

CONSUMIDOR PASIVO Y COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL A TRAVÉS DE PÁGINAS WEB*

IVÁN HEREDIA CERVANTES**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DIPR Y LOS CONTRATOS DE CONSUMO. 1. Consideraciones generales. 2. El sujeto protegido, el consumidor pasivo. III. CONSUMIDOR PASIVO Y COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL. 1. Aspectos generales. 2. Contratación a través del correo electrónico. 3. Contratación a través de páginas web: las propuestas destinadas a limitar las consecuencias para el profesional. a) páginas web activas y pasivas. b) el viaje virtual. IV. CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE PÁGINAS WEB Y LÓGICA ECONÓMICA. 1. Racionalidad económica y derecho internacional privado. 2. Racionalidad económica y derecho internacional privado de consumidores. 3. ¿Deben limitarse las consecuencias para el profesional?

I. INTRODUCCIÓN

1.- La contratación electrónica no es un fenómeno reciente ni tiene su origen en el progresivo e imparable desarrollo de Internet. Piénsese que en determinados sectores como el financiero, la transferencia electrónica de datos (EDI) gozaba ya de amplia extensión durante la década de los ochenta¹. Ahora bien, lo que sí es reciente es el acceso masivo de los consumidores al comercio celebrado a través de medios electrónicos y, desde luego, en este fenómeno Internet sí que ha tenido un papel absolutamente esencial ya que la contratación EDI supone una alternativa de contratación electrónica de la que difícil-

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación BJU 2000-0268, subvencionado por la Dirección general de Enseñanza Superior e Investigación Científica.

** Profesor asociado de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Sobre la contratación EDI en este sector, *vid.* con carácter general, NORTON, J.J., REED, C., WALDEN, L., *Cross border electronic banking*, Londres, 1995, esp. pp. 55-80.

mente podían beneficiarse los contratos de consumo. Por un lado, no utilizan redes abiertas como Internet sino redes cerradas que ofrecen especiales medidas de seguridad (redes de valor añadido o VAN en sus siglas inglesas) y cuya utilización por tanto resulta muy costosa para el reducido valor económico que generalmente tienen las operaciones de consumo. Por otro, suelen estar precedidos de una fase de negociación previa que desemboca en un acuerdo (los acuerdos EDI), elaborados generalmente de acuerdo a alguno de los modelos diseñados por diversas instituciones², lo que limita este instrumento a los contratos de duración entre empresas recíprocamente conocidas y dignas de confianza mutua, algo incompatible con la propia naturaleza de los contratos de consumo en los que las partes difícilmente se conocen antes de la celebración del contrato y, además, generalmente entablan relaciones de carácter esporádico.

2.-. La rápida expansión de la contratación de Internet genera evidentes beneficios tanto para los profesionales como para los consumidores. Para aquéllos supone, entre otras ventajas, una reducción de costes, la apertura de nuevas posibilidades de negocio, la posibilidad de segmentar, microsegmentar e, incluso, personalizar el mercado y, en general, una evidente agilización de las relaciones comerciales. Para los segundos implica, por ejemplo, una mayor capacidad de elección, una bajada de los precios derivada de la reducción de costes para el empresario y la posibilidad de disponer de productos cada vez más especializados o incluso totalmente nuevos³. A cambio, Internet plantea también una serie de riesgos derivados de muy diversas causas (determinación de la validez y el perfeccionamiento del contrato, desconocimiento de la identidad y de la reputación de las partes, prueba del contrato, repudio del mensaje electrónico por parte de alguno de los cocontratantes, posibilidad de que un tercero intercepte y manipule el mensaje electrónico o utilice de forma fraudulenta los datos personales del consumidor, dificultades técnicas, etc.), que pue-

² En el ámbito europeo goza de gran importancia el Modelo europeo de acuerdo de EDI, contenido en la Recomendación 94/820/CE de la Comisión, de 19 de octubre de 1994, relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (DOCE, L 338 de 28 de diciembre de 1994). Como texto introductorio a la contratación EDI puede consultarse, CAVANILLAS MÚGICAS, "Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos (EDI)", *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 10, pp. 1-3.

³ Algún autor ha destacado asimismo las oportunidades que de cara al completo desarrollo del marco jurídico de protección de los consumidores puede suponer el avance de la Sociedad de la Información (en este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S., "La protección del consumidor y la Sociedad de la información: una revisión estratégica", *Rev. Gen. Leg. Jur.*, 1994, núm. 4, pp. 435-456).

den llegar a ser especialmente graves cuando, tal y como sucede en los contratos de consumo, se parte de una situación de desigualdad entre las partes⁴.

Pero siendo todo lo anterior cierto, la contratación electrónica a través de Internet presenta además una sustancial peculiaridad, de especial relevancia en los contratos de consumo. La Red ha cambiado el modelo tradicional de empresa y además de permitir el desarrollo de operadores que recurren a novedosas técnicas de mercadeo y gestión (trabajo en equipo, difuminación de la figura tradicional del “jefe”, descenso en la media de edad de los trabajadores, aparición de nuevos puestos laborales como los *Web masters* o responsables de contenidos), posibilita que cualquier operador, por muy limitados que sean sus recursos, se convierta en una empresa de implantación mundial, en disposición de traficar con cualquier lugar del mundo en el que exista una terminal de ordenador conectada a la Red.

El problema estriba, sin embargo, en el hecho de que la Red, no sólo “aumenta el trabajo” de las normas que generalmente regulan las relaciones contractuales que a través de ella se generen, es decir, las normas de Derecho internacional privado (en adelante *Dipr*), sino que su peculiar naturaleza pone en serios aprietos a las soluciones clásicas de este sector del ordenamiento⁵.

En primer lugar, el carácter potencialmente internacional de la Red contrasta vivamente con la limitada vigencia territorial que poseen las normas jurídicas actuales. El comercio a través de Internet no entiende de fronteras ni de territorios y, sin embargo, la mayor parte de los instrumentos legales que deben regularlo se encuentran constreñidos a las fronteras de un determinado Estado. Nos encontramos, como diría algún autor, ante “una red global dentro de un medio legal segmentado”⁶.

⁴ En relación con los problemas específicos que plantea la contratación electrónica a profesionales y consumidores, *vid.* con carácter general, BRAUCHER, J., “Rent-seeking and risk-fixing in the statutory law of electronic commerce: difficulties in moving consumer protection on-line”, *Wisconsin Law Review*, vol. 2001, núm. 3, pp. 527-564, esp. pp. 537-541; KAUFMANN-KOHLER, G., “Internet: mondialisation de la communication”, en “Applicable law in torts and contracts in Cyberspace”, en BOELE-WOELKI, K., KESSEDJIAN, C., (Eds.), *Internet, which court decides? which law applies? quel tribunal décide? quel droit s’applique?*, La Haya, 1999, pp. 137-138.

SMITH, B.L., “The third industrial revolution”, *Rec. des Cours*, 2000, núm. 282, pp. 230-458, esp. pp. 261-264.

⁵ Una brillante disertación sobre los retos que el carácter global de Internet supone para las reglas jurídicas “tradicionales” puede consultarse en JOHNSON, D.R., POST, D., “Law and borders- the rise of law in Cyberspace”, *Stanford Law Review*, Vol. 48 (1996), núm. 5, pp. 1367-1402, esp. pp. 1368-1378.

⁶ BURNSTEIN, M., “A global network in a compartmentalised legal environment”, en *Internet, which court ...*, *op.cit.*, pp. 23-34.

Internet introduce además un elevadísimo nivel de desmaterialización en la contratación⁷, -en especial en el caso de la contratación electrónica directa⁸-, algo que dificulta enormemente la aplicación de unas normas como las del Dopr, habitualmente elaboradas a partir de conexiones de carácter territorial (el lugar de celebración del contrato, el lugar de entrega de la mercancía, el domicilio del demandado, etc.)⁹.

A todo ello hay que añadir lo difícil -por no decir imposible- que puede resultar para el consumidor tomar conciencia de la internacionalidad del contrato¹⁰. Cuando una persona se desplaza al extranjero y, por ejemplo, compra un producto, es perfectamente consciente de que está creando una vinculación jurídica con un ordenamiento diferente al del Estado en el que tiene su centro de vida y de que esa nueva circunstancia puede suponerle unas determinadas consecuencias jurídicas (litigar ante los tribunales de ese Estado, someterse a un ordenamiento extranjero, etc.). Sin embargo, la noción de haber establecido vínculos con un nuevo ordenamiento no resulta tan fácil de percibir en la contratación a través de la Red. Desde su propio domicilio cualquier persona está en disposición de “navegar” de página en página, sin ser ni siquiera consciente en muchas ocasiones de que cada una de ellas puede pertenecer a empresas situadas en diferentes países. Y es que en la contratación a través de Internet pueden darse diferentes circunstancias que dificulten sobremanera apreciar este dato. En algunas ocasiones será la configuración de la propia página Web

⁷ HOEREN, T., “Electronic commerce and law, some fragmentary thoughts on the future of Internet regulation from a german perspective”, en BASEDOW, J., KONO, T. (ed.), *Legal aspects of globalization, conflict of laws, Internet, capital markets and insolvency in a global economy*, La Haya, 2000.

⁸ La diferenciación entre comercio electrónico directo e indirecto se encuentra enormemente extendida. El primero engloba aquellas transacciones comerciales sobre bienes en soporte material, lo que impide que la entrega del producto o la prestación del servicio se realice en línea (por ejemplo, la compra de un libro a través de una librería virtual). El segundo, en cambio, abarca aquellas operaciones en las que todo el iter contractual se realiza a través de la Red, al versar sobre bienes o servicios sin soporte físico (por ejemplo, la descarga de programas de ordenador o el intercambio de música en formato MP3).

⁹ Vid. BURNSTEIN, M.R., “A global network ...” *op.cit.*, p. 24.

