electrónica resulta habitual la elección tanto del Tribunal competente como del Derecho aplicable al contrato. En este contexto, puede ocurrir, como se ha indicado, que el objeto de la demanda verse sobre el incumplimiento de los deberes de información en un contrato electrónico. En este caso, si es el juez español el que conoce del asunto, en virtud de la cláusula de sumisión expresa, tendrá que verificar qué ley regula los deberes de información, supuestamente incumplidos. Como se ha mencionado, puede ocurrir que también exista una cláusula de elección de ley, que estará limitada por las disposiciones imperativas que regulan en este caso los deberes de información y que constituyen el objeto de la controversia. Al margen de la imperatividad en sentido interno, que se ha analizado *supra*, estas normas imperativas actuarían en el presente supuesto como leyes de policía del foro (art. 9.2)[1053].

En este contexto, si los Tribunales españoles conocen del asunto, la aplicación de las normas internacionalmente imperativas, en este caso relacionadas con los deberes de información en la contratación electrónica, puede resultar *a priori* más sencilla, siempre que se verifique que efectivamente las normas del foro, reguladoras de esta cuestión, revisten este carácter.

[1053] Como se ha expuesto en el Capítulo II, en el apartado sobre "Normas imperativas en la contratación electrónica", conforme a este precepto, las normas internacionalmente imperativas de la ley del foro prevalecen sobre las de la ley aplicable al contrato. En este sentido el TJUE destaca la exigencia de que las normas del foro que desplazan a la ley del contrato sean realmente normas de policía, proporcionando a los tribunales nacionales indicaciones para apreciar si se trata de normas que revisten ese carácter. A tal fin, los tribunales nacionales han de "*tener en cuenta no sólo los términos exactos de aquella ley sino también su configuración general y el conjunto de circunstancias en las que se promulgó, para poder deducir de ello que tal ley reviste carácter imperativo, en la medida en que conste que el legislador nacional la adoptó con la finalidad de proteger un interés considerado esencial por el Estado miembro de que se trate*". Además, el TJUE destaca la necesidad de considerar, cuando se realice esta valoración, "*la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas*", circunstancias que coinciden con las del último inciso del artículo 9.3 del Reglamento Roma I que requiere valorar para decidir si debe darse efecto a disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados. De esta forma, si el Tribunal español verifica el carácter imperativo de los arts. 27 y 28 de la LSSICE sobre los deberes de información aplicará estas normas con independencia de la *lex causae* elegida por las partes. Estas apreciaciones se hacen por parte del TJUE en la sentencia de 17 de octubre en el asunto *Unamar*, C-184/12 en el marco del litigio entre una sociedad belga, y otra búlgara, en relación con una reclamación de indemnizaciones por la resolución de un contrato de agencia.

De otro lado, puede presentar más complejidad, el supuesto de que el Tribunal español tenga que aplicar las normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado relacionados con el incumplimiento de los deberes de información en un contrato electrónico. Hay que tener en cuenta que el artículo 9.1 del Reglamento Roma I, no obliga a los tribunales de los Estados parte a aplicar o simplemente a "dar efecto" a las leyes de policía de otro país. Esto no significa que los tribunales de estos países no puedan, si lo estiman conveniente, aplicar las leyes internacionalmente imperativas de un tercer Estado, sino únicamente que, en todo caso, lo harán en base a sus respectivos derechos nacionales.

De esta forma, en el caso de que la aplicación de las mencionadas normas internacionalmente imperativas sobre deberes de información se plantee ante un juez europeo, y en concreto español, el conjunto de variables que deberá tener en cuenta, en caso de que decida aplicar el artículo 9.1 del Reglamento Roma I, le dejan un amplio margen de discrecionalidad[1054]. Además en la actualidad, como se ha mencionado *supra*, el art. 9.3 de dicho instrumento sólo menciona la posibilidad de que el Tribunal que conozca del asunte aplique las disposiciones internacionalmente imperativas del lugar donde deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda o hayan sido ejecutadas, en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Este precepto dificulta, aún más si cabe, la aplicación de las normas de terceros Estados que revistan un carácter internacionalmente imperativo.

La jurisprudencia del TJCE ofrece algunos ejemplos que invitan a la reflexión. En el asunto *Courage Ltd. c. B. Crehan*de 20 de septiembre de 2001, el TJCE estableció las pautas que debían seguir los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para

[1054] En primer lugar, debe valorar la conformidad de los objetivos políticos o económicos perseguidos por el Estado autor de la norma con el propio ordenamiento, así como, la proporcionalidad entre su alcance extraterritorial y la finalidad que se persigue con su aplicación. En segundo extremo, ha de tener en cuenta los intereses privados de los contratantes y las circunstancias concretas del caso, tales como, el grado de previsibilidad respecto de la aplicación de la norma al contrato en cuestión; la responsabilidad de las partes en su infracción, en especial la de aquella que pretende ampararse en la norma imperativa para incumplir las obligaciones derivadas del contrato y; el desequilibrio contractual que provoca su aplicación. Como indica M. Virgós, en relación con el art. 7.1 del Convenio Roma I (actual art. 9.1 del Reglamento Roma I), cuando el juez llamado a conocer del litigio contractual es ajeno al Estado autor de la norma, "*Deberá equilibrar la voluntad de aplicación de las normas extranjeras con el principio de conservación del negocio(protección de las expectativas de las partes) derivado de la ley del contrato*". (véase VIRGOS SORIANO, M., "Obligaciones Contractuales", J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado* (Parte especial), Madrid, 1995, p. 188).

conjugar el interés económico general que expresa el Derecho comunitario de la competencia y el interés particular de las partes en el contrato[1055].

El TJCE después de recordar que: los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a garantizar, dentro del marco de sus atribuciones, la plena eficacia del derecho de la competencia comunitario, admite la posibilidad de que el derecho nacional deniegue a una parte, que tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia, el derecho a obtener una indemnización por los daños y perjuicios de la otra parte contratante, en base al principio ampliamente aceptado según el cual nadie puede beneficiarse de su comportamiento ilícito (*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*).

Pero paralelamente también exige, que el órgano jurisdiccional nacional, al aplicar este criterio, tenga en cuenta el particular contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes contratantes en el momento de negociar el contrato. En particular señala que, en casos como el contemplado, debe examinarse si la parte perjudicada, debido a su posición de notable inferioridad, se ha visto privada de la posibilidad de negociar las cláusulas del contrato y evitar o limitar de este modo el perjuicio que puede causarle una cláusula contraria al Derecho de la competencia[1056].

En la contratación electrónica, normalmente la cláusula de elección de Tribunal viene impuesta por una de las partes a la otra, de forma, que en este supuesto el adherente no tiene posibilidad de negociación alguna con respecto a este particular. Esto es, la cláusula de sumisión expresa, como se analiza *infra*, está incluida como una de las CGC que el destinatario de los SSI y potencial adherente no puede negociar. De esta forma, en relación con la STJUE en el asunto *Courage Ltd. c. B. Crehan*, en el contexto de una reclamación de cantidad por el incumplimiento de los deberes de información, el Tribunal que conoce del asunto, debe tener en cuenta está imposibilidad de negociar las cláusulas del contrato, antes de descartar la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados.

[1055] El origen de esta decisión se encuentra en un contrato de arrendamiento de un establecimiento de bebidas que contenía una cláusula de exclusividad y en la invocación de la contrariedad de esta cláusula con el artículo 85 del TCE (actual 81) ante un tribunal inglés por parte del arrendatario, con el fin de obtener una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la misma. La singularidad del litigio radica en que quién invoca la infracción al Derecho comunitario no es un tercero, consumidor o competidor, sino uno de los contratantes.

[1056] Puntos 31-33 de la STJCE de 20 septiembre 2001, As. 453/99 "*Courage Ltd c. B. Crehan*".

Ante decisiones tan matizadas como la anterior, respecto de los efectos de la infracción de una norma internacionalmente imperativa sobre las obligaciones derivadas de un contrato, cabe plantearse qué hubiera sucedido si en vez de plantearse la controversia ante un juez inglés, las partes hubieran pactado una prórroga de competencia a favor del tribunal de un Estado no miembro de la UE o una cláusula de arbitraje.

Como destaca la profesora N. Bouza, al margen de la imposibilidad, en ambos casos, de que el juez elegido hubiese planteado una cuestión prejudicial ante el TJCE, lo más probable es que, tratándose de un contrato entre profesionales, la pretensión de la actora perjudicada por la cláusula de exclusividad hubiese sido rechazada, prevaleciendo el principio de que una parte que ha participado en un acuerdo contrario al derecho de la competencia de un tercer Estado no puede reclamar a la otra parte una indemnización por el perjuicio que le ha causado haber participado en el mencionado acuerdo[1057]. En definitiva, prevalecería el equilibrio contractual establecido por las partes frente el interés público de un tercer Estado, esto es de la aplicación de sus disposiciones internacionalmente imperativas.

Por otra parte, en relación con este tema, también resulta interesante la Sentencia del Tribunal de comercio de Mons (Bélgica) de 2 noviembre 2001[1058]. Se trataba de un contrato de concesión de venta en exclusiva para el territorio de Túnez celebrado entre una empresa belga y una empresa coreana y su filial para Europa. Las partes eligieron la ley belga y los tribunales belgas como los únicos competentes. La sociedad belga presentó una demanda ante los tribunales belgas contra la concesionaria, la cual, en sus alegaciones invocó una ley tunecina que prohíbe las concesiones exclusivas de venta en su territorio, salvo autorización expresa del Ministerio de Comercio, requisito que en este caso no se había cumplido.

El juez belga, después de señalar que el artículo 7.1 del Convenio de Roma le faculta, pero no le obliga, a aplicar las leyes de policía de un tercer Estado, consideró: "*que la prohibición absoluta de concesiones exclusivas de venta no era un criterio*

[1057] Véase BOUZA VIDAL, N., "Aspectos actuales de la autonomía de la de la voluntad…", *loc. cit.*, pp. 1-51.

[1058] Extracto publicado en *Revue de droit commercial belge*, n.º 9, 2001, p. 617 (véase comentario de esta resolución en BOUZA VIDAL, N., "Aspectos actuales de la autonomía de la de la voluntad…", *loc. cit.* p. 36).

compartido por otros Estados, en particular, los países europeos y no aplicó dicha disposición del Derecho tunecino". En definitiva, "*(…) una ley de policía extranjera, cuya naturaleza y objetivos no responde a criterios ampliamente admitidos en el plano internacional, incluido el Estado del foro, no puede justificar, como pretendía la demandada, una infracción de las disposiciones contractuales libremente establecidas por las partes como era la elección de Tribunal"*.

De esta forma, la elección de Tribunal puede utilizarse por los PSSI establecidos en la UE, para protegerse de la aplicación extraterritorial de las normas de terceros Estados que puedan presentar un carácter internacionalmente imperativo, como puede ocurrir con los preceptos relativos a los deberes de información[1059].

Por tanto, esta estrategia está relacionada con la elección de un foro de conveniencia (*forum shopping*)[1060]. Esta elección se verá facilitada por el hecho de que fuera de los contratos con consumidores, trabajadores y asegurados, el Reglamento Bruselas I *bis* no establece ningún límite a la libre elección por las partes del Tribunal competente, por motivos derivados del derecho material aplicable al fondo de la controversia. Ante casos como los descritos, resulta improbable que los tribunales elegidos por las partes (cuando sean comunitarios) apliquen, en virtud de la limitación del supuesto regulado en el art. 9.3 del Reglamento Roma I, las normas internacionalmente imperativas de un tercer Estado, que, en concreto, estén relacionados con los deberes de información.

[1059] Véase RADICATI DI BROZOLO, L.G., "Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d'application seminecessaire? "*Revue critique*, 2003,1, p. 35.

[1060] Estas situaciones se dan, cuando en virtud de la elección de Tribunal, se articula un foro de conveniencia claramente a favor de una de las partes contratantes. En estos casos, como se analiza *infra*, el legislador comunitario trata de evitarlo desde una doble perspectiva: en primer lugar, de forma previa o preventiva, mediante la articulación de recursos que impidan *ex ante* esta elección del *fórum shopping* y/oposteriormente, una vez identificada la situación mediante fórmulas que impiden el éxito de la maniobra electiva. Sobre esta cuestión, véanse entre otras las siguientes obras: ESPLUGUES MOTA, C. (dir.): *Derecho del comercio internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 29-38; ILLESCAS ORTIZ, R., P., *Derecho mercantil internacional: el Derecho uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 45-87. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, Madrid, 1995, 33-42;FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; ARENAS GARCÍA, R.; DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho de los negocios internacionales...*, *op. cit*., pp. 49-53; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho internacional privado. Textos y materiales*, Civitas, Madrid, 2014, pp. 45-48; GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, vol. I, (Derecho judicial internacional), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 74-77; VIRGÓS SORIANO, M. y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil…, op. cit*., pp. 189-194.

En todo caso, en la práctica también puede ocurrir que en un contrato electrónico se haya pactado una cláusula de elección de Tribunal a favor de un tercer Estado. En este supuesto, del mismo modo, resulta complejo que el Tribunal competente según esta cláusula de *prorrogatio fori* aplique las normas internacionalmente imperativas relacionados con los deberes de información (arts. 27 y 28 LSSICE)

A continuación se plantea la cuestión de verificar, si el derecho positivo ofrece mecanismos para evitar que las partes logren, a través de la *prorrogatio fori*, neutralizar el efecto que sobre sus relaciones contractuales tienen las normas internacionalmente imperativas del Estado (España) cuyos tribunales han sido excluidos por la elección competencial[1061]. Con este propósito se procede a examinar si pueden aplicarse a este supuesto los límites a las cláusulas de elección de foro derivados de los requisitos materiales y formales del art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis*, si bien esta medida sólo opera cuando la sumisión de Tribunal se haga a favor de un Estado miembro, como se indica *infra*[1062].

B) Medidas contra el *forum shopping*: validez de la clausula de elección de Tribunal

Como se ha mencionado, en un contrato con elemento internacional, como pueden ser muchos de los que se concluyen por vía electrónica, interesa a las partes conocer de antemano ante qué órgano jurisdiccional debe interponerse la demanda. Esta cuestión es importante, en la medida en que será este Tribunal el que deba decidir, teniendo en cuenta las normas de DIPr, qué ley se aplica al contrato en este caso, con el fin de resolver la controversia judicial que se plantee[1063].

De acuerdo con el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* para que una cláusula de elección de Tribunal sea eficaz deben concurrir una serie de requisitos, tanto materiales como formales[1064]. El primer requisito sustancial para la eficacia de la cláusula de

[1061] Véase BOUZA VIDAL, N., "Aspectos actuales de la autonomía de la de la voluntad…", *loc. cit.* pp. 24-51.
[1062] *Ibidem*, pp. 40-48.
[1063] Véase ARENAS GARCÍA, R., "Competencia judicial internacional…", *loc. cit*., pp. 45-60.
[1064] Téngase en cuenta que, tal y como señalan M.VIRGOS SORIANO y F.J.GARCIMARTIN ALFÉREZ, hay que tener presente la doble naturaleza material y procesal de este tipo de cláusulas, que conlleva

elección de tribunal, es que la sumisión se realice a un tribunal o tribunales de un Estado miembro[1065]. Debe indicarse que a diferencia de lo que ocurría en el Reglamento Bruselas I (art. 23), en este caso el art. 25 del Reglamento Bruselas I, no establece requisito alguno con respecto al domicilio de las partes para que puedan someterse a los Tribunales de un Estado miembro[1066].

En segundo extremo, es necesario que el acuerdo se refiera a una determinada relación jurídica. Esto es, no se admiten los acuerdos generales que afecten al conjunto de relaciones entre quienes lo hayan suscrito. En el caso de los contratos electrónicos, este requisito no suele plantear dificultades en la práctica porque suele estar determinada la relación a la que se refiere la sumisión[1067].

Finalmente, el acuerdo de elección de Tribunal solo puede operar en materia de foros de protección de acuerdo con lo previsto en la regulación específica contenida en el Reglamento Bruselas I *bis*, en los arts. 10 (contrato de seguro), art. 17 (contrato de consumo) y art. 20 (contrato de trabajo). Además, el acuerdo no puede privar de competencia a tribunales exclusivamente competentes de acuerdo con lo previsto en el art. 24 (competencias exclusivas).

De otro lado, según el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* existen requisitos formales que debe reunir el acuerdo de sumisión para considerarse válido. Estas condiciones de forma son requisitos necesarios para reconocer la validez del acuerdo y, por tanto, no tienen una función meramente probatoria. El cumplimiento de las exigencias

---

consecuentemente también la diversidad de normativa aplicable a las mismas. La normativaprocesal tendría un efecto de primacía sobre la normativa relativa a los contratos, de tal forma que,en principio, la eficacia de este tipo de cláusulas será determinada por las normas procesales y únicamente en aquellos aspectos que éstas últimas guardasen silencio quedarían regulados por el Derecho de loscontratos, *Derecho procesal...*, *op.cit*., pp.200-201.

[1065] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Competencias especiales...", *loc. cit*., p. 89.

[1066] El art. 23 del Reglamento Bruselas I no tenía un alcance universal. Por el contrario, era preciso que se dieran dos condiciones cumulativamente para que se aplicaran las reglas contenidas en esta disposición: a) que las partes hayan optado por elegir a los órganos jurisdiccionales de un Estado parte y b) que al menos una de las partes esté domiciliada en territorio comunitario. Sin embargo, y a pesar de ser éste último un requisito ineludible para la aplicación del régimen uniforme contemplado en el art. 23 del Reglamento Bruselas I, en el apdo. 3 de este mismo precepto se contempla cual ha de ser la conducta de los tribunales de los Estados miembros ante una cláusula de elección de foro en la que se han designado como competentes a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y ninguna de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro: "*Cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliado en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia*".

[1067] Véase RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos…, op. cit.*, p. 41.

formales en la cláusula de elección de foro se explica tanto en razón del necesario aseguramiento de una verdadera existencia de la voluntad de las partes, como también en el otorgamiento de seguridad a las legítimas expectativas de las mismas[1068].

De esta forma, según este precepto, el acuerdo de elección de Tribunal debe hacerse: de forma escrita, verbal con confirmación escrita, en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; o en el comercio internacional, de una forma conforme a los usos que las partes debieren conocer y que fueren ampliamente seguidos y regularmente observados en los contratos del mismo tipo. Por su parte, el art. 25.2 aclara que *"se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo".*

En la contratación electrónica que se realiza por medio de sitios web activos, existe un acuerdo escrito cuando quien accede al sitio web ha de realizar alguna acción que muestre su conformidad con el acuerdo (hacer *click* sobre una casilla en la que muestra su conformidad con las condiciones del contrato, entre las que figura la elección de tribunal). Además, debe quedar un registro duradero del acuerdo, lo que implica que debe existir la posibilidad de que con posterioridad a la conclusión de éste sea posible su consulta. La opción de imprimir el acuerdo o guardarlo en formato electrónico debe ser suficiente para entender que se cumple con este requisito formal.

En los casos en los que este acuerdo se recoja como una condición general, lo que ocurre en la mayoría de los contratos electrónicos, debe recordarse que esta exigencia se establece en el art. 10.3 de la DCE y 27.4 de la LSSICE. Estos preceptos, como se ha

[1068] El objetivo principal de las exigencias formales de este precepto, como lo eran las de sus antecesores (Reglamento Bruselas I y Convenio de Bruselas de 1968) es neutralizar "*los efectos de las cláusulas que podrían pasar desapercibidas en los contratos. Por ello, estas cláusulas sólo se tomarán en consideración si son objeto de un convenio, lo que supone un intercambio de consentimiento entre las partes*" [Véase Informe del Sr.P.Jenard sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (*DOCE C* núm.189, de 28 de julio de 1990. p.155)]. En un sentido similar se pronuncia el TJCE en la Sentencia de 16 de marzo de 1999, as. C-159-97, *Trasporti Castelleti c. Hugo Trumpy*, en donde se señala que "*la realidad de la existencia del consentimiento de los interesados continúa siendo uno de los objetivos de dicha disposición, justificado por el deseo de proteger a la parte contratante más débil, evitando que pasen desapercibidas cláusulas atributivas de competencia insertadas en el contrato por una sola de las partes*" (Cdo.19). Con respecto a las expectativas de las partes la posible ignorancia de una de las partes no puede invocarse como pretexto frente a la otra para el incumplimiento de la cláusula de elección de foro siempre que las condiciones de formaestablecidas en el artículo 23 del Reglamento de Bruselas hayan sido contempladas (véase VIRGOS SORIANO, M.; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal..., op.cit*., p.207).

señalado *supra*, establecen que las CGC deben poder almacenarse y/o reproducirse, cuando este requisito se cumple, la exigencia formal relativa al acuerdo de sumisión a un determinado Tribunal (art. 25 Bruselas I *bis*) también puede entenderse constatada.

De esta forma, cuando concurren los requisitos previstos en el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* existe una presunción *iure et de iure* de que el acuerdo de prórroga de competencia es válido, sin que quepan otras consideraciones que no guarden relación con estos requisitos. En definitiva, cuando el Tribunal elegido es el de un Estado miembro no es posible ampararse en excepciones o limitaciones a las cláusulas de elección de foro del Derecho interno no previstas en el Reglamento Bruselas I *bis*, tanto si se dirigen a rechazar la prórroga en favor de sus tribunales (*teoría del forum non conveniens*) como a impedir que la competencia de sus tribunales sea derogada por las partes.

Debe indicarse que otra novedad adicional del Reglamento Bruselas I bis es el apartado 5 del art. 25 que proclama la independencia de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato del resto de las cláusulas del contrato. En consecuencia, la validez del acuerdo atributivo de competencia no puede ser impugnada con base únicamente en que el contrato no es válido[1069].

El carácter "autosuficiente"del régimen de los acuerdos de prórroga de competencia previsto en el art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* obedece a la necesidad de evitar que la unificación de las normas de CJI llevada a cabo y la seguridad y previsibilidad que este hecho comporta, pueda verse afectada por exigencias imperativas derivadas del Derecho interno de los Estados miembros ("efecto útil" del Reglamento)[1070]. Este hecho hace que sólo cuando no se cumplan las prerrogativas del art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* pueda atribuirse la competencia a otro Tribunal.

[1069] Estas disposiciones incorporan soluciones contenidas en el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial…, *loc. cit.*, p. 11).

[1070] Sobre el "efecto útil del Reglamento Bruselas I bis" véanse entre otros, ARENAS GARCÍA, R. "Del Reglamento Bruselas…", *loc. cit.*, pp. 377-382; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "La Propuesta de modificación del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) para su adaptación al Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes", *La Ley/Unión Europea*, núm. 7, septiembre de 2013, pp. 1-6; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro", *La Ley (Unión Europea)*, núm. 9, noviembre de 2013; SÁNCHEZ LORENZO, S., "El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 ("Bruselas I bis), La Ley *(Unión Europea)*, núm. 25 (año III), abril de 2015, pp. 5-56.

Este podrá ser el español, como se ha expuesto *supra*, este órgano jurisdiccional tendrá la facultad de aplicar, a tenor del art. 9.2 del Reglamento Roma I, las normas de policía del foro, esto es, los arts. 27 y 28 de la LSSICE, con independencia de la *lex causae* elegida por las partes.

De esta forma, en principio, sólo en el supuesto de que no se cumplan los requisitos del art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis*, podrá impedirse la utilización de la *prorrogatio fori*, con la intención de evitar la aplicación de las normas internacionalmente imperativas relacionados, entre otras cuestiones, con los deberes de información.

3.- Controversias sobre el contenido del Derecho de desistimiento

A) Falta de información y reducción del plazo para desistir

En relación con el contenido del derecho de desistimiento en la contratación electrónica también pueden plantearse distintas controverias que principalmente están relacionadas con la falta de información sobre esta facultad y con la imposición de un plazo inferior al legalmente establecido para ejercitarla[1071]. En pimer lugar, con respecto a las reclamaciones relacionadas con la obligación de informar sobre este particular a los consumidores, ha de recordarse que este deber está establecido en el art. 60.2 h) del TRLDCU. Esta norma, como se ha indicado, tras la modificación operada por la ley 3/2014 transpuso el contenido de la Directiva 2011/83/UE al ordenamiento español. Como se ha indicado esta información sobre el desistimiento es independiente a los deberes de información previos a la contratación electrónica regulados en la DCE y en la LSSICE respectivamente.

En la práctica puede ocurrir que un consumidor haya concluido un contrato electrónico de compraventa de un determinado producto, y que posteriormente haya decidido dejar sin efecto este contrato por la razón que fuere. Ahora bien, como no se le ha informado de su derecho de desistimiento transcurre el plazo para ejercitarlo, sin que éste haga uso de esta facultad. En este contexto, el consumidor se da cuenta de la falta de

[1071] Véase ALVAREZ MORENO, M.T., *El desistimiento unilateral…, op. cit.,* pp. 117-119; MARÍN LÓPEZ, J.J., MARÍN LÓPEZ, J.J., "Derecho de desistimiento de los consumidores en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1/2012, pp. 10-15; SAINZ-CANTERO CAPARRÓSM. B., "El Desistimiento *ad nutum…*", *loc. cit*., pp. 29-35.

información en el sitio web del vendedor de este Derecho y decide demandarlo para poder desistir del contrato y recuperar el precio que ha pagado por el producto[1072].

En segundo extremo, en la práctica de la contratación electrónica pueden darse otros litigios relacionados con el plazo para ejercer el derecho de desistimiento regulado en el art. 71 del TRLDCU. Estas cuestiones pueden suscitarse no sólo por la falta de información sino porque el plazo que se haya acordado en el contrato electrónico sea inferior al establecido legalmente (catorce días). De esta manera, en un contrato en el que se pacta un plazo de desistimiento de diez días, puede ocurrir que el consumidor pretenda desistir del contrato después de finalizado dicho plazo acordado en el contrato y que la empresa se oponga. En estos casos puede surgir una controversia para solicitar que se amplie el plazo para ejercer el derecho de desistimiento de acuerdo a las previsiones legales.

Además de estos supuestos, en la práctica pueden aparecer otras cuestiones que originen controversias relacionadas con la facultad de desistir del contrato, como pueden ser: el cómputo del plazo para ejercer el derecho de desistimiento o quien asume el coste de restitución del producto objeto del contrato, etc. Por otro lado, debe indicarse que además de los litigios que puedan surgir por las cuestiones mencionadas pueden darse otros relacionados (también) con el control de incorporación de está claúsula al contrato, como se analiza *infra*.

B) Competencia judicial internacional en estos casos

Como se ha indicado, el derecho de desistimiento en la regulación europea (Directiva 2011/83/UE) está previsto para las relaciones de consumo. De esta forma, en principio, en los supuestos anteriormente mencionados en los que surja una controversia relacionada con esta facultad, la CJI se determinará conforme a lo indicado en los arts.

[1072] En relación con esta cuestión, resulta de interés la STJCE (Sala Primera), de 17 de diciembre de 2009, As. *Eva Martín Martín, contra, EDP Editores, SL*. (TJCE 2009\397). En esta resolución se afirma que el Juez puede apreciar de oficio la nulidad del contrato si el vendedor no cumplió la obligación de información impuesta por el derecho comunitario. A mayor abundamiento sobre el tema (véase MARÍN LÓPEZ, J.J., "Derecho de desistimiento…", *loc. cit.*, pp. 10-15).

17-19 del Reglamento Bruselas I bis[1073].

En el contexto de la contratación electrónica, para la atribución de la competencia según estos preceptos habrá que verificar que el PSSI ejerce su actividad en el domicilio del consumidor o por cualquier medio dirige su actividad a este Estado. Si se dan estos requisitos, éste podrá optar entre interponer la demanda sobre el derecho de desistimiento ante el Tribunal del domicilio de la empresa o de su propio domicilio (art. 18 Reglamento Bruselas I bis). Para que el consumidor tenga esta opción con respecto a la CJI habrá de verificarse la controvertida cuestión de la actividad dirigida y tener en cuenta los diferentes indicios mencionados *supra* establecidos por la jurisprudencia del TJUE, entre otros.

En cualquier caso, y cómo es habitual en la contratación electrónica, puede darse el supuesto de que las partes hayan acordado someter las controversias que surjan a un determinado Tribunal. En estos supuestos, y como excepción al foro de protección en materia de consumo, prevalecerá dicho acuerdo si se dan algunos de los requisitos establecidos en el art. 19 del Reglamento Bruselas I bis: en primer lugar, en caso de que dicho pacto de competencia sea posterior al nacimiento del litigio; en segundo extremo, si el mismo permite al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento; o en tercer término, si habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyen competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos[1074].

De esta forma, el acuerdo atributivo de competencia sólo tendrá relevancia sobre el foro de protección en materia de consumo en los casos indicados. En la práctica es

[1073] Véase ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *La competencia Jurisdiccional Internacional…, op. cit.,* pp. 54-63; ARENAS GARCÍA, R., "Competencia judicial internacional...", *loc. cit*., pp. 45-60; BOUZA VIDAL, N., "Aspectos actuales de la autonomía de la de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, Vitoria, 2004, pp. 1-51; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento...", *loc. cit*., pp. 3-8; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado…, op. cit.,* pp. 53-108; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J. "Contratos de Distribución Internacional: Competencia judicial y Ley aplicable...", *loc. cit*., pp. 221-240; RODRIGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial…, op. cit.*, pp. 74-81; VIRGÓS SORIANO, MIGUEL Y GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho Procesal Civil…*, *op. cit.*

[1074] Véase ARENAS GARCÍA, R., "Competencia judicial internacional…", *loc. cit*., pp. 45-60.

habitual que la empresa que ofrece sus productos o/y servicios por Internet establezca una cláusula de sumisión a favor de los Tribunales de su domicilio. Este hecho, a tenor del art. 19 del Reglamento Bruselas I bis no proporciona al consumidor una alternativa con respecto al art. 18.1, que ya le permite litigar ante los Tribunales del domicilio de la otra parte contratante o de su propio domicilio[1075].

En este supuesto, si no se dan algunas de las demás premisas indicadas en el art. 19 del Reglamento, esto es, acuerdo posterior al inicio del litigio o partes domiciliadas en el mismo Estado, dicha sumisión expresa no prevalecerá sobre las normas especiales del Reglamento Bruselas I bis protectoras del consumidor. Por tanto, la relación entre los arts. 19 y 25.4 del Reglamento conllevan, una efectividad muy limitada de los acuerdos de prórroga de la competencia en los contratos de consumo, en concreto, en la contratación electrónica.

Para finalizar, con respecto al órgano jurisdiccional competente en los litigios relacionados con el derecho de desistimiento debe indicarse que si bien normalmente estos se daran en contratos celebrados con consumidores, puede haber excepciones a esta regla general. Este hecho se produce porque en ocasiones, los sitios web no hacen una distinción al establecer las cláusulas relativas a esta facultad entre los contratos B2B y B2C. Por este motivo deben contemplarse también las controversias que se susciten cuando los adquirentes del producto o servicio *online* de que se trate sean también empresas, y cual será el Tribunal competente para conocer de las controversias sobre el derecho de desistimiento en estos casos.

Ante estas situaciones, y siempre que la cuestión litigiosa verse sobre alguno de los temas mencionados u otros vinculados al contenido de la facultad de desistimiento de la parte que adquiere el producto o servicio, se estará a los foros establecidos en el Reglamento Bruselas I bis. Según lo indicado, en la mayoría de los contratos electrónicos se habrá pactado la atribución de la competencia a favor de un determinado Tribunal por lo que la competencia se determinará en virtud del art. 25 del Reglamento, teniendo en cuenta las excepciones contenidas en este precepto relacionadas con los foros especiales

[1075] Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Competencias especiales...", *loc. cit.*, pp. 89 y ss.

y exclusivos.

IV.- CONTROVERSIAS SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1.- Cláusula de *prorrogatio fori* como condición general de la contratación

A) Cuestiones previas

a) Preferencia por este foro en el entorno virtual

Como se ha expuesto *supra*, la autonomía de la voluntad de las partes expresada a través de un acuerdo de elección de foro tiene como objetivo atribuir la competencia a un determinado órgano jurisdiccional (efecto prorrogatorio), y también se busca con el mismo que los restantes órganos jurisdiccionales que no han sido escogidos se declaren incompetentes para conocer del litigio (efecto derogatorio)[1076].

En la contratación electrónica, la autonomía de la voluntad se fundamenta en varias razones: en primer lugar, en este ámbito, tal y como se ha señalado, prima la seguridad jurídica que se puede conseguir, entre otras, a través de la incorporación de una cláusula de sumisión expresa al tribunal de un determinado Estado[1077].

