

# Derecho aplicable a los contratos celebrados a través de Internet\*

Luís de Lima Pinheiro

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Lisboa

---

**Resumen:** Los contratos celebrados a través de Internet son con mucha frecuencia *contratos internacionales*, porque tienen contactos significativos con más de un Estado soberano. En este contexto, a la problemática general de los contratos internacionales se unen dificultades añadidas tales como la identificación y localización de sus cocontratantes. El presente artículo analizará la problemática general y concretará las nociones fundamentales sobre la determinación del Derecho aplicable a los contratos celebrados a través de Internet.

**Palabras clave:** Contratos internacionales, Internet, ley aplicable.

**Abstract:** *Contracts celebrated through the Internet are frequently International Contracts, because they have a special contact with more than one Sovereign State. In this arena, in addition to the general problems posed by International Contracts, there are specific difficulties related to the identification and localization of the contracting parties. This article analyzes the general framework of this issue and studies the main principles of the determination of the Law applicable to Contracts celebrated through the Internet.*

**Key words:** *International Contracts, Internet, Law applicable.*

---

**Sumario:** I. Introducción. I. Derecho conflictual general. A) Régimen común. B) Régimen especial de los contratos de consumidores. C) Ambito del estatuto contractual. D) ¿Régimen especial del comercio electrónico intracomunitario? II. Derecho conflictual del arbitraje transnacional. A) Aspectos generales. B) Litigios entre «empresarios».

## Introducción

I. Internet es una red mundial de redes informáticas que comparten una tecnología de comunicación común. Constituye un medio de comunicación global que es accesible en casi todos los países del mundo. Este medio de comunicación es utilizado para la celebración de contratos ya a través de sitios de Internet (*websites*) interactivos, que permiten una contratación en línea, ya a través de mensajes de correo electrónico.

---

\* Traducido por Antonia Durán Ayago.

Los contratos celebrados a través de Internet son con mucha frecuencia *contratos internacionales*, porque tienen contactos significativos con más de un Estado soberano. Los contratos internacionales presentan dos problemas específicos: la determinación de los tribunales internacionalmente competentes y la elección del Derecho aplicable. Los tribunales del foro podrán conocer de los litigios derivados de estos contratos cuando fueren competentes según el Derecho de la Competencia Judicial Internacional. El Derecho material vigente del ordenamiento jurídico del foro será aplicable a estos contratos cuando el Derecho conflictual remita a este ordenamiento jurídico.

En todo caso, no basta el carácter global de Internet para conferir a un contrato celebrado a través de este medio de comunicación carácter internacional. Es necesario que el propio contrato sea internacional según el *criterio de la internacionalidad relevante*, en concreto que su ejecución implique una transferencia de valores a través de las fronteras o que ponga en juego intereses del comercio internacional<sup>1</sup>.

Es el caso de los contratos que son celebrados a través de Internet entre partes con residencia o establecimiento efectivo en países diferentes o que deben ser ejecutados en un país diferente de aquél en el que las partes se encuentran.

II. Las ventajas del comercio electrónico son evidentes. Cualquier persona con un ordenador, un servicio de acceso a Internet y los programas adecuados puede realizar una actividad económica transnacional con costes mínimos. Cualquier adquirente de bienes o servicios tiene acceso a los sitios de proveedores de casi todo el mundo y puede, frecuentemente, realizar su transacción en línea. En muchas ocasiones, las órdenes para realizar el pago del precio se dan en línea y, en el caso de adquisición de programas de ordenador o de servicio prestado en línea, el proveedor también puede realizar su prestación a través de Internet.

Pero esta liberación de los condicionamientos espaciales también origina dificultades. Así, los intervinientes en Internet tienen más dificultades en la identificación y localización de sus cocontratantes porque los nombres de dominio utilizados en la red pueden no corresponder al nombre o denominación de la persona ni indicar su domicilio o sede. En muchos casos los proveedores de bienes o servicios utilizan nombres de dominio con sufijo genérico, por ejemplo «.com», que no tienen una connotación geográfica. Incluso los nombres de dominio con un sufijo (dominio de Internet de primer nivel) nacional (por ejemplo, «.pt») sólo indican que el nombre de dominio

---

<sup>1</sup> Ver Luís de LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, 67 y ss.; ver también Peter MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht», *RabelsZ.* 63 (1999) 203-294, 208 y ss., y Dieter MARTINY, «Vor Art. 27-Art. 30», in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X – EGBGB, 4.ª ed., Munique, 2006, Art. 28, n.º 420.

fue registrado en la entidad acreditada en el país en cuestión (en Portugal, la Fundação para a Computação Científica Nacional).

La identificación de los proveedores de bienes y servicios es facilitada cuando su dominio de segundo nivel (por ejemplo, «google» en <www.google.pt>) corresponda necesariamente, por fuerza de la regulación de la entidad acreditada para su gestión de servicio de registro, al nombre o denominación de la persona.

Así, las reglas de registro de dominios pt (art. 2.3.2.2) establecen que:

- en el caso de personas colectivas, el nombre de dominio deberá coincidir con la firma o denominación que conste en la *Cartão de Identificação de Pessoa Colectiva* emitido por el Registro Nacional de Personas Colectivas o documento equivalente;
- en el caso de empresarios individuales, el nombre de dominio deberá coincidir íntegramente con la respectiva firma que conste en el documento acreditativo de la referida cualidad;
- en el caso de las profesiones liberales, el nombre de dominio deberá coincidir íntegramente con el respectivo nombre profesional que conste en el documento acreditativo de la referida cualidad;
- en el caso de los titulares de marcas registradas en registro nacional, comunitario o internacional, el nombre de dominio deberá corresponder a la marca nominativa o a los elementos nominativos de marca mixta registrada a favor del requirente de dominio, tal como consten en el respectivo título de registro nacional, comunitario o internacional desde que, en estos últimos casos, las marcas sean extensivas en Portugal.