La adaptación de las normas de Dopr a la contratación electrónica es una preocupación constante de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado. La última reunión sobre esta materia se produjo el 28 de febrero de 2000, fecha en la que un comité de expertos se reunió en Canadá para discutir acerca de las posibles reformas que deberían introducirse en el Proyecto de Convenio universal sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras para adaptarlo a las necesidades específicas de este sector (el texto puede encontrarse en <<http://www.hcch.net>>).

¹⁰ Vid. JOHNSON/POST, “Law and borders ...”, *op.cit.*, p. 370.

la que difumine el elemento de internacionalidad (*v.gr.*, porque utiliza exclusivamente el idioma o la moneda del consumidor, porque opera a través de un dominio geográfico -.es, .uk., etc.- que se corresponde con el país de su domicilio o residencia). En otras, en cambio, será la estrategia comercial de difusión de la página la que oculte el carácter internacional del contrato (*v.gr.*, cuando el consumidor pueda acceder a la página de una empresa extranjera a través de un *banner* inserto en la página de una empresa de su propio Estado, cuando la página ha sido anunciada en el país del consumidor fuera de la Red, etc.)¹¹.

Otra fuente de complicaciones se halla en la elevada complejidad de las relaciones contractuales celebradas a través de la Red, en las que junto al usuario o comprador y al vendedor o prestador de servicios, aparecen involucrados multitud de sujetos que pueden llegar a tener una sustancial importancia en su devenir (la empresa que aloja la página, la entidad de certificación de firma electrónica, la empresa que crea los contenidos, las empresas que gestionan los medios de pago electrónicos, etc)¹². Esta circunstancia obliga al Dipr a realizar dos operaciones. La primera, establecer soluciones legales que tengan en cuenta que en muchas ocasiones el contrato puede requerir, tanto de un marco jurisdiccional que garantice una tutela jurisdiccional unívoca (*i.e.*, libre de contradicciones) para todas las cuestiones derivadas del contrato, como de una perfecta coordinación entre el elevado número de ordenamientos vinculados con un contrato de este tipo¹³. La segunda, depurar aquellas conexiones que debido a su mínima vinculación con la relación contractual y a las dificultades

¹¹. El legislador comunitario ha sido consciente de que obligar al empresario a que proporcione una información detallada sobre su identidad que incluya su ubicación geográfica, constituye una herramienta esencial para atajar este problema (*vid.* artículo 5 b de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico *vid.* referencia completa en nota núm. 20).

¹². Sobre las complicaciones que puede acarrear el elevado nivel de complejidad de los contratos en Internet a la hora de identificar algunas de las conexiones utilizadas por las normas de conflicto y, más en concreto, la prestación característica del contrato, *vid.* KRONKE, H., *Internet which court ...*, *op.cit.*, pp. 74-75.

¹³. El problema reviste especial gravedad en el ámbito de la contratación electrónica directa, al estar frecuentemente protegidos por las normas de propiedad intelectual los objetos comercializados. Piénsese que cuestiones como la consideración del bien como objeto de propiedad intelectual y la existencia, el contenido o incluso la transmisibilidad del derecho y sus límites, quedan generalmente excluidas del ámbito de la Ley aplicable al contrato y se encuentran sometidas a una conexión separada (en el caso del Derecho español, la contemplada en el artículo 10 4º CC), con el consiguiente riesgo de fraccionamiento normativo (*vid.*: DE MIGUEL, P., *Derecho privado de Internet*, 2ª Ed., Madrid, 2001, pp. 478-479; NIMMER, "Licensing on the Global information infrastructure: disharmony in Cyberspace", *Nw.J.Int.L. & Bus.*, vol. 16, 1996, pp. 224-247, esp. p. 235-238).

para ubicarlos físicamente, se muestren absolutamente inoperantes a la hora de buscar un adecuado marco jurisdiccional y legal para el litigio¹⁴.

3.- Puede constatar, en definitiva, que los obstáculos a los que se enfrenta, no sólo el Dipr, sino en general todo el ordenamiento jurídico, son muy numerosos. La contratación a través de Internet plantea sustanciales ventajas para todos los operadores, pero también da origen a una serie de riesgos que pueden poner en peligro su desarrollo. El objetivo del ordenamiento jurídico en este sector debe consistir, por lo tanto, en potenciar estas ventajas y minimizar los riesgos, garantizando que la contratación electrónica a través de la Red se desarrolle en condiciones análogas a las modalidades tradicionales de contratación. Como se proclama desde todos los ámbitos, la función del Derecho en el marco del comercio electrónico es generar confianza; lograr que los operadores económicos -los consumidores, pero por supuesto también los profesionales, "pierdan el miedo" a utilizar Internet para realizar sus transacciones comerciales¹⁵.

Desde luego, flaco favor le hace nuestra actual regulación a la consecución del clima de confianza que demanda el desarrollo del comercio electrónico con consumidores. En el Derecho español, la habitual dispersión que caracteriza a la normativa de consumidores -incrementada sustancialmente por la difusión de las normas de soft law creadas por diversos operadores y organizaciones empresariales- se encuentra acompañada, además, por profundas contradicciones materiales entre algunos de los instrumentos normativos esenciales, como la Directiva 97/7 sobre ventas a distancias¹⁶, la LOCM (arts. 38-48)¹⁷ y el RD. 1906/99¹⁸, que desarrolla

¹⁴. El ejemplo paradigmático de estas conexiones "despreciables" posiblemente sea el lugar de situación de los servidores utilizados por los cocontratantes.

¹⁵. Vid. la Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999 sobre la dimensión relativa a los consumidores en la Sociedad de la Información, (DOCE, núm. C 23/1, 1999, cdo. núm. 6). También poseen gran interés los trabajos de la OCDE culminados en las *Guidelines for consumer protection in the context of electronic commerce*, que pueden consultarse en <<http://www.oecd.org>>.

¹⁶. Directiva 97/7 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DOCE, núm. L 144, de 4 de junio de 1997.

¹⁷. Ley 7/1996 de Ordenación del mercado minorista, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996; corrección de errores en BOE, núm. 42, de 17 de febrero.

¹⁸. Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del artículo 5 3º de la Ley 77/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1999.

el artículo 5 3º de la LCGC, textos básicos en esta materia junto a la futura Ley de Comercio electrónico¹⁹, que realizará la transposición al Derecho español de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico²⁰. Las contradicciones son especialmente graves si se tiene en cuenta que se producen en aspectos tan destacados como la regulación de la información previa que se debe suministrar al consumidor por parte de su cocontratante o los derechos de desistimiento y resolución²¹. Especialmente polémico ha sido el RD 1906/99. La referida norma, pese a estar habilitada exclusivamente por el artículo 5 3º LCGC para regular las condiciones de incorporación de las CC.GG. a los contratos celebrados por medios electrónicos, no sólo cuenta con disposiciones que atentan contra la propia naturaleza de la contratación electrónica²², sino que además se excede claramente

¹⁹. El 30 de abril de 2001 se aprobó el tercer Anteproyecto de la “*Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico*” (su contenido puede consultarse en <<http://myct.es>>).

²⁰. Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DOCE núm. 178, de 17 de julio de 2000 (una visión crítica sobre el tratamiento dispensado por esta Directiva a los contratos de consumo puede hallarse en LEHMANN, M., “Electronic commerce und Verbraucherschutz in Europa”, *EuZW*, núm. 17, 2000, pp. 517-521).

El marco legal básico de los contratos electrónicos celebrados por consumidores se complementa, además, con el *Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de febrero sobre firma electrónica*, BOE núm. 224, de 18 de septiembre de 1999, que transpone al Derecho español la *Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica*, DOCE núm. L, 13, de 19 de enero de 2000 y con la futura Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

²¹. Sobre la regulación del comercio electrónico con consumidores y las contradicciones entre los diferentes textos legales dentro del Derecho español puede consultarse, entre otros: CAVANILLAS MÚGICA, S., “Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores”, *Actualidad informática* Aranzadi, núm. 37, pp., 1-6; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 680, pp. 2327-2387, esp. 2358 y ss.; GARCÍA RUBIO, M^a.P., “Las condiciones generales en la contratación electrónica”, *La Ley*, núm. 5227, pp. 1-4; MARTÍNEZ NADAL, A., “Protección del consumidor en la Propuesta de Directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 29, pp. 111-155; PACHECO CAÑETE, M., “La protección del consumidor una vez perfecto el contrato en las ventas de productos a distancia a través de Internet”, *La Ley*, núm. 5184, pp. 1-6; RECALDE CASTELLS, A., “Comercio y contratación electrónica”, *Informática y Derecho*, 1999, núms. 30-32, pp. 39-87, esp. pp. 62-67. *Vid.* asimismo, aunque con afirmaciones muy discutibles, DE ROSSELLÓ, R., *El comercio electrónico y la protección de los consumidores*, Barcelona, 2001, esp. pp. 100-129.

²². Disposiciones que afortunadamente han sido enmendadas por la jurisprudencia de la DGRN (cfr. la Resolución DGRN de 29 de marzo de 2000 en relación con el artículo 2 del RD 1906/99).

en la potestad reglamentaria en desarrollo de la LCGC, regulando cuestiones como las ya apuntadas de los derechos de desistimiento y de resolución incluso en clara contradicción con los principios esenciales de nuestro Derecho de consumidores²³.