En segundo extremo, debido a la naturaleza de Internet, las partes pueden operar desde cualquier lugar del mundo, en este sentido, la inclusión de un convenio atributivo de competencia, reduce la incertidumbre cuando deba decidirse el lugar donde ejercer las acciones legales en el caso de que surja un litigio relacionado con el contrato electrónico de que se trate[1078].

[1076] Véase GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "Las cláusulas de elección de foro…", *loc. cit*., pp. 103-119; URRUTIA, M., "Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el ciberespacio", *Derecho de los Negocios*, abril, 2000, pp. 1-26; VIRGOS SORIANO, M.; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.,*Derecho procesal..., op.cit.*, p. 207.

[1077]Véase BOSCHIERO, N., "Il funzionamiento del RegolamentoBruxelles I nell'ordinamentointernazionale: note sullemodifichecontenutenellaproposta di rifusione del 2011", *DCI*, 2012, pp. 293 y ss; FERNÁNDEZ MASIA, E., "Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos…", *loc. cit*., pp. 4-5.

[1078] Véase CAPRIOLI, E. y SORIEUL, R., "Le commerce international électronique: vers l'emergence de regles juridiques transnationales", *JDI*, vol.124, 1997, pp.323 y ss.

En tercer término, como afirman M. Virgos Soriano y F. J. Garcimartin Alférez, la aceptación de la autonomía de la voluntad como criterio de CJI se fundamenta en forma de coherencia sistemática[1079]. La lógica privada presente en este sector normativo incluye, entre otras, a las disposiciones sobre CJI. De esta forma, si se acepta que las partes son las únicas que deben decidir si quieren hacer valer sus derechos derivados de sus relaciones contractuales ante la justicia estatal, ha de considerarse, como consecuencia natural, que puedan optar por elegir a que tribunales nacionales quieren acudir, esta resulta una solución económicamente eficiente frente a otras[1080].

La importancia de la sumisión expresa en los contratos electrónicos radica principalmente en que comprende la seguridad jurídica desde el inicio de una relación en la que los contratantes se encuentran en países muy lejanos entre sí[1081]. De esta forma, en la contratación electrónica, la autonomía de la voluntad de las partes que se expresa a través de una cláusula atributiva de competencia, que se materializa en muchos casos como CGC, es un principio básico aceptado en los actuales sistemas de CJI[1082].

El hecho de que la mayoría de los contratos electrónicos operen con CGC puede suponer otro de los motivos para utilizar una cláusula de atribución de la competencia a favor de un determinado Tribunal en los contratos electrónicos. Como se ha expuesto, la utilización de estas cláusulas en el entorno electrónico responde a que estas estipulaciones están pensadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin necesidad de negociar su contenido en cada una de las operaciones que se efectúen. De esta forma, el empresario que comercializa sus productos en Internet establece una cláusula en la que normalmente se declara la competencia del Tribunal de su domicilio y se evita tener que negociar esta cuestión en cada nuevo contrato electrónico que se realice[1083].

[1079] Véase VIRGOS SORIANO, M.; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil…*,*op. cit.* p.197.
[1080] Véase ARENAS GARCÍA, R., "Competencia judicial internacional…", *loc. cit.*, pp. 50-51.
[1081] Véase CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Conflictos de leyes…, op. cit.* p. 143.
[1082] *Ibidem*.
[1083] Véase GÓMEZ VALENZUELA, E., "Condiciones Generales de la contratación electrónica...", l*oc. cit.*, pp. 32-33.

b) Inconvenientes de la elección de Tribunal

La incorporación de una cláusula de elección de Tribunal en un contrato electrónico puede conllevar dudas, que por el tipo de medio en el que se realizan estos contratos, están relacionadas con determinadas cuestiones de tipo técnico vinculadas al control de incorporación. Este tema se ha intentado resolver por la jurisprudencia del TJUE, como se analiza *infra*, pero en la contratación electrónica, la sumisión expresa a un determinado Tribunal a través de CGC presenta otros inconvenientes.

En primer lugar, al tratarse de una condición general, no habrá posibilidad por parte del destinatario (adherente) de negociación, por lo que si desea adquirir el bien o servicio de que se trate sólo tendrá, en principio, la opción de aceptar dicha cláusula. En segundo extremo, y en relación con el anterior, este hecho puede conllevar la existencia de un *forum shopping* a favor del PSSI, que puede establecer en el contrato electrónico una cláusula a favor del Tribunal que más le convenga[1084].

En tercer término, esta elección de Tribunal puede deberse a una estrategia por parte del comerciante para evitar la aplicación de las normas internacionalmente imperativas de otro Estado. En relación con esta cuestión la *prorrogatio fori* puede tratar de evitar la aplicación de determinados preceptos (normas internacionalmente imperativas) relacionados con los deberes de información que son claves en el momento previo y posterior al perfeccionamiento del contrato.

Además la citada estrategia puede extenderse precisamente al propio control de incorporación ya que como también se ha señalado, existen otras normas que en relación con esta cuestión pueden tener la consideración de internacionalmente imperativas (arts. 5 y 7 de la LCGC). En este sentido, cuando en virtud de la clausula de atribución de la competencia haya de conocer un tercer Estado la aplicación de estas normas estará bastante limitada según se ha expuesto.

Esto es, el inconveniente que puede presentar la sumisión expresa a favor de

[1084] Véase DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M.; ECHEVARRIA BARBERO, J.M.; "Comercio electrónico. Requisitos legales para su desarrollo", *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, pp.1093-1100; WINTERS, D.K., "Bricks to Clicks: Counseling Clients as They Move Online. JurisdictionalImplications in the Operation of a Web Site", disponible en *http://www.pbnlaw.ocm/PressRomm/bricks_clicks.shtml*).

Tribunales (que no sean los españoles) se debe a que puede ser utilizada para aplicar una normativa distinta de la española y que no ofrezca las mismas garantías a los adherentes en esta fase previa al momento perfectivo del contrato. Este hecho se da, porque en este caso los Tribunales gozan de discreccionalidad para aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas de otros Estados, pero no están obligados a ello, y el art. 9.3 del Reglamento Roma I limita aún más esta posibilidad[1085].

De esta forma, frente a las ventajas relacionadas principalmente con razones de eficiencia económica y seguridad jurídica, la elección de Tribunal en la contratación electrónica también presenta determinados inconvenientes relacionados con el hecho de que está cláusula se incorpora al contrato como una condición general.

C) Control de incorporación y cláusula de *prorrogatio fori*

a) Asunto *El Majdoub*

Como se ha señalado *supra*, la cláusula de elección de Tribunal figura en la mayoría de los casos en la contratación electrónica como una CGC[1086]. Sobre este particular, se han suscitado múltiples controversias judiciales en el seno de la UE. En concreto, destaca la STJUE de 21 de mayo de 2015 en el asunto *El Majdoub* (C-322/14). En este caso, el TJUE, no da importancia al hecho de que las CGC en las que consta una cláusula de atribución de competencia no pueda reproducirse automáticamente. El Tribunal considera que se cumplen las estipulaciones formales del Reglamento (art. 23 Bruselas I; art. 25 Bruselas I *bis*), siempre que la cláusula de elección de Tribunal conste en un soporte duradero que permita su almacenamiento, impresión o/y reproducción.

El litigio principal se suscita porque un concesionario de automóviles adquirió, en el sitio web propiedad de la demandada en el mismo procedimiento, un automóvil

[1085] En relación con esta cuestión, debe recordarse la Sentencia del Tribunal de comercio de Mons (Bélgica) de 2 de noviembre de 2001, que estableció esta actuación discreccional del Tribunal que conoce del asunto al afirmar que "*(...) una ley de policía extranjera, cuya naturaleza y objetivos no responde a criterios ampliamente admitidos en el plano internacional, incluido el Estado del foro, no puede justificar, una infracción de las disposiciones contractuales libremente establecidas por las partes como era la elección de Tribunal"*.

[1086] Véase JACQUOT, F.; WEITZEL, B., "Le réglement des litiges", *Le guide juridique du commerçant électronique*, Montreal, 2001, p. 231.

eléctrico. La venta se canceló por el vendedor, debido a supuestos defectos en el automóvil. El comprador solicitó que el contrato se llevara a cabo y se procediera a la entrega de los vehículos porque no existían tales daños[1087].

En este contexto, se plantea una cuestión prejudicial sobre si la técnica "*click-wrapping*", cumplía los requisitos de una transmisión efectuada por medios electrónicos en el sentido del art. 23.2 del Reglamento 44/2001. El TJUE dijo que en el litigio principal no se había cuestionado el hecho de que la técnica de la aceptación mediante un *click* permitía imprimir y guardar el texto de las CGC. Por tanto, "*(...) el hecho de que el sitio web de Internet que contiene esas condiciones no se abriera automáticamente al registrarse en la misma, ni con cada operación de compra, no obsta a la validez de la cláusula atributiva de competencia"*.

De esta forma, destaca el apdo. 35 de la sentencia: "*... la finalidad de ese precepto es asimilar, al objeto de simplificar la celebración de contratos por medios electrónicos, determinadas modalidades de transmisión electrónica a la forma escrita, ya que los respectivos datos también se transmiten si se puede acceder a ellos a través de una pantalla. Para que este tipo de transmisión pueda ofrecer las mismas garantías, en particular en materia de prueba, basta con que sea posible guardar e imprimir la información antes de la celebración del contrato".*

Por este motivo, se responde a la cuestión prejudicial diciendo que el art. 23. ap. 2 del Reglamento Bruselas I (art. 25.2 Bruselas I *bis*) debe interpretarse en el sentido de que: "*la técnica de aceptación mediante un click de las CGC que incluya una cláusula atributiva de competencia de un contrato de compraventa celebrado por vía electrónica, como el del litigio principal, constituye una transmisión por medios electrónicos que*

[1087] El demandante en el litigio principal, alegaba que al estar su contraparte contractual domiciliada en Alemania, y no su sociedad matriz (domiciliada en Bélgica), compete al órgano jurisdiccional remitente conocer de dicho asunto. Pero la demandada alegaba que los Tribunales alemanes no eran competentes para conocer del mismo. En concreto aducía que el ap. 7 de las CGC de una operación realizada por Internet, a las que se podía acceder desde su sitio web, contenía una cláusula atributiva de competencia a favor de un Tribunal de Bélgica. El demandante en el litigio principal, consideró que este acuerdo atributivo de la competencia no se incorporó válidamente al contrato de compraventa, ya que no se celebró por escrito, con arreglo a lo dispuesto en el art. 23. 1ª) del Reglamento Bruselas I. Alega que el sitio web de la demandada en el litigio principal, que contiene sus CGC no se abre automáticamente con el registro ni con cada compra. Afirma que, por el contrario es necesario seleccionar una casilla con la indicación "hacer *click* aquí para acceder a las CGC de entrega y pago en una nueva ventana" (técnica de aceptación mediante *click*, llamada "*click- wrapping*"). El demandante alega que sólo se cumplirían los requisitos del art. 23.2 del Reglamento Bruselas I, si la ventana con las CGC se abriesen automáticamente.

proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita, imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración de un contrato". Del tenor de esta resolución parece deducirse que en el ámbito de la UE la técnica *click- wrap* es válida y el contrato debe producir todos sus efectos, siempre que el adherente, tenga la oportunidad de imprimir o/y guardar,dichasCGC[1088].

De esta forma, según se desprende de esta Resolución y con respecto al art. 23 del Reglamento Bruselas I (art. 25 Reglamento Bruselas I *bis*), puede decirse que, de nuevo, la regulación comunitaria utiliza el "principio de equivalencia funcional". Esto es, se equipara la sumisión expresa que se realiza en los contratos concluidos por la vía tradicional con los que se celebran de forma electrónica[1089]. En cualquier caso, el objetivo principal de los requisitos formales establecidos en el art. 25.1 del Reglamento Bruselas I es que los efectos de las cláusulas que podrían pasar desapercibidos en los contratos sólo serán válidos según este instrumento si ha habido un consentimiento de las partes en aceptar dicha sumisión.

En relación con esta cuestión, desde la perspectiva española debe indicarse que la interpretación del TJUE resulta relevante en relación con el precepto relativo a los deberes de información previos y las CGC (art. 27.4) Esta resolución viene a confirmar la obligación prevista en este precepto sobre la posibilidad de "almacenamiento" de las CGC, en este caso de la que contiene la *prorrogatio fori*. En este caso dicha posibilidad es necesaria para que se cumplan los requisitos formales del art. 25 del Reglamento Bruselas I bis.

b) Otras resoluciones judiciales

En relación con el control de incorporación con respecto a la cláusula de elección de Tribunal destaca también la STJCE de 16 de marzo de 1999, en el As. C-159 (*Trasporti*

[1088] En relación con esta cuestión, algunos autores afirman que la posible ignorancia de una de las partes no puede invocarse como pretexto frente a la otra para el incumplimiento de la cláusula de elección de foro siempre que las condiciones de forma establecidas en el art. 25.1 del Reglamento Bruselas I bis (art. 23.1 del Reglamento Brusela I)hayan sido contempladas (véase VIRGOS SORIANO, M.; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil…, op. cit.,* p. 207).

[1089] Véase art. 6 de la ley Modelo de Uncitral en relación con la equiparación del término escrito.

Castelleti c. Hugo Trumpy), en la que se señala que "*la realidad de la existencia del consentimiento de los interesados continúa siendo uno de los objetivos de dicha disposición, justificado por el deseo de proteger a la parte contratante más débil, evitando que pasen desapercibidas cláusulas atributivas de competencia insertadas en el contrato por una sola de las partes*".

De esta forma, debe verificarse, de acuerdo al ordenamiento que resulte aplicable al control de incorporación si la parte conocía y era consciente de la existencia y de las consecuencias de la aceptación de está cláusula de sumisión expresa a un Tribunal[1090]. Esto es, se exige, al igual que para el resto de estipulaciones no negociadas, un pleno conocimiento por los contratantes, en este caso con respecto a la elección de los tribunales competentes, para que esta sea válida[1091].

Sobre este particular, el TJCE se pronunció en su momento en varias resoluciones que si bien no son específicas del entorno electrónico son de interés en este contexto: la STJCE de 14 de diciembre de 1976, *Estasis Salotti y Gianmario Colzani c. RÜWA*y la STJCE de 11 de julio de 1985,*Berghoefer c. ASA* (As.221/84).

En ambos casos, el TJCE acepta, la práctica basada en el envío de una oferta por escrito y la posterior aceptación de esta que también se realiza por escrito, que se dá de forma habitual en el comercio internacional. Según el Tribunal europeo no es necesario que la aceptación se refiera expresamente a la cláusula de elección de foro, sino que es suficiente con que se acepté la oferta en la que se contiene dicha estipulación. Esta cuestión no ha de plantear problemas en los contratos electrónicos, siempre que se incluya expresamente en el texto del contrato una remisión expresa a las CGC y ésta resulte asequible para el adherente mediante la aplicación de una diligencia normal.

Por último, y más recientemente el TJUE se ha pronunciado sobre la validez de un acuerdo atributivo de la competencia incluido en las CGC, en la sentencia de 7 de julio de 2016 en el asunto C-222/15, *Höszig*. En esta resolución, una vez más, el Tribunal europeo admite el acuerdo competencial cuando se cumplan los requisitos formales exigidos en el art. 23.1 del Reglamento Bruselas I (art. 25.1 Reglamento Bruselas I bis).

[1090] Véase GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso de derecho", *REDI*, núm. 2, 1998, pp.103-119.
[1091] Véase ARIAS POU, M., "El consentimiento en la contratación electrónica…, *loc. cit.*, p. 1530.

Esta afirmación se hace en la medida en la que tales requisitos tienen como objetivo garantiar que se acredita el consentimiento de la partes con respecto a la cláusula atributiva de la competencia. Esta sentencia reiteria la idea de que, para apreciar la existencia de la voluntad de las partes de someterse a un determinado Tribunal, resulta determinante la comprobación de los requisitos formales previstos en el propio Reglamento[1092].

De esta forma, la importancia radica en la constancia de la existencia de un acuerdo de voluntad expresa e inequívoca de ambos contratantes, en este caso, sobre la cláusula de sumisión expresa[1093]. Esta cuestión está íntimamente relacionada con uno de requisitos del control de incorporación relativa a que las CGC deben ser accesibles a los adherentes. En relación con este tema, en la celebración de contratos electrónicos pueden darse dos situaciones vinculadas al requisito de la accesibilidad al texto de las CGC: en primer lugar, puede existir un acceso directo a las CGC pulsando un *link*, esto es, de un vínculo que en muchos casos se encuentra abajo o/y a un lado en la presentación del sitio web[1094].

En estas situaciones, pueden surgir dudas sobre el cumplimiento de la exigencia citada aunque si el texto que aparece sobre el *link* no ofrece duda alguna sobre su contenido y puede comprenderse fácilmente por la otra parte; y al pinchar el *link* aparece de forma directa el texto de estas CGC entre las que suele incluirse la cláusula de elección de foro, se entenderá que el PSSI cumplen el citado requisito[1095].

Una segunda opción consiste en que, de forma previa a la prestación del consentimiento por el adherente al contenido del contrato, se abre de forma necesaria una ventana cuyo contenido es precisamente el texto de las CGC, entre las que se contiene la

---

[1092] Véase comentario de esta Resolución de DE MIGUEL ASENSIO, P.A. en (*pedrodemiguelasensio.blogspot.com*, entrada de 8 de julio de 2016).

[1093] En este sentido se pronuncia la Sentencia de la AP de Alicante (sección 8. ª) de 24 de febrero de 2014, procedimiento 966/11 (Véase comentario de esta resolución de DESANTES REAL, M, *REDI*, vol. LXVI (2014), 2, pp. 263-266.

[1094] *"En relación con esta modalidad de accesibilidad a las condiciones generales en el contexto de la contratación electrónica puede consultarse el caso norteamericano Decker v. Circus Circus Hotel, 49 F.Supp. 2d 743 (D N.J. 1999), en el que el tribunal reconoció validez a una cláusula de elección de foro contenida en las condiciones generales de la contratación, estando éstas a disposición del adherente a través de un link situado en la página principal de la web del demandado en el que se señalaba que su contenido se remitía a los términos y condiciones legales de la misma".*

[1095] Véase GARCÍA RUBIO, M.P., "Las condiciones generales en la contratación electrónica…", *loc. cit*., pp. 22-43.

cláusula relativa a la atribución de la competencia. Con esta técnica se hace posible que el adherente pueda ver el contenido de las CGC, aunque es preciso, como se ha expuesto *supra*, que tenga la posibilidad de almacenarlas o/y reproducirlas. Para una mayor seguridad sobre el hecho de que el adherente ha conocido las CGC y otorga su consentimiento a la incorporación de estas al contrato, siempre es viable y recomendable, que se utilice un sistema de ventanas de confirmación[1096]. Mediante este sistema, únicamente es posible el perfeccionamiento del contrato si el adherente mediante un *click* de su ratón confirma que conoce el contenido de la ventana que incluye las CGC y acepta las mismas[1097].

En consecuencia, siempre que se cumplan estas premisas no debe haber inconvenientes con respecto a los requisitos del art. 25 del Reglamento Bruselas I *bis* sobre la sumisión expresa cuando esta se plasma a través de CGC. Esto es, se habrán cumplido los requisitos de incorporación, al menos en lo relativo a la accesibilidad de estas estipulaciones no negociadas por lo que si se produce la aceptación de la incorporación de estas clausulas, en principio, el contrato se habá concluido y en caso de litigio conocerá el Tribunal al que las partes se hayan sometido mediante la cláusula de sumisión que constará como una condición general[1098].

2.- Litigios sobre el incumplimiento del control de incorporación

A) Condiciones generales sobre deberes de información previos

Como se ha indicado *supra* es habitual en la contratación electrónica que los deberes de información previos estén contenidos en las CGC[1099]. En estos casos, se pueden originar litigios, no sólo por el incumplimiento de estos deberes de información, que cómo se ha expuesto puede ocasionar diversas reclamaciones de los destinatarios de

[1096] Véase RAMOS SUAREZ, F., "La seguridad en el comercio electrónico…", *loc. cit*., p. 126.
[1097] Véase RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos jurídicos del comercio electrónico…op. cit.,* pp. 45-47.
[1098] Véase VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; *Derecho procesal…, op. cit.,* p. 197. "*Estos autores señalan que las partes son "los mejores jueces de sus propios intereses", ya que son las que poseen mayor información sobre los caracteres de su relación y enconsecuencia, quienes mejor pueden designar a los tribunales nacionales que están en mejor situaciónpara conocer de los posibles litigios que puedan surgir. Es, por otra parte, este mismo fundamento el que impide normalmente aceptar una libertad absoluta de las partes para elegir el foro competente en aquellas situaciones en las que una de ellas se encuentra en una posición de inferioridad respecto de la otra (posiciones de asimetría contractual como en los contratos de consumidores o de seguros)".*
[1099] Véase JACQUOT, F.; WEITZEL, B., "Le réglement des litiges"…, *loc. cit.*, pp. 234-238.

los SSI, sino porque las CGC donde se insertan dichos deberes de información no cumplan los requisitos relacionados con el control de incorporación[1100].

Este control tiene una doble vertiente, relacionada con la accesibilidad y la transparencia de las CGC[1101]. De esta manera, en primer lugar, puede ocurrir que las cláusulas donde se insertan los deberes de información no estén accesibles, no puedan guardarse ni imprimirse. En segundo extremo, puede darse el supuesto que las CGC en las que se insertan algunos de los deberes de información, por ejemplo, el relativo a los pasos necesarios para concluir el contrato no expresen de forma clara y comprensible para el destinatario cuales son estas fases.

Estos hechos pueden originar distintos litigios relacionados con el control de incorporación de las clausulas relativas a los deberes de información. Para resolver estas cuestiones por vía judicial será preciso determinar cual es el Tribunal competente para conocer de los mismos. Puede ocurrir que en el contrato que da lugar a la controversia se haya pactado cual será el foro ante el que las partes se someten en caso de conflicto. Como se ha expuesto, esté vendrá recogido (también) como una CGC, en la mayoría de supuestos[1102].

En este contexto resulta complejo atribuir la competencia en virtud de este foro, si precisamente el objeto de la demanda está relacionado con el control de incorporación, en concreto al requisito de accesibilidad, de las cláusulas no negociadas. Será necesario estar al caso concreto, para verificar si el supuesto incumplimiento del control de incorporación se alega de la totalidad de los términos y condiciones del contrato (que incluirán en este caso la *prorrogatio fori*), o sí sólo se refiere a las CGC relativas a los deberes de información.

Además debe recordarse que según el Reglamento Bruselas I bis, el acuerdo atributivo de la competencia a favor de un Estado miembro, tiene independencia del resto del contrato y no podrá ser impugnado por la sóla invalidez del contrato (art. 25.5 Reglamento Bruselas I bis).

[1100] Véase JULIA BARCELO, R., *Comercio electrónico entre empresarios…, op. cit.,* pp. 91-94.
[1101] Véase GARCÍA RUBIO, M.P., "*Las condiciones generales…", loc. cit.* p. 22; PAGADOR LÓPEZ, J., "La ley 7/1998 de 13 de abril sobre…", *loc. cit*., pp. 1-34.
[1102] Véase RADIN, MJ.;ROTHCHILD, J.; SILVEMAN, G.M.; *Internet Commerce: Doing Business in a Networked World*, Foundation Press, 2002, vol.16, p.65.

En cualquier caso, si la cuestión controvertida versa sobre el incumplimiento del control de incorporación, por la falta de accesibiliadad de todas las CGC (relativas a los deberes de información y también a la sumisión expresa) el Tribunal competente para conocer del asunto será determinado en virtud del resto de foros establecidos en el Reglamento Bruselas I bis (foros especiales por razón de la materia y foro general del domicilio del demandado)[1103].

Estas dudas no se plantearán si el litigio se origina por el requisito del control de incorporación relativo a la transparencia, ya que esté estará relacionado sólo con alguna/s de las CGC, en este caso relativas a los deberes de información y en todo caso no tienen porque afectar a la validez del acuerdo de elección de Tribunal[1104].

B) Litigios sobre la incorporación del derecho de desistimiento

En relación con el desistimiento del contrato electrónico, y al margen de los conflictos que por su contenido puedan suscitarse, que se han expuesto *supra*, el incumplimiento del control de incorporación de esta cláusula puede originar algunos litigios[1105]. De esta forma, al igual que en el caso de los deberes de información puede ocurrir que la condición general donde se inserta el derecho de desistimiento no se haya puesto a disposición del consumidor según los requisitos exigidos por la regulación sobre el control de incorporación.

En este sentido, y teniéndo en cuenta que el derecho de desistimiento aparece sobre todo en los contratos celebrados con consumidores habrá que tener en cuenta el foro especial en materia de consumo establecido en el Capítulo II, sección cuarta del Reglamento Bruselas I bis. Por tanto, en principio, para todos los litigios que se susciten en relación con el desistimiento, sean estos por razón de su contenido (falta de información, plazo para desistir, cómputo, costes, etc) o por la incorporación de la

[1103] Véase RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial…, op. cit.,* pp.296-297.
[1104] Véase FERNANDEZ ROZAS, J.C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*…, op. cit., p.114; DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado..., op.cit.*, pp. 451-452.
[1105] Véase VEGA VEGA, A. "Las condiciones generales…, *loc. cit*. pp. 3-55.

condición general donde se inserta dicho derecho, la CJI se determinará en virtud de este foro[1106].

Sin embargo, puede ocurrir, en algunos casos, limitados a los supuestos del art. 19 del Reglamento Bruselas I bis, que en estos contratos de consumo se haya realizado un pacto de elección de Tribunal que prima sobre el foro especial por razón de la materia, sólo si se cumplen los requisitos de dicho precepto. En estos supuestos, si el procedimiento versa precisamente sobre la incorporación de las CGC al contrato electrónico, entre las que se encuentra el derecho de desistimiento, y también probablemente, la prórroga de competencia, está quedará, a priori invalidada.

En estas ciscunstancias, se atribuirá la competencia en virtud de los demás foros del Reglamento Bruselas I bis, en la mayoría de los supuestos que versen sobre el desistimiento, en virtud del art. 17 del Reglamento Bruselas I bis. En estos casos, el comprador de un producto que quiera litigar porque la condición general donde se inserta el desistimiento no cumple los requisitos de incorporación (por ejemplo, no se puede archivar o/almacenar) podrá optar entre demandar ante el domicilio de la empresa con la que ha contratado a través de Internet, o ante su propio domicilio (art. 18 Reglamento Bruselas I bis).

En cualquier caso, si la controversia relativa al incumplimiento del control de incorporación sobre el desistimiento se suscita en un contrato B2B porque el PSSI no establece distinción respecto a está clausula en el sitio web para los contratos celebrados con empresas o con consumidores; la CJI se determinará de acuerdo con el resto de foros. Según lo señalado, se tendrá en cuenta la sumisión expresa, si el incumplimiento del control de incorporación no estuviere relacionado con esta CGC, sino sólo con el desistimiento.

En caso contrario, si se suscita una cuestión de validez de todas las CGC del contrato electrónico, incluida no sólo la facultad de desistimiento, sino también el resto, cuestión que puede ser usual en la práctica, la competencia se determinará de acuerdo al

[1106] Véase ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., "Competencia judicial internacional…", *loc. cit*., pp. 181-188; FALLON, M.; MEEUSEN, J., "Le commerce électronique…",*loc. cit*., pp. 435-490; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *La contratación internacional…, op. cit.,* pp. 27-190; GILLIES L.E., *Electronic Commerce…, op. cit.,* pp. 49-57.

resto de foros del Reglamento Bruselas I bis.

V.- VÍA EXTRAJUDICIAL

1.- El arbitraje y la mediación en la contratación electrónica

A) Sumisión a arbitraje comercial

a) Cuestiones previas. Regulación

Como se ha señalado, las transacciones que se realizan a través de Internet, en ocasiones, son de escasa cuantía económica. Este hecho, justifica la solución de estos litigios con medios prácticos, eficaces y poco onerosos[1107]. De esta forma, el fomento del acceso a sistemas alternativos de solución de litigios se reconoce como un objetivo que puede garantizar la confianza de los destinatarios de los SSI, para posibilitar que el comercio electrónico pueda alcanzar su máximo desarrollo[1108].

Los *ADR* son una alternativa a la sumisión a un determinado órgano jurisdiccional útiles para la resolución de los diferentes litigios mencionados relacionados, en particular, con el perfeccionamiento del contrato electrónico.

En este sentido, el arbitraje es un procedimiento para la resolución de controversias en el que los interesados se someten de forma voluntaria a la tutela de un árbitro (tercero de confianza) para que les escuche y resuelva de forma definitiva las diferencias entre las partes[1109]. El arbitraje, se utiliza, por tanto, para resolver disputas entre empresas o entre particulares de forma definitiva y vinculante. Las partes pueden optar por acudir a este medio, mediante la inclusión en su contrato electrónico de una cláusula arbitral[1110].

[1107] Véase GAILLARD, E., "The review of international arbitral awards", *IAI, Forum, Dijon* 12-14 September 2008, pp. 197-299.

[1108] Véase GONZALO QUIROGA, M, *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, pp. 27-50.

[1109] Véase BÜHRING-UHLE, C., *Arbitration and mediation in International businness*, Kluwer Law international, Boston, 2005, pp. 5-31.

[1110] Véase RIAÑO BRUN, I., "La ejecución del acuerdo obtenido en mediación", A. Pérez Moriones; I. Riaño Brun; M. Mestrot (dirs), *El arbitraje: una nueva perspectiva desde el Derecho español y el Derecho*

En los casos en los que el litigio se somete a arbitraje se excluye la aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* [art. 1.2 d)]. De esta forma, en el ámbito internacional debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958[1111].

"La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral"[1112].

En segundo extremo, el Convenio Europeo sobre arbitraje comercial hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 regula determinadas cuestiones relacionadas con este medio alternativo de solución de controversias como son: la organización del arbitraje, la declinatoria del Tribunal arbitral por incompetencia, la competencia de los Tribunales judiciales estatales, el Derecho aplicable, la motivación de la sentencia arbitral y la declaración como nula de la sentencia arbitral[1113].

Esta opción del arbitraje es habitual en el comercio electrónico debido a que, como sucede con la elección de las cláusulas de elección de foro, con el acuerdo arbitral se dota de seguridad jurídica al contrato[1114]. Además, este hecho puede resultar de utilidad en los contratos electrónicos, en los que las partes pueden estar situadas en lugares muy distantes

francés, La Ley, 2013, pp. 317-327.

[1111] BOE núm. 283 de 4 de octubre de 1975. Este Convenio tiene carácter *erga omnes*ya que España en el momento de su ratificación no realizó la reserva contemplada en su art. 3 con el fin de limitar su aplicación a los laudos procedentes únicamente de los Estados contratantes. Su art. 2 señala: "*1.Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*
2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas".

[1112] *Ibidem.*

[1113] BOE núm. 164 de 11 de julio de 1977.

[1114] Véase BÜHRING-UHLE, C., *Arbitration and mediation… op. cit.,* pp. 6-8.

y en ocasiones, sus ordenamientos jurídicos también son muy diferentes[1115].

De otro lado, las partes en la contratación electrónica suelen acudir al arbitraje pretendiendo un efecto derogatorio para la atribución competencial a órganos jurisdiccionales estatales, que en caso de no realizar esta elección pudiese resultar aplicable. En este sentido, el reconocimiento de este efecto se materializa en la práctica cuando los tribunales nacionales entienden que la cláusula arbitral resulta eficaz en el foro[1116]. Esta cuestión depende del contenido del derecho procesal del Estado al que pertenecen dichos tribunales. Por lo tanto para conocer la eficacia y por ende, el alcance de un acuerdo arbitral deberá tenerse en cuenta la perspectiva de un concreto ordenamiento jurídico.

En tercer término, dentro de las fuentes de Derecho transnacional relacionadas con el arbitraje destaca la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional aprobada el 21 de junio de 1985[1117]. Esta norma se formula para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

[1115] Véase AHRENDT, A., *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren füur ausläandisches und internationales Privatrecht*, J.C.B., Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996, pp. 5-25.

[1116] El TC configura el arbitraje como "*(...) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada*". [véanse sentencias del TC 15/1987 y 15/1989, fundamento jurídico 9º; 62/1991 (fundamento jurídico 5º; 288/1993, fundamento jurídico 3º); STC 174/1995; 1996/75; 1996/146; 1996/176; 1997/196].