Sería recomendable que reglas similares fueran adoptadas a nivel internacional.

III. En estudios anteriores me ocupé de la cuestión de la competencia internacional en materia de litigios relativos a Internet<sup>2</sup> y de la determinación del Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual en Internet<sup>3</sup>. Pretendo ahora indagar en algunas nociones fundamentales sobre la determinación del Derecho aplicable a los contratos celebrados a través de Internet.

Internet es un medio de comunicación global que, en cuanto tal, requiere una *regulación jurídica global* de ciertos aspectos esenciales para la interacción social realizada en su ámbito.

<sup>2</sup> «Competência internacional em matéria de litígios relativos à Internet», en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, 695-712, Coimbra, 2003 (= *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, 171-189, Coimbra, 2003).

<sup>3</sup> «Direito aplicável à responsabilidade extracontractual na Internet», *RFDUL* 42/n.º 2 (2001) 825-834.

Esta regulación puede hasta cierto punto ser llevada a cabo a través de fuentes espontáneas (costumbres y usos de comercio positivados) y por la actividad normativa de centros autónomos. Tenemos, entonces, una regulación de los contratos por el Derecho Transnacional, compuesto por reglas y principios que se forman independientemente de la acción de los órganos estatales o supraestatales<sup>4</sup>. Pero esta regulación transnacional de los contratos incide principalmente sobre los contratos *comerciales* internacionales, mientras que la mayor parte de los contratos celebrados a través de Internet son contratos *con consumidores*. Por otro lado, la existencia de costumbres en este ámbito aún es controvertida y los usos, que ciertamente se pueden formar rápidamente en este medio de comunicación, sólo vinculan a las partes mediante una incorporación en el contrato o mediante la positivación de una regla legal o consuetudinaria<sup>5</sup>. Hay que tener en cuenta, además, que la regulación por centros autónomos tiene necesariamente un significado limitado porque la gran mayoría de los usuarios de Internet no están representados en ninguna organización asociativa que establezca reglas sobre su relación en Internet<sup>6</sup>.

Se hace, pues, necesaria una regulación por instrumentos internacionales, más concretamente por tratados internacionales y actos de organizaciones intergubernamentales.

Algunas convenciones internacionales que unifican el Derecho material aplicable a determinados tipos de contrato internacional comprenden los contratos celebrados a través de Internet. Es el caso de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías en lo que respecta a la venta de mercaderías entre «empresarios». Esta convención aún no ha sido ratificada por el Estado portugués. Con carácter general, sin embargo, estas convenciones no regulan los problemas específicos de la contratación electrónica.

La regulación internacional, por lo que hace a las relaciones establecidas a través de Internet, apenas ha comenzado a dar sus primeros pasos, particularmente bajo el amparo de la Organización Mundial sobre la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDCI).

---

<sup>4</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 1), 179 y ss.

<sup>5</sup> Ver también ELSA DIAS OLIVEIRA, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados Através da Internet*, Coimbra, 2002, 338 y ss., con más referencias, y DÁRIO MOURA VICENTE, *Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2005, 136 y ss.

<sup>6</sup> Cuestión diferente es la de la delegación de competencias de regulación en instituciones privadas, tales como la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) y la *Fundação para a Computação Científica Nacional*, por parte de Estados. Ver, en especial sobre la gestión del sistema de nombres de dominio, Markus KÖHLER y Hans-Wolfgang ARNDT, *Recht des Internet*, 4.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 2003, 8 y ss., y MOURA VICENTE (n. 5), 141 y ss.

En el ámbito de la OMPI importa hacer referencia a la creación de un centro de arbitraje y mediación para la resolución de los litigios relativos a nombres de dominio y la adopción de dos convenios internacionales, denominados «Tratados sobre Internet» que buscan principalmente establecer una protección internacional de los derechos de autor (Tratado OMPI sobre los derechos de autor, Ginebra, 1996) y los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los derechos de los productores de fonogramas (Tratado OMPI sobre la interpretación y ejecución de los fonogramas, Ginebra, 1996) ajustados a la nueva realidad creada por Internet.

En lo que respecta a los contratos celebrados a través de Internet, importa sobre todo señalar la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, adoptada por la Asamblea General en 2005, que contiene reglas importantes sobre el reconocimiento legal de las comunicaciones electrónicas, los requisitos de forma, el momento y el lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas y la formación de los contratos electrónicos. Claro está que esta convención aún no está internacionalmente en vigor.

En este escenario, la misión de regular jurídicamente los contratos celebrados a través de Internet aún es desempeñada, esencialmente, por los ordenamientos jurídicos estatales. A pesar de los esfuerzos realizados en pos de una unificación internacional del Derecho de los Contratos internacionales en general<sup>7</sup> y, en particular, del régimen aplicable al comercio electrónico (específicamente la Ley Modelo de la CNUDCI sobre el Comercio electrónico, 1996), los ordenamientos jurídicos estatales divergen en muchos aspectos en cuanto a la regulación jurídica de los contratos celebrados a través de Internet.

La determinación de la regulación jurídica de un contrato electrónico internacional presupone, de esta manera, la elección de un ordenamiento jurídico estatal (o de varios ordenamientos jurídicos estatales aplicables a diferentes aspectos del contrato). Esta elección se lleva a cabo por las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado.