La cuestión estriba, por tanto, en determinar si las soluciones legales “tradicionales”, aquéllas que inicialmente han sido concebidas para dar respuesta a relaciones jurídicas que se desarrollan en un entorno material y territorialmente limitado, pueden dar respuestas satisfactorias y generar esa confianza cuando deban enfrentarse a situaciones absolutamente desmaterializadas y sin restricciones geográficas²⁴. Mucho se ha escrito sobre la necesidad de abandonar las soluciones clásicas del Dipr en este sector y sobre la necesidad de crear un Derecho internacional de Internet, es decir, un nuevo ordenamiento material, con claras analogías con el Derecho marítimo internacional, creado por los propios sujetos que operan en la Red y destinado a regular el nuevo mundo virtual al margen de cualquier tipo de soberanía estatal²⁵. Sin embargo, aunque es innegable que resulta una solución sugerente, hoy en día la existencia de un Derecho de Internet como cuerpo legal independiente choca, a salvo quizás de sectores muy concretos como el de los litigios sobre los nombres de dominio, con obstáculos prácticamente insalvables²⁶.

²³. El artículo 5, por ejemplo, permite que el consumidor renuncie al derecho de desistimiento y resolución (téngase en cuenta que el RD 1906/99 llama “derecho de resolución” a ambos derechos).

²⁴. KRONKE, H., “Electronic commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR”, *RIW*, 1996, pp. 985-993, p. 987.

²⁵. Sobre la necesidad de crear un nuevo cuerpo legal adaptado a las peculiaridades del mundo virtual, *vid. per omnia*, JOHNSON/POST, “Law and borders ...”, *op.cit.* La réplica a los planteamientos de estos autores puede encontrarse en LESIGG, L., “The zones of Cyberspace”, *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, núm. 5, pp. 1403-1411.

²⁶. Entre otros, puede citarse la incompatibilidad de esta idea con la de soberanía estatal, la escasa fuerza vinculante que tendrían estas normas y el riesgo de que sean creadas por los operadores más potentes al margen de los menos poderosos, la incompatibilidad con los valores del Estado social que ello supondría, la limitación de las normas desarrolladas por los operadores casi exclusivamente a cuestiones técnicas, etc. En relación con la creación de un Derecho internacional de Internet y su viabilidad, *vid.*, al margen de los citados en nota anterior: BALLARINO, T., *Internet nel mondo della legge*, Pádua, 1998, pp. 30-55; BURNS-TEIN, M.R., “Conflicts on the Net: choice of law in Transnational Cyberspace” *Vanderbilt Journal of transnational law*, núm. 29, 1996, pp. 75-110. Entre la doctrina española, puede consultarse: CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, 2001, pp. 15-23; VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., “Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y jurisdicciones en el ciberespacio”, *Derecho de los Negocios*, núm. 115, pp. 1-26, esp. pp. 4-6.

4.- Pero aunque el Dipr tradicional siga siendo, al menos por ahora, el único medio de regular las relaciones jurídicas internacionales derivadas de la utilización de Internet, es evidente que la especial naturaleza de la Red exige un esfuerzo de adaptación de los instrumentos de que disponemos en la actualidad y obliga a repensar algunas de las soluciones “clásicas”, adaptándolas a este nuevo entorno tecnológico²⁷. En este trabajo vamos a tener, precisamente, la posibilidad de constatar la validez de las respuestas actuales del Dipr en el ámbito de la contratación en Internet, ya que nos enfrentaremos a una cuestión para la que numerosas voces reclaman una adaptación, un “cambio de chip”, por considerar que las soluciones tradicionales del Dipr pueden llegar a ocasionar resultados inadecuados.

Como veremos a continuación con mayor detalle, muchos sistemas de Dipr, incluido el nuestro, establecen un régimen tuitivo en favor de los consumidores. Ahora bien, salvo excepciones tasadas, este régimen especial sólo entra en juego cuando en el contrato participe un consumidor pasivo, esto es, un consumidor que hubiera sido captado por el profesional dentro del Estado en el que aquél tenga su centro de vida. Sin embargo, en la contratación celebrada a través de la Red nos encontramos con una complicación que dificulta la aplicación de este requisito: el carácter globalmente accesible de la Red. En otras palabras, toda página Web puede ser consultada desde cualquier rincón de la Tierra, por lo que, al menos en principio, podría considerarse que cualquier consumidor que celebre un contrato tras haber accedido a una página Web de una empresa extranjera con contenido comercial -es decir, una página en la que se proporcione información sobre los productos de un determinado profesional y que, además, los ofrezca a potenciales clientes- es captado den-

²⁷ El fervor renovador que suscita Internet ha llegado incluso a un método analítico de reciente implantación como el del análisis económico del Derecho (cfr. ELVIN-KOREN, N., SALZBERGER, E.M., “Law and economics in Cyberspace”, *International Review of Law and Economics*, 1999, pp. 553-581).

En cualquier caso, lo que parece evidente es que el entorno tecnológico de Internet -su “arquitectura”- debe ser una de las variables a tener siempre en cuenta a la hora de establecer soluciones legales. No existe un único “Cyberespacio”. La naturaleza del mundo virtual depende de forma absoluta de la “arquitectura” que se utilice y del nivel de desarrollo tecnológico, y este dato no puede ser obviado por el legislador si realmente se tiene la intención de diseñar normas verdaderamente adaptadas a este sector (sobre la influencia de la “arquitectura” de la Red en el tratamiento jurídico de Internet, el trabajo de referencia, sin duda, es el de L. LESSIG, *Code and other laws of Cyberspace*, 1999; los mismos postulados pueden encontrarse también, aunque de forma más somera, en “The law of the horse, what cyberlaw might teach”, *Harvard Law Review*, 1999, pp. 501-546).

tro de su territorio y, en consecuencia, merece el trato privilegiado que se dispensa a los consumidores pasivos.

Esta visión ha sido, sin embargo, objeto de críticas desde varios frentes. Se advierte, en concreto, que puede llegar a constituir un freno, una barrera al desarrollo del comercio electrónico, al suponer una carga económica excesiva para los profesionales, alegándose que, en el afán por proteger a los consumidores, se imponen unas condiciones excesivamente duras a los profesionales que les disuadiría de utilizar Internet como plataforma comercial. Coherentemente con esta interpretación, se solicita una adaptación de las normas de Dipr a la nueva realidad del comercio electrónico, de tal forma que no baste con la mera presencia en la Red para considerar que el profesional tiene la intención de penetrar en cualquier Estado del mundo, exigiéndose, por el contrario, algún tipo de circunstancia adicional que sirva para acreditar este dato.

El objetivo de las siguientes páginas va a consistir por ello, en constatar la validez de esta afirmación; es decir, se va a tratar de determinar si realmente es posible encontrar algún tipo de justificación económica en la contratación a través de la Red que obligue a modificar el reparto de derechos y obligaciones entre el profesional y el consumidor que habitualmente realizan nuestras normas de Dipr, limitando las consecuencias que para el profesional se derivan del hecho de recurrir a una página Web comercial. En el caso de que la respuesta fuera positiva, se determinará además en qué casos concretos estaría justificada esta restricción. Para realizar esta operación vamos a utilizar un enfoque metodológico alternativo, que se muestra mucho más adecuado para alcanzar este objetivo que los dos modelos habitualmente utilizados en el Derecho internacional privado -el modelo conflictual y el de "*governmental interest analysis*"-, al estar basado, precisamente, en la búsqueda del fundamento económico que subyace en las normas de Derecho internacional privado.

II. EL DIPR Y LOS CONTRATOS DE CONSUMO: EL CONSUMIDOR PASIVO

1. Consideraciones generales

6.- Las normas de Dipr aplicables en presencia de un contrato de consumo se contienen en diferentes cuerpos legales tanto de origen internacional como interno. En el ámbito de la CJI las normas relevantes se recogen, básicamente, en

los artículos 15-17 del Reglamento de competencia judicial internacional (en adelante RCJI)²⁸, en los artículos 13-15 del Convenio de Lugano de 1980 (en adelante CL)²⁹ y en el artículo 22 4º LOPJ. En cuanto al Derecho aplicable, el texto de referencia es el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 (desde ahora, CR)³⁰.

Las soluciones contempladas en todos estos textos parten de unos postulados muy similares. En concreto, establecen una regulación tuitiva en favor de los consumidores³¹, pero no de cualquier consumidor sino sólo, salvo supuestos aislados³², de los consumidores pasivos, es decir, de aquellos consumidores que se presume han sido captados por el empresario dentro de su propio Estado.

²⁸. *Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, DOCE, núm. L 012, de 16 de enero de 2001. El RCJI posee una redacción casi idéntica a la del Convenio de Bruselas de 1968, al que sustituye, y entrará en vigor el 1 de marzo de 2002. A partir de esa fecha el Convenio de Bruselas de 1968 sólo se mantendrá vigente en las relaciones entre los Estados miembros del Reglamento y Dinamarca, Estado que decidió quedar fuera de su ámbito de aplicación. Resulta de interés la declaración del Consejo y la Comisión a los artículos 15 y 73 del Reglamento, relativa a las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia (texto no publicado, si bien puede consultarse en *Legislación básica de Derecho Internacional Privado*. Ed. Preparado por A. BORRÁS y otros. Madrid, 2001, pp. 173-174).

²⁹. *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, de 16 de septiembre de 1988, BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1994; corr. de errores, BOE núm. 8, de 10 de enero de 1995.

³⁰. *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, de 19 de junio de 1980, BOE núm. 171, de 19 de junio de 1980; corr. de errores, BOE núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

Téngase en cuenta, por otro lado, que el artículo 27 1º del Anteproyecto de Ley de 30 de abril de 2001 sobre comercio electrónico se remite a la regulación ya existente, tanto en materia de CJI como de derecho aplicable (art. 27 1º- “*Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos y de la jurisdicción competente para conocer de los litigios derivados de aquéllos, se estará a los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte y, en su defecto, a las demás normas de Derecho internacional privado del Ordenamiento jurídico español*”).

³¹. El concepto relevante de consumidor para nuestros textos de Dipr se contiene en los artículos: 15 RCJI, 13 CL y 5 CR. Según estos preceptos es consumidor quien adquiera para un uso no profesional. Tal y como señaló el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE de 19 de enero de 1993, Lehman Hutton c. TVB Treuhandgesellschaft, As. C-89/91), la regulación protectora sólo entra en juego ante “*el consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales*”.