[1117] El 7 de julio de 2006, la CNUDMI aprobó enmiendas del párrafo 2 del artículo 1, del artículo 7 y del párrafo 2 del artículo 35, el nuevo capítulo IV A que sustituye al artículo 17 y un nuevo artículo 2A. La versión revisada del artículo 7 tiene por objeto modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. El nuevo capítulo IV A establece un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje. Desde 2006, la versión estándar de la Ley Modelo es la versión enmendada. También se reproduce el texto original de 1985 en vista del gran número de leyes nacionales que se han basado en esa versión original (*www.uncitral.org*)

Por último, en el ámbito nacional la Ley 60/2003[1118], de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado modificada por la ley 11/2011 de 20 de mayo regula esta cuestión en España[1119]. Esta norma supuso un avance cualitativo de entidad en la regulación de esta institución, estableciendo un nuevo marco para el arbitraje interno e internacional que toma como referencia la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre el arbitraje comercial. En concreto las modificaciones operadas por esta regulaciónestán relacionadas por la formulación unitaria del arbitraje, el reconocimiento del arbitraje internacional, el aumento de la disponibilidad arbitral, sus reglas sobre notificaciones, comunicaciones y plazos, el apoyo judicial al arbitraje o su antiformalismo.

Por otro lado, para considerar la utilidad de este medio alternativo de resolución de conflictos relacionados con el perfeccionamiento del contrato electrónico deben distinguirse distintos tipos. De esta forma, existen diferentes tipos de arbitraje, principalmente el "institucional" y el "*ad hoc"*[1120]. El arbitraje institucional es el gestionado por una entidad que administra todo el procedimiento desde la admisión a trámite hasta la entrega del laudo arbitral, por la realización de esta labor percibe unos honorarios. Esta modalidad es adecuada para empresas que no están acostumbradas al arbitraje en general o con el arbitraje en una determinada jurisdicción[1121]. La ventaja de utilizar una instituión arbitral consolidada está en que la misma gestiona el proceso arbitral teniendo en cuenta el Derecho aplicable en cada supuesto y cuenta con diferentes expertos a quienes nombra según los casos. El inconveniente es importe que haya que abonar por el servicio de administración que puede ser elevado según la naturaleza de la disputa y/o de la institución[1122].

El arbitraje "*ad hoc*" se produce cuando las partes encargan la administración del proceso al árbitro que elijan de forma que éste actúa como árbitro y como administrador.

[1118] BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003.
[1119] *BOE* núm. 121, de 21 de mayo de 2011.
[1120] Véase BÜHRING-UHLE, C., *Arbitration and mediation…., op. cit.,* pp. 25-29.
[1121] Véase AUDIT, B., "L'accord d´arbitrage dans l´arbitrage commercial international," *Course on International Law XXXVII*, Organization of American States, 2010, pp. 95-126.
[1122] Véase RIVERA, J.C., *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, LexisNexis, México, 2007, pp. 45-58.

La ventaja de esta modalidad es que al eliminar el intermediario se reduce el coste del procedimiento. También se puede ampliar el campo de búsqueda del árbitro que sea más adecuado en cada supuesto concreto. La desventaja se da cuando el árbitro no adminsitra de forma adecuada el proceso ya que no es habitual que éste ni las partes tengan que cumplir una normativa procesal previamente acordada[1123].

De otro lado, dependiendo de quién ostente la condición de árbitro, el arbitraje tiene dos modalidades diferentes: el arbitraje de derecho y de equidad. La diferencia entre estos dos tipos se relaciona con la profesión del árbitro. Para que se produzca el *arbitraje de derecho*, el árbitro debe ser obligatoriamente abogado en ejercicio. El *arbitraje de equidad* admite que cualquier otro profesional que no sea jurista actúe como árbitro, pero sin excluir a los abogados, que pueden actuar también en equidad[1124].

De esta forma el arbitraje puede ser una vía útil de solución de conflictos en la contratación electrónica. En concreto, las cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento que se han mencionado *supra*: existencia de la oferta y de la aceptación; deberes de información; derecho de desistimiento, etc, pueden resolverse mediante esta *ADR*. En todo caso para que está clausula opere de forma eficaz en la solución de los litigios indicados, es preciso que cumpla una serie de requisitos en el entorno electrónico.

b) Eficacia de las claúsulas de arbitraje

La norma esencial para estudiar la validez de una cláusula arbitral ante los tribunales españoles es el art. 2 del Convenio de Nueva York. Además de éste artículo y debido al carácter complementario que el Convenio de Ginebra asume respecto al Convenio de Nueva York, es necesario mencionar el art. 1.2.a) de este instrumento[1125].

El art. 2.2 del Convenio de Nueva York establece "*la necesidad de la existencia*

[1123] *Ibidem*, pp. 28-29.
[1124] Véase GAILLARD, E., "The review of international arbitral awards", *IAI, Forum, Dijon*, 12-14 September 2008, pp. 197-299.
[1125] Artículo 1.2. a) del Convenio de Ginebra establece: "*A lo fines del presente Convenio se entenderá por: a) "acuerdo compromisorio arbitral", bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien en un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes*".

de un acuerdo de las partes y de que este acuerdo ha de formalizarse de una determinada manera para su validez. En relación con este requisito de la forma del convenio arbitral, en principio, esta disposición parte de la necesaria constatación por escrito de esta cláusula. Esta obligatoriedad está motivada por la función que cumple la forma escrita: además de mostrarse como una prueba inequívoca de la existencia del acuerdo, se asegura que ambas partes manifestaron de forma consciente y libre el sometimiento de su controversia a este método de resolución"[1126].

En definitiva, debido a su relevancia se consigue que dichas cláusulas no puedan pasar desapercibidas para las partes. Sin embargo, frente a esta exigencia formal que equivale a considerar como únicamente válidas aquellas cláusulas de arbitraje incluidas en los contratos realizados por escrito y firmados por los contratantes existe cierta flexibilidad. Esta se refiere al hecho de que la jurisprudencia ha aceptado que cuando el esquema contractual se corresponda con el intercambio de documentación, puede aceptarse la validez de una cláusula arbitral que se contiene en los mismos sin necesidad de que exista la firma manuscrita de las partes. Para que exista esta posibilidad es preciso que pueda probarse por cualquier otro medio la autenticidad del origen de las declaraciones escritas de las partes[1127].

Esta interpretación faculta para introducir una cierta matización vinculada a las cuestiones analizadas sobre las cláusulas de elección de Tribunal, cuando de lo que se trata es de examinar que forma sería preciso que cumpliese una cláusula arbitral que se incluye en un contrato electrónico internacional para tener eficacia ante un juez español. Está claro que es necesario que la cláusula arbitral se fije por escrito, esta formalidad se cumple teniendo en cuenta el criterio de equivalencia funcional (art. 6 LMCE), siempre que las partes puedan acceder a la información que contiene el mensaje de datos para su posterior consulta. Es necesario, por tanto, que el medio electrónico utilizado facilite una constancia suficiente del acuerdo de los contratantes a través de un registro duradero del

[1126] Véase CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Conflictos de leyes..., op.cit.*, p.55.
[1127] Véase STS de 5 de mayo de 1998 (Roj 4296). En esta resolución se acepta la existencia de un acuerdo arbitral a pesar de la falta de firma de una de las partes de la documentación si de ésta última, se infiere "*la inequívoca voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias surgidas en el desarrollo de una determinada relación negocial*".

mismo, sobre todo cuando esta consta como una CGC[1128].

Si en la contratación tradicional, en los supuestos indicados, la falta de firma manuscrita de las partes en los documentos en los que se incluirían la cláusula arbitral, no invalida esta, en la contratación electrónica no será obligatorio en determinadas situaciones la existencia de una firma electrónica. En todo caso, lo que sí sería necesario es la prueba de la autenticidad del origen de los mensajes electrónicos y que éstos hayan sido adecuadamente almacenados de forma que puedan consultarse[1129].

Realizadas las anteriores afirmaciones, también es preciso considerar los inconvenientes que pueden presentarse en los supuestos en los que la cláusula arbitral se incluye en unas CGC. En dichos casos, como se ha expuesto en relación con las cláusulas de elección de Tribunal, es preciso que se cumplan dos requisitos que actúan como mecanismos para proteger al adherente, para que se considere como formalmente válida la incorporación de dichas CGC[1130].

En primer lugar, es necesaria la remisión expresa dentro del contrato a estas CGC en las que se encuentra la cláusula arbitral, aunque no es necesario, en todo caso, una referencia expresa a esta última. En segundo extremo, es preciso que el adherente pueda conocer de forma efectiva el contenido de estas CGC con antelación al perfeccionamiento del contrato y que además tenga la opción de tener una copia de estas cláusulas[1131].

Este segundo requisito, como se ha expuesto para las cláusulas de elección de Tribunal, se cumpliría según la práctica habitual en el diseño de los sitios web comerciales mediante dos fórmulas[1132]. En primer lugar, se cumple este requisito cuando se coloque en el sitio web un *link* cuyo contenido sea precisamente el texto de estas CGC incluyendo la cláusula arbitral, aunque las opciones que permite la tecnología informática hacen

---

[1128] Sobre esta necesidad de una interpretación del artículo 2.2 del Convenio de Nueva York acorde con la aparición de las nuevas tecnologías y sobre la aceptación de los medios electrónicos (véase HILL, R., "On-line Arbitration: Issues and Solutions", *Arb.Int'l.*, vol.15, 1999, pp.199 y ss).

[1129] Véase MONCAYO VON HASE, A., "Litiges relatifs au commerce electronique et á l'arbitrage: obstacles juridiques et enjeux", p.7, disponible en (*http://droit-internet-2001.univparis1.fr*); MANEVY, I., *Online Dispute Resolution: What Future?*, Mémoire DEA, 2001, pp. 21-28. Un mayor factor de seguridad sería intercambiar con posterioridad los documentos escritos y firmados por ambas partes a través de un medio tradicional (por ejemeplo, vía fax), tal y como apunta DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado..., op.cit.*, p.487.

[1130] Véase VIRGOS SORIANO, M.; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; *Derecho procesal..., op.cit.*, p.221.

[1131] Véase ARSIC, J., "International Comercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come too Early", *J. Int' l. Arb.*, núm. 3, 1997, pp. 209 y ss.

[1132] Véase FERNÁNDEZ MASIA, E., "Optando por la normativa...", *loc. cit.*, pp.17-22.

decantarse por una segunda posibilidad que, además elimina toda duda sobre el desconocimiento del adherente del contenido de las CGC[1133]. Esta consistería en la utilización de ventanas de confirmación cuyo contenido sería el texto de las CGC, que aparecerían con anterioridad a la posibilidad de perfeccionar el contrato, y que en todo caso, requerirían para su eliminación de la pantalla el acto afirmativo de su aceptación por parte del adherente mediante un *click* de su ratón en un recuadro cuyo texto no dejase ninguna duda de lo que se está pidiendo ("Estoy de acuerdo", "*I agree*", etc.)[1134].

B) La mediación civil y mercantil

La mediación es un método extrajudicial a través del que un tercero asiste a aquellos que pretendan encontrar libremente soluciones a su controversia. Este método se basa en la intención que tienen las partes de dialogar por muy diferentes que sean sus respectivos criterios[1135].

En relación con la mediación destaca la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles[1136]. Las características que, según el art. 1.2 de la Directiva, deben tener los "litigios" para que se les aplique la misma es que sean transfronterizos, que se trate de asuntos civiles y mercantiles, salvo aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente y que las partes quieran resolver de modo amistoso, con la ayuda de un tercero.

De otro lado, entre las características más importantes del acuerdo destacan la

---

[1133] Puede consultarse la sentencia en el caso norteamericano Specht v. Netscape Communications Corp., 2001 WL 755396, 150 F.Supp. 2d 585 (S.D.N.Y., July 5, 2001), donde el tribunal rechazó otorgar eficacia a una cláusula arbitral contenida en unas CGC porque la situación de las mismas en la página web mediante un hiperlink permitía sostener que los adherentes no habían tenido la posibilidad de poder conocer tales cláusulas y por ello no quedaban obligados por las mismas.

[1134] Véase CRESWELL, C.C., "Arbitration Clauses in Online Agreements", disponible en (*http://www.acm.org/ubiquity/views*). En este sentido, véase el caso norteamericano *In Re Realnetwoks, Inc.,2000 U.S. Dist.* (LEXIS 6584, Mayo 2000), donde el tribunal afirmó que el diseño del sitio web permitía que las condiciones contractuales fueran presentadas de tal manera que el adherente tenía una amplia oportunidad de poder leer y comprender las mismas, permitiéndose además que fuesen impresas o grabadas.

[1135] Véase ÁLVAREZ MORENO, Mª. T., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles", *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, primer trimestre 2005, pp. 243-304.

[1136] *DOUE* L 136/13 de 24 de mayo de 2008.

voluntariedad con respecto a la elección de este medio de solución de las controversias, Debe señalarse que este carácter voluntario de la mediación, puede ceder ante una norma estatal o resolución judicial que obligue a las partes a acudir a la mediación, o ponga incentivos o sanciones en relación con esta cuestión [arts. 3 a) y 5].

El art. 3 también establece, entre las características de la mediación, la necesaria presencia de un tercero. De manera que las partes intentarán llegar a un acuerdo por sí mismas, con la ayuda de un tercero. Por tanto, no se trata de un proceso heterocompositivo como los procesos judiciales o el arbitraje.

La Directiva no se aplica a aquellos sistemas de resolución de controversias en los que el tercero proponga una solución formal a las partes, para que éstas la acepten o la rechacen (Cdo. 11). Puede que por esta razón, en ocasiones, sea difícil establecer cuándo se está en el ámbito de aplicación de la Directiva y cuándo no, pues los procedimientos de mediación son flexibles y en algunos casos, el tercero puede tener discreccionalidad para presentar o no un acuerdo a las partes, para su aprobación.

La mediación tampoco se aplicará a la conciliación judicial (art. 3) o a aquellas controversias sobre algún punto concreto de carácter técnico o científico, que las partes pongan en manos de un experto (Cdo. 11).

De otro lado, para la aplicación de esta Directiva, es importante mencionar la exigencia de que el litigio sea transfronterizo, esto es, que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en Estados de la UE, y al menos una de ellas no debe estar domiciliada o residir habitualmente en el mismo Estado que las demás (art. 2.1 Directiva 2008/52/CE). También se considera litigio transfronterizo si tras la mediación se inicia un procedimiento judicial o arbitral en un Estado de la UE distinto de aquel en el que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente (art. 2.2 Directiva 2008/52/CE)[1137].

En otro orden de cosas, la Directiva indica que no se aplicará a aquellas

[1137] Este precepto es difícil de entender porque no deja claro si el Estado en el que ha de comenzar el arbitraje o el procedimiento judicial ha de ser distinto de cada uno de los Estados donde estuvieran domiciliadas o residieran habitualmente las partes. Tampoco se entiende bien cómo se puede declarar el litigio como transfronterizo, a efectos de que se aplique la Directiva, cuando el proceso de mediación ya ha acabado, que es cuando se puede verificar que el arbitraje o el proceso judicial comienzan en un Estado distinto. Puede que la única manera de entender este artículo sea en el caso de que una cláusula arbitral o de elección de foro indique la sede del arbitraje o del proceso judicial y se pueda comprobar antes de que inicie la mediación, o durante la misma, si responde a un "litigio transfronterizo" (Véase BELLOSO MARTÍN, N., "Un paso más hacia la desjudicialización: La Directiva europea 2008/52/UE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, *Revista electrônica de Direito Processual*, vol. II., pp. 1-11).

pretensiones que no sean de libre disposición de las partes, de manera similar a la ley de arbitraje española. Sin embargo, advierte que para comprobar qué derechos y obligaciones no están a disposición de las partes, habrá que estar a la "legislación pertinente". Se puede entender que esta ley será la del Estado (o Estados) donde se solicite el carácter ejecutivo del acuerdo al que se llegue, ya que éste es el único Estado con algún interés en limitar la ejecutividad del acuerdo[1138].

Debe indicarse que las partes que decidan utilizar el mecanismo de la mediación han de hacerlo de forma abierta y con disponibilidad a dialogar como fase previa necesaria para conseguir soluciones que resulte satisfactorias para todas las partes implicadas. La mediación intenta, en definitiva, estudiar cuales son los aspectos comunes sobre los que pueda llegarse a un acuerdo positivo para ambas partes. El mediador desde su imparcialidad y experiencia profesional, ayuda a las personas (físicas o jurídicas) que acuden a este mecanismo para comprender sus motivaciones y las de la contraparte.

Esta *ADR* puede tener diferentes variantes: *facilitativa*, *evaluativa o trasnformativa*. La mediación facilitativa constituye la modalidad tradicional de la mediación, en esta el mediador no opina sobre los temas que plantean las partes y se limita a facilitar el diálogo entre estas. En la mediación evaluativa, el mediador sí ofrece su opinión sobre cuestiones de hecho o de derecho, y las evalúa según sea el supuesto. La mediación transformativa pretende, *a priori*, transformar conductas en el proceso de las partes de alcanzar acuerdos[1139].

El proceso de mediación comienza cuando las partes muestran su intención de participar en el citado procedimiento y este se desarrolla teniendo en cuenta la combinación de distintas reuniones y, en su caso, por separado para que el mediador pueda entender mejor las discrepancias entre las partes para poder ayudarles a resolverlas. El número de reuniones depende normalmente de distintos factores como son el número de temas que las partes desean solucionar o a la dificultad de dichos asuntos[1140].

Las sesiones se realizan de forma conjunta estando presentes los interesados y el mediador. Este puede reunirse individualmente con cada uno de ellos cuando lo entienda oportuno. Cualquier cuestión tratada en una reunión individual es confidencial y no debe

[1138] Véase RIAÑO BRUN, I., "La ejecución del acuerdo obtenido en mediación…", *loc. cit.*, p. 331.
[1139] *Ibidem*, p. 74.
[1140] Véase ÁLVAREZ MORENO, M. ª T., "La mediación en asuntos civiles...", *loc. cit.*, pp. 251-259.

compartirse por el mediador salvo que se autorice expresamente. La mediación finaliza como resultado del acuerdo que las partes alcanzan sobre todas o algunas de sus discrepancias. De la misma forma, las partes de mutuo acuerdo o individualmente pueden dar por finalizada la mediación cuando lo entiendan oportuno. Esta opción también es viable para el mediador que puede concluir la mediación si cree que resulta improbable que las partes puedan resolver sus diferencias aún mediando sesiones adicionales.

La mediación, a diferencia del arbitraje, no finaliza con la obtención de una solución impuesta por el mediador, sino que la conclusión tendrá lugar a través de un acuerdo negociado por las partes según su propio criterio y con ayuda del mediador. Todo depende de los interesados, en este caso las partes del contrato electrónico, que son los protagonistas de la mediación[1141].

De esta forma, la mediación puede resultar un instrumento eficaz para la resolución de controversias en la contratación electrónica, en concreto con respecto a las cuestiones relacionadas con el perfeccionamiento del contrato electrónico. Esta institución ayuda a que los Tribunales de justicia queden como la última opción para la solución de la controversia cuando no sea posible la resolución a través de la voluntad de las partes. Este método, puede ser de utilidad para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a los casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia[1142].

Cada uno de los Estados miembros ha transpuesto el contenido de la mencionada Directiva a los ordenamientos internos a través de distintos instrumentos. En el caso de España, la transposición se produjo con cierto retraso a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles[1143]. Sin embargo, su regulación va

[1141] Por otro lado, en relación con la confidencialidad e imparcialidad, debe indicarse que todos los mediadores deben ser imparciales respecto a las partes. El mediador no puede divulgar a terceros ningún aspecto relativo a los asuntos tratados por las partes con él. Del mismo modo, la entidad encargada de administrar la mediación se compromete a mantener la confidencialidad de todos los datos que le sean facilitados por las partes (véase SÁEZ VALCÁRCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P., "Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación", *Estudios de derecho judicial*, 2006, pp. 7 y ss).
[1142] Véase FENTIMANN, R., *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxfrod, 2010, pp. 479 y ss.
[1143] *BOE* núm. 162, de 7 de julio de 2012.

más allá del contenido de esta norma de la UE, mientras la Directiva 2008/52/CE "*(...) se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Por su lado, la regulación de esta norma conforma un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles y dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional de 24 de junio de 2002"*[1144].

2.- Especialidades en los contratos electrónicos de consumo

A) Normativa comunitaria sobre *alternative dispute solution*

a) Directiva 2013/11/UE sobre resolución alternativa de litigios y Ley 7/2017 de transposición

La Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento 524/2013 de 21 de mayo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, concluyeron un largo proceso de modernización del marco legal de la UE en este sector[1145]. En España, la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, incorpora al ordenamiento jurídico español esta Directiva[1146]. Esta norma garantiza la existencia de entidades de resolución alternativa establecidas en España que cumplan con los requisitos, garantías y obligaciones exigidas por la misma.

De esta forma, los consumidores residentes en España o en cualquier Estado miembro de la UE tendrán la posibilidad de resolver sus litigios de consumo con empresarios establecidos en España acudiendo a entidades de resolución alternativa de calidad que hayan sido acreditadas por la autoridad competente e incluidas en un listado nacional de entidades acreditadas, el cual será trasladado a la Comisión Europea para que sea incluido en el listado único de entidades notificadas por los diferentes Estados

[1144] (*www.uncitral.org).*
[1145]Ambas normas se publicaron en el *DO* L 165/63 de 18 de junio de 2013.
[1146] *BOE* núm. 268, de 4 de noviembre de 2017.

miembros de la UE.

Son las propias entidades las que, voluntariamente, podrán solicitar su acreditación ante la autoridad competente que proceda, quien dictará resolución tras realizar un análisis y evaluación del cumplimiento por las mismas de todos los requisitos exigidos en esta ley. Aquellas entidades de resolución alternativa que no se encuentren acreditadas de conformidad con el procedimiento establecido en esta norma ejercerán sus funciones en la forma prevista para cada caso.

Las entidades de resolución alternativa de litigios que deseen obtener la acreditación que concede la autoridad competente deberán estar establecidas en España y cumplir los requisitos exigidos por esta ley, y las mismas podrán tener naturaleza pública o privada.

En sectores donde exista un alto nivel de conflictividad y una adhesión limitada a entidades de resolución de conflictos, se articularán todas las medidas administrativas y normativas necesarias para corregir esta situación, incluidas las sancionadoras. Para llevar a cabo esta labor, anualmente se evaluarán los sectores más problemáticos y las cuestiones más reclamadas en orden a introducir las modificaciones normativas o las políticas que alienten la inclusión de estos sectores de actividad en los sistemas de resolución de conflictos que cumplan con los principios y garantías que recoge esta ley. Sin perjuicio de que tales mecanismos privados internos de reclamación se regulen conforme a los criterios y exigencias que recoge esta ley de conformidad a la Directiva 2013/11/UE.

Este marco normativo comunitario, entre otras cuestiones, facilita el acceso a mecanismos extrajudiciales para la resolución de controversias de consumo internacionales (intracomunitarios), supuestos para los que el ordenamiento nacional suele resultar insuficiente. En cualquier caso, resulta de suma importancia destacar que estos dos instrumentos, adoptados de forma simultánea y que en cierto modo se complementan, tienen ámbitos de aplicación, alcances y características muy diversos[1147].

Por su parte, la Directiva 2013/11/UE "*(...) establece un marco armonizado básico con respecto a las entidades y los procedimientos de resolución alternativa de*

[1147] **(***www.pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es,*entrada de 9 de julio de 2013).

litigios en materia de consumo. El contenido esencial de esta norma se refiere al establecimiento de requisitos que deben cumplir las entidades de resolución alternativa de litigios; el acceso de los consumidores a tales entidades; las condiciones que deben reunir las personas físicas encargadas de la resolución alternativas de litigios (conocimientos especializados, independencia e imparcialidad); las obligaciones de transparencia de dichas entidades; la eficacia de los diversos tipos de procedimientos y su eficacia; el régimen jurídico aplicable en tales procedimientos; la información y asistencia a los consumidores en este ámbito; la cooperación entre entidades de resolución y entre estas y las autoridades nacionales competentes; así como las funciones de dichas autoridades y de la Comisión"[1148].

Deben destacarse dos cuestiones de interés en relación con esta norma que son especialmente relevantes en el contexto de la contratación electrónica: su ámbito de aplicación y los diversos tipos de procedimientos contemplados en la Directiva.

En primer lugar, el ámbito de aplicación de la Directiva 2013/11/UE se establece en su art. 2. Según este precepto, la Directiva resulta de aplicación por un lado, a las entidades establecidas de manera duradera que ofrezcan la resolución de un litigio entre un consumidor y un comerciante mediante un procedimiento de resolución alternativa y que hayan sido incluidas en la lista prevista en la propia Directiva. Por otro lado, la norma también comprende "*(…) a las entidades de resolución de litigios autorizadas por los Estados miembros a imponer soluciones vinculantes para las partes. El criterio básico es que la Directiva se aplica a los litigios entre consumidores y comerciantes relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, celebrados o no en línea, en todos los sectores económicos, menos los exceptuados*".

La Directiva 2013/11/UE es aplicable tanto a los "litigios nacionales" como a los "litigios tranfronterizos", categorías definidas en el art. 4. Esta última, se define como "*litigio contractual derivado de un contrato de compraventa o de servicios en el que el consumidor, en el momento de realizar la orden de pedido, tiene su residencia en un*

[1148] Véase RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Paralamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 228-239.

Estado miembro distinto de aquel en que está establecido el comerciante").

"*(…) Esta norma comunitaria se aplica a las reclamaciones presentadas por consumidores contra comerciantes, pero no a las presentadas por comerciantes, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan regular estas últimas. Además, con carácter general, la Directiva no impide que los Estados miembros mantengan o introduzcan legislación en materia de procedimientos de resolución extrajudicial de litigios en contratos celebrados con consumidores que estén acorde con los requisitos establecidos en la Directiva*"[1149].

Es importante destacar que la Directiva no regula ciertos procedimientos (delimitación negativa), algunos de los cuales desempeñan un papel relevante en la práctica del comercio electrónico. Por un lado, están excluidos de esta regulación "*(…) el caso de los mercados virtuales, como son los procedimientos internos de tramitación de reclamaciones gestionados por el comerciante o los procedimientos en los que las personas físicas responsables de su resolución son contratadas o retribuidas exclusivamente por el comerciante"*. Tampoco están reguladas por esta norma las negociaciones directas entre las partes y los procedimientos extrajudiciales creados *ad hoc* para un único litigio (art. 2.2 Directiva 2013/11/UE)[1150].

Con respecto a la mediación, la Directiva 2013/11/UE establece como criterio de base que debe entenderse sin perjuicio de la Directiva 2008/52/CE sobre mediación, cuya regulación se ha expuesto *supra*[1151].

En segundo extremo, con respecto al tipo de procedimientos, la Directiva 2013/11/UE contempla "*(…) la existencia de dos categorías básicas de procedimientos. Por un lado, los que únicamente tienen por objeto proponer una solución para resolver un litigio (art. 9.2). Este instrumento permite a las partes retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con su funcionamiento o tramitación, si bien se admite que la legislación nacional pueda obligar al comerciante a participar en un procedimiento de ese tipo, de modo que en tales situaciones la posibilidad de retirarse*

[1149] Véase RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo…", *loc. cit.*, pp. 228-239.
[1150] (*www.pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es*, entrada de 9 de julio de 2013).
[1151] En todo caso como está destinada a aplicarse de manera horizontal a todo tipo de procedimientos de resolución alternativa de conflictos, se incluyen los instrumentos regulados por la Directiva 2008/52/CE.

sólo se atribuye al consumidor".

En relación a los procedimientos que tengan por objeto resolver el litigio mediante una solución vinculante, la Directiva 2013/11/UE exige que "*en tales casos se informe previamente a las partes del carácter vinculante de la solución y que estas lo hayan aceptado de manera expresa, salvo si la solución es vinculante para el comerciante con arreglo a la normativa nacional, de modo que no se exige la aceptación del comerciante para cada caso*" (art. 10.2)[1152].

Cuando se trate de procedimientos en los que se pretenda lograr una solución vinculante, la Directiva 2013/11/UE "*incorpora también ciertas reglas sobre el régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia, para asegurar la adecuada protección de los consumidores y el respeto en estos casos de las normas de DIPr en materia de contratos de consumo vinculantes para los órganos judiciales"*. El art. 11 de la Directiva diferencia entre litigios internos ("cuando no existan conflicto de leyes") e internacionales ("cuando exista conflicto de leyes").

"*Para los primeros, impone la exigencia de que la solución no prive al consumidor de la protección que le proporcionen las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo, en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor y el comerciante tengan su residencia habitual. Es decir, exige la aplicación en todo caso de todas las normas imperativas de protección de los consumidores del Estado miembro de la residencia habitual común. Para las segundas, impone la necesidad de respetar, en su caso, lo previsto en el art. 6 del Reglamento Roma I, exigiendo que la solución impuesta por la entidad de resolución alternativa no pueda dar lugar a que el consumidor se vea privado de la protección ofrecida por disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su*

[1152] Además, la Directiva establece que "*(…) el acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio"*. En este contexto, cabe señalar que en España, el art. 24 del RD 231/2008, relativo al Sistema Arbitral de Consumo, establece, en relación con el convenio arbitral: "*que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo*."

residencia habitual"[1153].

Esta cuestión está relacionada con las disposiciones imperativas existentes en las fases del perfeccionamiento del contrato electrónico y que se encuentran en la regulación sobre deberes de información (arts. 27 y 28 LSSICE) y sobre CGC (art. 5 y 7 LCGC). De esta forma según lo señalado la solución adoptada en virtud de esta *ADR* establecido en la Directiva 2013/11/UE, no podrá menoscabar la protección de las disposiciones imperativas del domicilio del consumidor que con respecto al perfeccionamiento del contrato electrónico están relacionadas con las citadas cuestiones (deberes de información y control de incorporación de las CGC).

b) Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea

El Reglamento 524/2013, que es complementario de la Directiva 2013/11/UE, se limita a crear una plataforma de resolución de litigios en línea en el ámbito de la UE, facilitando un cauce de resolución extrajudicial de litigios entre consumidores y comerciantes. Su ámbito de aplicación se halla restringido a los litigios derivados de contratos de compraventa y prestación de servicios celebrados en línea entre un consumidor residente en la UE y un comerciante establecido en la UE, imponiéndose cuando el litigio se inicia por el comerciante la exigencia adicional de que el Estado miembro de la residencia habitual del consumidor admita, en tales casos, la resolución del litigio por esta vía (art. 2.1).

El Reglamento 524/2013 es aplicable también con respecto a las transacciones nacionales en línea. En relación con los términos utilizados para delimitar su ámbito de aplicación, el Reglamento remite básicamente al artículo 4 de la Directiva 2013/11/UE. El núcleo del Reglamento, contenido en su Capítulo II, está dedicado a regular el establecimiento, configuración y puesta en marcha por la Comisión de la plataforma de

[1153] En relación con el art. 11 de la Directiva, el concepto de residencia habitual es el utilizado en el Reglamento Roma I, que en parte difiere de la concreción del lugar de establecimiento en el artículo 4 de la Directiva, que sirve para diferenciar entre litigios nacionales y transfronterizos en el marco de la Directiva. El art. 4 de la Directiva incorpora un concepto más amplio de establecimiento de las personas jurídicas ("su domicilio social, su administración central o su lugar principal de actividad, incluida una sucursal, una agencia u otro tipo de establecimiento"), en comparación con el concepto de residencia habitual de las personas jurídicas en el Reglamento Roma I ("lugar de su administración central" y lugar en el que esté situada la sucursal, agencia o establecimiento relevante en relación con el contrato).

resolución de litigios en línea, como una ventanilla única a disposición de quienes deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en su ámbito de aplicación[1154].

La plataforma se configura como un sitio de Internet, de cuyo funcionamiento y mantenimiento es responsable la propia Comisión, y en el que cualquier reclamación puede presentarse cumplimentando un formulario electrónico, para ser eventualmente resuelta por la entidad de resolución alternativa competente. Como elemento relevante de la plataforma se destaca el ofrecimiento de una función de traducción electrónica que facilite el intercambio de la información necesaria para resolver el litigio, ya que cada una de las partes puede optar por un idioma diferente.

Corresponde a cada Estado miembro evaluar si las entidades de resolución alternativa establecidas en dicho Estado cumplen las obligaciones impuestas por el Reglamento. En el marco de este mecanismo, sólo pueden ser entidades de resolución las incluidas en la lista elaborada por cada autoridad nacional competente conforme al art. 20.2 de la Directiva 2013/11/UE[1155].