IV. En lo que respecta a la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales, la tendencia dominante en los principales sistemas es establecer una diferenciación entre las relaciones interempresariales (*business to business*) y las relaciones con consumidores (*business to consumers*) y, eventualmente, otras categorías contractualmente más débiles<sup>8</sup>. Esta tendencia de diferenciación domina, en la Europa comunitaria, en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980) y, en los EE. UU., en el art. 1-301 del *Uniform Commercial Code* (2004).

<sup>7</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 1), 82 y ss.

<sup>8</sup> Esta tendencia ya fue señalada hace más de veinte años, por Russell WEINTRAUB, «Functional developments in choice of law for contracts», *RCADI* 187 (1984), 239-305, 258.

En las *relaciones interempresariales* —categoría que comprende todas las relaciones entre personas que realizan una actividad económica independiente—, el principio de la autonomía de la voluntad puede actuar en su más vasto alcance y, por consiguiente, se admite la máxima libertad en la elección del Derecho aplicable a las relaciones entre empresarios (o, por lo menos, en la elección de un Derecho estatal).

A falta de elección, los principales sistemas nacionales han evolucionado en el sentido de evitar una preferencia absoluta, ya de la ley del proveedor, ya de la ley del adquirente, que sólo se puede justificar por la intención de beneficiar a una de las partes, y se han orientado a favor del criterio general de la conexión más estrecha que debe concretarse en función del conjunto de circunstancias que concurren en el caso concreto (art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales [en adelante, CR], art. 188.º del *Second Restatement of Conflict of Laws* y art. 9.º de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales).

En las *relaciones con consumidores*, el consumidor es habitualmente la parte económicamente más débil y negocialmente menos experimentada, lo que justifica un importante límite a la autonomía de la voluntad. Así, la elección de la ley aplicable al contrato no perjudica la aplicación de las normas imperativas protectoras del consumidor contenidas en la ley del país de su residencia habitual (art. 5.2 CR y el art. 1-301 del *Uniform Commercial Code*)<sup>9</sup>.

Otra línea de diferenciación que es necesario tener en cuenta versa sobre la jurisdicción competente para conocer los litigios derivados del contrato. En el caso de que las partes estén vinculadas por un convenio arbitral válido, es necesario atender, para las relaciones comerciales internacionales, al Derecho conflictual especial del arbitraje internacional.

El presente estudio comenzará por el examen del Derecho conflictual general (I), en el que se suscitan las cuestiones más complejas en lo que se refiere a los contratos celebrados a través de Internet. En esta parte de nuestro estudio examinaremos el régimen común de determinación del Derecho aplicable a los contratos (A), el régimen especial aplicable a los contratos con consumidores (B), el ámbito del estatuto contractual (C) e indagaremos sobre la existencia de criterios especiales de determinación del Derecho aplicable con respecto al comercio electrónico intracomunitario (D). Finalizaremos con una breve referencia al Derecho conflictual especial del arbitraje transnacional (II).

---

<sup>9</sup> En concreto, el art. 1-301 (e) (1) del *Uniform Commercial Code* hace depender la validez de la elección de una conexión objetiva de la transacción con la ley escogida. Ver también art. 109.º/a y b/2 del *Uniform Computer Information Transactions Act*, de 1999.

## I. Derecho conflictual general

### A) Régimen común

Las reglas de conflicto generales aplicables a las obligaciones contractuales constan fundamentalmente en el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. Están en curso los trabajos con vistas a la revisión y transformación de este instrumento internacional en un reglamento comunitario que ya tomaron cuerpo en una Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea en diciembre de 2005<sup>10</sup>.

La *autonomía de la voluntad* en la determinación del Derecho aplicable a los contratos constituye hoy un principio de Derecho internacional privado común a la inmensa mayoría de los sistemas nacionales<sup>11</sup>. Este principio está consagrado en el apartado primero del art. 3 CR.

El art. 3 CR no establece límites en cuanto a los ordenamientos jurídicos estatales que pueden ser elegidos para regular la relación contractual. En efecto, este precepto no subordina la elección a la existencia de un vínculo entre el contrato y la ley elegida ni a la demostración de un interés serio en la elección.

Pero el art. 3 CR no admite que las partes sustraigan el negocio a un ordenamiento jurídico o elijan normas no estatales. Esta exclusión, en cuanto a la elección de un Derecho no estatal, es criticable *de iure condendo*<sup>12</sup> y ha sido abandonada, al menos en parte, por la Propuesta de Reglamento (art. 3.2).

En los términos de la segunda parte del n.º 1 del art. 3 CR, el consentimiento de las partes en la designación del Derecho aplicable puede ser manifestado expresa o tácitamente. En cuanto a la designación tácita, este precepto exige que la elección resulte «de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso».

En lo que respecta a los contratos celebrados a través de Internet, será raro que las partes estipulen individualmente el Derecho aplicable, pero es mucho más frecuente que la cláusula de designación de la ley aplicable conste en un conjunto de *cláusulas generales* preelaboradas por el proveedor (entendido en sentido amplio, que comprende al licenciador) que se exhiben en su sitio de Internet. Normalmente, esta cláusula somete el contrato al Derecho de la sede o del establecimiento del proveedor.

En la contratación en línea suele suceder que en las páginas a que el adquirente accede para celebrar el contrato haya sólo un vínculo que remite a otra página en la que se contiene el clausulado general del proveedor. Otras

<sup>10</sup> COM (2005), 650 final.

<sup>11</sup> Ver, con más referencias y desarrollo, LIMA PINHEIRO (n. 1), 99 y ss.

<sup>12</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 1), 103 y ss.

veces se abre sobre la ventana principal una ventana superpuesta o emergente (*pop-up window*) que necesariamente es vista por el adquirente, aunque la mayor parte de las cláusulas y, en concreto, la cláusula de elección del Derecho aplicable, sólo se hace visible cuando el usuario mueve el texto en esta ventana. En ambos casos, al adquirente normalmente se le pide que exprese su aceptación a través de un clic, hecho con el ratón del ordenador en un determinado campo o icono.