³². El RCJI (art. 15) y el CL (art. 13) extienden también la regulación tuitiva sin exigir que en el contrato intervenga un consumidor pasivo cuando se trate de ventas a plazos de mercaderías o de préstamos a plazos u otras operaciones de crédito vinculadas a la financiación de la venta de tales bienes. Lo mismo sucede con la LOPJ (art. 22 4º) en el caso de que el comprador tenga su domicilio en España.

La protección de los consumidores pasivos se articula además en todos estos textos a partir de dos instrumentos básicos: El primero es la limitación del juego de la autonomía de la voluntad. Se busca evitar con ello que el cocontratante del consumidor, más habituado a los vericuetos de la contratación internacional, pueda imponer la designación de unos tribunales o la elección de un Derecho nacional mucho más favorable para sus intereses que para los del consumidor. El segundo es el establecimiento, en defecto de elección expresa por las partes, de soluciones teóricamente más favorables para el consumidor, bien atribuyendo competencia a los tribunales del Estado en el que tenga su domicilio, bien designando como aplicable el Derecho del Estado de su residencia habitual.

7.- En el RCJI y en el CL sólo se admiten las cláusulas de sumisión en tres casos: si son posteriores al nacimiento del litigio, si permitieran al consumidor formular demandas ante los tribunales de un Estado no contemplado en la propia regulación tuitiva -es decir, tribunales teóricamente neutrales-, o si atribuyeran competencia a los tribunales del Estado en el que hubieran estado domiciliados el empresario y el consumidor en el momento de celebración del contrato, siempre que el Derecho de este Estado no prohibiera tales acuerdos.

En el CR se sigue, en cambio, una técnica diferente para restringir la elección del Derecho aplicable al contrato de consumo. En este caso no se obliga a las partes a elegir entre un número tasado de ordenamientos sino que se permite la sumisión a cualquier Derecho nacional, si bien se limita la vigencia de éste, ya que se elija el ordenamiento que se elija, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las normas imperativas del Estado en el que tenga su residencia habitual, que por tanto actúan como un límite de mínimos que la autonomía de la voluntad no puede derogar³³.

En cuanto a la LOPJ, lo cierto es que carece de normas que limiten expresamente la celebración de cláusulas de sumisión por parte de los consumidores, si bien, la necesaria coherencia interna del sistema español de CJI y el hecho de que su artículo 22 se encuentre claramente inspirado en Convenio de Bruselas de 1968, el antecedente del RCJI, impone la exigencia de restricciones análogas a las demandadas por éste³⁴.

³³. VIRGÓS SORIANO, M., en GONZÁLEZ CAMPOS J. y otros, *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995, p. 170.

³⁴. VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2000, p. 217.

8.- En el caso de que las partes no hubieran celebrado una cláusula de sumisión a unos determinados tribunales, tanto el RCJI como el CL optan por atribuir CJI a los tribunales del Estado del domicilio del consumidor cuando el demandante sea el profesional, mientras que en aquellos casos en los que el actor sea el propio consumidor, éste podrá elegir entre interponer la demanda en su propio Estado o en el Estado del domicilio del profesional. Se pretende de esta forma garantizar dos objetivos: Por un lado ofrecer un *forum actoris* al consumidor, algo absolutamente esencial en un sector en el que la escasa cuantía de las operaciones excluye de forma casi absoluta las posibilidades de que el consumidor se embarque en la complicada tarea de litigar en otro Estado, dado que los elevados costes que soportará seguramente sean mayores que los eventuales beneficios que pueda obtener. Y por otro, evitar a toda costa que el consumidor pueda ser demandado ante los tribunales del Estado de la parte sofisticada, obligando siempre a ésta a interponer su demanda en el Estado del consumidor. En el RCJI esta solución se recoge en el artículo 16, mientras que en el CL se contiene en el artículo 14. En cuanto a la LOPJ, la solución contemplada por el artículo 22 4º es similar, aunque evidentemente su redacción responde a una técnica unilateral.

La filosofía es muy similar en el ámbito del Derecho aplicable. En este caso la fórmula que utiliza el CR para proteger al consumidor consiste en aplicar al contrato la Ley de su Estado de residencia habitual (artículo 5 3º)³⁵. No se pretende, por tanto, aplicar la Ley más favorable para el consumidor, sino tratarle exactamente igual que si se encontrara ante un contrato interno. En la medida en que se considera que ha sido el profesional el que ha penetrado en el mercado del consumidor éste debe ser tratado exactamente igual que un consumidor “doméstico”.

El régimen especial de protección de los consumidores dentro de nuestro sistema de Dipr se complementa en sede de reconocimiento de decisiones judiciales con lo establecido en los artículos 35 1º del RCJI y 28 1º del CL. Ambos preceptos permiten al juez del Estado requerido -el Estado en el que se insta el reconocimiento y la eventual ejecución de una decisión judicial dictada en otro Estado- controlar la CJI del juez de origen y, en el caso de que éste no hubiera respetado las normas de consumidores, denegar el reconocimiento.

³⁵. Téngase en cuenta, no obstante, que la regulación tuitiva del CR no se aplica a los contratos de transporte, salvo que englobe prestaciones combinadas de transporte o alojamiento, ni a los contratos de suministro de servicios cuando éstos deban prestarse al consumidor exclusivamente en un país distinto de aquél en el que tenga su residencia habitual.

2. El consumidor protegido: el consumidor pasivo

9.- Como se acaba de apuntar, las normas del sistema español de Dipr sólo protegen, salvo puntuales excepciones, a los consumidores pasivos. Son estos consumidores cualificados los destinatarios del sistema tuitivo diseñado por nuestro sistema de Dipr.

Los consumidores activos, en cambio, son tratados por nuestro Dipr exactamente igual que si fueran contratantes sofisticados, por lo que les son de aplicación las normas generales de contratos tanto en CJI como en Derecho aplicable (arts. 5 1º RCJI y CB, art. 22 3º LOPJ y art. 4 CR) y no entran en juego los límites al reconocimiento antes mencionados. Esta circunstancia ha sido criticada desde la doctrina por las graves consecuencias que puede acarrear para el consumidor³⁶.

La identificación de los sujetos que merecen tal calificación se realiza en todos los textos, tanto de CJI como de Derecho aplicable, de acuerdo a criterios muy similares, atendiendo siempre al dato de la penetración del empresario en el mercado del consumidor. Así, en el artículo 15 1º c) del RCJI se entiende que nos encontramos ante un consumidor pasivo “*cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere contenido en el marco de dichas actividades*”. Para el Reglamento, por tanto, basta con que la parte sofisticada trafique habitualmente con el país del consumidor o dirija su actividad económica hacia éste, sin exigir ningún tipo de requisito adicional.

En cambio, en otras normas de Dipr relativas a los contratos de consumidores como el artículo 13 3º CL, en el ámbito de la CJI, y el artículo 5 2º CR, en el del Derecho aplicable, no basta con que el profesional penetre en el Estado del consumidor sino que se exige además que éste realice desde su propio Estado alguno de los actos necesarios para la celebración del contrato³⁷. Quede

³⁶ VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, (arts. 3 LCGC y concurrentes)*, en prensa, *passim*.

³⁷ El CR añade además dos situaciones adicionales en las que considera a un sujeto como consumidor pasivo, si bien se trata de supuestos de escasa relevancia para el comercio electrónico (que la contraparte del consumidor o su representante hubiera recibido el encargo en el país del consumidor o, en el caso de los contratos de compraventa de mercancías, que el consumidor se hubiera desplazado al extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el empresario con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta).

claro, no obstante, que esta última exigencia no significa que el contrato deba celebrarse en el Estado del consumidor, siendo suficiente con que éste hubiera realizado en su propio Estado algún acto tendente a la celebración del contrato, aunque formalmente el contrato se hubiera concluido en otro³⁸.

En cuanto al artículo 22 4º de la LOPJ, dentro del ámbito de la CJI, su redacción es prácticamente idéntica a la del artículo 13 3º CL, si bien hay una pequeña diferencia, ya que únicamente impone el cumplimiento de uno de los dos requisitos anteriores para considerar a un sujeto como consumidor pasivo; es decir, según la LOPJ bastaría en principio con que el consumidor, o bien hubiera recibido en España publicidad o una oferta personal, o bien hubiera realizado desde nuestro país alguno de los actos necesarios para concluir el contrato. Desde la doctrina se han levantado voces críticas contra la redacción de este precepto dado que abriría la competencia de los tribunales españoles en supuestos que presentan una mínima vinculación con nuestro país, motivo por el cual se propone limitar su aplicación sólo a aquellos casos en los que el consumidor tenga su domicilio en España³⁹, ya que en el resto no cabe entender que el empresario penetra en el Estado en el que el consumidor tenga su centro de vida.

III. CONSUMIDOR PASIVO Y COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL

1. Aspectos generales

10.- Salvo excepciones muy recientes, el sistema español de Dipr carece de normas diseñadas específicamente para ser aplicables en el ámbito del comercio electrónico. Una de ellas se encuentra situada en el artículo 23 2º RCJI⁴⁰. Su función es evitar los problemas que de cara al cumplimiento de los requisitos formales de validez de las cláusulas de sumisión podría presentar la prestación del consentimiento por medios electrónicos. La otra se encuentra diseñada precisa-

³⁸ En estos dos textos se limita además la protección sólo a aquellos consumidores pasivos que participen en un contrato que tenga por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías. Esta limitación dificulta la inclusión dentro de la regulación tuitiva, de algunos contratos celebrados a través de Internet (*vid. per omnia*, DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado ...*, *op.cit.*, pp. 436-437).