Para valorar la aportación de la plataforma en línea cuyo establecimiento regula el Reglamento 524/2013 y su interacción con otros mecanismos de resolución alternativa de controversias, resulta de interés detenerse en ciertos aspectos de los arts. 9 y 10, relativos a la tramitación de las reclamaciones y la resolución del litigio. El empleo de esta vía de solución extrajudicial no se basa en la existencia previa de un acuerdo de las partes, de modo que la presentación de la reclamación no asegura que esta vía prospere, salvo que las partes, una vez presentada la reclamación, se pongan de acuerdo en que una entidad resuelva la controversia: "*Si, transcurridos 30 días naturales desde la presentación del formulario de reclamación, las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre una entidad de resolución alternativa, o si la entidad de resolución alternativa se*

[1154] Véase BARRAL VIÑALS I., "Consumidores, online dispute resolution y reclamaciones de pequeña cuantía", *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, n° 10, 2014, pp. 394-415.

[1155] Desde la perspectiva de quienes comercializan bienes en línea, debe destacarse que el Reglamento impone a los comerciantes establecidos en la UE que celebren contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea y los mercados en línea establecidos en la UE la obligación de ofrecer en sus sitios de Internet un enlace electrónico de fácil acceso a la plataforma de resolución de litigios en línea (art. 14 Reglamento 524/2013). Desde las Recomendaciones 98/257/CE (UE, 1998) y 2001/310/CE (UE, 2001) se establece que cada Estado miembro comunique a la Comisión los nombres de los organismos de consumo responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo internamente reconocidos y adecuados a las recomendaciones de la Comisión. La base de datos *ADR* incluye los nombres y datos de contacto de los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo y que los Estados miembros y los países del EEE consideran de conformidad con estas recomendaciones.

negara a conocer del litigio, se pondrá fin a la tramitación de la reclamación" (art. 9.8).

No obstante, cuando la parte reclamada es un comerciante, puede darse la circunstancia de que esta parte esté obligada a recurrir a una entidad de resolución alternativa concreta para resolver los litigios de consumo. Cada entidad de resolución aplica sus propias normas de procedimiento, incluidas las relativas a las costas, si bien se establecen ciertas reglas comunes, en particular con respecto al plazo para concluir el procedimiento, la no exigencia de comparecencia de las partes y el intercambio de información con la plataforma de resolución de litigios (art. 10). Con respecto a otras cuestiones, como las que conciernen a los efectos de las resoluciones, el resultado del procedimiento puede tener carácter vinculante o no vinculante, en función de la entidad de resolución y el tipo de procedimiento [art. 9.5.e)][1156].

B) Centro Europeo de consumo

a) Funciones. Utilidades en la contratación electrónica

La red de CEC fue creada en 2005 por la Comisión Europea. En este año, en el marco de su misión de desarrollo del consumo transfronterizo dentro del espacio comunitario, la Dirección General de Sanidad y Consumo de la Comisión Europea creó la Red CEC, fusionando dos redes preexistentes: los Euroguichets, creada en 1991, cuyo objetivo era proporcionar información en los litigios transfronterizos, y la red Extrajudicial Europea (EJE-net), que desde el año 2001 se dedicaba a ayudar a los consumidores mediante *ADR*. Desde 2005, la entrada de cada nuevo Estado miembro en la UE ha estado acompañada por la creación del correspondiente CEC[1157].

La organización interna de cada centro varía según la estructura del mismo, esto es, puede ser un organismo público o también una asociación de derecho privado sin ánimo de lucro". La Red CEC está cofinanciada por los Estados miembros y la

[1156] Es importante el dato de que el Reglamento debe considerarse conjuntamente con la Directiva 2013/11/UE.

[1157] *(http://ec.europa.eu/consumers/publications/factsheet-ECC-Net_en.pdf).*El Establecimiento de la Red Europea de CentrosEuropeos del Consumidor (ECC-Net) a partir de la fusión de los *Euroguichets*/ ECCs y la Red EJE. En la actualidad la Red está compuesta porun centro en cada Estado Miembro, y los centros de Noruega e Islandia.

Comisión Europea.

Con respecto a las funciones del CEC, debe indicarse que este Centro: informa, asesora, asiste y apoya al consumidor europeo. Sus funciones son: en primer lugar, asesorar a los consumidores sobre sus derechos en materia de consumo, para que puedan aprovechar mejor las posibilidades que ofrece el mercado interior europeo. Esta actividad incluye la información sobre la legislación aplicable a cada caso concreto, tanto de ámbito nacional como europeo[1158].

En segundo extremo, intervenir como mediadores en las quejas y reclamaciones transfronterizas que se produzcan en los siguientes casos (CEC de España): de un lado cuando un consumidor nacional quiera reclamar por un mal servicio o producto defectuoso contra un establecimiento o empresa situado en otro Estado de la UE; o cuando un consumidor de otro Estado Comunitario quiere reclamar contra un establecimiento o empresa española.

En tercer término, informar y divulgar la política comunitaria en materia de consumo y de defensa del consumidor mediante la organización de seminarios, publicaciones, boletín informativo y difusión en los medios audiovisuales.

De otro lado, si un consumidor residente en España desea reclamar contra una empresa española, por una cuestión relacionada con una compra realizada a través del sitio web de esta debe acudir a la Dirección General de Consumo de su Comunidad Autónoma. A este órgano le corresponden las siguientes funciones: planificación, dirección, coordinación, control técnico y propuesta de actuación en materia de defensa de los consumidores y de control de mercado. Las actividades y servicios sometidos al control de dichas materias por esta Dirección General se refieren al ámbito de consumo de alimentos, los productos industriales y los servicios en general.

Por otro lado, en relación con las *ADR*, debe indicarse la importancia la Oficina Municipal del Consumidor (OMIC) que está en cada localidad a la que también se puede acudir en el caso de que surjan determinadas controversias en los contratos de consumo. Estos órganos se encargan de atender consultas de los consumidores, tramitar

[1158] (*www.cec.consumo-inc.es*).

reclamaciones y realizar labores de mediación en este tipo de contratos[1159].

b) Procedimiento de reclamación

Para presentar reclamaciones ante el CEC, en este caso, por las cuestiones que pueda suscitar el perfeccionamiento del contrato electrónico, deben cumplirse los siguientes requisitos: en primer lugar, la persona que presenta la reclamación debe ser un consumidor individual, y la cuestión objeto de la posible controversia ha de estar relacionada con un contrato de consumo, que no esté vinculado con su profesión.

En segundo extremo, es necesario que desee formular una consulta o presentar una reclamación contra una empresa europea. Es decir, es preciso que exista un componente transfronterizo europeo. Puede darse, por un lado, un supuesto de consumidores residentes en España que tengan alguna controversia con empresas en otro país de la UE o supuestos de consumidores residentes en la UE (excepto España) a la que se le plantee un conflicto con empresas Españolas.

Por ejemplo, el CEC sería competente en el caso de un contrato electrónico, si un consumidor español compra por Internet un billete de avión en una aerolínea francesa o si un turista alemán sufre un problema con la compra *online* de aceite de oliva de una empresa española. En cambio, este organismo no sería competente si surge un problema al contratar una tarifa de móvil entre un consumidor español y una empresa de EEUU.

Para el estudio del caso por este centro es requisito indispensable acreditar el contacto previo por escrito con la empresa, con la que se tiene el contrato (de consumo)

[1159] La Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, Aecosan, integra y desempeña en el marco competencial de la Administración General del Estado las funciones relacionadas con la promoción y el fomento de los derechos de los consumidores y usuarios en bienes y servicios, así como la seguridad alimentaria y la nutrición saludable. Es un organismo autónomo, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad a través de la Secretaría General de Sanidad y Consumo y es el resultado de la fusión entre el Instituto Nacional del Consumo y la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición. Está formado por más de 400 profesionales al servicio de la seguridad y de los legítimos intereses del consumidor distribuidos entre sus dos sedes de Madrid y tres laboratorios: el Centro Nacional de Alimentación, Laboratorio Nacional de Referencia; el Laboratorio de Biotoxinas Marinas, Laboratorio de Referencia de la UE ubicado en VIGO y el Centro de Investigación y Control de Calidad. Los objetivos fundamentales de AECOSAN. Entre sus funciones están, ejercer la promoción y el fomento de los derechos de los consumidores y usuarios, tanto en materia de seguridad de los productos como de sus intereses económicos (*http://www.aecosan.msssi.gob.es*).

por cualquier medio del que quede constancia (carta certificada, burofax, email). Si transcurren treinta días sin respuesta favorable, puede enviarse la reclamación rellenando el formulario de reclamación/consulta que se encuentra en el sitio web de este organismo (*www.cec.consumo-inc.es*). Se trata de un formulario electrónico que, una vez cumplimentado y enviado correctamente, llega de forma automática a la base de datos europea del centro.

A partir de este momento, un asesor de consumo se pone en contacto con el reclamante en un plazo máximo aproximado de un mes y después contactarán con los proveedores y mediarán entre estos y los usuarios, presentándoles la asistencia lingüística y técnica necesaria hasta llegar a una solución satisfactoria o en caso contrario, les asistirán y les orientarán acerca de las ADR previas a la vía judicial.

3.- *Online disputes Resolution*

A) Características generales y ventajas

Las novedades tecnológicas en las transacciones *online* han hecho que crezca el interés en las distintas posibilidades que este entorno ofrece como forma alternativa a los métodos de resolución de controversias utilizados tradicionalmente[1160].

Como se ha mencionado *supra*, los métodos *ADR* se caracterizan por su neutralidad, confidencialidad e imparcialidad, basados en el derecho de autodeterminación de las partes. Estos instrumentos conservan estas características representando de igual modo a ambas partes contratantes; manteniendo la confidencialidad de las comunicaciones entre estas y respetando su voluntariedad para participar en el proceso[1161].

En concreto, en el entorno de Internet, los *ODR* son procesos documentados, que a través de la inclusión de una tercera parte, actuando por solicitud de un primer participante, invita a la contraparte a responder, registrándose la presencia o ausencia de

[1160] Véase KATSH, E., "Online Dispute Resolutions: some Implications for the Emergence of law in Cyberspace", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 21, núm. 2, July, 2007, pp. 97-109.
[1161] *Ibidem*, p. 105.

la contraparte en el proceso, dentro de límites de tiempo previamente establecidos[1162].

Cuando se inicia el proceso, las partes establecen las razones que estiman oportunas en defensa de sus intereses para que pueda llegarse a una solución. La decisión final es establecida por el mediador *online*, o por el sistema construido para resolver de forma automática las disputas, de acuerdo a los requisitos establecidos por la entidad, que ofrece el sistema.

De otro lado, debe destacarse, que a diferencia de lo que ocurre en las resoluciones de conflictos tradicionales, donde los registros son destruidos para preservar la confidencialidad, en el medio *online* se construye necesariamente un registro de la disputa y de la intervención. Este hecho supone una ventaja para la investigación en este ámbito, ya que se permite generar archivos sistemáticos para la recopilación de datos (anónimos) sobre los procesos de mediación.

Además, aprovechando las ventajas tecnológicas existen *ODR* que se basan en el desarrollo de formas totalmente nuevas que son automatizadas y prescinden de la intervención de un ser humano en el proceso de la resolución de la disputa. En este sentido, puede afirmarse que existen diferentes posibilidades desde la mediación *online*, usando correo electrónico para la comunicación entre las partes y/o el mediador, que no se ven cara a cara por estar en distintos lugares, o arbitraje *online*, que por la misma razón envía documentos a las partes usando instrumentos de *securitización online*, hasta procesos que son totalmente automáticos[1163].

El diseño de estos sistemas se basa en diferentes reglas que establecen los parámetros para las decisiones, del tipo que establece que "Si" (sucede determinada condición), entonces, "se da este resultado." Las investigaciones actuales de grupos tales como (*www.OnlineDisputes.org)* permiten establecer diferentes reglas específicas para las determinaciones concretas de cada industria, con independencia de cuál sea su objeto[1164].

[1162] Véase BARRAL VIÑALS INMACULADA, "Consumidores, online dispute resolution...", *loc. cit*, p. 396.

[1163] Véase EDWARDS, L., CAROLINE, W., "Redress and alternative Dispute Resolution in EU Cross E-Border E-Commerce Transactions", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 21, núm. 3, November 2007, pp. 315-335.

[1164] VéaseFENOULHET, T.; "Introduction aux activités de resolution en ligne des litiges de la société de l'information dans le cadre européen"; DE LAMBERTERIE, I., "Le réglement en ligne des petits litigues de consommation", disponibles en (*http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr*).

Estos *ODR* surgen por distintas razones: en primer lugar, la rapidez en las transacciones *online*, demanda una respuesta igualmente rápida a las disputas que puedan surgir en estos contratos electrónicos. El segundo aspecto es el reducido coste de acceso al procedimiento para la resolución de conflictos por este medio. Este hecho invita a la participación en el comercio debido a que, en ocasiones, los conflictos que surgen en la contratación electrónica son de escasa cuantía y litigar ante los Tribunales puede hacer que las partes no se decidan a reclamar por los elevados costes que puede conllevar este hecho[1165].

En tercer término, como se ha mencionado *supra*, en Internet es habitual que las partes contratantes estén situadas en diferentes Estados con distintas legislaciones, donde la resolución de las cuestiones pueden ser diferentes dependiendo del Derecho que se aplique. Por este motivo, este método de resolución de conflictos *online* puede ser útil en estos contratos, porque *a priori* ofrece una solución neutral que puede resultar ventajosa para los contratantes, y que podría resultar complicada si se acude a algunos de los ordenamientos de las partes que pueden diferir en el resultado que otorguen al litigio.

De esta forma, las características principales de las *ODR* pueden resumirse en que son fácilmente accesibles, rápidas y de poco coste; puede haber mediador humano o no; si alguna de las partes falla en el cumplimiento del acuerdo, esto se registra en evaluaciones públicas de la conducta del comerciante. De otro lado, destaca el hecho de que la publicidad (negativa o positiva) determina la imagen del comerciante y es un poderoso incentivo hacia el cumplimiento de los acuerdos que solucionan la disputa; generan registros de todo el proceso, desde la reclamación inicial hasta la solución y proveen un mecanismo eficiente para la solución de disputas internacionales, sin necesidad de la intervención de los Tribunales de justicia[1166].

En todo caso, debe añadirse que pese a las ventajas que estas novedosas técnicas de resolución de conflictos presentan en relación con los medios tradicionales, también tienen inconvenientes. Por una parte, el hecho de que la resolución del conflicto se realice de una forma casi automática, en muchos casos, puede impedir valorar determinados factores importantes que deben tenerse en cuenta para llegar a una solución ajustada a

[1165] Véase ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de disputas en línea ((RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Reus, Madrid, 2013, pp. 28-39.
[1166] Véase KATSH, E., "Online Dispute Resolutions…", loc. cit., pp. 101-102.

Derecho. De otro lado, en muchas ocasiones, pese al sometimiento de las partes a este tipo de procesos de resolución de conflictos *online*, con posterioridad recurren a las vías tradicionales (judicial), porque el fallo no resulte favorable para los intereses que perseguía con la resolución de la controversia por este medio. Estas dos cuestiones restan confianza a las partes para someterse a estas *ODR*[1167].

B) Métodos con intervención humana

En el ámbito virtual existen sitios web que proveen de *ODR* que operan por sectores de actividad[1168]. A continuación se exponen algunos ejemplos (si bien en la práctica del comercio electrónico existen muchos otros sitios web con esta finalidad).En primer lugar, la Comisión europea dispone de una plataforma de resolución de conflictos en línea (*https://webgate.ec.europa.eu*).Este medio está habilitado para los particulares y empresas establecidas en la UE en virtud del mencionado Reglamento 524/2013.

En algunos países, las empresas también pueden utilizar esta web para presentar reclamaciones contra consumidores en relación con productos o servicios vendidos *online*. Este sitio web no dispone de organismos de resolución de litigios en algunos sectores y en los siguientes países: Croacia, España, Luxemburgo, Polonia, Rumania. De manera que no puede utilizarse esta web para resolver litigios con empresas de estos países. Sin embargo un consumidor español sí puede hacer uso de este instrumento cuando se le plantee alguna cuestión relacionada con un contrato electrónico en otros

[1167] Véase VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., "Comercio internacional electrónico…," *loc .cit*. p. 31; KATSH, E., "Online Dispute Resolutions: some Implications for the Emergence of law in Cyberspace", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 21, núm. 2, July, 2007, pp. 97-109.

[1168] En este sector resulta de interésla empresa ARyME **(***www.aryme.com/index_esp.ph*). "*Se trata de una entidad privada dedicada exclusivamente a promover el arbitraje, la mediación y otros métodos extrajudiciales mediante la observación e información de su actualidad, evolución y tendencias en el mundo. Asimismo ARyME es tanto un centro de recursos extrajudiciales como un lugar de encuentro entre los profesionales del arbitraje y de la mediación y empresarios, juristas o particulares interesados en resolver sus diferencias extrajudicialmente. Esta empresa ha crecido exponencialmente, convirtiéndose en uno de los portales mejor documentados en esta materia. El acceso a las distintas secciones del sitio web de la empresa AryME es gratuito para el visitante excepto para la sección de documentación del "ADR World Observer", si bien ésta contiene documentos de acceso público para cualquier visitante. Las suscripciones que AryME ofrece desde las distintas secciones que se presentan en estas páginas están sujetos a condiciones de uso y/o suscripción que se detallan en cada sección y que el visitante podrá leer, imprimir y guardar para su consulta o futura referencia".*

países de la UE, diferente de los enumerados[1169].

El primer paso es presentar la reclamación *online*, a continuación es necesario ponerse de acuerdo con la otra parte implicada para elegir un organismo de resolución de litigios que tramite su caso. Cada organismo de resolución de litigios aplica sus propias normas y procedimientos, que suelen ser más sencillos, rápidos y económicos que acudir a los tribunales[1170]. El propio sitio web proporciona un enlace con los organismos existentes en cada Estado para tramitar las reclamaciones. Una vez resuelta la reclamación, el organismo designado la comunica a las partes y se produce el cierre de esta.

Muchas empresas que comercializan sus productos y servicios en Internet disponen en su sitio web de un enlace para poder realizar la citada reclamación ante esta plataforma de la Comisión europea[1171]. Esta es una forma de atraer a los usuarios que pueden ver un atractivo a la hora de contratar en dicho sitio por las facilidades que se ponen a su disposición para resolver las cuestiones que se planteen.

En segundo extremo, en el contexto de las *ODR* es muy conocida la compañía "*Squaretrade"* que ofrece un sistema de negociación, mediación y arbitraje por medio de Internet[1172]. Sus principales clientes son los participantes en disputas sobre productos vendidos en subastas *online* (*eBay.com*) y también otras empresas que someten sus conflictos originados por la falta de cumplimiento contractual entre proveedores de servicios y compañías (*www.guru.com*)[1173].

Esta empresa presenta un procedimiento que comienza con la posibilidad de realizar una negociación directa entre las partes, mediante comunicaciones realizadas en un sitio web protegido. No hay ninguna intervención de la empresa *Squaretrade*, solo las dos partes se comunican entre sí sobre el tema de la controversia. Si las partes no consiguen un acuerdo, la parte que solicitó la intervención de la empresa puede pedir un

[1169] *(https://webgate.ec.europa.eu).*
[1170] Todos los organismos de resolución de litigios que aparecen en esta web proponen procedimientos de solución extrajudicial. Han sido verificados para garantizar que cumplen nuestras normas y están registrados ante las autoridades nacionales.
[1171] (*www.zalando.com*; *www. amazon.com*), son ejemplos de sitios web que proporcionan un enlace para poder realizar la citada reclamación.
[1172] *(www.squaretrade.com).*
[1173] Para un análisis más pormenorizado de estos y otros ejemplos de ODR véase FEMENIA, N., Resolución de disputas en y por Internet (*www.mediate.com).*

mediador en cualquier momento.

Este paso tiene un coste para la persona que solicita la intervención, que usualmente es una suma pequeña[1174].

En este momento del proceso, las partes no tienen acceso a lo que la otra parte escribe, sino que se comunican a través de los mensajes del mediador. Dado que la mediación es voluntaria, ni la parte que inició el proceso, ni *Squaretrade* tienen poder para hacer que la contraparte asista, o para garantizar un resultado particular. La función del mediador seleccionado es comunicar diferentes soluciones generadas por las partes, tratando de encontrar una solución común.

La empresa *Squaretrade* también ofrece la posibilidad de arbitraje, en este supuesto, el árbitro elegido de una selección de árbitros profesionales, revisa los hechos y la evidencia disponible y toma una decisión basada en las reglas y disposiciones legales. Esta posibilidad está disponible sólo en ciertos casos (no en supuestos de disputas por productos adquiridos en subastas como *Ebay*).

La empresa *Squaretrade* se define a sí misma como una entidad completamente independiente, y neutral, con procesos y sistemas imparciales[1175]. Tiene un conjunto de mediadores y árbitros profesionales, independientes de la empresa y no hay correlación alguna entre las decisiones ofrecidas y los pagos de honorarios a los profesionales de la entidad, que perciben un importe fijo[1176].

En tercer término, otro sistema de resolución de conflictos *online*, es el llamado "arbitraje virtual o magistrado virtual"[1177]**.** Este es un sistema de arbitraje virtual, pensado para supuestos de controversias por uso indebido de material protegido por la legislación sobre propiedad intelectual. Está diseñado para proporcionar un sistema rápido y con un coste reducido para resolver disputas sobre protección de derechos de propiedad intelectual *online*[1178].

El proceso de resolución de controversias sigue el modelo tradicional *online*, sin

---

[1174] Véase EDWARDS, L., CAROLINE, W., "Redress and alternative Dispute Resolution in EU Cross E-Border E-Commerce Transactions", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 21, núm. 3, Noviembre de 2007, pp. 315-335.
[1175] *(www.squaretrade.com)*.
[1176] Véase SUQUET CAPDEVILA, J., "The Eropean legal framework…", *loc. cit.*, pp. 162 y ss.
[1177] (*www.vmag.org).*
[1178] Véase KATSH, E., "Online Dispute Resolutions…" *loc. cit.*", p. 102.

contacto personal, se rellena un formulario con la reclamación, si esta se determina ubicada dentro de los parámetros del modelo, es aceptada para su arbitraje. Llegado este momento, se elige un magistrado virtual del listado de profesionales preseleccionado. Tiene que ser un árbitro que tenga conocimiento de las Nuevas Tecnologías. Este árbitro reenvía la queja a la contraparte, involucrando también a los sitios web donde se produjo el daño. El proceso está diseñado para ser cumplido en un breve periodo de tiempo. Cuando termina, la queja, la respuesta y la decisión se colocan en el sitio web, pasando a ser información pública.

Debido a que el ámbito de las controversias posibles a solucionar es muy restringido, y las entidades que derivan supuestos prefieren solucionarlos dentro de sus propios límites para conservar el control, el sistema ha resuelto escasos supuestos, pero si muchas consultas y derivaciones a otros sistemas. Es posible que, si la entidad que genera los litigios tiene un vínculo con la que los resuelve, la relación sea más sencilla y los usuarios accedan al servicio con más confianza y facilidad[1179].

c) Métodos sin intervención humana

En el contexto de las *ODR* existen otros métodos de resolución de controversias que se desarrollan sin intervención humana, de los que pueden citarse varios ejemplos[1180]. En primer lugar, destaca el caso de *Cybersettle*, esta organización utiliza un método propio para intermediar en controversias relativas a asuntos financieros, en concreto relacionados a los importes que han de pagarse para compensar los daños asegurados[1181]. Los métodos automatizados están diseñados de forma que ofrecen un proceso basado en una fórmula matemática. *Cybersettle* resuelve problemas de reclamaciones de seguros y financieras, a través de un sistema por el que las partes se someten a tres ofertas, y el sistema compara los importes varias veces para ver si se llega a un acuerdo[1182].

[1179] Véase OSMANI, F., *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 93-115.
[1180] Véase FEMENIA, N., "Resolución de disputas…", *loc. cit.*, pp. 4-6.
[1181] (www.cybersettle.com).
[1182] La fórmula de acuerdo está dentro del 30% de la diferencia, si hay una aproximación, la reclamación se resuelve teniendo en cuenta la suma intermedia de las dos ofertas. Si la oferta difiere por encima de los resultados de la formula prefijada, la reclamación no se resuelve (www.cybersettle.com).

En segundo extremo, destaca el depósito o *escrow*. Este dispositivo es muy útil para el comercio internacional con el fin de originar confianza en la operación, y consiste en el depósito del precio de la transacción en un sitio intermediario. Este dispositivo asegura que la decisión consensuada a través del método de resolución de disputas va a ser implementado inmediatamente y con seguridad. El dinero sólo es entregado al vendedor después de que el comprador asegure que la transacción se ha completado a su satisfacción.

En el caso de que surjan inconvenientes con el producto recibido, el dinero se reembolsa al comprador. En consecuencia, tiene más importancia para el vendedor el cumplimiento de las condiciones pactadas para el intercambio. Un ejemplo de este sistema es *iEscrow*, el sistema organizado por *eBay*, principalmente para transacciones internacionales, en las que se protege el dinero del comprador hasta que la mercadería llega a su destino y es aceptación. Se completa con el dispositivo de un mecanismo para aceptar reclamaciones, junto con las evaluaciones de compradores y vendedores. Estas reclamaciones serán procesadas después, como se ha indicado, por la compañía independiente *SquareTrade*.

En tercer lugar, debe mencionarse el sistema de re-depósito de los cargos en tarjetas de crédito, también conocido como contracargo o *chargeback*[1183]. Esta es la forma más habitual para resolver conflictos entre consumidores y comerciantes, por la que el cliente recibe un crédito por la suma objeto del litigio. Si no hay otro intrumento en su lugar, y si surge una controversia relativa a la compra de bienes o servicios, estos pueden cancelar la transacción y que se le reembolse su dinero. El comerciante puede comprobar que los bienes o servicios han sido entregados de acuerdo con lo acordado, en cuyo supuesto, se volverá a realizar el cargo. Este proceso es válido solo para consumidores finales, y no para transacciones entre comerciantes.

Las grandes compañías de tarjetas de crédito en su mayoría han extendido esta protección a las compras internacionales, y han adoptado pautas especiales para que éste proceso pueda aplicarse a compras realizadas por Internet. La prueba de que este sistema funciona es que existen pocos supuestos en los que la controversia, pese a la devolución

[1183] Véase VILLA, S., *Aspetti informatici e problematiche giuridiche dei sistema electronici di pagamento*, Aggiornata, Bolonia, 1999, pp. 45-57; id., *Manualle di diritti dell´informatica e delle nuove tecnologie*, Aggiornata, Bolonia, 2002, pp. 27-36.

del importe, haya llegado a la vìa judicial[1184]. El sistema es rápido, accesible y con un bajo coste para el cliente. En este caso, el intermediario que interviene en la controversia es el sector bancario emisor de las tarjetas, que ya tiene una relación previa con las partes, esto es con el cliente y el comerciante.[1185].

De esta forma, en la contratación electrónica, los distintos *ODR* se crean por la demanda de empresas y destinatarios de los bienes y servicios que requieren estas nuevas fórmulas basadas en la intervención de mediadores y árbitros, o en métodos automatizados, y en ocasiones en combinaciones de ambos[1186]. En concreto para las disputas que se planteen vinculadas con el perfeccionamiento del contrato electrónico pueden resultar de utilidad ya que resultan económicamente eficientes ya que pueden minimizar los costes y el tiempo de resolución de la controversia con respecto a otros medios de resolución de litigios.

[1184] Véase MELCON SÁNCHEZ-FRIERA, C., *Las transacciones comerciales…, op. cit.,* pp. 1-30.
[1185] Véase EDWARDS, L., CAROLINE, W., "Redress and alternative…",*loc. cit,* pp. 333-335.
[1186] Véase SUQUET CAPDEVILA, J., "The Eropean legal framework…", *loc. cit.,* pp. 162 y ss.

CONCLUSIONES

Finalizado el presente trabajo de investigación se ha llegado a diversas conclusiones generales y específicas.

En primer lugar se enuncian las conclusiones generales:

I.- La normativa relacionada con el perfeccionamiento del contrato electrónico internacional es horizontal, se tiende a la especialización, aunque para dar una respuesta sobre este tema ha tenerse en cuenta que estas normas inciden en la determinación del momento de perfeccionamiento del contrato electrónico de manera interseccional, por tanto hay que ponerlas en relación. Este hecho hace que surjan algunas dificultades relativas a la delimitación normativa y a la compatibilidad entre las fuentes de procedencia de esta reglamentación.

II.- El Reglamento Roma I, no regula el perfeccionamiento del contrato, sino que parte de que éste existe y se refiere a otros conceptos como son la existencia y la validez (art. 10), que si bien están relacionados, no se corresponden con esta fase del *iter* contractual.

Del mismo modo, la DCE no proporciona una respuesta sobre esta cuestión. El art. 11 de esta norma se limita a exigir el envío de un acuse de recibo de la contratación realizada, pero éste sólo tiene efectos informativos y a lo sumo probatorios. Por otra parte, la normativa sobre CGC y la normativa de consumo, tampoco se refieren al momento perfectivo del contrato, ya que su objetivo es, principalmente, la protección del adherente y del consumidor respectivamente.

III.- El perfeccionamiento del contrato electrónico a través de sitios web activos con TV, a diferencia de otras relaciones contractuales que se concluyen de forma simultánea, se produce una vez que se han dado una serie de fases. Estas se relacionan, principalmente con la oferta, la adhesión y el control de incorporación de las CGC (presentes en la mayoría de los contratos que se formalizan por este medio).

Además de estas etapas, el perfeccionamiento del contrato electrónico se vincula a otros elementos relacionados con las vicisitudes de este como son, los deberes de información previos y posteriores a su conclusión y el derecho de desistimiento. Estas cuestiones pueden alterar, de diversos modos, las relaciones entre los contratantes.

IV.- El contrato electrónico se perfecciona cuando se hayan dado los elementos y fases de acuerdo con los regímenes jurídicos aplicables a cada uno de ellos. Por este motivo, resulta necesario verificar su reglamentación desde el punto de vista del DIPr para comprobar que el contrato electrónico ha nacido y por consiguiente genera derechos y obligaciones para las partes. En concreto es preciso determinar qué normas son económicamente eficientes en relación con el perfeccionamiento del contrato electrónico aunando la celeridad y la necesaria protección de las partes intervinientes.

En segundo extremo se exponen las conclusiones específicas:

V.- Según lo expuesto, el criterio de origen del art. 3 de la DCE no contiene un mandato conflictual. Por tanto el Tribunal competente tendría que aplicar la ley designada conforme al DIPr pero estas normas de DIPr serán desplazadas por las del Estado miembro de establecimiento del PSSI cuando su aplicación sea contraria a las exigencias de Derecho comunitario por imponer restricciones en el ámbito coordinado no previstas en el Estado miembro en el que está establecido el PSSI (art. 3.2 DCE).

La excepción prevista en el art. 3.2 de la DCE no soluciona las restricciones que la ley del contrato imponga sobre la ley del domicilio del destinatario cuando dicha ley (rectora) se trate precisamente de la ley del país de origen del PSSI o de otra distinta a la del destinatario. Además en relación con el régimen jurídico de los deberes de información, puede ocurrir que la aplicación del Reglamento Roma I y de la DCE a un mismo contrato produzca resultados contradictorios. Este hecho, se debe a la distinta base jurídica que tienen el Reglamento Roma I y la DCE. En estos casos, se hace necesaria la coordinación entre las normas de conflicto en sentido estricto (Roma I) y los indicadores espaciales que delimitan el ámbito de aplicación de la DCE y de la LSSICE.

En primer lugar, esta coordinación puede darse, mediante la consideración como normas imperativas en sentido interno de los arts. 27 y 28 de la LSSICE. Su aplicación

se justificaría cuando la ley extranjera que designa la norma de conflicto no resulte tanto o más favorable que la ley española (LSSICE) a la consecución de la protección del destinatario de los SSI, con respecto a la información prescrita en la contratación electrónica, ya que el carácter imperativo de estas normas en sentido interno es relativo.

En segundo extremo, la coordinación entre estas normas, puede tener lugar también mediante la consideración de los arts. 27 y 28 de la LSSICE como normas imperativas de Derecho comunitario. Para llegar a esta conclusión se tiene en cuenta el propósito del legislador comunitario relacionado con la necesidad de reforzar la seguridad jurídica en los contratos electrónicos para fomentar esta vía de contratación, respetando los principios y libertades comunitarias

La aplicación de los arts. 27 y 28 de la LSSICE como normas imperativas en estas dos vertientes está garantizada por los arts. 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I respectivamente. Para que opere la protección contenida en estos preceptos todos los elementos de la situación han de estar localizados en España en el momento de elección de la *lex contractus*. Por este motivo, estos preceptos no sintonizan plenamente con los delimitadores espaciales de la DCE y de la LSSICE que sólo exigen que la actividad se dirija a España (arts. 3 y 4 LSSCE).