La ley aplicable a la formación y a la validez del consentimiento es —según el art. 3.4 CR— la propia ley elegida.

Normalmente una parte quedará vinculada por la estipulación individual que haya realizado con respecto al Derecho aplicable. Hay reglas más exigentes en cuanto a la integración en los contratos singulares de cláusulas contractuales generales, predispuestas por una de las partes, y que son propuestas a la adhesión de la otra parte.

A este respecto, debe también atenderse el n.º 2 del art. 8 CR sobre la relevancia negocial de un comportamiento. Si la *professio iuris* constituye una *cláusula general contractual*, su inclusión en el contrato será apreciada, en primer lugar, por la ley elegida; si esta cuestión fuera respondida afirmativamente por esta ley, el declarante podrá aún invocar la ley de su residencia habitual para demostrar que no otorgó su consentimiento, si resulta de las circunstancias que no sería razonable que el valor dado al comportamiento de ese contratante fuere determinado por la ley elegida<sup>13</sup>.

Quiere esto decir que la vinculación del adquirente por la cláusula general de designación del Derecho aplicable depende no sólo del régimen aplicable a las cláusulas contractuales generales contenidas en la ley elegida, sino también, si resultara de las circunstancias que no fuera razonable que el valor dado a su comportamiento fuera determinado por la ley elegida, en función del régimen contenido en la ley de la residencia habitual.

Debe partirse del principio de que la vinculación de un consumidor final por una cláusula general de determinación del Derecho aplicable depende también de la ley de su residencia habitual, cuando la ley designada no le sea familiar. Lo que significa que los ciberconsumidores residentes habitualmente en Portugal se benefician en principio de la protección concedida por el régimen interno de las cláusulas contractuales generales ante cláusulas generales de designación del Derecho aplicable contenidas en el sitio del proveedor.

---

<sup>13</sup> Cf. Christian VON BAR, *Internationales Privatrecht*, vol. II, Munique, 1991, 350 y ss.; Jürgen BASEDOW, «Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)», in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, 4.ª ed., Munique, 2001, § 12 AGBG n.º 29; y *MünchKomm./MARTINY* (n. 1) Art. 31 n.º 63. Ver, más extensamente, ANTÓNIO DE SOUSA, *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, Porto, 1999, 245 y ss.

El régimen portugués de *cláusulas contractuales generales* determina expresamente su aplicación a todas las cláusulas generales independientemente de su forma de comunicación al público (art. 2 de la Ley de Cláusulas Contractuales Generales [en adelante, LCCG]). Este régimen excluye de los contratos singulares las cláusulas contractuales generales que<sup>14</sup>:

- no hayan sido comunicadas en su integridad a los adherentes (arts. 5 y 8/a);
- hayan sido comunicadas con violación del deber de información (arts. 6 y 8/b);
- por el contexto en que surjan, por el epígrafe que las precede o por su presentación gráfica pasen desapercibidas a un contratante normal, colocado en una posición de contratante real (art. 8/c);
- estén insertas en «formularios» después de la firma de alguno de los contratantes (art. 8/d).

Este régimen es aplicable tanto en las relaciones con consumidores como en las relaciones entre empresarios. Podría cuestionarse si no justificaría una diferenciación, a semejanza de lo que ocurre con la ley alemana que sujeta la inclusión de las cláusulas generales en las relaciones entre empresarios exclusivamente a las reglas generales sobre declaraciones de voluntad y sobre la celebración de contratos<sup>15</sup>. En este orden de ideas, creo que en las relaciones entre empresarios se podría admitir que la inclusión de cláusulas generales resultase de una conducta concluyente tanto del lado del proponente como del lado del adherente, desde que éste tenga posibilidad de tener conocimiento de las cláusulas<sup>16</sup>.

En la contratación en línea, el adherente cuenta con todas las condiciones para tener conocimiento completo y efectivo del clausulado (art. 5.2 de la LCCG)<sup>17</sup>. Es usual la inclusión de una cláusula de elección del Derecho

<sup>14</sup> Ver, más extensamente, António MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I – *Parte Geral*, tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, 618 y ss.

<sup>15</sup> Ver Karl LARENZ y Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.ª ed., Múnique, 2004, 776 y ss.

<sup>16</sup> El art. 5 de la Resolución del *Instituto de Derecho Internacional* sobre la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales entre particulares, aprobada en la sesión de Basilea (1991), después de admitir, en su n.º 1 que la «ley aplicable puede ser designada por cláusulas contractuales generales siempre que las partes hayan consentido en ellas», añade, en su n.º 2, una regla material, según la cual este «consentimiento debe ser expresado por escrito, o de una manera conforme a los hábitos establecidos entre las partes, o según los usos profesionales de los que tengan conocimiento». Esta solución se inspira en la jurisprudencia del TJCE relativa a la cláusula de jurisdicción inserta en el formulario propuesto por una de las partes, cf. Erik JAYME, «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées. Rapport définitif», *Ann. Inst. dr. int.* 64-I (1991), 62-76, 72 y ss.

<sup>17</sup> Cf. BASEDOW (n. 13) § 2 AGBG n.º 19.

aplicable en el clausulado general del proveedor que contrata a través de Internet y, por consiguiente, no hay razón para que la cláusula pase desapercibida al adquirente, a menos que el epígrafe o la presentación gráfica de la cláusula puedan inducir al adquirente a error.