³⁹ VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal ...*, *op.cit.*, p. 122.

⁴⁰ Art. 23 2º: "Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo".

mente para los contratos de consumidores y ya se ha hecho referencia a ella; se trata del artículo 15 c) del RCJI. El citado precepto al considerar a un sujeto como consumidor pasivo cuando el empresario dirigiere “*por cualquier medio*” sus actividades al país de aquél, está pensando en aquellos contratos en los que la penetración del empresario en un mercado foráneo se produce precisamente a través de medios electrónicos.

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 en este sector en conexiones más flexibles que la regulación general. 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 nuestras normas de Dipr. Es decir, ¿cuándo cabe considerar que un sujeto que celebra un contrato por medios electrónicos es captado por el empresario dentro de su propio Estado?

2. Contratación a través del correo electrónico

11.- Los dos supuestos básicos que podrían suponer la penetración del empresario en el mercado del consumidor son aquéllos en los que éste celebra el contrato, bien tras recibir una oferta o una invitación a hacer ofertas por parte del empresario a través del correo electrónico, bien tras acceder a una página Web del empresario de carácter comercial. Como ya se adelantó, nuestro estudio se va a centrar en el segundo caso, pero merece la pena detenerse, si quiera brevemente, en el primero.

12.- En principio no se plantean grandes complicaciones para que nuestro sistema de Dipr considere a un sujeto como consumidor pasivo siempre que éste abra el correo desde su domicilio, incluso si la apertura se hubiera realizado en el extranjero pero el correo se hubiera almacenado y posteriormente el consumidor se hubiera puesto en contacto con el profesional desde su propio Estado⁴¹. La referencia en el CL, la LOPJ y el CR a la existencia de una oferta especialmente dirigida al consumidor, aunque diseñada inicialmente para el correo postal, permite incluir sin ningún tipo de problemas a un medio que posee unas características muy similares⁴². Y otro tanto cabe señalar del artí-

⁴¹. DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado ...*, op.cit., p. 439.

⁴². Es discutible, no obstante, que exista una oferta especialmente dirigida en los que el correo electrónico se remita a un grupo indeterminado de destinatarios, como por ejemplo, un grupo de noticias (*vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho ...*, op.cit., p. 439).

culo 15 c) del RCJI. La redacción de este precepto únicamente exige que el empresario dirija sus actividades “*por cualquier medio*” al Estado del consumidor, requisito que cabe considerar sobradamente cumplido con el envío de un correo electrónico a la cuenta de éste⁴³.

Mayores problemas se plantean, sin embargo, en aquellos casos en los que el consumidor abre su correo electrónico desde un Estado diferente al de su domicilio y desde allí realiza el pedido o la oferta al empresario. El RCJI también consideraría a estos sujetos como consumidores pasivos ya que se conforma con el hecho de que el empresario dirija su actividad al Estado del consumidor, sin embargo, el CL, la LOPJ y el CR exigen que el consumidor realice desde el Estado de su propio Estado los actos necesarios para concluir el contrato, por lo que *prima facie* no merecerían quedar comprendidos dentro de la regulación tuitiva. No obstante, parece razonable postular una interpretación de estas normas conforme a las soluciones del RCJI: la necesaria coherencia que debe existir entre las diferentes normas que conforman nuestro sistema de Dipr y el valor referencial que posee el RCJI, unido al hecho de que las soluciones de éste se encuentran específicamente diseñadas para la contratación electrónica así lo demandaría⁴⁴.

3. Contratación a través de páginas web: las propuestas destinadas a limitar las consecuencias para el profesional

13.- Las dificultades de mayor entidad se plantean, sin embargo, en aquellos supuestos en los que el consumidor decida contratar tras consultar una página en la que el empresario proporcione información sobre sus productos y los ofrezca a potenciales clientes. Hemos visto que los diferentes textos de

⁴³. Por otro lado, ya se ha señalado que el lugar de ubicación física de los servidores es una conexión despreciable en el ámbito de la contratación electrónica, sin relevancia alguna a la hora de determinar la CJI o el Derecho aplicable. En consecuencia, también resulta indiferente que la cuenta desde la que accede el consumidor al correo electrónico se encuentre en un servidor ubicado en un Estado diferente al suyo (en este sentido: DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado ...*, *op.cit.*, p. 439; SCHU, R., “The applicable law to consumer contracts made over Internet: consumer protection through private international law”, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 5, 1997, núm. 2, pp. 192-229, esp. pp. 217 y ss; SLUTSKY, B.A., “Jurisdiction over commerce on the Internet”, <<http://kslaw.com/menu/jurisdic.htm>>, pp. 1-15, esp. pp. 2-3).

⁴⁴. Sobre la coherencia que debe imperar entre los diferentes bloques normativos que integran el sistema de Dipr. y el valor referencial del RCJI dentro de éste, en especial en el ámbito de la CJI, *vid.*, VIRGÓS/GARCIMARTÍN, *Derecho procesal ...*, *op.cit.*, pp- 80-82.

Dipr exigen que el empresario hubiera realizado publicidad en el Estado del consumidor o, en el caso del RCJI, que hubiera dirigido su actividad empresarial hacia el Estado del consumidor. Ahora bien, una página Web es accesible desde cualquier rincón del planeta, por lo que la pregunta parece evidente: ¿cabe entender que para nuestras normas de Dipr cualquier empresa que disponga de una página Web estaría haciendo publicidad o dirigiendo su actividad empresarial hacia todos y cada uno de los países del mundo?

14.- Una respuesta en sentido positivo a la cuestión arriba planteada es habitualmente rechazada. El argumento esencial que se suele utilizar para sustentar esta oposición es de naturaleza económica. Se alega, en concreto, que permitir sin límite alguno que el simple hecho de “colgar” de Internet una página comercial atribuya a cualquier consumidor el *status* de consumidor pasivo y permita la activación de la regulación tuitiva, supondría una seria amenaza para el desarrollo del comercio electrónico con consumidores, al imponer costes excesivamente elevados a unos profesionales que se verían abocados a comparecer ante los tribunales de cualquier rincón del mundo y a litigar de acuerdo a cualquier ordenamiento nacional⁴⁵. A partir de este prejuicio se han realizado diversas propuestas tendentes a limitar los casos en los que el consumidor merecería ser considerado como un consumidor pasivo.

a) *Páginas web activas y pasivas*

15.- La restricción más razonable se basa en una criterio profusamente utilizado en la jurisprudencia americana, especialmente en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual⁴⁶, según el cual las páginas Web deberían

⁴⁵. En este sentido: CALVO/CARRASCOSA, “Conflictos ...”, *op.cit.*, pp. 87-88; DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho ...*, *op.cit.*, pp. 440-442. P. MANKOWSKY, por el contrario, niega la necesidad de realizar una reducción teleológica para adaptar las normas de Dipr de consumidores a las peculiaridades de la contratación electrónica (MANKOSKY, P., “Das Internet in internationalen Vertrags- und Deliktsrecht”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1999 (2), pp. 203-294, esp. pp. 234-239).

⁴⁶. Existen diferentes trabajos que resumen la jurisprudencia estadounidense sobre Internet y competencia judicial internacional e interestatal, en los que se puede apreciar el funcionamiento de este criterio diferenciador (entre otros, pueden consultarse: RAU, M., “Minimum contacts and personal jurisdiction über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace”, *RIW*, 2000/10, pp. 761-772; SÁNCHEZ, V.A., “Taking a byte of minimum contacts: a reasonable exercise of personal jurisdiction in Cyberspace trademark disputes”, *UCLA Law Review*, 1999, pp. 1671-1717; STREET, F.L., GRANT, M.P., *Law of the Internet*, Charlottesville 1999 pp. 298-361).

dividirse en activas y pasivas. La aplicación de este criterio al ámbito de los contratos de consumo supondría que no bastaría con que la página fuera accesible desde un determinado país para considerar a un sujeto como consumidor pasivo, sino que sería necesario, además, que concurriera una voluntad manifiesta por parte del profesional, de la que se dedujera su inequívoca intención de introducirse en ese mercado⁴⁷. En ocasiones tal voluntad se desprendería del contenido y la configuración de la página (idioma⁴⁸, moneda propuesta para la transacción, modo de pago, etc.). En otras, en cambio, el carácter activo de la página no se debería a su configuración sino a otros factores externos, como por ejemplo la publicidad de la página fuera de la Red en el país del consumidor (en prensa, televisión, etc.) o la inclusión de hipervínculos en páginas locales que redirigieran al consumidor al sitio en el que se ubicara la página del profesional extranjero.

Por el contrario, cuando ni del contenido de la página ni del comportamiento del empresario pudiera deducirse ningún tipo de intención de traficar en el mercado del consumidor, la página Web debería ser considerada pasiva y, por tanto, los consumidores que realizaran algún tipo de operación con el empresario serían consumidores activos y no gozarían de la regulación tuitiva contenida en nuestro sistema de Dipr. Es decir, serían tratados exactamente igual que un profesional.

Advertencia: La jurisprudencia americana habitualmente considera que nos encontramos ante una página pasiva siempre que ésta no posea un carácter interactivo, es decir, siempre que la página se limite a hacer publicidad o a difundir información del titular, sin que los sujetos que accedan a ella tengan la posibilidad de introducir datos como su nombre o su correo electrónico⁴⁹. En el sistema español de Dipr, sin embargo, esta circunstancia carece de relevancia alguna al ser suficiente con que el consumidor reciba publicidad en su Estado para que pueda llegar a activarse la regulación tuitiva⁵⁰.

⁴⁷ Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho ...*, op.cit., pp. 440-442.

⁴⁸ La utilización en la página de un determinado idioma sólo serviría como indicio de las intenciones del empresario en el caso de los idiomas de limitada implantación, pero no en aquellos hablados en multitud de Estados como el inglés o el español.