En tercer término, en relación con la coordinación entre el Reglamento Roma I y los indicadores espaciales de la LSSICE ha de considerarse el carácter de normas internacionalmente imperativas de los arts. 27 y 28 de la LSSICE ya que estos preceptos cumplen los *test de imperatividad* y de *compatibilidad con el Derecho europeo*. Esto es, el legislador español pretendió su aplicación a supuestos que contienen elementos de tráfico externo (arts. 3 y 4 LSSICE); y los arts. 27 y 28 de la LSSICE pueden considerarse normas "ambivalentes", ya que junto a la protección de los intereses privados protegen intereses públicos relacionados, entre otras cuestiones, con el desarrollo del comercio electrónico.

VI.- Para determinar la ley que califica el contenido de un sitio web como oferta, el Reglamento Roma I no proporciona una respuesta satisfactoria ya que parte de la existencia del contrato. Por tanto, para la determinación del régimen jurídico de la oferta

deben considerarse otros criterios como los principios de previsibilidad y proximidad en relación con la teoría de la *International Stream of Commerce*. De esta forma, la Ley aplicable a esta cuestión será la de la residencia del destinatario al que se dirige la información a través del sitio web (oferta o no), que a su vez es la que resulta más previsible para este.

VII.- En la contratación electrónica la adhesión a las CGC suele coincidir con la aceptación contractual. Los requisitos para que tenga lugar la adhesión no se recogen en la LCGC, que sólo se refiere a los requisitos de incorporación. La ley aplicable a la adhesión/aceptación electrónica será la del país del domicilio del destinatario de los SSI, que actue como aceptante-adherente siempre que en virtud de la teoría de la *International Stream of Commerce* se verifique que se dirigía la oferta a dicho Estado. En el caso de la revocación de la aceptación por la similitud que presenta con el derecho de desistimiento pueden darse en la práctica resultados contradictorios por el diferente régimen jurídico en DIPr de ambas figuras.

VIII.- Con respecto a los requisitos de incorporación, el Reglamento Roma I determina que la ley aplicable a la existencia y validez de los contratos (por tanto también a la incorporación de las CGC, en general), es la ley del contrato (art. 10 del Reglamento Roma I). Por este motivo, el art. 3.2 de la LCGC, que extiende su aplicación también a los contratos regidos por una ley extranjera, puede ocasionar resultados contradictorios con el Reglamento Roma I en este extremo, y con respecto a la ley rectora de la validez del acuerdo de elección de ley (art. 3.5 Reglamento Roma I).

Para solucionar esta cuestión, se plantea una primera propuesta relacionada con la consideración como normas internacionalmente imperativas de los arts. 5 y 7 de esta norma que regulan el control de incorporación (art. 5 LCGC) y las consecuencias de su inobservancia (art. 7 LCGC). Para afirmar o negar la imperatividad internacional de estos preceptos es preciso tomar en cuenta los criterios avalados por la jurisprudencia del TJUE (test de imperatividad y compatibilidad con el Derecho europeo), que estas normas superan.

La segunda propuesta para solucionar esta cuestión está vinculada con la técnica de la adaptación en DIPr. Esta técnica ofrece una primera opción que consiste en jerarquizar las normas que se contradicen (arts. 10 y 3.5 del Reglamento Roma I y art. 3.2 LCGC) que conlleva la aplicación del Reglamento Roma I, como norma jerárquicamente superior, frente a la LCGC; a no ser que, se considere la imperatividad internacional de determinados preceptos de esta (arts. 5 y 7 LCGC), de acuerdo con el art. 9 del Reglamento Roma I. En segundo extremo, la técnica de la adaptación puede consistir en extraer una reglamentación *ad hoc*, teniendo en cuenta las diferentes normas que producen los resultados contradictorios, para resolver dicha inadaptación (solución material más favorable).

IX.- Los conflictos relativos al derecho de desistimiento que surjan en la práctica pueden deberse: en primer lugar a cuestiones relativas a su contenido, en cuyo caso habrá que estar a la ley rectora de estas cuestiones (*lex contractus*). Teniendo en cuenta que muchos de los contratos electrónicos se celebran con consumidores, la ley aplicable al contrato de consumo regulará determinadas cuestiones del desistimiento como es el plazo, el ejercicio, etc. En estos contratos la protección que se otorga al consumidor (pasivo), con respecto al derecho de desistimiento y con independencia de la ley elegida, está garantizada tanto por el Reglamento Roma I (art. 6) como por la Directiva 2011/83/UE (art. 25). Sin embargo la protección de los consumidores activos comunitarios con respecto al derecho de desistimiento se torna más compleja ya que la Directiva 2011/83/UE extiende su protección a los consumidores activos, pero sólo en el caso de que la elección de Ley se haya realizado a favor de un Estado miembro de la UE.

En cualquier caso, muchos contratos electrónicos se celebran entre empresarios, en estos supuestos si la ley rectora del contrato es la ley de un tercer Estado, difícilmente podrá operar la protección de la Directiva 2011/83/UE con respecto al desistimiento, ya que esta se refiere únicamente a los contratos de consumo. Por consiguiente la cláusula de excepción del Reglamento Roma I (art. 3.4) tampoco supone, en el caso del desistimiento en contratos celebrados entre empresas, una mayor protección del destinatario-profesional de los SSI ya que este precepto trata de asegurar la aplicación de

las normas imperativas de Derecho europeo, pero estas, en la materia relativa al desistimiento sólo se refieren a los consumidores.

En segundo extremo el desistimiento se inserta en el contrato como CGC, para lo que habrá que considerar las normas sobre deberes de información previos relacionadas con esta cuestión (art. 27.4 LSSICE); por último en relación con los requisitos de incorporación de la condición general relativa al desistimiento ha de considerarse la ley rectora del control de incorporación de las CGC (art. 5 y 7 LCGC).

X.- Con respecto a las disputas relacionadas con la existencia de la oferta y de la aceptación, se plantean como foros más eficientes del Reglamento Bruselas I bis: el foro del domicilio del demandado (art. 4), el foro especial en materia contractual (art. 7) y el foro en contratos celebrados con consumidores (art. 17).

XI.- Con respecto al foro del domicilio del demandado, pese a las ventajas que plantea tanto para el demandante, de cara a la posterior ejecución de la resolución recaída en el procedimiento y para el demandado, por razones obvias de proximidad, también encuentra inconvenientes. Estos se dan, por la propia determinación del domicilio del demandado que en estos casos puede resultar más compleja porque las partes se encuentran en distintos lugares, y normalmente no se conocen.

A estas cuestiones se une el hecho de que en la información que sea necesario proporcionar a la contraparte se utilice un domicilio ficticio que no corresponda con el real y que es aceptado en la práctica porque es el que resulta previsible para el destinatario de los SSI.

XII.- La atribución de la competencia en virtud del foro especial en materia contractual es posible aunque el objeto del procedimiento sea la determinación de la existencia de la oferta o de la aceptación contractual. En caso contrario, este foro podría quedar desprovisto de efecto jurídico ya que sería suficiente con que se alegara la inexistencia de algunas de las declaraciones de voluntad necesarias para el perfeccionamiento del contrato, para desvirtuar la regla contenida en el art. 7 del Reglamento Bruselas I bis.

XIII.- Por otro lado, en los litigios relacionados con la existencia de la oferta o de la aceptación en los contratos electrónicos de consumo debe indicarse, que la protección otorgada por el Reglamento Bruselas I bis puede coincidir con el régimen de la Ley aplicable, ya que ambas cuestiones se basan en la Teoría del *International Stream of commerce*. Este hecho se debe a que siendo competente el Tribunal del domicilio del consumidor (art. 18 Reglamento Bruselas I bis), este tendrá en cuenta la *lex fori*, para determinar si el contenido del sitio web puede calificarse como oferta o si el destinatario de los SSI prestó su aceptación.

XIV.- Para determinar la CJI en los litigios sobre los deberes de información se tendrá en cuenta el foro de sumisión expresa del art. 25 del Reglamento Bruselas I bis, en la mayoría de los contratos electrónicos, ya que normalmente estos contratos suelen operar bajo la *prorrogatio fori*. Este hecho, puede ser utilizado para eludir la aplicación de las disposiciones internacionalmente imperativas relacionadas con los deberes de información, ya que la actual regulación de la aplicación de estas normas por los Tribunales de terceros Estados concede una amplia discrecionalidad a estos.

Por otro lado, los conflictos vinculados con los deberes de información pueden estar relacionados con el control de incorporación de las cláusulas donde se insertan. En estos casos para determinar la CJI será necesario estar al caso concreto, para verificar si el supuesto incumplimiento del control de incorporación se alega de la totalidad de las CGC (que incluirán en este caso la *prorrogatio fori*). En estos supuestos habrá que estar al resto de foros regulados por el Reglamento Bruselas I bis. En cambio, si sólo se refiere a las cláusulas sobre deberes de información, será competente el Tribunal acordado por las partes.

XV.- El Tribunal competente para conocer de los litigios relativos al contenido del derecho de desistimiento o al incumplimiento del control de incorporación de la cláusula donde se inserta esta facultad, en los contratos B2C, se determinará de acuerdo con los arts. 17-19 del Reglamento Bruselas I bis. Si la controversia relativa al incumplimiento del control de incorporación sobre el desistimiento se suscita en un contrato B2B la CJI se determinará de acuerdo con el resto de foros.

CONCLUSIONS

After the present research work, several general and specific conclusions have been reached.

In the first place, the general conclusions are:

I.- The regulations about of the perfection of the international electronic contract is horizontal, tends to specialization, although to give an answer on this object it must be taken into account that these rules affect the determination of the moment of perfection of the electronic contract is intersectional. This fact gives rise to some difficulties related to the regulatory delimitation and the compatibility between the sources of origin of this regulation.

II. - The Rome I Regulation does not regulate the perfection of the contract, but rather that it exists and refers to other concepts such as the existence and validity (art. 10), which, although they are related, do not correspond with this phase of contractual contracting.

Similarly, the DCE does not provide an answer on this issue. The art. 11 of this rule is limited and require the sending of an acknowledgment of receipt of the contract, but it has only informative and at most probatory. On the other hand, the regulations on CGC and consumption regulations do not refer to the perfecting moment of the contract either, since its objective is, mainly, the protection of the adherent and the consumer respectively.

III. - The perfection of the electronic contract through active websites with TV, unlike other contractual relationships that are concluded simultaneously, occurs once there have been a series of phases. These are related, mainly with the offer, the adhesion and the control of incorporation of the CGC (present in the majority of the contracts that are formalized by this means).

In addition to these stages, the perfection of the electronic contract is linked to other elements related to the vicissitudes of this as they are, the information duties prior to and after its conclusion and the right of withdrawal. These issues can alter, in various ways, the relationships between the contracting parties.

IV. - The electronic contract is perfected when the elements and phases have been given in accordance with the legal regimes applicable to each one of them. For this reason, it is necessary to verify its regulation from the point of view of the IPL to verify that the electronic contract has been born and therefore generates rights and obligations for the parties. Specifically, it is necessary to determine which standards are economically efficient in relation to the improvement of the electronic contract, combining the speed and necessary protection of the parties involved.

In the second place the specific conclusions are:

V. - According to the exposed, the origin criterio of art. 3 of the DCE does not contain a conflictual mandate. Therefore, the competent court would have to apply the law designated under the IPL but these rules of IPL will be displaced by those of the Member State of establishment of the PSSI when its application is contrary to the requirements of Community law to impose restrictions in the coordinated field not foreseen in the Member State where the PSSI is established (Article 3.2 DCE).

The exception provided in art. 3.2 of the DCE does not solve the restrictions that the law of the contract imposes on the law of the domicile of the addressee when said law (rector) is precisely the law of the country of origin of the PSSI or other than that of the addressee. In addition, in relation to the legal regime of the duties of information, it may happen that the application of the Rome I Regulation and the DCE to the same contract produce contradictory results. This fact is due to the different legal basis of the Rome I Regulation and the DCE. In these cases, it is necessary to coordinate between the rules of conflict in the strict sense (Rome I) and the geographies indicators that delimit the scope of application of the DCE and the LSSICE.

In the first place, this coordination can occur, through the consideration as imperative norms internally of arts. 27 and 28 of the LSSICE. Its application would be justified when the foreign law that designates the conflict norm is not as or more favorable than the Spanish law (LSSICE) to the attainment of the protection of the recipient of the SSI, with respect to the information prescribed in the electronic contracting, since the imperative nature of these norms in an internal sense is relative.

In the second place, the coordination between these norms, can also take place through the consideration of arts. 27 and 28 of the LSSICE as imperative norms of community law. To reach this conclusion, the purpose of the Community legislator related to the need to reinforce legal security is taken into account.

The application of the arts. 27 and 28 of the LSSICE as mandatory standards in these two aspects is guaranteed by arts. 3.3 and 3.4 of the Rome I Regulation respectively. In order for the protection contained in these precepts to operate, all the elements of the situation must be located in Spain at the time of choosing the *lex contractus*. For this reason, these precepts do not they match with the spatial delimiters of the DCE and the LSSICE that only require the activity to be directed to Spain (articles 3 and 4 LSSCE).

Thirdly, the coordination between the Rome I Regulation and the spatial indicators of the LSSICE must be considered as the internationally binding norms of arts. 27 and 28 of the LSSICE since these precepts meet the tests of imperativeness and compatibility with European law. That is, the Spanish legislator intended its application to cases that contain elements of external traffic (articles 3 and 4 LSSICE); and arts. 27 and 28 of the LSSICE can be considered "ambivalent" standards, since together with the protection of private interests they protect public interests related, among other issues, to the development of electronic commerce.

VI. - In order to determine the law that qualifies the content of a website as an offer, the Rome I Regulation does not provide a satisfactory answer as it is part of the existence of the contract. Therefore, for the determination of the legal regime of the offer other criteria must be considered, such as the principles of predictability and proximity in

relation to the theory of the International Stream of Commerce. In this way, the Law applicable to this issue will be that of the residence of the recipient to whom the information is addressed through the website (offer or not), which in turn is the one that is most predictable for it.

VII. - In electronic contracting the adhesion to the CGC usually coincides with the contractual acceptance. The requirements for membership to take place are not included in the LCGC, which only refers to the incorporation requirements. The law applicable to electronic adhesion / acceptance will be that of the country of residence of the recipient of the SSI, which acts as acceptance-adherent provided that under the theory of the International Stream of Commerce it is verified that the offer was addressed to that State. In the case of the revocation of the acceptance due to the similarity that it presents with the right of withdrawal, contradictory results may occur in practice due to the different legal regime in DIPr of both figures.

VIII. - Regarding the incorporation requirements, the Rome I Regulation determines that the law applicable to the existence and validity of the contracts (therefore also to the incorporation of the CGC, in general), is the law of the contract (art. 10 of the Rome I Regulation). For this reason, art. 3.2 of the LCGC, which extends its application also to contracts governed by a foreign law, may cause contradictory results with the Rome I Regulation in this regard, and with respect to the law governing the validity of the law choice agreement (art. 3.5 Rome Regulation I).

To solve this question, a first proposal related to the consideration as internationally imperative norms of arts. 5 and 7 of this regulation regulating the control of incorporation (article 5 LCGC) and the consequences of its non-observance (article 7 LCGC). To affirm the international imperativeness of these precepts, it is necessary to take into account the criterio endorsed by the jurisprudence of the CJEU (test of imperativeness and compatibility with European Law), which these standards exceed.

The second proposal to solve this question is linked to the technique of adaptation in DIPr. This technique offers a first option that consists in hierarchizing contradictory

norms (articles 10 and 3.5 of the Rome I Regulation and article 3.2 LCGC) and involves the application of the Rome I Regulation, as a hierarchically superior norm, in front of the LCGC, unless, the international imperativeness of certain precepts of this is considered (articles 5 and 7 LCGC), in accordance with art. 9 of the Rome I Regulation. In the second extreme, the technique of adaptation may consist in extracting an *ad hoc* regulation, taking into account the different norms that produce the contradictory results, in order to solve this maladjustment (most favorable material solution).

IX. - Conflicts related to the right of withdrawal that arise in practice may be due to: first, issues related to their content, in which case the law governing these issues (*lex contractus*) must be addressed. Taking into account that many of the electronic contracts are concluded with consumers, the law applicable to the consumer contract will regulate certain issues of withdrawal such as the term, the exercise, etc. In these contracts, the protection granted to the consumer (passive), with respect to the right of withdrawal and independently of the chosen law, is guaranteed both the Rome I Regulation (art. 6) and by Directive 2011/83 / EU (art. 25). However, the protection of active community consumers with regard to the right of withdrawal becomes more complete since Directive 2011/83/EU extends its protection to active consumers, but only in the case that the choice of law has been made in favor of a Member State of the EU.

In any case, many electronic contracts are concluded between employers, in these cases if the law governing the contract is the law of a third State, it will be difficult to operate the protection of Directive 2011/83 / EU with respect to the withdrawal, since this it refers only to consumer contracts. Therefore, the exception clause of the Rome I Regulation (art. 3.4) does not suppose, in the case of the withdrawal in contracts concluded between companies, a greater protection of the recipient-professional of the SSI since this precept tries to ensure the application of the imperative rules of European law, but these, in the matter relating to withdrawal only refer to consumers.

In the second place, the withdrawal is inserted in the contract as CGC, for which it will be necessary to consider the rules on prior information duties related to this issue (art. 27.4 LSSICE); Finally, in relation to the requirements for incorporation of the

general condition relating to withdrawal, the law governing control of incorporation of the CGC must be considered (art. 5 and 7 LCGC).

X.- Regarding disputes related to the existence of the offer and acceptance, they are considered as more efficient forums of the Brussels I Regulation: the defendant's domicile forum (article 4), the special forum on contractual matters (art. 7) and the forum in contracts concluded with consumers (art. 17).

XI.- With regard to the forum of the domicile of the defendant, despite the advantages it raises both for the plaintiff, with a view to the subsequent enforcement of the resolution relapsed in the proceeding and for the defendant, for obvious reasons of proximity, he also finds disadvantages. These are given by the determination of the domicile of the defendant, which in these cases can be more complex because the parties are in different places, and usually do not know each other.

To these questions is added the fact that in the information that is necessary to provide the counterpart, a fictitious address is used that does not correspond to the real one and that is accepted in practice because it is what is foreseeable for the recipient of the SSI.

XII.- The attribution of jurisdiction under the special forum on contractual matters is possible even though the purpose of the procedure is to determine the existence of the offer or the contractual acceptance. Otherwise, this forum could be devoid of legal effect because it would be sufficient to claim the inexistence of some of the declarations of will necessary for the improvement of the contract, to distort the rule contained in art. 7 of the Brussels I bis Regulation.

XIII. - On the other hand, in the litigation related to the existence of the offer or the acceptance in the electronic consumer contracts it must be indicated, that the protection granted by the Brussels I bis Regulation can coincide with the regime of the applicable Law, since both issues are based on the Theory of the International Stream of commerce. This fact is due to the jurisdiction of the Court of the domicile of the consumer (Article 18 Brussels I bis Regulation), which will take into account the *lex fori*, to

determine if the content of the website can be qualified as an offer or if the recipient of the SSI lent its acceptance.

XIV. - To determine the CJI in the litigation regarding the duties of information, the forum of express submission of art. 25 of the Brussels I bis Regulation, in the majority of electronic contracts, since normally these contracts usually operate under the *fori prorogatio*. This fact can be used to circumvent the application of internationally mandatory provisions related to the duties of information, since the current regulation of the application of these rules by the Courts of third States grants a wide discretion to these.

On the other hand, conflicts related to the duties of information may be related to the control of incorporation of the clauses where they are inserted. In these cases to determine the CJI will be necessary to be the case, to verify whether the alleged breach of control of incorporation is alleged to all of the CGC (which will include in this case the extension fori). In these cases, the rest of the forums regulated by the Brussels I bis Regulation will have to be included. On the other hand, if it only refers to the clauses on information duties, the Court agreed by the parties will be competent.

XV.- The Court competent to hear disputes relating to the content of the right of withdrawal or failure to comply with the control of incorporation of the clause in which this right is inserted, in B2C contracts, will be determined in accordance with arts. 17-19 of the Brussels I bis Regulation. If the controversy regarding the breach of the control of incorporation over the withdrawal arises in a B2B contract, the CJI will be determined in accordance with the rest of the forums.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, P., "Problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado (I)", P. Abarca Junco (dir.), *Derecho internacional privado*, vol. I Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2003, pp. 138 y ss.

ABELLÁN, V, *Lecciones de Derecho comunitario europeo*, Ariel, Barcelona, 2005.

ACCIARRI, H.A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, George Mason University, Law & Economics Center, Berkeley, USA, 2009.

ADAME GODDARD, J., "Introducción a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", *Revista de Derecho Privado*, (México), mayo-agosto 1990, pp.165-166.

AGNER, W.; ANSEN , J.; AUST, F.; IDENMÜLLER, E.; RIGOLEIT, G., "The Common Frame of References for European Privat Law-policy Choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal*, Studies, vol. 28, 2015, núm. 4, pp. 659-708.

AGUILAR GRIEDER, H., "Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva de lege lata y propuestas de lege ferenda", *CDT* (marzo 2014), vol. 6, n. º 1, pp. 45-67.

- "Desafios y tendencias en el actual derecho internacional privado europeo de los contratos", *CDT* (octubre 2012), vol. 4, núm. 2, pp. 23-48.

- "El impacto del Reglamento Roma I en el contrato internacional de Agencia", *CDT* (marzo 2011), vol. 3, núm. 1, pp. 24-46.

-"Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I", *CDT* (marzo 2009), vol. 1, núm. 1, pp. 19-35.

AGUILAR NAVARRO, M., "Observaciones críticas en torno a la historia del Derecho internacional privado" *Anuario de la Universidad Hispalense*, 1959, pp. 17 y ss.

-*Derecho internacional privado*, tomo 1, vol. 1, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1962.

-"Droit international public et droit international privé", *Mélanges offerts a Jacques Maury*, vol. I, París, 1960, pp. 3-25.

-"Revisión metodológica en el Derecho internacional privado", *REDI*, núm. 13, 1960, pp. 455-480.

- *Lecciones de Derecho internacional privado*, vol. I, t.18, Madrid, 1983.

AHRENS, H.J., "Das Herkunftslandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie", *Computer und Recht*, vol. 16, 2000, pp. 835-841.

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, vol. I, *Introducción y Derecho de la persona*, Bosch., Barcelona, 2002, pp. 15-29.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho Contractual comparado, una perspectiva europea y transaccional*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 753-867.

- "La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la propuesta", ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15-25.

-*La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Thomson-Civitas, Navarra, 2009.

ALDECOA LUZARRAGA, F., *La integración europea: análisis histórico-institucional con textos y documentos*, Tecnos, Madrid, 2002.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación, técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el derecho privado", *RDBB*, núm. 67, 1997, pp. 839-902.

ALFMEIER, A., *Vom cassislikör zur e-Commerce- Richtlinie: auf dem weg zu einem europäischen, Mediendeliktsrecht, Zeitschrift fur europäisches privatrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Munich, 2001, pp. 837-868.

"Los costes de transacción", J.L. Iglesias Prada (coord), *Estudios en homenaje al Profesor A. Menéndez*, vol. I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 131-162.

ALPA, G; DELFINO, R., *Il contrato nel Common Law Inglese*, Edam, Padova, 1997.

ALVAREZ GONZÁLEZ, S., Comentario de la STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11: Mühleitner-Yusufi, *REDI*, vol. LXV (2013), 1, pp. 211-214.

-"Derecho internacional privado y Derecho privado europeo", SANCHEZ LORENZO, S. (coord.), *Derecho privado Europeo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 158 y ss.

"Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa", *ADC*, 1993, pp. 1109-1152.

- *Condiciones generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992.

- "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho internacional privado español", *REDI*, 1990, vol. LXII, pp. 125-152.

ALVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual de consumo español*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004.

ÁLVAREZ MORENO, M. T., "La mediación en asuntos civiles y mercantiles", *Revista del Poder Judicial*, núm. 77, primer trimestre 2005, pp. 243-304.

-*El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid,

2000.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., "Pautas básicas para un análisis de compatibilidad entre los Convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre Ley aplicable a los contratos internacionales", *Iberoamérica ante los procesos de integración, BOE,* núm. 66, Madrid, 2000, pp. 229 y ss.

-"El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", *REEI*, 2008, pp. 8 y ss.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Reus, Madrid, 2013.

ANDERSON, P., "What´s web 2.0?", *JISC, Technology and Standars watch*, febrero, 2007, pp. 26-39.

ANDREEVA ANDREEVA, V., Comentario de la STJUE (Sla 3ª) de 9 de junio de 2011, asunto C-87/10, *REDI*, vol. LXIV (2012), 1, pp. 174-176.

AÑOVEROS TERRADAS, B., *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ÁLVAREZ TORRES, M.; GIL VALLEJO, B.; MORCILLO JIMÉNEZ, J.J., *Mediación civil y mercantil*, Dykinson, Madrid, 2013.

ARENAS GARCÍA, R., "La formación de los contratos internacionales", *Universidad Autónoma de Barcelona* (*www.academia.edu*), 2014, pp.1-16.

"Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I *bis*", *REDI*, núm. 2, 2013, pp. 377-382.

-"Competencia judicial internacional y acuerdo de sumisión en la contratación electrónica internacional", *Estudios sobre consumo*, núm. 85 (2008), pp. 45-60.

-"El Derecho internacional privado (DIPr) y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes", *Cursos de derecho internacional y Relaciones internacional de Vitoria-Garteiz*, 2007, pp. 19-94.

ARGO, R., "Régles generals des conflicts de lois", *RCADI*, (1936-IV), pp. 243-303.

ARIAS POU, M., "El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet", *La Ley*, 2006, T. IV, pp. 1527-1535.

ARMINJON, NOLDE et WOLF, *Traité de Droit Comparé*, Tomo I, París, 1950, pp. 163 y ss.

ARMSTRONG, S., *La publicidad en internet*, Deusto, Bilbao, 2002.

ARROYO AMAYELAS, E., "Formación y perfección del contrato", S. Cámara Lapuente (Coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 29 y ss.

ARSIC, J., "International Comercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come too Early", *J. Int' l. Arb.* núm. 3, 1997, pp. 209 y ss.

ARTEAGA ORTIZ, J.; CONESA FONTES, A., "La libre circulación de capitales en la UE y la UEM", *Boletín ICE Económico*, núm. 2700, septiembre, 2001, pp. 101-118.

ARTUCH IRIBERRI, E., "La compatibilidad entre normas de aplicación en materia de contratos celebrados por los consumidores, a propósito de las reglas sobre condiciones generales de la contratación", *Derecho de los Negocios*, febrero, 1998, pp. 17 y ss.

ASENSI MERÁS, A., *Régimen jurídico de las subastas: las subastas electrónicas en particular*, Universidad de Alicante, Alicante, 2012.

ATIYAH, P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

AUDIT, B., *Droit international privé*, Economica, Paris, 2008.

-La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, L.G.D.J, Paris, 1990.

-“Le caractére fonctionnel de la règle de conflits de lois”, *RCADI*, 1984-III, vol. 186, pp. 56-72.

BAASCH ANDERSEN, C., *Uniform application of the International Sales Law*, Wolters Kluwer, Países Bajos, 2007.

BAKOUCHE, D., “Protection des consommateurs. L´application de la legislation sur les clauses abusive aux personnes morales”, *La Semaine Juridique, Èdition Entreprise et Affaires*, núm. 21, mai 2005, pp. 856-857.

BALDI, R., *Il contrato di agencia, la concessione di vendita, il franchising*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

BALLARINO, T. “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, vol. 1, núm. 1, Marzo 2009, pp. 5-18.

BALSCHEIT, P., *Konsumvertragsrecht und E-Commerce, Eine übersicht*, Stampfli Verlag AG Bern, Berna, 2005, pp. 102-276.

BARBER, S.J.; GIBSON, C. (General editors); CAMPBELL, D., (editor, Center for International Legal Studies), *Online service providers: international Law & Regulation*, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, Nueva York, 2003.

BARNÉS VÁZQUEZ, J., “La internet y el derecho: Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético”, *Cuadernos de derecho judicia*l, núm.6, 1997, pp. 233-241.

BARRETE UNZUELA, M., *Lecciones de teoría del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BARRIUSO RUÍZ, C., *Interacción del Derecho y la informática*, Dykinson, Madrid, 1996.

BATALLA TRILLA, A., *Contratación electrónica*, Dykinson, Madrid, 2006.

"Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario", *La Ley*, año XXV, núm. 6001, de 21 de abril de 2004, pp. 3 y ss.

BASEDOW, J.; TOSHIYUKI, K., *Legal Aspects of Globalization, Conflict o Laws Internet, Capital markets and Insolvency in a Global Economy*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2000.

BASEDOW, J., *The Law of open Societies, prívate ordering and public regulation in the conflict of laws of International Law*, Brill-Nijhoff, The Hague Academy of International Law Monographs, La Haya, vol. 9, 2015.

-*Course on private International Law, RCADI*, vol. 360, 2013, pp. 10 y ss.

-"Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective*"*, *Uniform Law Review*. 4: 704, 2007, pp. 730-766.

-"Kohärenz im Internationalen Privat-und Verfahrensrecht der Europäischen Union Eine einleitende Orientierung", *Research Paper, Max Planck Institute for Comparative and International prívate Law Research paper*, núm. 16/7, 2006, pp. 1-23.

-Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam, J. F., Baur; H.P Mansel (cords.), *Systemwechsel im europäischen kollisionsrecht*, CH Beck, Münich, 2002.

- "Un Droit commun des contrats pour le marché commun", *RIDC*, vol. 50, 1998, pp. 17-20.

-The Renascence of Uniform Law: European Contract Law", *Legal Studies: The Journal of the Society of Public teacher of law*, vol. 18, 1998, pp. 121-145.

BATIFFOL, H., "Le pluralismo des méthodes en droit international privé", *RCADI*, Tomo 139, 1973-II.

BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Droit international privé*, t. I, LDGJ, París, 1993.

BELAKOUZOVA, A., *Widerrufsrecht bei Internetauktionen in Europa?*, Max Planck, Mohr Siebeck, Hamburgo, 2015.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Madrid, 9ª ed., 2008.

- *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, 1999.

- "Comentario a los arts. 40 a 48", R. Bercovitz Rodriguez-Cano; J. Leguina Villa (coords.), *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 698-735.

BERAUDO, J. P "Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et comérciale", *Journal de Droit International*, núm. 3, 2013, pp. 741-763

BERGÉ, J.S., "Internationalité en Droit communautaire et en Droit international privé", AAVV, *Collected Courses Droit international privé*, 2004-2006, pp. 29-53.

BERGSTEN, E., GOODE, R.M., "Legal Questions and problems to be overcome", H.B. Thomas, B.S. Wheble, *Trading with EDI: The Legal Issues*, IBC Financial Books, Londres, 1989, pp. 28-57.

BERMUDEZ BALLESTEROS, M.S., "El derecho de desistimiento en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores", *CESCO, Derecho de consumo*, núm. 1, 2012, pp. 61-79.

BERNADEU, L., PACÍFICO, M., "Internet et le ledroit des contrats: observations d´ordregénéral et identification des intervenants", *Revue de Droit Uniforme*, vol III, 1998-1, pp. 32-58.

BERNAL SAMPER, T., "Mediación extrajudicial", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 5, pp. 11-50.

BERNHARD Z., ZÜRN, M., "Verrechtlichung im Internet: ICANN und die globale Regulierung des domain name System mit Recht und Macht", *Entwickcklung und Frieden,* núm. 18, 2004, pp. 1-12.

BERROCAL LANZAROT, A.I., "Perfección del contrato en la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electónico: la unificación de criterios", *RCE*, núm. 100, pp. 3-102.

BLANDINO GARRIDO, M.A., "Comentario a los arts. II.- 9:101, II.-9:102, II.-9: 103, II.- 9: 402", A. Vaquer Aloy; M.P. Bosch Capdevilla (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo 1, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 646-647.

- "La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato", J.K. Albiez Dorham (dir.), *Derecho europeo y modernización del derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 239-299.

BOBBIO, N., *Teoría General del derecho*, traducción Eduardo Rozo Acuña, Debate, Madrid, 1991.

BODEWIG, T., "ElektronischerGeschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb", *GRUR Int*, 2000, pp. 475-483.