La exigencia de *comunicación íntegra* es satisfecha por la colocación del clausulado general en una ventana superpuesta o emergente, desde la que el clausulado sea fácilmente legible y/o pueda ser descargado en el ordenador del adherente y, si se desea, ser impreso<sup>18</sup>. Suscita más dudas el caso del clausulado que conste en otra página a la que se remite, a través de un hipervínculo, distinta de la página en que el adherente manifiesta su consentimiento<sup>19</sup>. En mi opinión, la situación es en todo semejante a la que ocurre en el comercio jurídico tradicional cuando el contrato contiene una remisión al clausulado general que consta en un documento anexo<sup>20</sup>. Por eso, entiendo que será suficiente que el proponente indique claramente que contrata sobre la base de un clausulado general, que este clausulado es efectivamente accesible al adherente en la página a que remite el hipervínculo sin ninguna exigencia técnica adicional (de modo que pueda ser almacenado o impreso) y que el adherente lo acepte, expresa o tácitamente.

En lo que respecta al idioma, debe considerarse suficiente, en la contratación en línea, que el clausulado esté redactado en el mismo idioma que se utiliza en las páginas a las que el adquirente ha accedido para realizar la transacción. En efecto, el proveedor debe poder contar con el conocimiento por el adquirente del idioma utilizado en las páginas a las que accede para realizar la transacción, en concreto las que contienen el formulario de petición<sup>21</sup>.

Si la cláusula fuera de difícil comprensión o ambigua, el adquirente puede solicitar el esclarecimiento al proponente. En cualquier caso, si existe duda prevalece el sentido más favorable al adherente (art. 11.2 LCCG). En lo que toca a la cláusula de designación del Derecho aplicable, parece que en

---

<sup>18</sup> El art. 31.1 del DL n.º 7/2004, de 7 de enero, determina que los términos contractuales y las cláusulas generales deben ser siempre comunicados de manera que permitan al destinatario almacenarlos y reproducirlos. Este precepto transpone el art. 10.3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a ciertos aspectos legales de los servicios de la sociedad de la información, en especial del comercio electrónico, en el mercado interno (Directiva sobre Comercio Electrónico).

<sup>19</sup> Ver MANKOWSKI (n. 1), 211 y ss.

<sup>20</sup> El art. 5 bis de la Ley Modelo de la CNUDCI sobre el Comercio electrónico (adoptada en 1998) establece que «Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is not contained in the data message purporting to give rise to such legal effect, but is merely referred to in that data message». El sentido de este precepto no es el de establecer un régimen especial para la incorporación por referencia en el comercio electrónico sino determinar la aplicación del régimen general a la contratación en línea.

<sup>21</sup> En este sentido, también BASEDOW (n. 13) § 2 AGBG n.º 20.

caso de duda sobre la ley designada deberá recurrirse a la conexión objetiva (ley aplicable a falta de elección).

La situación de desigualdad en la que normalmente se encuentra el consumidor lleva a aceptar generalmente la elección del Derecho del proveedor, Derecho que la mayoría de las veces desconoce y no tiene posibilidades de conocer con normal diligencia. La necesidad de protección del consumidor se contempla, a nivel conflictual, por el régimen especial contenido en el art. 5 CR. Este régimen, que se analiza en el apartado B, limita la eficacia de la elección del Derecho aplicable hecha por las partes.

En las relaciones entre empresarios no se justifica ninguna limitación a la eficacia de la elección del Derecho aplicable hecha por las partes.

De hecho, la *Convención de Roma no es compatible con ningún control de contenido de la cláusula de elección del Derecho aplicable*, aunque se trate de una cláusula general. Estuvo acertado el legislador portugués cuando en el DL n.º 220/95 suprimió la letra *h* del art. 19 LCCG que prohibía, en consonancia con el cuadro negocial estándar, las cláusulas generales que remitiesen al Derecho extranjero, cuando los inconvenientes causados a una de las partes no fueren compensados por intereses serios y objetivos de la otra. Una aplicación analógica de la actual letra *g* del art. 19 a las cláusulas de elección de ley sería contraria a la intención expresada por el legislador en el preámbulo del DL n.º 220/95 y, en cualquier caso, incompatible con la CR<sup>22</sup>.

La elección del Derecho aplicable también puede resultar de una *manifestación tácita de la voluntad*, sea de ambas partes sea de una de ellas en el seguimiento de una declaración expresa de otra. A este respecto, los contratos celebrados a través de Internet no parecen suscitar problemas marcadamente específicos, aplicándose las consideraciones que han sido formuladas en relación con la generalidad de los contratos<sup>23</sup>.

La cláusula atributiva de competencia a los tribunales de un determinado Estado es un indicio importante, aunque no por sí concluyente, de la elección tácita del Derecho de ese Estado para regir el contrato. En el caso de que la cláusula de sumisión sea una cláusula contractual general, es de observar que sólo será relevante para la determinación de una elección tácita del Derecho aplicable la cláusula que fuere válidamente estipulada<sup>24</sup>.

A falta de elección válida por las partes del Derecho aplicable, este Derecho deberá ser determinado con base a un *criterio objetivo*. El n.º 1 del art. 4 CR determina que el contrato será regulado por la ley del país con el que

<sup>22</sup> Cp. MENEZES CORDEIRO (n. 14), 636.

<sup>23</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 1), 108 y ss. Ver también MANKOWSKI (n. 1), 213.

<sup>24</sup> Ver, sobre los presupuestos y requisitos de los acuerdos de jurisdicción, LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. III – *Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Almedina, Coimbra, 2002, 131 y ss. y 211 y ss.

presente un vínculo más estrecho. Se consagra así un *criterio general de conexión*, que debe ser concretado por el órgano de aplicación del Derecho mediante una valoración de un conjunto de circunstancias del caso concreto y con ponderación de todos los puntos de vista jurídicamente relevantes.