⁴⁹ Vid. STREET/GRANT, *Law ...*, op.cit., pp. 273-274. Por su especial valor didáctico puede consultarse también la Sentencia de la Corte del Distrito de Nueva Jersey de 12 de septiembre de 1997 (*I.L.Pr.*, 1999, pp. 169-178).

⁵⁰ En el mismo sentido DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado ...*, op.cit., p. 441.

b) *El viaje virtual*

16.- Una segunda propuesta restrictiva asume en, cambio el carácter inevitablemente global de Internet, pero intenta limitar el alcance de las páginas Web partiendo de una concepción diferente de la Red. Internet ya no sería una simple plataforma de comunicación sino una especie de mundo paralelo (“el mundo virtual” o “Cyberia”), de tal suerte que el consumidor que accediera a Internet estaría realizando una suerte de “viaje virtual” a ese nuevo mundo. De esta forma, aquellos sujetos que hubieran accedido a una página a través, por ejemplo, de un buscador temático -la práctica más habitual en la contratación electrónica- podrían ser comparados con los que en el mundo real se desplazan a una calle céntrica o a un centro comercial y tras ver los diferentes escaparates mientras pasea, decide entrar en una de las tiendas. Los buscadores serían en el “mundo virtual” las calles céntricas o los centros comerciales del mundo real y los hipervínculos a las diferentes páginas equivaldrían a los escaparates de las tiendas. Por tanto, si el consumidor decidiera “pinchar” en alguno de ellos, su comportamiento sería igual que el de una persona que decidiera entrar en un establecimiento comercial⁵¹.

Como puede constatar, esta segunda alternativa cambia radicalmente las reglas del juego y posee un alcance restrictivo demoledor que prácticamente convertiría en consumidor activo a cualquier sujeto que tuviera la osadía de contratar tras acceder a una página Web. De esta forma, en el caso de que las normas aplicables fueran el CL o la LOPJ, en el ámbito de la CJI, y el CR en el del Derecho aplicable, no se consideraría cumplido el requisito de que el profesional hubiera realizado publicidad en el Estado del consumidor ya que las páginas Web cumplirían la función de una simple exhibición o demostración y por tanto no podrían ser consideradas como un reclamo comercial⁵². Y lo mismo sucedería en aplicación del RCJI: tampoco se cumpliría el requisito exigido por su artículo 15 porque el profesional no estaría dirigiendo sus actividades hacia el país del consumidor sino que sería éste el que una vez dentro del mundo virtual penetraría en la “tienda” del profesional. En consecuencia, sólo podría hablarse de consumidor pasivo cuando la entrada del consumidor en el “mundo virtual” se hubiera producido tras la utilización de algún tipo de reclamo del profesional en el mundo real (publicidad de la página en el Estado del consumidor a través de prensa, televisión, etc.).

⁵¹. *Vid. in extenso*: SCHU, R., “Consumer protection and private international law in Internet contracts”, <<http://ruessmann.jura.uni-sb.de>>, revisión de 1996”, esp. p. 24.

⁵². *Vid.* el Informe explicativo al Convenio de Roma elaborado por los profesores M. GIULIANO Y P. LAGARDE (*JOCE*, 1980, C 282/1, p. 23).

IV. CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE PÁGINAS WEB Y LÓGICA ECONÓMICA

17.- Pese a lo imaginativo del segundo de los planteamientos expuestos, lo cierto es que parece guiarse más por criterios cuasi-visionarios de las nuevas tecnologías que por la realidad. Al margen de lo hartamente improbable que parece de aceptar por la jurisprudencia la idea de un “mundo virtual”, resulta difícil concebir qué puede diferenciar a Internet de otros medios, que sirva para justificar un tratamiento tan duro para el consumidor. O, más en concreto, por continuar con el supuesto que se propuso en el epígrafe anterior, cabe preguntarse por las diferencias que pueden existir entre acceder a un buscador temático y consultar, por ejemplo, las páginas amarillas o un catálogo de empresas en una revista temática, que sirva para justificar un tratamiento tan diferente para el consumidor en uno y otro caso.

La otra alternativa, restringir el alcance de las páginas a partir de la discriminación entre activas y pasivas, sí constituye, por el contrario, una opción mucho más sólida y, de hecho, goza de gran predicamento. Es más, probablemente resulte acertada en otros ámbitos como, por ejemplo, el de la protección de los derechos de exclusiva. Sin embargo, en el sector concreto de los contratos de consumo esta diferenciación suscita serias dudas. La más importante afecta a su premisa mayor, es decir, a la afirmación de que la no limitación de las consecuencias para el profesional suponga una rémora para el desarrollo del comercio electrónico a causa de los excesivos costes que las empresas tendrían que padecer. A largo de las siguientes páginas se va a intentar contrastar la validez de esta argumentación y la conclusión que se va a alcanzar es que, a salvo de supuestos excepcionales en los que el consumidor advierta de forma expresa su intención de no penetrar en el mercado del consumidor, diferenciar entre páginas activas y pasivas o, en general, cualquier otro intento de limitar el alcance de las páginas Web, constituye una alternativa que carece de justificación económica en los contratos con consumidores y que, al contrario de lo que se suele argumentar, podría llegar a suponer una seria rémora para la progresiva implantación de esta modalidad de contratación. Para ello vamos a prescindir además, tal y como ya se avanzó, de los enfoques metodológicos tradicionalmente utilizados en el Dopr y vamos a partir de uno de reciente desarrollo, basado precisamente en el estudio de esta rama del ordenamiento a partir de la lógica económica que subyace en todas sus soluciones.

1. Racionalidad económica y Derecho internacional privado

18.- Tradicionalmente el Dopr se ha contemplado a partir de dos modelos analíticos básicos. El primero, el modelo conflictual o savigniano, construye

las normas en este sector identificando el ordenamiento más estrechamente vinculado con cada relación individual. El segundo, en cambio, el modelo de “*governmental interest analysis*” indaga en el contenido material de los diversos ordenamientos vinculados con una determinada relación material y busca cuál de todos los Estados es el más interesado en regularla. Sin embargo, para los objetivos que nos hemos propuesto, esto es, comprobar si se encuentra económicamente justificada la diferenciación entre páginas Web activas y pasivas, los dos modelos anteriores poseen una muy limitada utilidad como consecuencia de la ya reseñada desmaterialización que rodea a la contratación electrónica. Se hace necesario, por tanto, recurrir a un tercero, de reciente desarrollo, deudor de las conclusiones del análisis económico del Derecho y que, como se acaba de apuntar, pretende explicar las normas de Dipr y ofrecer criterios normativos para la resolución de eventuales problemas a partir de la indagación de la función económica que deben realizar las normas jurídicas⁵³.

19.- El punto de partida de este modelo de análisis arranca de la sumisión del Dipr a una doble lógica: una lógica de Derecho privado y una lógica de internacionalidad.

La lógica privada supone que el Dipr debe ser tratado exactamente igual que el resto de las normas jurídico privadas, con las que debe compartir, no sólo el mismo aparato argumental, conceptual, etc. que el resto del Derecho privado, sino también un objetivo idéntico: regular las relaciones jurídicas entre particulares (no entre Estados), distribuyendo de forma adecuada derechos y obligaciones entre ellos. Además, coherentemente con la lógica económica que inspira este modelo, la regulación jurídica correcta de todas las relaciones *interprivatos* -y por tanto también de las relaciones jurídicas internacionales- sería aquélla que lograra maximizar los beneficios y minimizar los costes que tales relaciones *interprivatos* puedan generar.

En cuanto a la lógica de internacionalidad, la que al fin y al cabo individualiza este sector y le da un cierto nivel de autonomía respecto del resto de normas jurídico-privadas, obliga al Dipr a adaptar sus soluciones a un mundo jurídicamente dividido. Las normas de Dipr están obligadas a tener en cuenta que, a diferencia del resto de normas jurídico-privadas, su misión es dar respuesta a situaciones que presentan un elemento de internacionalidad y que por tanto se encuentran vinculadas con más de un ordenamiento. Esta segunda

⁵³. Sobre el fundamento, desarrollo y aplicaciones de este modelo analítico alternativo, vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz*, 2001 (en prensa).

variable es la que acaba de perfilar la finalidad económica del Dipr: maximizar los beneficios y minimizar los riesgos que se presentan en cualquier relación entre particulares, pero no cualquier beneficio o riesgo, sino sólo aquéllos derivados precisamente del propio fraccionamiento jurídico al que se enfrenta⁵⁴.

20.- La primera de las dos facetas señaladas, la consideración del Dipr como un mecanismo destinado a maximizar los beneficios derivados del fraccionamiento legal, puede plantear algunas reticencias, ya que tradicionalmente no se ha asociado ningún tipo de bondad a la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos y a lo que ello conlleva (la existencia de diferentes organizaciones jurisdiccionales y diferentes ordenamientos materiales y el carácter territorialmente limitado de las resoluciones jurisdiccionales), de tal forma que generalmente se considera que la unificación material constituye siempre el objetivo a cumplir. Pero lo cierto es que en los últimos años esta concepción ha sido puesta en duda por una serie de autores que consideran que incluso de la convivencia de diferentes sistemas legales pueden extraerse ciertas ventajas. Según sus postulados, los diferentes sistemas legales deben ser considerados como productos, de tal forma que los operadores se encontrarían ante un mercado de productos normativos. La existencia de este mercado normativo no sólo permitiría escoger el que mejor se adaptara a las peculiaridades de cada relación material, sino que posibilitaría además la competencia entre ordenamientos jurídicos. Con ello se determinaría cuál de todos los ordenamientos es el mejor y posibilitaría que el resto de ordenamientos tomaran como referencia sus soluciones de cara al futuro⁵⁵.