BOELE-WOELKI y KESSEDJIAN, C., "Internet, wich Court decides? Wich Law applies?/Internet, quell tribunal decide? Quel Droit s´applique?", AAVV, *Proceedings of the international colloquium in honour of Michel Pelichet/actes du colloque international à l´honneur de Michel Pelichet,* Kluwer, La Haya, 2001, pp. 114-137.

BONARDELL LENZANO, R., "Bases para una reflexión sobre el valor de la firma electrónica", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 43, 2005, 133-174.

BONNICHON, A., “La notion de conflict de souverainetés dans la science des conflits de lois”, *RCDIP* (1950), pp. 11 y ss.

BONOMI, A., “European prívate international Law and Third States”, *IPRax*, vol. 37, núm. 2, 2017, pp. 184-193.

“Le régime des régles imperatives et des lois de pólice”, E. Cashin Rittaine y A. Bonomi, (eds.), *Le noveau règle ment europeen Rome I relative à la loi applicable aux obligations contratuelles*, Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausane, Zürich, 2008, pp. 217-237.

-“Overrriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts”, *YPIL*, vol. X 2008, pp. 285-300.

-“Globalización y Derecho internacional privado”, AAVV, *Globalización y comercio internacional, AEPDIRI*, Madrid, 2005, pp. 223 y ss.

-*Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir", *RCADI*, tome 317 (2005), pp. 313-536.

BOSCHIERO, N., “Il funzionamiento del Regolamento Bruxelles I nell’ordinamentointernazionale: note sullemodifichecontenutenellaproposta di rifusione del 2011”, *DCI*, 2012, pp. 293 y ss.

BOTANA GARCÍA, G.A., “Protección de consumidores y comercio electrónico”, *RCE*, núm. 18, 2001, pp. 119-176.

DE BOTTINI, R., "La Directive commerce électronique du 8 juin 2000", *MC*, núm. 449, 2001, pp. 368-373, p. 370; y Comisión Europea, "Comunicación sobre comercio electrónico y servicios financieros", de 26 de enero de 2001, pp. 2 y ss.

BOUZA VIDAL, N., "La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea", *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor J.D. González Campos,* T.II, Eurolex, Madrid, 2005, pp.1309-1334.

- "Aspectos actuales de la autonomía de la de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, Vitoria, 2004, pp. 1-51.

- *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid, 1997.

- "Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la CEE", *Iniciación al estudio del Derecho comunitario europeo,* Madrid, 1984, pp. 155 y ss.

BRAND, R.A., "Forum selection and forum rejection in US Courts: one rationale for global choice of court Convention", *Reform development of Private international law, Essays in honour of Sir. Peter North*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 64-73.

BRAZELL, L., *Electronic signatures law and regulation*, Thonson sweet & Maxwell, Londres, 2004.

BRÖDERMANN, I., *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales privattrecht*, J.C.B., Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994.

BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, tomo I, Tecnos, Madrid, 2009.

BUCHER, A., "Sur les regles de rattachement a caractéresubstantiel", *Líber Amicorum* A. Schnitzer, Genóva, 1979, pp. 37-55.

BUCHER, A.; BONOMI, A., *Droit international privé*, Genève/Lausanne, Helbng & Lichtenhahn, 2004.

BUENDÍA R., *Seguridad informática GM*, MC Graw Hill, Madrid, 2013.

BUENDÍA MARTÍNEZ, M.I., "La defensa de los derechos del consumidor en España", *Esicmarket*, núm. 84, 1994, pp. 27-38.

BULLINGER, M., *Rechtsfragen der elektronischen textkommunikation*, Schweitzer Verlag, Münich, 2010.

BÜHRING-UHLE, C., *Arbitration and mediation in International businness*, Kluwer Law international, Boston, 2005.

BUREAU, D.; WATT, M., *Droit international privé*, t. I, Puf, París, 2008.

CHAFFEY, D., *E-Business and E-commerce managenment*, Prentice hall, Londres, 2003.

CHATILLON, G., *Le Droit international de l´Internet*, Colex, Madrid, 2001.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La reforma del Derecho de los contratos en Francia", *ACD*, t. LXV, 2012, fasc. IV, pp. 1-12.

"El anteproyecto francés de reforma del derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción: (estudio preliminar y traducción)", *ADC*, vol. 60, núm. 2, 2007, pp. 621-848.

CACHARD, O., "Le domaine coordonné parr la Directive sur le commerce électronique et le droit international privé", *RDAI/IBLJ*, 2004, pp. 161-179.

CACHIA, P., "Consumer contracts in European private internacional law: The sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulation", *European Law Review*, vol. 34, núm. 3, June 2009, pp. 476-490.

CADET, F., "Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéaire d'un enfant gâté", *Journal*

de Droit International, núm. 3, 2013, pp. 765-790.

CALVO ANDÚJAR, A., "Artículo 26", AAVV, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 414-415.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El principio del mutuo reconocimiento en el ámbito de la UE y los límites a la libre circulación, ¿Mecanismo conciliador en tiempos revueltos?", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, (Julio-septiembre de 2015), pp. 177-197.

- *Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 18ª edición, 2018.

- *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003.

- *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001.

-*Practica Procesal Civil Internacional*, Comares, Granada, 2001.

- *El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980*, Tecnos, Madrid, 1997.

CALVO CARAVACA, A.L., "El Reglamento Roma I sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *CDT*, vol. 1, n. º 2, 2009, pp. 52-133.

-"Comentarios a los artículos 1 y 6", L. Diez Picazo (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 45 y ss; 92 y ss respectivamente.

- "La Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación", *Estudios de Derecho bancario y bursátil, Homenaje a Evelio Verdera Tuells*, Civitas, Madrid, 1994, t. I., pp. 381 y ss.

CAMACHO CLAVIJO, S., *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005.

CAMPUZANO DÍAZ, B., *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad de Sevilla, 2000.

CANSACCHI, G., "Le choix et l´adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois" *RCADI*, t. 83, 1953, pp. 79-161.

CAPRIOLI, E. y SORIEUL, R., "Le commerce international électronique: vers l'emergence de regles juridiques transnationales", *Journ.dr.int.*, vol. 124, 1997, pp. 323 y ss.

CARABIBER, CH. "L'arbitrage international de Droit privé", *LGDJ*, Paris, 1960, p. 31 y ss.

CARBONE, S.M., "L´ámbito di applicazione ed i criteri interpretative della Convenzione di Viena sulla vendita internazionale", *RDIPP*, 1980, núm. 3, pp. 513 y ss.

CARR, I., *International Trade Law*, Cavendish Publishing, Londres, 2005.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional", *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012, pp. 1-22.

-"Operaciones internacionales de consumo", A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez (dirs.), *Derecho Internacional privado vol* .II, Comares, Granada, 2011-2012, pp. 807-819.

- *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, Madrid, 2011.

- *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009.

-"Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, número 22, 2004, pp. 17-58.

-"Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-*

Commerce", A.L., Calvo Caravaca; P. Blanco-Morales Limones (coords.), *Globalización y Derecho,* Colex, Madrid, 2003, pp. 113.

-"Competencias especiales", A. L. Calvo Caravaca. (coord.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III y BOE, 1995, pp. 343-371.

CASTELLANOS RUIZ, E., *"El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: Stream-of-commerce", CDT* (Octubre 2012), vol. 4, n º. 2, pp. 70-92.

-"Las normas de Derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico", *CDT* (octubre 2009), vol. 1, n. º 2, pp. 134-159.

CASTELLANOS RUÍZ, E., *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 111-140.

CARRASCO PEREZA, Á. "Costes del desistimiento en la venta a distancia", *AJ*, núm. 802/2010, Editorial Aranzadi, pp. 24-37.

- *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, Granada, 2010.

-"Las normas de Derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico", *CDT* (octubre 2009), vol. 1, n. º 2, pp. 134-159.

- *El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009.

-Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional, Comares, Granada, 1998.

CASTELLS, M., *La era de la información, Economía, Sociedad y Cultura*, Alianza, Madrid, 1997.

CAVERS D., "Principles of preference", G. Miller (dir.) *Second Restatement*, 470, A. 2d, 1984, pp. 1353-1356.

CIACCAFAVA, F., *Contratti*, Egafnet.it, Roma, 2012.

CEBRIAN SALVAT, M.ª A., "Agencia comercial, leyes de policía y derecho internacional privado europeo", *CDT* (Marzo 2014), vol. 6, núm. 1, pp. 357-366.

CESAR DE LA VEGA, J., *Diccionario consultor de economía*, Librograf S.R.L., Madrid, 2001.

CHAFFEY, D., *E-Business and E- commerce managenment*, Prentice hall, Londres, 2003.

CHATILLON, G. *Droit européen comparé d' Internet (Internet European Compared Law)*, Académie Internationale de Droit Comparé, Bruylant, Bruselas, 2000, pp. 57-259.

CHAVELI DONET, E., "La prueba por soportes informáticos; algunos apuntes sobre su régimen procesal antes y después de la LEC", AAVV, *Actas del XIV Encuentro sobre Informática y Derecho*, 2000-2001, pp. 315-330.

CHITTY, J., *Chitty on contracts-General Principles*, vol. I, Sweet & Maxwell, Londres, 1985.

CIACCI, G., *La firma digitale*, SoleMilan, Milan, 2000.

CONVERTI, L.R. "Il decreto-legge portghese núm. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dellésperienza occidentale nei settore della tutela del consumatore" *Rivista di Diritto civile*, anno, 34, núm. 4, luglio-agosto 1988, pp. 95 y ss.

COOTER, R.D; ACCIARRI, H.A., *Introducción al Análisis Económico del Derecho*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012.

COOTER, R.D.; ULEN, T.L., *Law and economics*, 5ª ed., Addison Wesley, Boston, 2008.

CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del Derecho internacional europeo", AAVV, *Las fronteras del Derecho internacional privado europeo*, Bruylant, Bruselas, 2015, pp. 361-395.

CORNU, G.D. (dir.) et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Presses universitaires de France, Paris, 2005.

CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil, T. I Parte general, obligaciones y contratos*, Civitas, Madrid, 1977.

CORRALES GARCÍA, E., "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *AC*, La Ley, núm. 38, 2000, pp. 1399-1447.

COSSIO DIAZ, J.R., *Derecho y Análisis Económico*, Fondo de Cultura Económica-ITAM. Sección de Obras de Política y Derecho, México, 2008.

COUSIDO GONZÁLEZ, M.P., *Derecho de la comunicación en Internet*, Colex, Madrid, 2001.

CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Studia Albornotiana, Bolonia, 2003.

CUNIBERTI, G., Comentario a la STJUE en el caso *Hypotecny banka c. Linder* (asunto C-327/10), *REDI*, vol. LXIV (2012), 1, pp. 187-190.

D´AVOUT, L., *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I*, Dalloz, Paris, 2008.

DE BOER, T., "Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law", *RCADI*, t. 257, 1996, pp. 223-428.

DE BRIN RONALD, *Consumer trust in electronic commerce: time for best practice*, Kluwer Law International, USA, 2002.

DE CUEVILLA MATOZZI, L. "El concepto de oferta contractual en el comercio internacional: un análisis de los Principios de UNIDROIT desde la perspectiva del Derecho Privado español", *AC*, núm. 43, 22-28 de noviembre de 1999, pp. 1430 y ss.

DE GROOT, R., "European prívate law between Utopia and early reality", *Maastricht Journal of European and Comparative law* 4 (1997), pp. 159-162.

DE LAMBERTERIE, I., "Le réglement en ligne des petits litigues de consommation", disponibles en (*http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr*).

DELAUME, G.R., "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Why A Convention?",*VJIL* 1981, pp. 105 y ss.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2015.

-"Servicios de la Sociedad de la información y Derecho internacional privado: desarrollos recientes", Cristina Pellisé (ed.), *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 165-188.

-"Configuración y alcance de las medidas de cesación contra proveedores de acceso a Internet", *La Ley Unión Europea*, 2014, (15). pp. 5-9.

-Comentario de la SAP de Alicante (sección 8ª) de 24 de febrero de 2014, *REDI*, vol. LXVI (2014), 2, pp. 263-266.

-"El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", La *Ley/Unión Europea*, núm. 8013, 31 de enero de 2013, pp. 3-8.

-"Contratación internacional: la evolución del modelo de la Unión Europea", *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, 2011 (29), pp. 67-89.

-“Mercado global y protección de los consumidores”, L. Cotino Hueso, (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, pp. 155-181.

- "La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo", *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 23-24.

- “Marco regulador de la actividad internacional de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, J. Plaza Penedés (ed.) *Cuestiones actuales de Derecho y tecnología de la información y la comunicación*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 298-319.

- “Directiva sobre el comercio electrónico: Determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas”, *RCE*, núm. 20, octubre de 2001, pp. 23-31.

- “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales, *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, tomo III, Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882.

- “Integración Europea y Derecho internacional privado”, *RDCE*, 1997-2, pp. 413-445.

DE NAYER, B., *Le consentement électronique*, Centre de Droit de la consommation, Bruylant, Bruselas, 2000, pp. 235-272.

DE NOVA R., “Historial and comparative Introduction to conflict of laws”, *RCADI*, 118 (1996-II), pp. 435-586.

DE THEUX, A., *Le statut européen de l’agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires, Saint-Louis, Bruselas, 1992.

DE SAVIGNY, F.C., *Sistema de Derecho Romano actual* (traducido del alemán por M. CH Guenoux y escrito en castellano por J. Messía y M. Poley), Facsimil de Comares, Granada, 2005.

DE VICENTE, J.J, *El maravilloso mundo de la venta directa*, Alicante Editorial club Universitario, Alicante, 2003.

DE WINTER, L.I., "Dispositions imperatives et contrats internationaux", *Nederlands Tidschrift voor Internationale Recht,* 1964, pp. 361 y ss.

DEL BARRIO, L., *Del Business al e-Business en tiempos de crisis*, Gestion 2000, Madrid, 2003.

DAVID, R., *Les grands systèemes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 2002.

DEARDS, E.; HARGREAVES, S., *European Union Law*, Textbook, Oxford, 2004.

DELABRE, G., *Le droit dans les mondes virtuels*, Larcier, Bruselas, 2013.

DELFINI F.: *Il comercio elettonico*, Egea, Milán, 1999.

DELGADO BENAVIDES, J., "Tecnología publicidad y marketing. Frente a los nuevos valores de consumo ¿Nuevos servicios para nuevas necesidades?", R. Franquet; G. Larrègola (eds.), *Comunciar a l´era digital*, Sociedad Catalana de Comunicación, Barcelona, 1999, pp. 335-336.

DELGADO ECHEVARRIA, J., *Elementos de Derecho Civil*, I, Barcelona, Bosch, vol. 2, 1990.

DELGADO KLOOS, C.; FERNÁNDEZ PANADERO, M.ª C.; MARÍN LÓPEZ, A., "Fundamentos de la World Wide Web. Nuevos formatos. Nuevos modelos de negocios", AAVV, *Derecho del comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 36-42.

DESANTES REAL, M., "La Directiva sobre el comercio electrónico. Mercado interior y servicios de la sociedad de la información", R. Mateu de Ros; J.M Cendoya (coords.), *Derecho de Internet*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 323-338.

DESSEMONTET, F., "La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats

de vente internationale de marchandises" F. Dessemontet (ed.), *Les contrats de vente internationale de marchandises,* Cedidac, Lausanne, 1991, p. 56.

DÍAZ ALABART, S.; ÁLVAREZ MORENO, M.T., *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil: comentario a la Directiva 2011/83 (adaptado a la ley 3/2014, de modificación del TR LCU),* Reus, Madrid, 2014, pp. 11-20.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M. D, *Derecho civil comunitario,* Colex, Madrid, 2004.

DI GIOVANNI, M., "Il contratto conclusso mediante compute ralla luce della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obligazioni contracttuali del 19 Giugno 1980", *Ditritto del commercio internazionale,* 1993, pp. 598-639.

DIÉGUEZ OLIVA, R., "El derecho de desistimiento en el marco común de referencia", *InDret*, 2/2009, pp. 1-22.

DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* Tomo II, Civitas, Madrid, 2012.

- *Sistema de derecho Civil,* Tecnos, Madrid, 2012.

- *Los principios de Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

- *La compraventa internacional demercaderías, Comentario de la Convención de Viena.* Civitas, Madrid, 1998.

-"Derecho y libertad contractual", *Revista de derecho*, 1998, pp. 7-13.

- *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho,* Tecnos, Barcelona, 1997.

DIEZ PIZACO, L.; ROCA, E.; MORALES, A.M., *Los principios del Derecho europeo de contratos,* Civitas, Madrid, 2002.

DIEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil,* vol. II, Tecnos, Madrid, 2005.

DOLMETSCH, R., *E-procurement*, Addison-Wesley, Münich, 2000.

DÖNMEZ, Z., *Das Widerrufsrecht bei Fernabsatzvertragen*, PL, Academic Research, Frankfurt am Main, 2015.

DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, A., "Artículo 2", AAVV., *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 94-95.

-"Artículo 3", AAVV., *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 97-99.

DRAETTA, U., *Internet e commercio elettonico nel Diritto internazionale dei private*, Giuffrè, Milán 2001.

- "La Battle of Forms nella prassi del commercio internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1986, núm. 2, pp. 326 y ss.

DRASCH, W. *Das Herkunfslandsprinzip im Binnenmarktes auf Vertrag- und Wettbewerbsstatus*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

DUBLER CÉSAR, E., *Les clauses d`exception en droit international privé*, Libraire de L´Université, Génova, 1983.

DURÁN RIVACOBA, R., "Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, n. º 706, pp. 692 y ss.

EBERS, M., "El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional", *InDret* 1/2012, pp.1-46.

- "Unfair Contract Terms Directive (93/13)", H. Schulte-Nölke, C., Twigg-Flesner; M., EberS (eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2008, pp. 197-261.

ECHEVERRI SALAZAR, V.M., "El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores", *Opinión Jurídica*, vol., núm. 20, julio-diciembre de 2011, pp. 125-144.

EIDENMÜLLER, H., y otros, "The Common Frame of References for European Privat Law-policy choices and Codification Problems", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, núm. 4, pp. 659-708.

EDWARDS, L., CAROLINE, W., "Redress and alternative Dispute Resolution in EU Cross E-Border E-Commerce Transactions", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 21, núm. 3, Noviembre de 2007, pp. 315-335.

EINHORN, P.A. "Shrink-wrap licences: the debate continues", *IDEA-The Journal of law and Technology*, vol. 38, núm. 3, 1998, pp. 383-401.

EISELEN, S. "Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980", *The EDI Law Review*, vol. 6, 1999, pp. 21-46.

ELKIN K., SALZBERGER, E.M., "Law and economics in Cyberspace", *International Review of Law and Economics*, vol. 19, núm. 4, New York, 1999, p. 558-579.

EMBID IRUJO, J. M., "Eficacia de la voluntad suplantada por utilización de la firma digital", *RCE*, núm. 14, 2003, pp. 10-14.

ESCOBAR, M., *El comercio electrónico, perspectiva presente y futura en España*, Fundación AUNA, Madrid, 2000.

ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 2001.

ESPINAR VICENTE, J.M., "De lo tradicional y de los nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo", *Cursos de derecho internacional y Relaciones internacional de Vitoria-Garteiz*, 2010, pp. 273-322.

-*Teoría general del derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2000.

-*Ensayos sobre teoria general del Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1997.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., "Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas. (Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09)", *Noticias UE*, núm. 329 (2012), pp. 181-188.

ESPLUGUES MOTA, C., DE AGUILAR VIEIRA, I y MORENO RODRÍGUEZ, J.A., "Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías", C. Esplugues Mota y D. Hargain, *Derecho del comercio internacional. MERCOSUR-Unión Europea*, Reus, Montevideo/Madrid, 2005, pp. 345 y ss.

ESPLUGUES MOTA, C., "La compraventa y otras operaciones de intercambio", S. Barona Vilar, C. Esplugues Mota y J. Hernández Martí (coords.), *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª. ed., 1999, pp. 266 y ss.

-"Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil", *Comunidad Europea Aranzadi*, Año XX, núm. 12, 1993, pp. 31-36.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.; OLARIU, O., "La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CELS) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo", *InDret* 1/2013, pp. 2-32.

ESTEBAN DE LA ROSA, F., "El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?", *La Ley Unión Europea*, noviembre, 2014, pp. 5-17.

-"La aplicación de las directivas comunitarias en materia de derecho privado a las

situaciones transfronterizas", M. Moya Escudero; S. Sánchez Lorenzo (coords.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 179-204.

-*La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003.

-"La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa", *Diario La Ley. Unión Europea*, 2006, 26(6242), pp. 196-219.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Contratación electrónica internacional en el sector oleícola", G. Esteban (coord.), *Internacionalización del sector oleícola a través de la Tecnología de la Información*, Comares, Granada, 2015, pp. 3-29.

-"Online international contracts: general terms", W. Dyduch/M. Pankowska (eds.), *Economics and Business Communication Challenges*, Universidad de Katoviwe, 2014, pp. 87 y ss.

- "La adaptación de los contratos en el comercio internacional", 2007, núm. 7, pp. 71-93.

- "Cambio de circunstancias y adaptación de los contratos internacionales", *Anuario euro-peruano de derecho del comercio*, núm. 4-6, 2007-2009, pp. 17-48.

- "La Buena fe en la negociación de los contratos internacionales", *Anuario euro-peruano de derecho del comercio*, núm. 1, 2004, pp. 150-174.

- "La aplicación de las Directivas comunitarias en materia de Derecho privado a las situaciones transfronterizas", S. Sánchez; M. Moya (eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 180 y ss.

FAJARDO MARTOS, P., "Estrategia y mediación: análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que

regulan la mediación", *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 69-83.

FALLON, M.; MEEUSEN, J., "Le commerce électronique, la Directive 2000/31/CE et le droit international privé", *Rev. Crit. Dr. int. Privé*, 2002, pp. 435-490.

FALLON, M., "Le droit des rapports internationaux de consommation", *JDI Clunet*, 1984, pp. 765-847.

FARAH, Y., "Allocation of jurisdiction and the internet in EU law", *European Law Review*, vol. 33, núm. 2, April 2008, pp. 265-266.

FARINA, L., "Presente y futuro del Derecho comercial", *Revista de Derecho Comercial*, 2012, pp. 21 y ss.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., "Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de la Ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios", *REEI*, núm. 29, junio de 2015, pp. 1-36.

- "El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el derecho internacional privado, *CDT* (Octubre 2012), pp. 123-139.

- *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores*, Granada, Comares, 2006.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., SCOTTI, L. B., "La Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica", *Revista Científica de UCES*, núm. 11, 2007, pp. 59-90.

FENOULHET, T.; "Introduction aux activités de resolution en ligne des litiges de la société de l'information dans le cadre européen" en (*http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr*).

FENOY PICÓN, N., "The Spanish Obligation and Contract Law and the Proposal for its Modernisation", R. Schulze; F. Zoll (eds.), *The law of obligations in Europe,* Verlag C.H. Beck, Munich, 2013, pp. 397-431.

FENTIMANN, R., *International Commercial Litigation*, Oxford University Press, Oxfrod, 2010, pp. 479 y ss.

FERNÁNDEZ BUJAN, F., "Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código Europeo de Contratos", *Boletín de la Facultad de derecho de la UNED,* 2000, núm. 15, pp. 109-128.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., *La contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet*, Bosch, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ REGUEAL, M.A., "Comentario al art. 1262 del CC. Tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico", *AC,* núm. 10, 2003, pp. 259-271.

FERNANDEZ MASIÁ E., "Optando por la normativa común de compraventa europea", *REEI*, 2012, pp. 1-21.

- "Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001", *Estudios sobre consumo*, núm. 63, 2002, pp. 9-24.

- "Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales" (*www.reei.org*, 2002), pp. 1-22.

- *La protección de los programas de ordenador en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los negocios internacional*, Iustel, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos," *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomos XLV-XLVI, 2004/2005 y 2005/2006, Madrid, Colegio Notarial de Madrid/La Ley, 2009, pp. 257-285.

-"Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales", *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, pp. 595-616.

-"Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista mexicana de derecho internacional privado y comparado*, núm. 25, 2009, pp. 9-44.

- "Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente", *La Ley*, 2005-II, pp. 1442-1450.

-"Orientaciones del derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista mexicana de Derecho Internacional privado*, núm. 9, 2000, pp. 7-32.

- "Derecho internacional privado y Derecho comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, pp. 785 y ss

FEZER K.H.; KOOS, S., "Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzipunddie e-Commerce- Richtlinie", *IPRAx*, 2000, pp. 350-354.

FLORES DOÑA, M.S., *Impacto del Comercio electrónico en el Derecho de la contratación*, Edersa, Madrid, 2002.

FÖHLISCH C., *Information und Recht*, Verlag C.H. Beck, Munich, 2009.

- *Das Widerrufsrecht im Onlinehandel*, Mairisch-Verlag, Hamburgo, 2009, pp. 90-95.

FORNER DELAYQUA, J., *Materiales de Derecho comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

FRANCESCAKIS, P.H., "Quelques précisions sur les lois d´application immédiate et leurs rapports avec les régles de conflit de lois", *Revue critique de droit international privé*, 1966, pp. 1-18.

- "Lois d´application immédiate et règles de conflit", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1967, pp. 691-698.

FRANZINA, P., "Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual", *CDT*, Marzo 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 92-101.

FREITAG, R., "Art. 9 Rom I-VO, Art. 16 Rom II-VO als Superkollisionsnormen des Internationalen Schuldrects? Gedanken zum Verhältnis Zwischen internen und externen Lücken des EuPriv", *IPRax*, 216, vol. 36 núm. 5, pp. 418-426.

FUENTESCA, C., "La reciente reforma del BGB a través de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones que entró en vigor en Alemania el 1 de enero de 2002", *ADC*, núm. 8, 2003, pp. 203-211.

FUMAGALLI, L., "Le clausole abusive nei contratti con iconsumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato", *RDIPP*, 30, 1994, pp. 15-32

GABEIRAS VÁZQUEZ, P.; DE JUAN GIMÉNEZ CORAL, V., "La protección de los sitios web, AAVV, *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2002, pp. 1427-1453.

GABRIEL H.D., "The New United States Uniform Electronic Transactions Act: Law on Electronic Commerce" *Uniform Law Review*, 2000, vol. 4, pp. 651.652.

GAILLARD, E., "The review of international arbitral awards", *IAI, Forum, Dijon*-12-14 September 2008, pp. 197-299.

GALGANO, F., "*Lex mercatoria*, shopping del Derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 247, 2003, pp. 7-20.

GALLARDO ORTIZ, M.Á., "Criptología; Seguridad Informática y Derecho. Leyes del Ciberespacio", *Informática y Derecho*, 1994, núm 4, UNED, Centro Regional de Extremadura.

GAMBARO, E., LANDI, N., "Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and comercial Matters", *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371.

GAMELLA M., *La tecnología del software. Temática y situación en España*, Fundesco, Madrid, 1985.

GARAU JUANEDA, L.,"Sobre las diferentes relaciones entre norma jurídica y territorio" J. Basedow y otros (coords), *Aufbruch nach Europa*, 75 Jahre, Max-Planck-Institut für Privatrecht. Tübingen, 2001, pp. 426-427.

-"Algunas reflexiones en torno a la estructura de la norma de conflicto", M. Medina; R. Mesa; P. Mariño (coords.), *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra*, vol. I., Madrid, 1986, pp. 429-448.

-GARAU SOBRINO, F., *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, UIB, Barcelona, 2008.

GARCÍA LEGAZ, J., "La política de desarrollo de la sociedad de información en España", *Revista del Colegio de Economistas de Madrid*, núm. 88, 2001, pp. 19 y ss.

GARCÍA MEXÍA P., *Derecho Europeo de Internet, hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica*, Netbiblo, La Coruña, 2009.

GARCÍA RUBIO, M.P., "Las condiciones generales en la contratación electrónica", *La Ley*, núm 1, 2001, pp. 22-43.

GARCÍA-TUÑON, "El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: La Unfair Contract Terms Act de 1977", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 25, año VII, enero-marzo 1987, pp. 63 y ss.

GARCÍA VALCÁRCEL, I., MUNILLA, E., *E-Business Colaborativo*,FC Editorial, Madrid, 2003.

GARCÍA VIDAL A., "El acceso al comercio electrónico en Internet", Anexo Tato y Ángel Fernández-Albor (coord.), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 99-136.

GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores", agosto, núm. 2, 2016, *www.almacendederecho.com.*

Derecho Internacional Privado, Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

-"Contratos de Distribución Internacional: Competencia judicial y Ley aplicable", A. Alonso Ureba; L.A. Velasco San Pedro y otros (dirs.), *Actas del Congreso de Distribución Comercial y Derecho de la Competencia*, 2010, pp. 221-240.

- The Rome I Regulation: Mucha do about nothing?" *The European Legal Forum*, 2008 (2), pp. 1-16.

-"El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *La Ley*, núm. 6957, 2008, pp. 654-662.

-"La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)" *La Ley*, 2007, núm. 6798 pp. 1-18.

-"La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional y Relaciones Internacionales* de Vitoria-Gasteiz, 2001, pp. 87-154.

-"Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso de derecho", *REDI*, núm. 2, 1998, pp. 103-119.

-“El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, 1995-II, vol. XLVII, pp. 11-41.

-*Contratación internacional y medidas de coerción económicas*, Madrid, 1993, pp. 44-59.

GARDE CASTILLO, J., *La institución desconocida en Derecho internacional privado*, Escuela de formación del profesor Onésimo Redondo, Valladolid, 1947.

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

GARRO, A.M., PERALES VISCASILLAS, M.P., “Opiniones del Consejo consultivo de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”, *ADC*, vol. 61, núm. 3, 2008, pp. 1389-1471.

GEIST, M., “Y-a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet, Is There a There? Toward greater certainty for Internet Jurisdiction”, *The Journal of Information, Law and Technology*, 2001, 1, pp. 2-60.

GELLER, P., “Conflicts of Law in Cyberspace: International Copyright in a Digitally Networked World”, P. B. Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment* [Proceedings of the Royal Academy Colloquium organized by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law], Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 28-47.

GESSMER, V., *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Cultures*, Aldershot, EEUU, 1996.

GUILLAUME, F., *Droit international privé*, Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, 2013.

GILLIES L.E.: *Electronic Commerce and Private Law, a Study Electronic Consumer Contracts,* Markets and thelaw, England-USA, 2008.

- "Choice-of-Law rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation", *Journal of Private International Law,* 2007, pp. 89-112.

GINSBURG, J.C., "The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change", *RCADI,* 1998, vol. 273, pp. 243-405.

-"Global Use, Territorial Rigths: Private International Law Questions of the Global Information Infrastructure", *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 42, 1995, pp. 318-338.

GIRÓN, J., *Apuntes de Derecho Mercantil,* Aranzadi, Pamplona, 2002.

GIULIANO, M.; LAGARDE, P., "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JOCE,* 1980 (C 282/1), pp. 28-38.

GUERRA J., "La conclusión de contratos por medios informáticos", *Revista informática y derecho,* núm. 8, 1995, pp. 76 y ss.

GUISADO MORENO A., *Formación y perfección del contrato en Internet*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

- "El Comercio electrónico y su disciplina ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", *Revista de Derecho de los Negocios,* núm. 145, octubre 2002, pp. 28-47.

GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información,* La Ley, Madrid, 1994.

GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.; "El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación,

interpretación, contenido y efectos", *InDret,* núm. 1, 2012, pp. 1-8.

GÓMEZ VALENZUELA, E., GARCÍA CABRERA, L., "Normativa comunitaria y exportación online de aceite de oliva: Problemas existentes y posibles soluciones", *Revista Aranzadi de Nuevas Tecnologías,* núm. 35, 2014, pp. 158-166.

GÓMEZ VALENZUELA, E., "Condiciones Generales de la contratación electrónica para la exportación de los aceites de oliva", Esteban G. (coord.), *Internacionalización del sector oleícola a través de la Tecnología de la Información*, Comares, Granada, 2015, pp. 32.51.

- "Online Exportation of Olive Oil: New Challenges", *Civil & Legal Sciences*, vol. 3, 2014, pp. 1-6.

- "Formación del contrato electrónico y negocios internacionales: carencias y retos en la normativa comunitaria", *Derecho de los negocios,* (*online*), núm. 2, diciembre, 2013, pp. 1-17.

-"Regulation of electronic contracts in the European Community: New Challenges", *European International Journal of Science and Technology*, vol. 2, 2013, núm. 8, pp. 209-215.

-"The Development of contract in relation with the active and passive websites", *Journal of business and Social Science International*, May, 2012, vol. 3, núm. 9, Centre for Promoting Ideas, USA, pp. 124-129.