Este criterio general de vinculación más estrecha permite *atender a los lazos de cualquier naturaleza*, como el lugar de residencia, de la sede o del establecimiento de las partes, o del lugar de ejecución del contrato, o del idioma del contrato, la referencia de las disposiciones de un determinado ordenamiento jurídico o el empleo de términos y expresiones característicos de este ordenamiento jurídico (que con todo no permitan inferir una designación tácita) o el nexo funcional que el contrato establezca con otro contrato regido por cierto Derecho<sup>25</sup>.

La principal dificultad que puede surgir con los contratos celebrados a través de Internet es la que se refiere a la determinación del lugar de residencia, sede de administración o establecimiento de las partes.

Se alega que las sociedades que actúan a través de Internet pueden no tener una administración central en un establecimiento principal. Aunque el problema no consiste propiamente en la falta de residencia, de administración central o de establecimiento.

Una sociedad no deja de tener administración central por el hecho de que las deliberaciones de los administradores sean tomadas a través de los modernos medios de comunicación sin su presencia física en el mismo local. Lo que de ello puede resultar es la dificultad de determinar la sede de administración. Pero esto es un problema creado por los modernos medios de comunicación que no es específico de los contratos celebrados a través de Internet. Es posible obviar esta dificultad por medio de la presunción de que la sede de la administración coincide con la sede estatutaria<sup>26</sup>.

La persona que desarrolla una actividad económica a través de Internet tiene normalmente uno o varios centros de actividad. Según el considerando 19.º de la Directiva sobre Comercio Electrónico<sup>27</sup>, el local de establecimiento de una sociedad prestadora de servicios a través de un sitio en Internet no es el local donde se encuentra la tecnología de apoyo a ese sitio o el local desde donde éste sea accesible, sino el local en que esa sociedad desarrolla una actividad económica. Esto vale para las normas contenidas en la Directiva<sup>28</sup>. Resta saber si la circunstancia de que este centro no se manifieste externamente obsta a su reconducción al concepto de establecimiento relevante según la CR.

<sup>25</sup> Ver, más extensamente, LIMA PINHEIRO (n. 1), 112 y ss.

<sup>26</sup> Ver LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos. Parte Especial*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, 97 y ss.

<sup>27</sup> *Supra* n. 18.

<sup>28</sup> Ver también la definición de establecimiento contenida en el art. 4.h de la Convención de Naciones Unidas sobre el uso de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (2005) y el art. 6.4 de la misma Convención.

La determinación del concepto de establecimiento relevante para la CR constituye un problema de interpretación de la norma convencional que debe ser resuelto a la luz de su finalidad. El art. 4.2 CR tiene por objetivo indicar el lazo que, en caso de duda, prevalece en la determinación de la conexión más estrecha. Este lazo debe ser fácilmente reconocible por la contraparte del prestador profesional. A esta luz, parece claro que sólo importa como establecimiento o centro de actividad el lugar en que realiza una actividad negocial externa<sup>29</sup>.

Cierto es que en los contratos celebrados a través de Internet es más frecuente la imposibilidad o gran onerosidad de determinar la residencia, sede o establecimiento de la otra parte.

El proveedor puede defenderse ante este riesgo mediante la solicitud, hecha a la otra parte, de la indicación de su residencia, sede o establecimiento. El adquirente que indica la residencia, sede o establecimiento en un determinado país no puede más tarde invocar la falsedad o inexactitud de los elementos suministrados<sup>30</sup>.

El adquirente cuenta con menos defensa, razón por la que los proveedores deben ser legalmente obligados a indicar, en la página principal o en otra página a la que los clientes tengan que acceder para realizar el negocio, su residencia, sede de administración o establecimiento.

La Directiva sobre Comercio Electrónico apunta en esta dirección al obligar a los Estados miembros a garantizar el acceso a la dirección geográfica en que el proveedor se encuentra establecido (art. 5.1). Esta norma debe ser aplicada a los prestadores establecidos en el territorio de los Estados miembros (art. 3.1). En la transposición de este precepto, el DL n.º 7/2004, de 7 de enero, obliga a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a proporcionar esta información en línea (art. 10.1.b).

A falta de indicación de la residencia, sede de administración o establecimiento, debe presumirse que ésta corresponde a cualquier indicación geo-

---

<sup>29</sup> En el mismo sentido, *MünchKomm./MARTINY* (n. 1) Art. 28 n.º 50. El concepto de establecimiento relevante, en materia de competencia internacional, para el art. 5.5 del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, ya fue objeto de interpretación autónoma por el TJCE. Por establecimiento (secundario) se entiende aquí «un centro de operaciones que se manifiesta externamente de modo duradero como prolongación de una empresa matriz, provisto de una dirección y materialmente equipado de modo que pueda negociar con terceros...» – ver TCE 6/10/1976, en el caso *De Bloos* (CTCE [1976] 605), y 22/11/1978, en el caso *Somafer* (CTCE [1978] 2183). Este «centro de operaciones» se encuentra subordinado al control y la dirección del «establecimiento principal», pero tiene autonomía para la gestión de negocios corrientes, ver también an. HUET en el caso *Somafer* y an. BISCHOFF, GOTHOT/HOLLEAUX y GEIMER en el caso *De Bloos*. Más extensamente, ver LIMA PINHEIRO (n. 24), 90 y ss.

<sup>30</sup> En el mismo sentido, en relación con la competencia, George DELTA e Jeffrey MATSUURA, *Law of the Internet*, Nova Iorque, 2004, § 3.03 A.

gráfica contenida en el nombre de dominio. Así, por ejemplo, puede presumirse que un proveedor que dispone de un nombre de dominio o dirección de correo electrónico con un sufijo «.pt» está localizado en Portugal<sup>31</sup>.