Ahora bien, existe la posibilidad de que se produzcan los llamados “fallos del mercado de productos normativos”, es decir, que los operadores económicos, o incluso los Estados, se comporten de forma oportunista y pueda llegar a producirse una *race to the bottom*, una carrera hacia la baja en la que la competencia entre los diferentes Estados no produjera un aumento de la calidad de éstos, sino justamente el efecto contrario, un descenso de su nivel técnico. Pues bien, aquí entraría el juego el Dipr. El Dipr sería por tanto una especie de Derecho de la competencia dentro del mercado de productos normativos, que actuaría como un mecanismo de garantía de su perfecto funcionamiento y que corregiría los eventuales fallos que en él se pudieran llegar a producir.

⁵⁴. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El riesgo ...”, *op.cit.*, *passim*.

⁵⁵. *Vid.* con mayor detalle, BENVENISTI, E., “Exit and voice in the age of globalization”, *Mich.L.Rev.*, 1999, pp. 167-213, esp. p.168.

En el caso de que el mercado de productos normativos funcionara correctamente, la misión de las normas de Dopr sería garantizar el juego de la autonomía privada, permitiendo que los operadores escogieran con absoluta libertad. Ello supone que el Dopr debería establecer las bases para reconocer la elección del marco jurisdiccional (= elección de tribunal competente) o legal (= elección de Derecho aplicable) que las partes consideraran más acorde con sus intereses⁵⁶, pero también que tal elección no se vería limitada territorialmente y que los Estados por tanto reconocerán esas elecciones (= reconocimiento recíproco de decisiones judiciales). Ahora bien, aunque *prima facie* resulte paradójico, la consecución de este objetivo exige una uniformidad de las normas de Dopr ya que no es posible que un mercado funcione correctamente si las reglas por las que se rigen los “mercaderes” no son las mismas para todos. Es decir, por repetir una fórmula que ya ha hecho fortuna: la regla es “tanta uniformidad conflictual y tanta diversidad material como sea posible”⁵⁷.

En cambio, el papel del Dopr varía cuando el mercado de productos normativos no funciona de forma adecuada. En este caso abandona su carácter garantista y pasa a ser un Derecho corrector destinado a corregir los posibles comportamientos oportunistas estatales o particulares, a partir de la elaboración de reglas que impongan a éstos la internalización de las consecuencias negativas de sus actos. Como puede comprobarse, incluso en este caso la unificación material quedaría relegada a un segundo plano y sólo cuando el Dopr fracasara en su tarea y no fuera capaz de subsanar las disfunciones del mercado de productos normativos estaría justificado acudir a ella.

21.- Pero la faceta del Dopr más fácil de apreciar y que seguramente ofrezca una mayor utilidad -en especial para este trabajo- es la segunda, es decir, la minimización de los costes derivados del fraccionamiento jurídico.

Cualquier operador conoce que al margen de los costes de carácter operativo (los costes de informarse del contenido del Derecho extranjero, los costes de obtener pruebas en otro Estado, los costes del traslado de documentos, etc.), existe una serie de costes absolutamente inevitables en cualquier relación

⁵⁶ En relación con las cláusulas de elección de derecho *vid.*, O'HARA, E.A., RIBSTEIN, L.E., “From politics to efficiency in choice of law”, *University of Chicago Law Review*, 2000, pp. 1151-1232, esp. pp. 1152-1553 y 1186-1190.

⁵⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El riesgo ...”, *op.cit.*, *passim*; REMIEN,, “Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts”, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaften*, 1991, pp. 11 y ss, esp. p. 35; TAUPITZ, J., “Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts-oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung”, *JZ*, 1993, pp. 533-539, esp. p.539.

transnacional que son percibidos como un riesgo inherente a la internacionalidad de la situación. De esta forma, cualquier sujeto que realiza una transacción internacional sabe -o debe saber- que se arriesga a verse obligado a sostener la defensa jurisdiccional de sus derechos ante un tribunal extranjero, que existen serias posibilidades de que cualquier eventual reclamación quede sometida al ordenamiento de otro Estado, o incluso, que corre el riesgo de que una decisión favorable para sus intereses no sea reconocida en el extranjero y se convierta en papel mojado al no poder desplegar efectos en Estados diferentes al del foro. Toda esta serie de riesgos añadidos a cualquier situación de carácter internacional son los denominados "riesgos de internacionalidad". La función ahora del Dipr sería, por tanto, minimizar sus consecuencias y conseguir, en la medida de lo posible, que las condiciones de juego en las situaciones internacionales fueran lo más parecidas a las de las situaciones nacionales.

22.- A la hora de imputar estos riesgos el modelo expuesto demanda la utilización de criterios estrictamente eficientistas. Se trata de reducir los costes derivados de la internacionalidad de la situación y, evidentemente, la forma de reducir estos costes es imputarlos partir de criterios de eficiencia. Pues bien, de acuerdo a este presupuesto los riesgos deberían imputarse a aquella parte que pudiera asumirlos a un menor coste (el "*cheapest risk bearer*"), ahora bien siempre que tal imputación no suponga un coste mayor que el que se trata de imputar.

Los criterios que cabe seguir a la hora de determinar la identidad del "*cheapest risk bearer*" son, básicamente, el criterio del control y el criterio del impacto. Según el primero todo riesgo debería ser imputado al sujeto que esté en disposición de controlarlo o prevenirlo a un menor coste, sujeto que generalmente coincidirá con el propio causante del riesgo, al ser quien tenga mayor información sobre su naturaleza, sobre las probalidades de que se materialice o sobre las consecuencias que su materialización podría llegar a suponer⁵⁸. Pues bien, si se traslada este razonamiento al ámbito internacional, el sujeto en mejor disposición para controlar el riesgo de internacionalidad será el que lo genere con su comportamiento (el que con su conducta genera una situación de riesgo en otro Estado, el que se compromete a entregar una mercancía en el extranjero, el que inicia una campaña publicitaria en otro país, etc.), por lo que deberá ser también él el que asuma los costes que ocasione⁵⁹.

⁵⁸. Sobre la atribución de costes a quien tiene el control físico de una determinada situación, *vid.*, DEMSETZ, H, "Toward a theory of property rights", *Am.Econom.Rev.*, 1967, pp. 347-359; SHAVELL, *Economic analysis of accident law*, 1987, pp. 21-26.

⁵⁹. El propio Tribunal Constitucional español se ha servido este criterio en su jurisprudencia (*vid. v.gr.* la STC 132/91).

El segundo criterio, el criterio del impacto, atiende en cambio, no ya a la prevención del riesgo sino a la posibilidad de que éste finalmente llegara a materializarse, e imputa los riesgos a aquel sujeto para quien tal evento suponga un menor impacto (= resulte menos gravoso). Si de nuevo realizamos la operación de acomodo de este criterio al ámbito internacional, los riesgos de internacionalidad debería asumirlos aquella parte que estuviera mejor preparada para asumirlos (para litigar fuera, para informarse sobre el contenido del Derecho extranjero, para asumir las consecuencias de la no ejecución en otro Estado de una sentencia de condena contra la otra parte, etc.).

Por último, junto a los citados, a la hora de escoger entre uno y otro, entra en juego además un tercer criterio (criterio de la operatividad), de acuerdo al cual, cuando sea muy compleja la elección entre los otros dos criterios, bien porque sus soluciones resulten contradictorias, bien porque su aplicación implique unos costes muy elevados, deberá darse preferencia a aquél criterio que genere menores costes procesales (por ejemplo, la adopción de presunciones legales).

2. Racionalidad económica y Dipr de consumidores

23.- La construcción de las normas de Dipr de consumidores en torno a la idea del consumidor pasivo responde claramente a los postulados que se han expuesto, adaptándose de forma perfecta a los criterios de imputación del riesgo de internacionalidad antes reseñados. El profesional activo es el “*cheapest risk bearer*”, es decir, el sujeto de la relación contractual que está en mejor disposición para asumir los costes derivados de la internacionalidad de la situación y por eso tales costes se le imputan a él (litigando en otro Estado o de acuerdo al Derecho del Estado del consumidor, viendo limitada su autonomía de la voluntad a la hora de celebrar cláusulas de sumisión o de elección de derecho, quedando sometido a las normas imperativas del Estado del consumidor, etc.).

Por un lado, el profesional activo es quien genera el riesgo de internacionalidad y por este motivo es también quien se encuentra en una mejor disposición para internalizarlo con unos costes menores (criterio del control del riesgo). Es el profesional que penetra en el mercado del consumidor el que dota de carácter internacional a la relación y por tanto también debe ser él quien asuma las eventuales consecuencias negativas que de ello se deduzcan. Se trata además de un riesgo absolutamente previsible por el empresario. El criterio del control del riesgo carece de justificación cuando a una de las partes

se le imputan riesgos absolutamente imprevisibles, pero en este caso, la imputación al empresario del riesgo de internacionalidad no resulta inesperada en absoluto; todo sujeto que penetra en la esfera jurídico-económica de otro Estado conoce -o debe conocer- la posibilidad de verse sometido a un Derecho extranjero o de que los eventuales litigios con los otros cocontratantes sean resueltos por un tribunal extranjero.

Por otro lado (criterio del impacto) se imputa el riesgo de internacionalidad a aquella parte que sufrirá menores costes si finalmente tal riesgo se materializa, obligando al profesional activo a litigar en otro Estado o de acuerdo a un Derecho extranjero. 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 jurídicas⁶⁰.