-"Páginas web activas y pasivas", *RCE*, núm. 16, noviembre-diciembre, 2011.

"Jurisdicción competente y Derecho aplicable en daños transfronterizos y en espacios donde ningún Estado ejerce soberanía", *Derecho de daños, una perspectiva contemporánea,* Motivensa, Lima, 2011, pp. 571-572.

-"International electronic contracting: offer and acceptance", *European Scientific Journal*, Diciembre, vol. 8, 2008, pp- 266-282.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Artículo 12, Apartado 3", M. Albaladejo; S. Díaz Alabart (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 894-926.

GONZALEZ CAMPOS, J.D., "Diversification, spécialisation, flexibilitation et matérialisation des régles de Droit international privé., *RCADI*, 2000, vol. 287, pp. 289-376.

-"El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudiosjurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV (Derecho civil y Derecho público), Civitas, Madrid, 1996, pp. 239 y ss.

-"Cuestiones de Derecho internacional privado en las Comunidades Europeas", *Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, Valladolid, 1983, pp. 111 y ss.

GONZÁLEZ GONZALO, A., *La formación del contrato tras la LSSICE*, Comares, Granada, 2004.

GRAHAM, J.A., *El Derecho internacional privado del comercio electronic*, Themis, México D.F., 2003.

GRASSANO, A.P., "Contratti di compravendita internazionale con condizioni generali", *Diritto civile e comerciale, Diritto internazionale*, 2005, pp. 28-42.

GRAULICH, P., "Régles de conflits et règles d´application immediate", *Mélangesen 1 'honneur de Jean Dabin*, vol. II, Bruselas, 1963, pp. 629 ss.

GUERRA, J., "La conclusión de contratos por medios informáticos", *Revista informática y derecho*, núm. 8, 1995, p. 76.

GRIDL, R., *Datenschutz in globalen Telekommunikationssystemen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

GROTH, D., SKANDIER, T., *Guía del estudio de redes*, Sybex, Madrid, 4ª ed., 2005.

GROTHE, H., “The Common Frame of Reference for European Private Law”, *Cuadernos de la maestría en Derecho*, núm. 2, 2012, pp.1-22.

GRUNDMANN, S; MAZEAU, D. (eds.), “General Clauses and Standards in European Contract Law”, *General clauses and standars in European contract law*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2006, pp. 51-63.

GRUNDMANN, S., “Das Internationale Privatrecht der E-Commerce-Richtlinie-was ist kategorial anders im Kollisionsrecht des Binnenmarkts un warum?” *RabelsZ* Band 67 (2003), Heft 2 (April), pp. 425-498.

GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Aranzadi, Navarra, 1992.

GUARNERI, A., *L' ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Cedam, Milan, 1974, pp. 176-180.

GUTIÉRREZ ESPADA, C, *El sistema institucional de las Comunidades Europeas: de los Tratados constitutivos y el Acta Única al Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 8-14.

GUZMAN ZAPATER, M.; “El Reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi Civil*, núm.12, 2009, pp. 8 y ss.

-“El principio del reconocimiento mutuo. A propósito de la Comunicación de la Comisión: libre prestación de Servicios e interés general en la Segunda Directiva Bancaria”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 3, 1998, 137-170).

- “El artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Revista de Instituciones Europeas, vol. 12, núm. 2 mayo-agosto, 1985, pp. 15-22

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, traducción del inglés de Carrión, G., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

HART J.D., *Internet law: a field guide*, Bloomberg BNA, Lewiston, Nueva York, 2008.

HART, M., "Reviving Regionalism? Canada, the United States, and the Next Steps to Deeper Economic Integration", *Seattle, the WTO and the Future of the Multilateral TradingSystem*, editado por Roger Porter y Pierre Sauvé, 2000, Cambridge: Harvard University Press, USA, pp.12-16.

HARTLEY, T.C., "Mandatory Rules in International Contracts: the Common Law Approach" *RCADI*, t. 266, 1997, pp. 382 y ss.

HAYAKAWA, S., "Private Law in the Era of Internet", *Legal Aspects of Globalization*, Kluwe Law International, The Hague, London- Boston, 2000, pp. 27-34.

HEISS, H., "Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in *AGB* nach europäischen Internationalen Privatrecht?" *RabelsZ*, 65, 2001, pp. 634-653.

HELLNER, J., "The Vienna Convention and Standard Form Contracts", P. Volken & P. Sarcevic (coords.), *International Sales of Goods*, Oceana Publications, EEUU, 1986, pp. 342 y ss.

HELLNER, M., "The country of Origin Principle in the E-commerce Directive: a conflict with conflict of laws?" A. Fuchs (ed.), *Les conflicts de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 205-22.

HENNING S., "Standard Business Conditions in Germany under the Vienna Convention", *The Comparative Yearbook of International Business*, 1993, vol.15, p. 381.

HEREDERO, M. "El comercio electrónico, su incidencia en la contratación de bienes y servicios, *Revista Jurídica de Navarra*, 2000, pp. 80- 102.

HEREDIA CERVANTES, I., "Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas web", *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 69-99.

HERMALIN, B; KATZ, A.W; CRASWELL, R., "Contract law", A. M. Polinsky; S. Shavell (eds.), *Handbook of Law aand Economics*, Elsevier/New, Amsterdam, 2007, pp. 34-39.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "El contrato de transporte aéreo de pasajeros: Algunas consideraciones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable", *CDT*, Marzo 2011, pp. 179-194.

HESSELINK, M.W., "Condification and Europeanisation in the Netherlands", S. Vogenauer; S. Weatherill, *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 52-57.

HILL, J., *Cross border consumer contracts*, Oxford private international law series, Oxford, 2008.

HOFFMANN, J., "Die Buttonlösung bei grenzüberschreitnden Vertragsschlüssen", *IPRax*, núm. 35 mayo-junio de 2015, pp. 193-197.

HÖHNE, M., *Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivitaät*, Max-Planck-Institut, Mohr Siebeck, Hamburgo, 2016.

HONNOLD, J.O., *Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías. Convención de las Naciones Unidas de 1980*, Edersa, Madrid, 1987.

HOWELLS, G., "European contract Law Reform and European Consumer Law Reform and European Consumer Law-Two Related but distinct Regimen", *European Review of Contract Law*, pp. 173-194.

HUBER, P., C,"Contract formation and Non-performance in German law", Reiner Schulze; Fryderyk Zoll (eds.), *The law of obligations in Europe*, Munich, Selp, 2013, pp. 201-213.

IDOT, L., "Quelques pistes pour la résolution des conflits de droits de la concurrence en matière de distribution", *DPCI*, 1993, vol. 19, núm. 2, pp. 214-243.

IGLESIAS CABERO, M., *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo*, Colex, Madrid, 1995.

ILLESCAS ORTIZ, R., "La equivalencia funcional como principio básico del Derecho de la contratación electrónica", *Revista Aranzadi de Nuevas Teconologías*, núm. 1, 2003, pp. 19-31.

- *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, Madrid, 2001.

"La firma electrónica y el RDL 14/1999, del 17 de septiembre", *Derecho de los Negocios*, *La Ley*, núm. 109, octubre, 1999, pp.1-13.

- "La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato", *Derecho de los negocios*, núm. 16 (enero de 1992), pp. 1 y ss.

INFANTE RUÍZ, F.J., "Entre lo político y lo académico: Un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo", *InDret*, 2/2008, pp 34-49.

IRTI N., *La edad de la descodificación*, José María Bosch, Barcelona, 1992, p. 24-35.

JABUREK, W.J.; WÖLFL, N., *Cyber-Recht*, Ueberreuter, Wien-Frankfurt, 1997.

JAYME, E.; KOHLER, C., "L'interaction des règles de conflit contenuesdans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *RCDIP*, 84, 1995, pp. 1-40.

JIMENEZ DE PARGA, R., “El comercio electrónico, Segurídad Jurídica”, *Revista de Derecho de los negocios*, núm. 118-119, 2000, pp. 1-12.

JIMÉNEZ GUILLERMO C., *Guía ICC del Comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

JONES, R., MOORE, R., "Introduction: An uncomfortable marriage: The challenges “new” technology is posing to “old” or established legal concepts?” *International Review of Law Computers & Technology*, 23, núm. 1-2, March-July 2009.

JUENGER, F.K., “Generral Course of Private International Law”, *RCADI*, t. 193, 1985, pp. 191-206.

JULIÁ BARCELÓ R., *Comercio Electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

KABRE, W.D., *La conclusion des contrats électroniques, étude de droits africains et européens*, L' Harmattan, Paris, 2013, pp. 261-250.

KADNER GRAZIANO, T., *Europäisches vertragsrecht*, Helbing Lichtenhan Verlag, Baden-Baden, 2008.

KAHN, F.; SHERMAN W., “To click or not to click? Ninth Circuit rejects *browsewrap* arbitration clause”, *Lexology*, EEUU, 2014, pp. 1-29.

KAHN, F., “Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)”, *Jherins Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Dunker & Humblot, Munich/Leipzig, 1928, vol. 1, pp. 161 y ss.

KAMEL BOULOS, M.N.; WHEELER, S., “The emerging web 2.0 social software”, AAVV, *El professional de la información*, BMC Med, Londres, 2007, pp. 95-106.

KAPLOW, L; STEPHEN S. "Economic Analysis of Law", *Handbook of Public Economics*, A. J. Auerbach; M. Feldstein (eds), vol. 3, cap. 25, 2002, Elsevier, Amsterdam-Nueva York, pp. 1661-1784.

KATSH, E., "Online Dispute Resolutions: some Implications for the Emergence of law in Cyberspace", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 21, núm. 2, July, 2007, pp. 97-109.

KEGEL G., *Internationales Privatrecht*, Vérlag, C.H. Beck, Münich, 2004.

- "The Crisis of the Conflict of Laws", *RCADI*, 112, (1964-II), pp. 91-268.

KELLER, M.; SIEHR, K., *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrecht*, Schulthess, Zurich, 1986.

KELLER, M., "Lessons for The Hague: Internet Jurisdiction in Contract and Tort Cases in the European Community and the United States", *The John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. 23, 2004, pp. 1-74.

KESSEDJIAN, C., "Electronic data interchage, internet and electronic commerce", *Preliminary Document n. 7 of April 2000*, Hague Conference on Private International Law, Kluwer, The Hague, 2000, pp. 25-39.

"Rapport de synthèse", K. Boele-Woelki; C. Kessedjian (eds.), *Internet, Which Court decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit sápplique?* Kluwer, The Hague, 1998, pp. 143-154.

KIENINGER, E.M., "Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäfts-bedingungen eine Utopie?" *RabelsZ* (73) 2009, pp. 793-817.

KING, C., DALTON, C., *Security Architecture: Design, Deployment & Operations*, RSA Press, USA, 2001.

KINSELLA, N.S.; SIMPSON, A.F., *Online contract formation*, Oceana Publications, EEUU, 2004.

KLAUER, S., *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer EVÜ und EG-Richtlinien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

KLAUS, J.H.; STEFFEK, F., "Mediation: Principles and regulation in comparative perspective", *European Business Organitation Law Review*, núm. 14, 2013, pp. 613-618.

KLEINHEISTERKAMP, J., "Los Principios Unidroit en la interpretación del derecho nacional por tribunales estatales", P. Perales Viscasillas y A. Martínez Cañelas (dirs.), *Principios de Derecho contractual Europeo y Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 176-187.

KNOEPFLER; SCHWEIZER, P., *Précis de droit internacional privé suisse*, Bâle, Berne, 1990.

KONO, T.; PAULUS, C.G., RAJAK, H., *Selected legal issues of E-Commerce*, Kluwer Law International, Netherlands, 2002.

KÖTZ, H., *Europäisches Vertragsrecht* I., Hamburg, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1996.

-"Europäische Juristenausbildung", *ZeuP*, 1993, pp. 268 y ss.

"Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung. Einführende Bemerkungen zum gleichnamigen Symposium. Hamburg, 1991" *RabelsZ*, 1992, pp. 215 y ss.

KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, Túbingen, Münich, 1997.

- "Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996", *NJW*, 1997, pp. 1407-1420.

"Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei", *RabelsZ*, 1978, pp. 647 y ss.

KUIPERS, J.J., *EU Law and Private Internacional Law*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2012.

KÜSTER, I., VILA, N. "La venta *on line*: principales problemas y soluciones" *Esic Market, Revista Internacional de Economía y Empresa*, núm. 115, Mayo-Agosto 2003, pp. 27-42.

JANSEN, N., "Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheracquis", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2010, pp. 69-106.

JAYME, E.; KOHLER, C. "Europaisches Kollisionsrecht 2003: der Verfassungskonvent und das Internationale Privat- und Verfahrensrecht", *IPRax*, 2003, pp. 486 y ss.

JAYME, E., "Kollistansrecht und Internet nationallsierung von Rechtsverhänissen oder "Cyberlaw?", S. Leible (dir.), *Die Bedeutung des internationalen Privatechts irn Zeitalter der neuen Medien*, Stuttgart, Münich, 2003, pp. 11 y ss.

-"Les contrats conclus par les consommaterurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", L. Belchior (dir.), *Droit internacional et droit Communautotaire*, 1991, pp. 77-85.

"Das portugiesische AGB-Gesetz von 1985-Sachnormen und Internationales Privatrecht", *IPrax*, 1987, pp. 44-46.

JIMÉNEZ DE PARGA, R., "Otras modalidades de publicidad desleal: la publicidad confusionista y la protección de las creaciones publicitarias", *Revista de autocontrol publicitario*, núm. 63, 2002, pp. 16-26

- "El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)", *Derecho de los Negocios*, núm. 6, 2000, pp. 6 y ss.

JIMÉNEZ GUILLERMO C., *Guía ICC del Comercio internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

JOHNSON, D.R., POST, D.G., “Law and Borders: the rise of law in cyberspace”, *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, pp. 1367-1402.

JULIA BARCELÓ, R., *Comercio electrónico entre empresarios. La formación y prueba del contrato electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1994.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., “El criterio del international Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contratos celebrados con consumidores”, *CDT* (octubre 2012), vol. 4, n.º 2, pp. 177-201.

LAGARDE, P; TENENBAUM, A., “De la Convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727- 780

LAGARDE, P., “Remarques sur la Proposition de Règlament de la Comisión européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCADI*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349.

-“Developpements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d´unification: Quelquess conjectures”, *RabelsZ*, 2004, t. 68, núm. 2, pp. 225-243.

-“Le noveau droit international privé des contrats après l`entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *RCADI*, 1991, núm. 287, pp. 68-79.

-“Le príncipe de proximité dans le Droit international privé contemporaine”, *RCADI*, 1986-I (vol.196).

LAGUNA PAZ, J.C., “Internet: aspectos de su régimen jurídico público”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 113, 2002, pp. 9-17.

LA LAGUNA DOMINGUEZ, E., “Sobre la perfección de los contratos en el Código civil”, *La Ley*, núm. 2, 1989, pp. 1135-1154.

LAMARCA MARQUÉS, A. (Dir.), *Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

-"La ley de modernización del derecho alemán de obligaciones", *InDret*, 01/2002, pp. 1-10.

LAMBERT, J., "Formación de los contratos: comunicación de la oferta y la aceptación. La postura de la Common Law (derecho consuetudinario)", AAVV, *La validez de los contratos internacionales negociados por medios*, Editorial Universitaria, Madrid, 1989, pp. 48 y ss.

LAMMEK, S.; TINNEFELD, M.T., *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998.

LANDO, O., "The Law Applicable to the International Sale of Goods", *RabelsZ*, 75, 1993, p. 163 y ss.

-"European Contract Law", *American Journal Civil Law*, 1983, pp. 653 y ss.

LANDO, O; BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

LANDO O.; NIELSEN, P.A., "The Rome I Regulation", *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725.

LLANEZA GONZÁLEZ P., *Internet y comunicaciones digitales*, Bosch, Barcelona, 2000.

LANDO, O., "Conflict of Law Rules for Arbitrators", *Homenaje a K. Zweigert*, Tübingen, 1981, pp. 157 y ss.

LANDSDORFF, *Historia sencilla de las ideas jurídicas*, Colex, Madrid, 2003.

LARA AGUADO, A., "Formación del contrato electrónico", F. Esteban (coord.), *La protección del consumidor en dos espacio de integración: Europa y América*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 74-101.

"Formación del contrato electrónico", S. Sánchez Lorenzo (dir.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 867-933.

-"La oferta y la aceptación contractuales", S. Sánchez Lorenzo (Ed.) *Derecho contractual comparado*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 681-725.

LARENZ, K., *Tratado de Derecho Civil Alemán-Derecho Civil*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

LECRERC, F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Étude de conflits de lois*, Bruylant, Bruselas, 1995, pp. 340-498.

LEDERMAN, E.; SAPHIRA, R., *Law, Information and information Technology*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001.

LEGRAND, P., "Sens et non-sens dún Code civil européen", *RIDC*, 2001, pp. 489-500.

LEIBLE S., "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales", *CDT*, vol. 3, marzo de 2011, pp. 214-233.

-"Mercado interior, comercio electrónico y protección del consumidor", *Estudios sobre consumo*, n. º 85, 2008, pp. 9-22.

- *Choice of the applicable law*, Publications of the Swiss Intitute of Comparative Law, Lausana, 2008.

- "Negotiation and Conclusion of the Contract: Format and Substantive Validity, Choice of Court and Choice of Law Clauses, An introduction", en Schulz A. (dir.), *Legal Aspects of an E-Commerce transaction*, 2006, pp. 1-29.

"La propuesta para un Reglamento Roma I: Algunas observaciones sobre arts. Escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568.

- "Die europäisierung des internationalen privat- und prozessrechts: kompetenzen, stand der Rechtsvereinheitlichung und perspektiven", S. Sánchez; M. Moya (Eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 13-38.

-"Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien", H. Schulte-Nölke/ R. Schulz (dirs.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Europäisches Privatrecht, Band 9, 1ª ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392.

LEIN, E., "The new Rome I/Rome II/ Bruseles I. Synergy", *YPIL*, vol. 10 (2008), pp. 176-197.

LEITE CONVERTI, L.R., "Il decreto-legge portoghese n. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dell'esperienza occidentale nei settore della tutela del consumatore", *Rivista di Diritto Civile*, anno, 34, núm. 4, julio-agosto 1988, pp. 95 y ss.

LENER, G., "La nuova disciplina delle clausole vessatorie ne contratti dei consumatori", Candozo Electronic Law Bulletin, (*http://www.jus.unitn.it*).

LEÓN SAEZ DE YBARRA, J.L., "Galaxia Internet: tendencias de la publicidad", *Revista de estudios de comunicación*, núm. 3, 1997, pp. 46-65.

LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001.

LEWALD H., "Règles générales des conflits de lois. Contributions à la technique du droit international privé, *RCADI*, t. 69, 1939-III, pp. 1 y ss.

LINDE PANIAGUA, E.; MELLADO PRADO, R; MIRALLES SANGRO,

BACIGALUPO SAGGESE, M.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C; FUENTETAJA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2006.

LLAMAZARES, O., "¿Qué son los Incoterms?", *Guía práctica de los Incoterms 2010*, Global marketing Strategies, Madrid, 2011, pp.11-24.

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., "La interpretación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías", *RDM*, 1997, núm. 225, pp. 1207 y ss.

LLORENTE SAN SEGUNDO, I., "La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre Derechos de los consumidores", *CDT*, octubre de 2013, vol. 5, núm. 2, pp. 371-397.

LOOKOFSKY, J., *Understanding the CISG*, Wolters Kluwer, Conpenhagen, 2012.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ A., *Contratos internacionales de software*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

LORENZ, W., "Die Lex Mercatoria: Line international Rechtsquelle", W. Barfub (dir.). Festschrift für Karl H. Neumayer Zum 65, Geburtstag, Baden-Baden, 1985, p. 407.

LOUSSOUARN, L., "Cours Général de Droit international privé", *RCADI*, T. 139, 1973, p. 338 y ss.

LOW, G., "The Legal basis for an Optional Instrument in European Contract Law". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht Faculty of Law Working Paper núm. 2012/2.

LUCAS ROBERT, E., *Lectures on Economic Growth*, Cambridge: Harvard University Press, USA, 2002.

LUCIANA SCOTTI, B., "Contratos internacionales celebrados a través de medios electrónicos, ¿Cuál es la Ley aplicable?", *Anuario Argentino de Derecho Internacional, XIX*, 2010, pp. 47-99.

LUNAS DÍAZ, M.J., "El principio de primacía comunitario y el Derecho Internacional Privado", *RDC*, 1998, julio-diciembre, pp. 473-499.

LURGER, B., *The European Union in the field of consumer law*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Lausana, 2014, pp. 83-107.

MADRID MARTÍNEZ, C., "Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual", *Estudios de Derecho internacional privado, homenaje a Tatiana Maekelt*, V H. Guerra, C. Madrid Martínez y Pérez (coords.), Universidad católica Andrés Belló, Caracas, pp. 155-226.

MADRID PARRA A., "El negocio jurídico electrónico", *RCE*, junio de 2002, núm 28, pp. 35 y ss.

"Aspectos jurídicos de la identificación del comercio electrónico", R. Illescas (dir.), *Derecho del comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 155-201.

MAESTRE RODRIGUEZ, J.A., SANCHEZ ALMEIDA, C., *La ley de Internet: régimen jurídico de los servicios de la Sociedad de la Información*, Servidoc, Barcelona, 2002.

MAGNUS, U., "Die Rom I- Verordnung", *IPRax* 2010, Heft 1, pp. 27 y ss.

MAJÓ I CRUZATE, J., *La sociedad de la información*, UOC, Barcelona, 2002.

MANKOWSKI P., "Artículo 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung- Revolution im internationalen Verbrauchervertragsrecht?",*ZVglRWiss*, vol. 105, 2006, pp. 120-163.

- "Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung", *IPRax*, 2006, pp. 109 y ss.

-"Jurisdiction and Enforcement in the Information Society", R. Nielsen, S. S. Jakobsen; J. Trzaskowski (eds.), *EU Electronic Commerce Law*, Copenague, Djoef, 2004, pp. 125-159.

-"Das Herkunftslandprinzipals Internationales Privatrech der e-commerce-Richtlinie",*ZVglRWiss*, vol. 100, 2001, pp. 137-181, pp. 138-144.

-"Wider ein transnationales Cyberlaw oder: Von der fortbesthehenden Bedeufung des Internationalen Privatrechats bei Internet- Sachverhaften", *A/P (Archive für Presserecht)*, 30, 1999, pp. 138 y ss.

MANN, F.A., "Unfair contract Terms Act 1977 and the Conflict of Law", *ICLQ*, 1978, pp. 667-664.

MARCHAL ESCALONA, N., "¿Hacia un nuevo derecho procesal europeo de protección del consumidor?: la nueva iniciativa europea sobre la resolución de litigios de pequeña cuantía" *REEI*, octubre, 2014, pp. 12-13.

MARÍN LÓPEZ, M.J., "Análisis del RD 231/2008 de 15 de febrero de que regula el sistema Arbitral de consumo", *Centro de Estudios de Consumo*, 2008, pp. 1-23.

MARCO MOLINA, J., "Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección del contrato: la aproximación entre el civil y el *Common law*, en las nuevas leyes o codificaciones del contrato", *RDP*, mayo-junio, 2008, pp. 5-53.

MARÍN PEIDRO, L., *Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*, Fundación Retevisión, Madrid, 2000.

MARINO, S., "I contrati di consumo *on line* e la competenza giurisdizionale in ambito comunitario", *Contratto e impresa/Europa*, 1/2011, pp. 253 y ss.

MARSLAND, V. "Online Services – Copyright in the Online World" Hawksmere, Londres, 1997 (Seminar Paper), pp. 1-14.

MARTIN BERNAL, J.M., "Internet y virtualización del Derecho en general y del derecho civil en particular", *AC*, 2001, núm 12 (19 a 25 de marzo), pp. 443 y ss.

MARTÍN GARCÍA, M.L., "La abusividad del cargo por emisión de billete según la reciente jurisprudencia del TS", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm 2, 2012, pp. 25-33.

-*La publicidad, su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 29-87.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Contenido y efectos del contrato", *Derecho Privado Europeo,* AAVV, S. Cámara Lapuente (coord.), Colex, Madrid, 2003, pp. 443 y 444.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., "¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?" *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm 9, /2014, pp. 76-84.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación,* Marcial Pons, Barcelona.

MARTÍNEZ LUNA, W.F., "La ley aplicable a los contratos de distribución en el Reglamento de la UE 593/2008 (Roma I)", *U. Pontificia Javeriana,* Bogota, julio, 30, 2016, pp. 4-28.

-"El artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Una verdadera clausula de excepción", *REEI*, nº 24, 2012, pp. 1-31

LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de Derecho de las Obligaciones*. *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* La Ley, Madrid, 2006, t. II, pp. 314-329.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S., *Analyse Économique du Droit.* Dalloz, Methodes du Droit, Paris, 2008.

MARÍN LÓPEZ, J.J., "Derecho de desistimiento de los consumidores en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil", *CESCO, Revista de Derecho de consumo,* núm 1/2012, pp. 10-15.

MÁRQUEZ LOBILLO, P., *Empresarios y profesionales en la sociedad de la información,* Edersa, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ NADAL A., *Comercio electrónico, Firma digital y autoridades de certificación,*Civitas, Madrid, 2002.

- *El comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, Madrid, 1998, p. 42.

MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., "Contratos Bancarios e Internet", AAVV, *Derecho de Internet, Contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 477 y ss.

MARTINY, D., "Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie", *Rabels,* 79, Heft 3, Julio, (2015), pp. 135 y ss.

-"Bestimmung des Vertragsstatus", C. Reithmann; D. Martiny (Coords), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Köln, Münich, 2004, pp. 1 y ss., concr. pp. 72-74 y 118-121.

MAZZAMUTO S., "La nuova Direttiva sui diritti del consumatore". *Europa e diritto privato*, núm. 4 (2011) pp. 861-909.

MASSAGUER, J, "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 27, 2010, pp. 20-21.

MASEDA RODRIGUEZ, J., "El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contactuales: límites a la aplicación de la lex causae", *REEI*, núm. 25, 2013, pp. 1-45.

MATÍAS FERNANDES, M.J., "O conceito de «actividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «bruxelas i» e a internet: subsídios do tribunal de justiça por ocasião do acórdão Pammer /Alpenhof", *CDT* (Marzo 2012), vol. 4, núm. 1, pp. 302-315.

MATEU DE ROS, R. "Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", MATEU DE ROS, R.,

LÓPEZ- MONÍS GALLEGO, M. (coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 150 y ss.

MATHIEU, B., *Directives européennes et conflits de lois*, Dalloz, Paris, 2015.

MATO PACÍN, M.N., "El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho comparado y europeo", *CDT* (octubre 2015), vol. 7, núm. 2, pp. 216-282.

MAURY, J., "Rêgles générals des conflits de lois", *RCADI*, t. 57, 1936-III, p. 375.

MAYER, P.; HEUZÉ, V., *Droit international privé*, 9ª de., Montchrestien, París, 2007.

MAYORGA TOLEDANO, M.C., *El contrato mercantil de franquicia*, Comares, Granada, 2007.

-"Los Derechos de información previa y de desistimiento en la contratación electrónica de servicios financieros. Especial referencia a los contratos bancarios", *RCE* núm. 87-2007, pp. 3-45.

MELCON SÁNCHEZ-FRIERA, C., *Las transacciones comerciales en la red*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2012.

MERCADO PACHECO, P., "El Estado comercial abierto, la forma de gobierno de una economía desterritorializada", R. Capella (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización, Estudios de Derecho judicial, CGPJ*, núm. 16, Madrid, 1999, pp. 123-158.

MEEUSEN, J., "Le commerceélectronique, la directive 2000/31/CE et le droitinternational privé", *Rev.cr.dr.int.pr*., vol. 91, 2002, pp. 434-490.

Mc GRATH COLM P., KOZIOL H., I, “Style of reasoning a Fundamental Difference between the Common law and The Civil Law?”, *RabelsZ*,78 (2014), Heft 1 (Januar), pp. 709-746.

Mc PARLAND, M., *The Rome I regulation on the law applicable to contractual oligations*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

MIEDBRODT, A., *Signaturregulierung im Rechtsvergleich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Münich, 2000.

MILLÁN, L., *La armonización de legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

MINCKE, W., “Die Parteiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl?”, *IPRax*, 1985, pp. 313-317.

MINOR, J., “Consumer Protection in the EU: Searching for the Real Consumer”, *European Business Organisation Law Review*, núm. 13, 2012, pp. 163-168.

MIQUEL SALA, R., “El Derecho contractual alemán”, S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, 2016, Civitas, Madrid, pp. 285-313.

MOCCIA, C., "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the "Battle of the Forms", *Fordham International Law Journal*, 1989-1990, vol.13, pp. 667 y ss.

MOLINA ROBLES F.J., *Planificación y Administración de redes*, Ra-ma, Madrid, 2010.

MONTERO, E., *Droit des technologies de l' information regards propectifs*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 3-117.

MORALES ARCE, J.B., "Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional", *Revista de Derecho bancario y bursátil*, 2002, pp. 272-273.

MORENO QUESADA, B., "La oferta de contrato", *RDM* (1956), pp. 184 y ss.

MORENO, M.A., *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

MORENO P.J.C.; SANTOS GONZÁLEZ, J.C., *Sistemas informáticos y redes locales*, Ra-ma, Madrid, 2001.

MORO ALMARAZ, Mª. J., "Servicios de la Sociedad de la Información y Sujetos Intervinientes", AAVV, *Autores, consumidores y Comercio Electrónico*, Colex, Madrid, 2004, pp. 133 y ss.

MOURA RAMOS, R.M., "La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais", *Droit international et droit communautaire*, Actes du Colloque de Paris, 5-6 avril, 1990, Paris 1991, pp. 115 y ss.

MÚGICA, J.M.; RUIZ, S., *El comportamiento del consumidor*, Ariel, Barcelona, 1997.

MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1989.

NERBIA, P., *Unfair contract terms in European Law. A study in Comparative and EC Law*, Oxford and Portland Hart, Oxford, 2007.

NIELSEN, P., "The New Brussels I Regulation", *Common Market Law Review*, 2013, pp. 503-528.

NIÑO CAMAZÓN, J., *Sistemas operativos monopuestos*, Editex, Madrid, 2011.

NIBOYET, J.P. *Principios de derecho internacional privado*, Reus, Madrid, 1930.

-"L´universalité des regles de solution des conflits; est elle réalisable sur la base de la territorialité?", *RCDIP*, 190, pp. 509 y ss.

NIETO SOLÍS, J. A. *Organización económica internacional y globalización,* Siglo XXI, Madrid, 2005.

NORBERG, A. y E. O'NEILL, J., *Transforming Computer Technology: Information Processing for the Pentagon,* 1962-1982, Johns Hopkins University, Nueva York, 1996.

NUYTS, A. "La refonte du Règlement Bruxelles I", *RCDIP*, núm. 1, 2013, pp. 1-63.

-"L'Application des Lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)", *RDIP*, vol. 88, 1999, pp. 31-74.

OFFERHAUS, J.; VAN HECKE, V., "Principes et méthodes de solution des conflits de lois", *RCADI*, t. 126, 1969, pp. 399-569.

OLIVA, BLÁZQUEZ, F., *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980),* Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ONTIVEROS, E., *La economía en la Red, Nueva Economía, nuevas finanzas,* Taurus, Madrid, 2001.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Comentarios sobre la atribución de la competencia en contratos e ilícitos electrónicos: el desarrollo de la jurisprudencia del TJUE", P. Diez Hochleitner y otros (coords), *Últimas tendencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE 2008-2011*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 599-604.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.; RUEDA VALDIVIA, R., "Ley aplicable a los contratos internacionales", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional,* Civitas, Madrid, 2016.

ORELLANA CANO, C., "El desistimiento unilateral en los contratos de consumo. Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 3, pp.1137-3520.

ORTIZ BLANCO, G., "Las categorías de la ineficacia en el Derecho Civil", *Revista Mexicana de Derecho*, 2006, pp. 87-131.

ORTIZ VIDAL, M.ª D., "El principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la UE y los límites a la libre circulación, ¿mecanismo conciliador en tiempos revueltos?, *RDC*, vol. II, número 3, 2015, pp. 177-197.

- "Contratos electrónicos internacionales B2C y protección del pequeño empresario", *CDT* (Marzo 2014), vol. 6, núm. 1, pp. 379-396.

- "Espacio judicial europeo y tratado de Lisboa: Hacia un nuevo Derecho Internacional privado", *CDT* (Marzo 2010), vol. 2, núm. 1, pp. 376-402.