En caso de divergencia entre la residencia, sede de administración o establecimiento, indicada por el proveedor o presumida en los términos anteriormente expuestos, y su localización real, la confianza depositada por el adquirente en la información que le fue prestada debe ser tutelada y, por consiguiente, el proveedor no puede invocar su localización real. Pero como el proveedor tiene el deber de prestar una información veraz, el adquirente puede demostrar que la localización real del proveedor no corresponde a la indicada y prevalerse de esta localización<sup>32</sup>.

Si la localización del establecimiento no fuera cognoscible por el adquirente, es legítimo presumir que el establecimiento relevante se sitúa en la residencia o sede del proveedor<sup>33</sup>.

Estos criterios carecen de utilidad cuando el proveedor no indique su localización y ésta no se pueda presumir según el nombre de dominio (por ejemplo, cuando son utilizados nombres de tipo genérico como «.com», «.org» y «.edu»).

En este caso habrá de establecer la conexión más estrecha basándose en otros vínculos que liguen el contrato con un determinado país, tales como la residencia, sede o establecimiento del adquirente, o idioma del sitio, elementos contenidos en el sitio que permitan establecer su orientación a un mercado nacional determinado, o lugar de entrega del bien o de la prestación del servicio, o lugar de pago y la moneda de pago. Claro está que el lugar de ejecución de una prestación no es relevante cuando la prestación sea cumplida en línea.

En los términos del apartado segundo del art. 4 CR, «se presume» que el contrato presenta una conexión más estrecha con el país de la residencia habitual o de la sede de la administración central del prestador de la *prestación característica*. Si el contrato fue celebrado en el ejercicio de una actividad económica o profesional del prestador de la prestación característica es relevante el país donde está situado su establecimiento principal o, si en los

---

<sup>31</sup> En el mismo sentido, ELSA DIAS OLIVEIRA, «Contratos celebrados através da Internet», en *Estudos de Direito Comercial Internacional*, vol. I, org. por LIMA PINHEIRO, 219-237, Coimbra, 2004, 225. Cp. art. 6.5 del Convenio de Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales.

<sup>32</sup> En el mismo sentido, MANKOWSKI (n. 1), 223, y Alfonso CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, 2001, 65. Del mismo parecer, el art. 6.1 del Convenio de Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales.

<sup>33</sup> En sentido convergente, MANKOWSKI (n. 1), 230. Ver también, en cuanto a las personas singulares, el art. 6.3 del Convenio de Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales.

términos del contrato la prestación debe ser realizada por otro establecimiento, la situación de este establecimiento.

Esta «presunción» debe ser entendida como una directriz interpretativa que actúa en los casos en que la determinación de la conexión más estrecha suscite dudas. Esta directriz es también aplicable a los contratos celebrados a través de Internet<sup>34</sup>.

El apartado quinto del art. 4 permite relegar esta «presunción» «siempre que resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta una conexión más estrecha con otro país». Aunque no sea una hipótesis de fácil verificación, no hay que excluir absolutamente que una convergencia en la indicación geográfica en el nombre de dominio del proveedor con una orientación de su contenido a un determinado mercado, inferida del idioma utilizado, moneda de pago exigida u otros elementos, pueda justificar la relegación de la «presunción» a favor de la ley del proveedor<sup>35</sup>.

En los contratos que se refieren al intercambio de bienes y servicios por dinero, la prestación característica es la que consiste en la entrega de la cosa, en la cesión del uso o en la prestación del servicio. Quiere esto decir, por ejemplo, que el deudor de la prestación característica es, en el contrato de venta, el vendedor, en el contrato de licencia, el licenciador, y en el contrato de prestación de servicio, el prestador del servicio<sup>36</sup>.

En el contrato de licencia la prestación que individualiza el contrato es la cesión de uso del derecho de propiedad intelectual. Por consiguiente, es ésta la prestación característica, aunque el licenciado se obligue, además de la prestación pecuniaria, a formas de utilización del derecho<sup>37</sup>. Frecuentemente, sin embargo, el contrato presenta una conexión más estrecha con el país de protección de la propiedad intelectual, caso en que no es relevante la «presunción» a favor de la ley del licenciador<sup>38</sup>.

En los contratos de prestación de servicios en línea, la prestación característica es también la del prestador del servicio<sup>39</sup>. Por ejemplo, en el contrato de suministro de acceso a Internet la prestación característica es la que realiza el proveedor de acceso.

Si no fuera cognoscible ni el establecimiento del proveedor ni su residencia o sede, la presunción debe ser descartada en los términos del art. 4.5<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 28 n.º 417.

<sup>35</sup> Como sugieren José FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 3.ª ed., Madrid, 2004, 478.

<sup>36</sup> En cuanto a otros tipos contractuales, ver LIMA PINHEIRO (n. 1), 117 y ss.

<sup>37</sup> Cf. Martin HIESTAND, «Lizenzvertrag», in *Internationales Vertragsrecht*, org. por Christoph Reithmann e Dieter MARTINY, Colonia, 2004, n.º 1737. Ver también James FAWCETT y Paul TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford, 1998, 573 y ss. Cp. MOURA VICENTE (n. 5), 234 y 248.

<sup>38</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 26), 288 y ss.

<sup>39</sup> Cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 28 n.º 422 y ss.

<sup>40</sup> En sentido convergente, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 32), 62.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la determinación de la ley objetivamente competente también es posible en los contratos celebrados a través de Internet, pero puede suscitar inusitadas dificultades. De ahí que sea especialmente recomendable la elección por las partes del Derecho aplicable a estos contratos.