Las restricciones al juego de la autonomía de la voluntad que impone nuestro sistema son también absolutamente coherentes con la lógica económica del Dipr. Es cierto que en el mercado de productos normativos las partes, en principio, son las que están en mejor disposición para “comprar” y elegir de todos los ordenamientos o tribunales disponibles, aquél que se adapte mejor a sus intereses. Sin embargo, cuando exista una desigualdad entre ellas, ya se ha señalado que la voluntad de las partes ha de quedar limitada. El Dipr debe evitar los fallos del mercado de productos normativos y sin duda existen grandes posibilidades de que se materialice alguna disfunción cuando la elección de las partes se realice desde una posición de asimetría, tal y como sucede en los contratos de consumo. En estos casos, la elección no garantiza la selección del mejor ordenamiento para ambas o, dicho de otra forma, del ordenamiento que maximice los intereses de ambas partes. Es evidente que la parte sofisticada está en mucha mejor situación que el consumidor y ello hace necesario restringir la libertad de elección para evitar que el empresario se beneficie de su “posición de fuerza”⁶¹.

⁶⁰ Vid. GOLDMAN, “My way and the highway: the law and economics of choice of forum clauses in consumers form contracts” *Nw.U.L.Rev.*, 1992, pp. 700 y ss, esp. pp. 722.

⁶¹ Cfr. WOODWARD Jr., R.J., “Sale of law and forum and the widening gulf between consumer and nonconsumer contracts in the UCC”, *Wash. U.L.Q.*, 1997, pp. 243-287, esp. pp. 261-275.

3. ¿Debe limitarse las consecuencias para el profesional?

24.- Llega por fin el momento de proyectar el modelo expuesto a la contratación electrónica internacional con consumidores. La pregunta que cabe plantearse resulta obvia: ¿se imputa correctamente el riesgo de internacionalidad si se considera a cualquier sujeto que acceda a una página Web comercial como un consumidor pasivo?

En principio la respuesta debe ser positiva. De un lado, el profesional que dispone de la página Web continúa siendo el sujeto en mejor disposición para asumir el riesgo de internacionalidad si finalmente se materializa. Es él y sólo él quien está habituado a esta nueva modalidad de contratación -quien “juega” repetidas veces en el ámbito de la contratación electrónica internacional- y, por ello, también quien está en mejor disposición para diversificar este riesgo o para asegurarse frente a él (repercutiéndolos en el precio, exigiendo garantías, etc.⁶²).

De otro, todo aquel que dispone de una página de carácter comercial tiene a su alcance un medio que le permite el acceso a todos los Estados y, por tanto, genera también un riesgo de internacionalidad en cualquier país. Se trata además de un riesgo absolutamente previsible que en absoluto escaparía a su esfera de control, ya que el profesional debe ser perfectamente consciente del carácter global de la Red. Es éste, en definitiva, quien crea el riesgo de internacionalidad y por ello a él le debe ser imputado (criterio del control). *Prima facie* no existiría circunstancia alguna que diferenciara a Internet de otros medios al alcance del profesional, que justifiquen lo contrario. En nada difieren, por ejemplo, el sujeto que accede desde su domicilio a una página Web de quien, por ejemplo, ve desde el salón de su casa un anuncio en una cadena de televisión que emite vía satélite para todo el mundo, o del que lee un anuncio en una revista de difusión mundial camino del trabajo.

⁶². Frecuentemente se alega el pequeño tamaño de gran parte de las empresas que trafican a través de Internet para negar la situación de desequilibrio entre éstas y los consumidores. Esta circunstancia quizás fue válida en un primer momento pero en la fase actual del desarrollo del comercio electrónico cada vez es más discutible, ya que muchas de estas empresas cuentan con el respaldo de poderosos operadores de la “vieja” economía. En cualquier caso, para nuestras normas de Dipr el elemento clave que justifica el trato especial al consumidor -al margen, evidentemente de que se trate de un consumidor pasivo-, es que la otra parte celebre el contrato en el marco de su actividad profesional, es decir, que se trate de un “jugador habitual” en ese sector, por lo que la diferencia de potencial económico resulta absolutamente indiferente.

Aparentemente, por tanto, limitar el alcance de las páginas Web no supondría ventaja alguna para el desarrollo de la contratación electrónica sino todo lo contrario. Se trataría de una alternativa que carecería de justificación económica porque se imputaría el riesgo de internacionalidad al consumidor pese a que el empresario continúa siendo siempre el “*cheapest risk bearer*”, es decir, el sujeto que mejor puede asumir ese riesgo. Esta circunstancia sí pondría en peligro el desarrollo de la contratación electrónica con consumidores, situándola en clara inferioridad frente a los medios tradicionales. Resulta difícil imaginar quién va a arriesgarse a celebrar un contrato a través de Internet ante la perspectiva de ser tratado como un consumidor activo.

Como ya se ha señalado, el consumidor activo es tratado exactamente igual que un profesional y por tanto, ni queda limitado el ejercicio de la autonomía de la voluntad ni se restringe el abanico de tribunales o derechos nacionales al acceso del profesional en defecto de ésta. Resulta fácil, por tanto, imaginar cuál sería el resultado de la mayor parte de estos litigios: el consumidor acabaría litigando en el extranjero -generalmente en el Estado del profesional- y de acuerdo a un derecho extranjero, sin contar además con la cobertura de las normas imperativas de su propio Estado.

La conclusión, por tanto, es que, con carácter general, un sujeto que accede a una página Web desde su domicilio o desde el lugar en el que tenga su residencia habitual debe ser considerado como un consumidor pasivo. O expresado a la inversa: en principio, toda página Web de contenido comercial debe ser considerada como activa.

25.- Pero, aun siendo cierto que todo aquél que utiliza Internet para comerciar conoce, o debe conocer, el carácter globalmente accesible de la Red, ello no significa que cualquier profesional que disponga de una página Web comercial tenga la intención de prevalerse de esta circunstancia. El profesional puede recurrir a la Red, no para tener una presencia universal, sino para acceder sólo a un mercado regional o, incluso nacional. Dicho en otros términos, aunque el hecho de que un profesional recurra a Internet constituye un claro signo de que desea tener una vocación global, puede neutralizar esta apariencia proyectando sobre el mercado la certeza de que su intención es la de delimitarse a un área geográfica concreta⁶³. Si ello sucediera, ya no sería el causante del riesgo de internacionalidad, sino que ese papel lo desempeñaría en adelante el consumidor, que lo materializaría

⁶³. MANKOWSKY, P., “Das Internet ...” *op.cit.*, p. 239.

en cuanto decidiera celebrar el contrato. En definitiva, de quien ahora dependería dotar de internacionalidad a la situación es del consumidor. Desde esta óptica sí resulta justificado exigir una restricción del alcance de las páginas Web; en la medida en que el profesional no genera el riesgo de internacionalidad deja de ser el “*cheapest risk bearer*” y carece de sentido imputárselo.

De lo anterior se deduce, en consecuencia, que, aunque la diferenciación entre páginas Web activas y pasivas resulta acertada, ésta se suele realizar a partir de un planteamiento erróneo. Contra lo que se señala habitualmente, para considerar a una página Web como activa no hay que determinar si el profesional tenía la intención de penetrar en el Estado del consumidor, ya que cabe presumir tal intención desde el momento en que recurre a una plataforma de carácter global. Lo relevante, por el contrario, es si está dispuesto renunciar a los beneficios que se derivan de tal circunstancia.

Ahora bien, es necesario que el consumidor posea la absoluta certeza de que se ha producido esta renuncia y de que el profesional no quiere penetrar en su Estado.

No es suficiente, tal y como se suele mantener, con que la renuncia del profesional a beneficiarse del carácter global de Internet pueda deducirse simplemente a la luz de indicios tan “poco determinantes⁶⁴” como la lengua en que se encuentre redactada la página, las monedas admitidas para realizar la transacción, el modo de pago, etc. La renuncia ha de ser expresa y debe ofrecer al consumidor la total seguridad de que la imputación del riesgo de internacionalidad pende ahora sobre él. El consumidor debe hacer constar en la página, por tanto, los países a los que va dirigida; o bien lo contrario, deberá anunciar los Estados en los que ésta carece de valor comercial, haciendo constar que los productos o servicios que en ella se ofertan no están disponibles para el mercado de determinados países⁶⁵. No puede ser de otra forma si se recuerda la

⁶⁴. Hago mía la expresión de P. DE MIGUEL (*Derecho privado ...*”, *op.cit.*, p. 440).

⁶⁵. En similares términos, MANKOWSKY, P., “Das Internet ...”, *op.cit.*, p. 239.

La “arquitectura” de Internet debe jugar un papel esencial a la hora de materializar la renuncia del profesional. De esta forma, parece razonable exigir además que, como prueba indiscutible de que no desea traficar con determinados Estados, el profesional cuente con los medios técnicos que bloqueen la recepción de mensajes desde éstos. En caso contrario la jugada para él sería magnífica: continuaría beneficiándose de la difusión de la página Web en el mercado en el que teóricamente no quiere penetrar y, además, tendría como contrapartes a consumidores no protegidos.

gravedad de las consecuencias que sobre él recaerían en el caso de ser considerado como un consumidor activo⁶⁶.

^{66.} Reflexiónese sobre las tremendas dificultades que acarrearía tener que recurrir a circunstancias de este tipo, y las consecuencias que ello podría acarrear. Piénsese, por ejemplo, en un consumidor domiciliado en España que accediera a una página redactada en alemán y que sólo estableciera el precio de sus productos en marcos. En principio este sujeto no podría ser considerado como un consumidor pasivo ya que del diseño de la página no se deduciría una voluntad por parte del profesional de acceder al mercado español. Pero ¿qué sucedería si el consumidor fuera uno de los cientos de miles de alemanes domiciliados y con residencia habitual en Baleares o Canarias? ¿Habría que tener este dato en cuenta? Evidentemente cualquier profesional alemán conoce el elevado número de compatriotas que se encuentran residiendo fuera de su país y por tanto a la hora de decidirse a contratar a través de la Red tendrá en cuenta esta circunstancia. ¿Serían estos consumidores activos o pasivos? ¿Habría que considerar que una misma página puede ser activa o pasiva en un mismo mercado, dependiendo de las circunstancias personales de quien la consulte?