OSMAN, F., *Les príncipes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Bibliothèque de droit privé, Librerie Géneral de Droit et Juriprudence, París, 1992.

OSMANI, F., *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, Bruselas, 2012.

OSSORIO, J., *Lecciones de Derecho Civil, Obligaciones y contratos*, Comares, Granada, 1985.

OTT, P. R., "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?",*German Law Journal*, núm. 12, 2006, pp. 1-23.

OVIEDO ALBÁN, J., "UNIDROIT y la Unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales", AAVV, *La compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, pp. 21 y ss.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., "Avances en la aplicación de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes", *CDT* (Marzo 2014), vol. 6, núm. 1, pp. 253-268.

PAGADOR LÓPEZ, J., "Las condiciones generales de la contratación: Introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas", G.A., BOTANA y M. Ruíz

(coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 164-184.

-"La ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación", *Revista de Derecho de los Negocios*, 1997, núm. 9, 1998, pp. 1-34.

PARRA RODRIGUEZ, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001.

PASSAGANOLI, G., "Commentario articolos 36, 38", G. Vettori (dir.) *Codice del consumo*, Cedam, Padova, 2007.

PASCUZZI, G., *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Cedam, Milán, pp. 19-55.

PATOCCHI, P.M., *Régles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georgia, Ginebra, 1985.

PANIZA FULLANA, A., *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*, Comares, Granada, 2003.

-"La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010: algunos aspectos relativos a la protección del consumidor en la contratación de servicios turísticos en Internet", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011, (disponible en *Westlaw*, BIB 2010/3265).

PARDO GATO, J.R., *Clásusulas abusivas en los contratos de adhesión: Análisis legislativo y jurisprudencial*, Dijusa, Madrid, 2004.

PAREDES PÉREZ, J.I., "La Tutela jurisdiccional internacional de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, Problemas actuales y propuestas de futuro", *Estudios sobre consumo*, 79 (2006) (Monográfico), pp. 75 y ss.

PAZ-ARES, C., "Principio de eficiencia y Derecho privado", AAVV, *Estudios de*

Derecho Mercantil, Homenaje al Profesor M. Broseta Pont, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.

PAZOS CASTRO, R., "El contrato celebrado en el marco de una actividad comercial dirigida al consumidor. Comentario a la STJUE de 17 de octubre de 2013 (asunto C-218/12, Emrek)", Año LXVIII, *BMJ* núm. 2165. Abril 2014.

PECOURT GARCÍA, E., "Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado, *Revista de Derecho Español y Americano*, n. º 14, 1966, pp. 11-60.

PEDROSA MACHADO, M.N., "Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, año 29, 1988, pp. 109 y ss.

PELICHET, M., "La vente internationales de marchandises et les conflits de lois", *RCADI*, T. 201 (1987-I), pp. 9 y ss.

PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- "La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT", *La Ley*, viernes 15 de noviembre de 1996, núm. 4167, pp.1-12.

- "Battle of The Forms Under The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison With Section 2-207 UCC And The Unidroit Principles", Pace *International Law Review*, 1998, vol.10, núm. 1, pp. 97-155.

- "La formación electrónica del contrato en el "Draft Common Frame of Reference", *RCE*, núm. 100, 2009, pp. 10-25.

- Comentario de los principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Aranzadi, Navarra, 2003.

- *La reforma Española de Arbitraje (Ley 11/2011 de 20 de mayo)*, Rubinyal-Culzoni, Buenos Aires, 2012, pp. 69-113.

PÉREZ BEVIÁ, J.A., "Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *REDI*, núm. 34, 1982, pp. 99-124.

PÉREZ ESCOLAR, M., "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas: Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil", *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pp. 409-480.

PÉREZ MARÍN, M. A.,"El desistimiento en el proceso civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil)", J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pp. 45-49.

PEREZ NIETO, L., D*erecho internacional privado. Notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano*, UNAM, México, 1982, pp. 11-35.

PÉREZ VERA, E. (dir.), *Derecho internacional Privado*, vol. I y II., UNED, Madrid, 2002.

PERFETTI, U., "La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo", *Rivista di diritto civile*, 2009, vol. 6, pp. 669 y ss.

PERLINGIERI, P., *La formazione dei contratti commerciali*, Universita degli Studi di Camerino, Camerino, 1976.

PERNER, S., "Das Internationale versicherungsvertragsrecht nach Rom I", *IPRax*, 2009, Heft 3, pp. 218 y ss.

PETER, H., "Flexibility versus Predictability and Uniformity in choice of Law, *RCADI*, (1991-I), pp. 226-281.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia,* Cizur Menor, Navarra, 2004.

PIAGGI, A.I., "La Ley Modelo de UNCITRAL y la modernización de la legislación para facilitar el e-commerce", *Revista doctrina societaria,* núm. 144, 1999, pp. 26-47.

PICONE, P., "La méthode de la reference a l´ordre juridique competent en droit international privé", *RDADI*., t. 197, 1986, pp. 229 y ss.

PIETTE-COUDOL, T., *Échanges électroniques certification et securite*, Litec, Paris, 2000.

PILTZ, B., "El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías", *La Ley*, núm. 3063 (7 de agosto de 1992), pp. 1 y ss.

PINTO MONTEIRO, A., "El Problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", *RDM*, 1996, pp. 79-115.

-*Saggio sulla struttura formale del problema delle questione preliminari nel diritto internazionale privato,* Jovene, Nápoles, 1971.

-"Les méthodes de coordination entre ordres jurídiques en droit international privé (Cours general de droit international privé)", *RDADI*, t. 276, 1999, pp. 120-122.

PILTY, B., *Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht (Wiene übereinkommen von 1980) in praxisorientierter Darstellung,* Verlag C.H., Münich, 1993.

PLAZA PENADÉS, J., "Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo", *Derecho patrimonial europeo* (Monografía asociada a la Revista de Derecho patriomonial), Cizur Menor, Thonson/Aranzadi, Navarra, 2003

POCAR, F., "La Protection de la partie faible en Droit Internacional Privé", *RCADI*, t.

188, 1984-V, pp. 339-418.

POILLOT-PERUZZETO, S. “Le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Ré- pertoire de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité,* 2008-5, pp. 3-11

POLIDOR, S., *Codice del Consumo annotado con la dottrina e la giuriprudenza*, E. Capobiano; G. Perlingieri (coord.), Napoles-Roma, 2009, pp. 801-804.

POLO, L., “World Wide Web Technology Architecture: A Conceptual Analysis”, *New Devices*, 2003, núm. 2, pp. 29-37.

POMMIER, J.C., *Principe d’autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, París, 1992.

POTHIER R.J., *Traité des obligations*, vol. I, Et. II, Barcelona, 1974.

POULLET, Y., “La conclusión du contrac par un agent électronique”, *Commerce Électronique, le Temps de Certitude*, Cahiers du Centre de Recherches, Bruylant, Bruselas, 2000, p. 132 y ss.

PUERTA DOMÍNGUEZ, E., *La Directiva comunitaria como norma aplicable en derecho*, Comares, Granada, 1999.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2006.

PUURUNEN, T., “The Judicial Jurisdiction of States Over International Business-to-Consumer Electronic Commerce from the Perspective of Legal Certainty”, *U.C. Davis J. Int`l L.& Pol´y*, vol. 8, 2002, pp. 135-254.

QUECK, H., *Rechtsfragen der Infromationsgesellschaft*, Erich Schimdt Verlag, Berlin, 1999.

QUECK, R.; VALCKE, P., "L´arrêt de la Cour d ´arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse? *Revue du Droit des Technologies de L´Information,* núm. 21-23, 2005, pp. 51-57.

QUIÑONEZ ESCÁMEZ, A., "Ley aplicable a los contratos internacionales en la propuesta de Reglamento Roma I de 15 de diciembre de 2005", *Revista para el análisis del Derecho,* julio, 2006, pp. 1-22.

-"Nota a la STJCE 9 septiembre 2004", *REDI*, 2004, pp. 938-944; *id*., "Incorrecta transposición de la noción de 'vínculo estrecho con el territorio comunitario' de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 Comisión c. España)", *RDCE,* 2005, pp. 535-551.

-"Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)", *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 231-242.

RADICATI DI BROZOLO, L., SALERNO, F., "Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa", P. Franzina (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di Regolamento "Roma I". Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8.

RADICATI DI BROZOLO, L.G., "Mondialisation, jurisdiction, arbitrage: vers des règles d'application seminecessaire?" *RCDIP*, 2003, vol. 1, pp. 35 y ss.

RADIN, MJ.; ROTHCHILD, J.; SILVEMAN, G.M.; *Internet Commerce: Doing Business in aNetworked World*, Foundation Press, 2002, vol. 16, p.65.

RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Paralamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013", *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 7, 2013, pp. 228-239.

RAMELLA, A., *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil*, seguido de un estudio referente a la legislación española por L. Benito, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1897.

RAMOS ALEGRE, M.P.; CERVIGON, G.P., *Sistemas operativos en red*, Taurus, Madrid, 2001.

RAMOS SUAREZ, F., "La seguridad en el comercio electrónico", *RCE*, núm. 19, 2001, pp.126 y ss.

RAUSEL KÖSTER, C., "La publicidad en la web: hacia el patrocinio y el banner narrativo audiovisual", *Questiones publicitarias*, vol. I, núm. 9, 2004, pp. 103-127.

RAYNOUARD, A., "La formation du contrat électrónique", AAVV, *Le contrat électrónique*, Pantheón, Paris, 2002, pp. 26 y ss.

REES, P., "Browse wrap Licence? Don't mind if I do", *Computers & Law*, octubre/Noviembre 2001, pp. 7 y ss.

REESE, W.L.M., "General Course on Private International Law, *RCADI*, t. 150 (1976-II), pp. 89 y ss.

REIMANN, M., *Conflict of laws in Western Europe*, Transnational Publishers, Inc., Nueva York, 1995, pp. 25-79.

REMEN, O., "Das anwendbare Recht bei elektronisch geschiossenen Vertrögen", S. Leible (dir.), *Die Bedeutfung des Internationale Privatrechts irn Zeltater der neuren Medien*, Ernst Flrtsch, Stuttgart, 2004, pp. 21 y ss.

RENNER, M., HESSELBARTH, M., "Unternehmensverträge und die Rom I-Verordnung", *IPRax*, 2014, Heft 2, pp. 118-124.

REMÓN PEÑALVER, J., "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", *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, n.º 2, 2002, pp. 69-78.

REYES KRAIT, A., *La firma electrónica y las entidades de certificación*, Porrúa, México, 2003.

REZZÓNICO, C., *Contratos con cláusulas predispuestas*, Atrea, Buenos Aires, 1987.

RIAÑO BRUN, I., "La ejecución del acuerdo obtenido en mediación", A. Pérez Moriones; I. Riaño Brun; M. Mestrot (dirs), *El arbitraje: una nueva perspectiva desde el Derecho español y el Derecho francés*, La Ley, 2013, pp. 317-327.

RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, Madrid, 2003.

RITONDALE, F.,"La formazione progressiva del contratto: il complicato discrimen tra puntuazione e perfezionamento dell'accordo", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, fasc. 9, pp. 876 y ss.

RIGAUX, F., "Droit international privé, Théorie générale", *RIDC*, année 1978, vol. 30, n.º 2, pp. 708-710.

RITTNER, F, "Das Gemeinchaftsprivatrecht und die europäiche Integration", *JZ*, 1995, pp. 615 y ss.

RIVERA, J.C., *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, LexisNexis, México, 2007.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Elementos de Derecho Civil", J.L., De la Cruz Bermejo, T. II *Derecho de Obligaciones, vol. I, parte general, Teoría general del contrato*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2000.

ROBERTSON, S.J.A. "The validity of Shrink-Wrap Licences in Scot Law, Beta Computers (Europe) Ltd", *JILT*, 1998 (2), pp. 1-6.

ROBLES VELASCO, L.M., "El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción?", *RIDR*, Romano (*www.ridrom.uclm.es*), octubre, 2010, pp. 56-90.

RODIERE, R., *La formation du contrat*, A. Pedone, Paris, 1976.

RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación", S. Espiau, (coord.), *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 51-93.

RODRIGUEZ BENOT, A., "La contratación electrónica en el tráfico externo", L. Cotino Hueso, *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 181-199.

"El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro", A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 497 y ss.

-"La influencia de la globalización en la elaboración, aplicación e interpretación del sistema de derecho internacional privado: especial referencia al comercio electónico y a la contratación internacional", A.L., Calvo Caravaca y P. Blanco-Morales Limones, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003, pp. 507 y ss.

-Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario europeo, Eurolex, Madrid, 1994.

RODRIGUEZ CANO, B., *Apuntes de Derecho Mercantil*, Navarra, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006.

RODRIGUEZ DEL BOSQUE, I.A., *Comunicación comercial: conceptos y aplicaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Montecorvo, Madrid, 1991.

RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.ª A., "De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I", *CDT* (octubre 2012), vol. 4, n.º 2, pp. 356-366.

ROGEL VIDE, C., "Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", J.M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari (coord.) *Homenaje al profesor LLuis Puig i Ferriol*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2157 y ss.

-"Momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos", *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3, 2003, pp. 429-446.

"Momento y lugar de perfección de los contrato electrónicos", *Anuario de propiedad intelectual*, núm. 2002, 2003, pp.233-250.

ROGERS, W.V. H.; CLARKE, M.G., *The Unfair Contract Terms Act* 1977, Sweet & Maxwell, Londres, 1878.

ROMANO, G.P., *Le choix des principes Unidroit par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives*, Publications of the Swiss Intitute of Comparative Law, Lausana, 2007.

ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 105 y 118.

ROTT, P, "More coherence? A higher level of consumer protection? A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU", *REDC*, núm. 3, 2012, pp. 371-392.

ROVIRA MOLA, A., PALOMA BARO, A., "Problemas de la contratación entre personas distantes", *ADC*, vol. 11, núm. 1, 1958, pp. 158 y ss.

RÜHL, G., "La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado", *AEDIPR*, t. X, 2010, pp. 91-120.

RUSSEL, R., CUNNINGHAM, S, *Hack proofing your Network: Internet traderaft*, Syngres, USA, 2000.

SÁEZ VALCÁRCEL, R., ORTUÑO MUÑOZ, P., "Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación", *Estudios de derecho judicial*, 2006, pp. 7-30.

SALZBERGER, E.M., "Law and economics in Cyberspace", *International Review of Law and Economics*, 1999, pp. 553-558.

SÁNCHEZ CALERO, F., "Artículo 2. Aplicación de la Ley", AAVV, *Ley de contrato de seguro (Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones)*, Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 44-72, pp. 65-66.

SÁNCHEZ LERIA, R., "Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Julio, 2014, pp.1-32.

SÁNCHEZ LERMA, G.A., "Contratación electrónica: firma electrónica y fé pública". *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 6, 2000, pp. 9 y ss.

SANCHEZ LORENZO, S., "El derecho contractual inglés", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 169-202.

-"La interpretación del contrato", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho Contractual comparado, una perspectiva europea y transaccional*, Civitas, Madrid, 2016, pp. 235-283.

-*Cláusulas en los contratos internacionales, Redacción y análisis*, Atelier, Barcelona, 2012.

-"La europeización de las reglas de interpretación de los contratos en la Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos",

ALBIEZ DORMHAN, J.K., *La europeización de las reglas de interpretación de los contratos*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 155-167.

SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del Derecho contractual en Europa", *Revista de Estudios jurídicos*, núm. 11/2011 (Segunda época), Universidad de Jaén, pp. 1-10.).

-"Choice Law and Overriding Mandatory Rulen after Rome I", *YPIL*, vol. 12, Munich, 2010, pp. 67-91.

-"La unificación del Derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea", *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85-118.

- "Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: "*softlaw versus hardlaw"* o "Comisión contra Parlamento", *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro,* Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 377-405.

-"El carácter *ultra vires* del Reglamento Roma I", *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 165-178.

-"La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material" *Pacis Artes*, *Liber* (Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos), Iprolex, Madrid, 2005, pp. 1.765-1.786.

- "La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el Derecho internacional privado", *Derecho patrimonial europeo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003, pp. 363-381.

- Postmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, núm. 2, 1994, pp. 557 y ss.

SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, T, 2ª ed., Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899.

SANTESMASES MESTRE, M., *Marketing. Conceptos y estrategias*, Pirámide, Madrid, 2012.

SANTOS GONZÁLEZ, M., *Sistemas telématicos*, CFGS, Ra-ma, Madrid, 2007.

SANZ VIOLA, A.M., “Contratación electrónica”, *AC*, núm. 18, 2001, p. 655 y ss.

SAUVANT, K.P., *International transactions in services*, Westview Press, Canada, 2006, pp. 67-89.

SAVORIDO SÁNCHEZ, P. “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”, *InDret*, núm. 1, enero 2013, pp. 18 y ss.

SKASPI, J., “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations of 19 June 1980 as a “Model” of Internacional Legal Regulation of Obligations in Domestic Legal Systems, with Special Regard to the Polish Law”, *YBIL* (1994), pp. 283 y ss.

SCHUBERT, M. “Internationale Verträge und Eingriffsrecht -ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrechts", *RIW*, vol. 33, 1987, pp. 729-746.

SCHÖN, W, “Mindestharmonisierung um europáischen Gesellschaftsrecht”, *ZHR*, 1996, pp. 221 y ss.

SCHÖTZ, G.J., “El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, *Ars Iuris Salmanticensis, (Ediciones Universidad de Salamanca),* vol. 1, diciembre 2013, pp. 115-150.

SCHULZE, R., *Common Frame of Reference and Existing EC Contract* Law, Sellier, Londres, 2009.

SCHULZE, R., ZIMMERMANN, R. Zimmermann, R., *Textos Básicos de Derecho privado Europeo*. Recopilación, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

SCOTT-WILSON, CH., “La protection des consommateurs dans le secteur du commerce électronique”, *Europa Comunicaciones comerciales, Newsletter*, (*http//:europa.eu. int/comm/interna.fr).*

SCOTTI, L.B., “Contratos internacionales celebrados a través de medios electrónicos, ¿Cuál es la ley aplicable?”, *Anuario Argentino de Derecho internacional*, XIX, 2010, pp. 47-99.

SCHNEIER, B., *Secrets & Lies: Digital Security in a Networked World*, USA, Wiley, 2000.

SCHWARZ, I.E., “Vers l´unification du droit dans la Communauté européene: règlements de la Communauté ou conventions entre les Etats membres”, Clunet (1978), pp. 751 y ss.

SERRANO CINCA, C.; FABRA GARCÉS, L.A.; LOBERA VIÑAU, E., “Planificación de sistemas de información en la Empresa: el intercambio electrónico de datos (EDI)”, F.J., La Cruz Marco, y M.C. Agustín García (coords.), *SCIRE: Representación u organización del conocimiento* (ejemplar dedicado a la planificación y gestión de sistemas de información, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 79-98.

SERRANO-LOBERA FABRA-GARCÉS, C., "Intercambio Electrónico de Datos: Adiós al papel", *Expansión*, diciembre 1993, pp. 48-53.

SIEBER, U., “EuGH: Einbeziehung von AGB durch “click wrapping”, *Multimedia und Recht*, 8/2015, pp. 515-516.

SIEHR, K., “Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (The United Nationas Sales Convention and its international Sphere of Application)”, *RabelsZ*, 1988, pp. 587 y ss.

SIRVENT GARCÍA, J., El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica”, *Perspectivas del Sistema Financiero. El Consumidor en la Contratación Bancaria Electrónica*, número 96, año 2009.

SYMEONIDES, S., “The american revolution and the european evolutioning choice of law: reciprocal lessons”, *Tulane Law Review*, 2007, pp. 5 y ss.

SPERDUTI, G., "Sulla capacitá in diritto internazionale privato, con particulare riguardo alla capacitá d'obbligarsi per fatto illecito", *RISG*, 1950, p. 306.

SOLIMINE, M.E., "Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure", *Cornell International Law Journal*, vol. 25, 1992, pp. 51-101, pp. 77-85.

SORIANO, R., *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 316-317.

SOUSA RIBEIRO, J., *Cláusulas contractuais geris e o paradigm do contrato*, Facudade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1990.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999, pp. 23-29.

SPINDLER, "Kapitalmarktgeschäfte in Binnenmarkt: Der Einfluss der e-commerce Richtlinie auf das internationale Vertragsrecht", *IPRAX*, 2001, pp. 400-411.

SIEHR, K., "General problems of private international law in modern codifications -De Lege lata and de Lege europea ferenda" *YPIL*, vol. VII, 2005, pp. 17-63.

- "Ökonomische Analyse des internationales Privatrechts", EEUU, *FS Firsching*, 1985, pp. 269 y ss.

SILBERMAN, L., "Comparative Jurisdiction in the Internacional Context: Will the Proposed Hague Judgments Convention be Stalled?", *De Paul Law Review*, vol. 52, 2002, pp. 319-349

SOLER MATUTES, P., *El contrato para la elaboración de programas de ordenador: contrato de desarrollo del software*, Aranzadi, Navarra, 2004.

SONNTAG M., *Einführung in das Internetrecht*, Linde, Viena, 2014.

SOSSA OLÁN, H., *El derecho de desistimiento como mecanismo protector del consumidor en la contratación electrónica*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2015.

SPINDLER, G., "Die E-Commerce-Richtlinie und das international wirtschaftsrecht", Jürgen F. B., Heinz, P.M, (coord.), *Wissenschaftliche Leitung*, Munich, Verlag C.H., Beck, 2002, pp. 107-133.

STADLER, H.G., *Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Handel.* Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2003.

STEYAERT, C., "Note d, observations, ST. C.J.C.E., 6 de noviembre de 2003", *Revue du Droit des Technologies de l´Information*, núm. 18, 2004, pp. 83-90.

SUAREZ A., *Nueva sociedad y nueva economía. Los grandes desafíos del S. XXI*, Pearson Educación, Madrid, 2001, pp. 29 y ss.

SUQUET CAPDEVILA, J., "The Eropean legal framework on consumer online dispute resolution (ODR)", AAVV, *Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruylant, Bruselas, 2015, pp. 162 y ss.

SVEN-ERIK, H., "Die Elektronische Willenserklärung", *Computer und Recht* núm 10, 1994, pp. 597 y ss.

TAMAMES, R., *La Unión Europea*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

TANENBAUM, ANDREW, S., *Redes de computadoras*, Pearson Educación, México, 2003.

TANG, S., "Mandatory Rules in International Arbitration", *Arbitration and Private International Law Conference*, University of Edinburgo, Edinburgo, 2015, pp. 89-121.

- *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*, Hart Publishing, Oxford, 2015.

- "Consumer contracts and the Internet in EU private international law", Savin, A; Trzaskowski, J (eds.), *Research Handbook on EU Internet Law*. Edward Elgar, 2014, pp. 254-284.

- *Jurisdiction and Arbitration Agreements in Internacional Commercial Law*, Routledge, Londres, 2014.

- "Consumer Collective Redress in European Private International Law", *Journal of Private International Law*, núm. 7, 2011, pp. 101-141.

-"Parties Choice of Law in E-Consumer Contracts", *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 113-136.

-"Eclusive Choice of Forum Clauses and Froum Non Conveniens in Electronic Consumer Contracts", AAVV, *International Conference to launch the Journal of Private International Law*, Aberdeen, 2005, pp. 124-165.

TAPSCOOTT, T., TAPSCOOT, A., *La revolución blockchaim*, Deusto, Madrid, 2017.

TERCEIRO, J. B., MATÍAS, G., *Digitalismo, El nuevo horizonte sociocultural*, Taurus, Madrid, 2001.

TERRE, F., *Pour une réforme du droit des contrars: reflexions et propositions d´une groupe de travail*, Dalloz, Paris, 2009.

THÜNKEN, A., "Die EG-Richtlinieüber den elektronischenGeschäftsverkehrund das international Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs", *IPRax*, vol. 21, 2001, pp. 15-22.

TREVES, T., "Articolo 17", F Pocar y otros, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padua, Nápoles, 1996, pp. 84-88.

TREBILCOK, M.J., *The limits of Freedom of contract*, Harvard University press, Boston, 1993.

TRIPODI, E.; SANTORO, F.; MISSINEO, S.; *Manuale di comercio electtronico*, Giuffrè, Milán, 2000.

ULRICH JESSURUN D´OLIVEIRA, H., "The EU and a metamorphosis of private international law", *Essays in honor of Sr. Peter North*, Oxford, 2002, pp. 111 y ss.

USATEGUI, J.M.ª, *Subastas, señales y otras respuestas a las asimetrías de la información*, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003.

UBERTAZZI, B., *Il Regolamento Roma I sulla legge applabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè editore, Milan, 2008.

ULMER, P., "La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre condiciones generales de la contratación de 1976", S. Espiau (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 33-51.

- *Diez años de la Ley Alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectiva*, Universidad de Heidelberg, Heidelberg, 1991, pp. 763-787.

UNBERATH, H., JOHNSTON, A., *The German Law of contract. A comparative Treatise*, 2nd ed., Oxford & Portland, Oregón, 2006.

UNCETA LABORDA, M., *Los prinicpios de Unidroit. Nuevo instrumento del Derecho del Comercio internacional*, Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2004, pp. 45-47.

URRUTIA, M., "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", *RCE*, 2000, núm. 4, pp. 25-67.

- "Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el ciberespacio", *Derecho de los Negocios*, abril, 2000, pp. 1-26.

VALLE, L., *Comentario artícolos 1341 e 1342 codice civile, annotato, con la giurisprudenza*, Utet Giuridica, Torino, 2006.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., "La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: El Draft Common Frame of Reference", *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco común de referencia y Derecho*

español, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 86-87.

VAN DER VELDEN, F., "Uniform International Sales Law and the Battle of Forms", *Unification and Comparative Law in Theory and Practice. Contributions in Honour of Jean Georges Sauveplanne,* Kluwer: Deventer, 1984, pp.241-243.

VANDERLINDEM, J., *Les conflits de lois,* Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 79-81.

VAQUERO LÓPEZ., C., "Autonomía de la voluntad y normas imperativas", S. Sánchez Lorenzo, *Derecho contractual comparado,* una perspectiva y transnacional, Civitas, Madrid, 2016, pp. 89-133.

VAQUERO PINTO, M. J., "El Desistimiento unilateral en los contratos de duración indefinida", LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Editorial La Ley, Madrid, 2006, pp. 58-64.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., "Protección Internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico. Aspectos de Derecho internacional privado", AAVV, *Comercio electrónico y protección del consumidor,* Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 667 y ss.

"Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico", *RCE,* núm. 4, 2000, pp. 25-67.

"Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el ciberespacio", *Derecho de los Negocios,* abril 2000, pp. 1-26.

VATTIER FUENZALIDA, C., "Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual", AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Civitas, Madrid, 2003, T. II, pp. 3214 y ss.

"En torno a los contratos electrónicos", *RGLJ*, enero-febrero, 1999, núm. 1, pp. 84 y ss.

VAZQUEZ, S., *Comercio electrónico, firma electrónica y servidores: Comentarios y anexo legislativo*, Dijusa, Madrid, 2002.

VAQUERO LÓPEZ, C. "La armonización del Derecho de los contratos por la OHADA", S. Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparad: una perspectiva europea y transnacional*, Civitas, Madrid, pp. 479-569.

VAQUER, ALOY, A., *Derecho europeo de los contratos II y IV del Marco Común de referencia*, Atelier, Barcelona, 2015.

VAZQUEZ DE CASTRO, E., *Ilicitud contractual, supuestos y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

VÁZQUEZ GALLO, E.; BERROCAL COLMENAREJO, J., *Comercio Electrónico. Materiales para el análisis*, Ministerio de Fomento, Ministerio de Ciencia y Tecnología (Serie Monografias), Madrid, 2000.

VAZQUEZ LÉPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

VEILLARD, I., *Le caractère général et commercial des Principes d`Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Publications of the Swiss Intitute of Comparative Law, Lausana, 2007.

VEGA VEGA, A. "Las condiciones generales en la contratación electrónica", *RCE*, núm. 101, 2009, pp. 3-55.

-*Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Madrid, Reus, 2005.

VELASCO, R., *La economía digital. Del mito a la Realidad*, Tusquets, Barcelona, 2002.

VERBAUWHEDE, L., *Propiedad Intelectual y comercio electrónico: cómo proteger el sitio web de su empresa*, División de Pymes, OMPI, Barcelona, 2001.

VERGNE, F., "The "Battle of the Forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *American Journal of Comparative Law*, 1985, pp. 255-256.

VICTORIA MAS, J.S., *Nueva publicidad, comercio electrónico y demás propuestas interactivas*, UMA, Málaga, 2003.

VILLA, S., *Manualle di diritti dell´informatica e delle nuove tecnologie*, Aggiornata, Bolonia, 2002.

-*Aspetti informatici e problematiche giuridiche dei sistema electronici di pagamento*, Aggiornata, Bolonia, 1999.

VILLANI, U., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile al contratti*, Caducci Editore, Roma, 1997.

VITTA, E., *Diritto internazionale privato*, vol. I, Turín, UTT, 1962.

VIRGOS SORIANO, M., GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Aranzadi, Madrid, 2007.

- "Estado de origen vs. Estado de destino. Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", CESCO, *Revista para el análisis del Derecho*, 4/2004, pp. 4-5.

-"Artículo 3", A. Menéndez Menéndez y L. Diez-Picazo y Ponce de León, Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Civitas, Madrid, 2002, pp. 145 y ss.

VIRGOS SORIANO, M., "Obligaciones Contractuales", J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado (Parte especial)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 147-207.

-*Lugar de celebración y de ejecución en la contratación electrónica internacional*, Tecnos, Madrid, 1989.

VISCHER, F., "General Course on Private International Law", *RCADI*, 1992-I (t. 232), pp. 9-256.

-"Das neue Restatement "Conflict of Law", *RabelsZ* 1974, pp. 128 y ss.

VITTA E., *Corso di diritto internazionale privato e processuale*, Vaccaro, Turín, 1991, pp. 35-36.

VIVES MONTERO, M.ª L., "Traducción de la Reforma 2002 del BGB", *ADC* 2002, pp. 1229-1310.

VOGENAUER, S., "Interpretation of the Unidroit Principles of international courts", H. J., Snjder y S. Vogenauer, *Content and meaning of national law in context of transnational law*, Kluwer, Munich, 2009, pp. 157-196.

VON M., "The Formation of Contracts", *Contracts in General*, Chapter 9, Tubinga, /Dordrecht-Boston/Lancaster, 1992.

VON HUBER., U., "Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge", *RabelsZ*, 1979, vol. 43, núm. 3, pp. 444-445.

WAGNER, R., "Der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom IVerordnung) – Ein Bericht über die Enstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung", *IPRax*, 5/2008, pp. 377-386.

WANG, F.F., "E-confidence: Offer and acceptance in online contracting", *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 22, núm. 3, November 2008, pp. 271-278.

WARWICK, F, BAUM, M.S., *Secure electronic commerce. Bulding the infrastructure for digital signatures & encryption*, Prentice Hall, Madrid, 1997.

WENGLER, W., "The General Principles of Private International Law", *RCADI*, t. 104, 1961, pp. 9-407.

WICHARD, J. C., "Kodifikation des Internationalen Privatrecht", *IPRax*, vol. 37, núm. 2, 2017, pp. 119-135.
WIEACKER: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Comares, Granada, 2001.

WILD, C.; WEINSTEIN, S.; RIEFA, C., "Council Regulation (EC) 44/2001 and Internet Consumer Contracts: Some Thougts on Article 15 and the Futility of Applying International", *Review of Law Computer & Technology*, vol. 19, núm. 1, march, 2005, pp. 13-23.

WINTERS, D.K., "Bricks to Clicks: Counseling Clients as They Move Online. JurisdictionalImplications in the Operation of a Web Site", disponible en (*http://www.pbnlaw.ocm/PressRomm/bricks_clicks.shtml*).

WOLF, M.; HORN, N.; LINDACHER, W., *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allegemeinen Geschäftsbedingungen*, Verlag C.H. Münich, 1999.

WÜRZBURG, V., "Vertragsversprechen und Übereignungsmodus", *RabelsZ*, 72, (2008), Heft 4, April, pp. 327-352.

XALABARDER PLANTADA, R., "La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet por infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios", *Revista de Internet, Derecho y Política* (*www.uoc.edu*), IDO, 2 (2006), pp. 39-48.

ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Bosch, Barcelona, 2008.

-*The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Univesity Press, Nueva York, 1996, pp. 559 y 564.

ZITTRAIN, J., "The Future of the Internet and How to Stop It", *Yale University Press*, 2008, April 14, pp. 21-38.