### B) Régimen especial de los contratos con consumidores

Vimos en la Introducción que en las relaciones de empresarios con consumidores hay razones que justifican un desvío del régimen general con vistas a la protección de los consumidores. El art. 5 CR contiene reglas especiales sobre ciertos contratos «celebrados por consumidores» que establecen justamente esta protección<sup>41</sup>.

Se entiende por «contratos celebrados por consumidores» aquellos que tienen por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona para una finalidad que se pueda considerar ajena a su actividad profesional, así como los contratos destinados a la financiación de tal suministro. Esta definición corresponde al art. 13 Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial, y debe ser interpretada a la luz de la finalidad de protección de la parte más débil<sup>42</sup>.

Tienen por objeto la adquisición de bienes corporales los contratos onerosos de transmisión, como la venta, locación-venta y locación financiera.

El concepto de adquisición de servicios debe ser entendido en sentido amplio<sup>43</sup>, comprendiendo las actividades no subordinadas de cualquier naturaleza, incluyendo la actividad realizada en interés de otro.

Una primera cuestión que se suscita es saber si ciertos bienes adquiridos en línea, como ficheros de texto, obras de música o vídeo y programas de ordenador, se pueden considerar como bienes corporales a efectos de esta disposición. Parece que el ejemplar de una obra adquirido en línea puede ser considerado como un bien corporal. Pero no hay suministro de un bien corporal en la licencia de programa de ordenador cuyo objeto es un derecho de propiedad intelectual. Debe, sin embargo, admitirse la aplicación analógica

---

<sup>41</sup> Ver LIMA PINHEIRO, «Direito aplicável aos contratos com consumidores», *ROA* 61 (2001) 155-170 (= *in Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. I, 93-106, Coimbra, 2002) y (n. 26), 198 y ss.

<sup>42</sup> Cf. Mario GIULIANO e Paul LAGARDE, «Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JOCE* C 282, 31/10, 1980, 23. Sobre la interpretación del art. 13.º del Convenio de Bruselas, ver LIMA PINHEIRO (n. 24), 105 y ss.

<sup>43</sup> Cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 29 n.º 17, y Paul LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *R. crit.* 80 (1991), 287-340, 314.

de las reglas especiales del art. 5 a casos en que se verifica la misma necesidad de protección<sup>44</sup>.

El apartado segundo del art. 5 establece un *límite al principio de autonomía de la voluntad* en la elección del Derecho aplicable al contrato. En efecto, este precepto determina que la elección por las partes de la ley aplicable no puede tener como consecuencia privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual.

Esta disposición se sostiene sobre una idea de alternatividad: aplicar las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual que sean más favorables al consumidor que las reglas de la ley elegida. También puede decirse que la ley de la residencia habitual garantiza un estándar mínimo de protección.

A falta de elección por las partes de ley aplicable, el apartado tercero del art. 5 consagra un desvío de la cláusula general de la conexión más estrecha. Esta cláusula general conduce frecuentemente a la aplicación de la ley del país en que el proveedor de bienes o servicios tiene su establecimiento, en virtud de la «presunción» establecida por el apartado segundo del art. 4. Según el apartado tercero del art. 5, el contrato se regulará por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual.

Estas reglas especiales sólo se aplican si se verifican ciertas conexiones con el Estado de residencia habitual<sup>45</sup>.

Primero, que la celebración del contrato ha sido precedida en el país de residencia habitual del consumidor de una propuesta que le fue especialmente dirigida o de anuncio publicitario.

Para que exista una *propuesta dirigida al consumidor*, en el sentido de este precepto, basta con que el consumidor sea invitado a presentar una propuesta (invitación a contratar)<sup>46</sup>. Es suficiente, por ejemplo, que el proveedor haya enviado un catálogo al consumidor o le haya invitado a visitar su establecimiento. Así, los mensajes publicitarios enviados por correo electrónico a los consumidores pueden normalmente ser calificados como «propuestas dirigidas especialmente al consumidor» en el sentido del CR.

El sentido de la Convención se satisface, por otro lado, con un *anuncio publicitario* hecho en el país de la residencia habitual del consumidor. El anuncio publicitario debe estar dirigido al país de residencia habitual, pero no tiene que ser específicamente dirigido a ese país. Por eso, se considera

---

<sup>44</sup> En sentido convergente, *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 29 n.º 14, y CALVO CARAVACA/CARRASCOA GONZÁLEZ (n. 32), 93 y ss. y 95.

<sup>45</sup> Para un análisis y crítica ver EUGÉNIA GALVÃO TELES, *A protecção do consumidor nos contratos internacionais* (diss. maestrado policopiada), 1997, 368 y ss. o 396 y ss. Ver también Id., «A lei aplicável aos contratos de consumo no 'labirinto comunitário', in *Est. Inocência Galvão Telles*, vol. I, 683-751, Coimbra, 2002, 696 y ss.

<sup>46</sup> Cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 29 n.º 34.

que está dirigido al país de la residencia habitual cualquier anuncio realizado en un medio de comunicación que sea susceptible de alcanzar todos los países (como, por ejemplo, la transmisión televisiva por satélite e Internet) y que no excluya efectivamente la celebración de contratos con consumidores del país en cuestión<sup>47</sup>.

Se exige además que el consumidor haya ejecutado en el país de su residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato<sup>48</sup>. Por actos necesarios se entiende aquí, por ejemplo, la firma de los documentos que hayan sido presentados al consumidor o el envío de su encargo al proveedor. En el caso de los contratos celebrados a través de Internet, debe entenderse que el consumidor realizó los actos necesarios en el país de su residencia habitual cuando para tal efecto accedió a la página del proveedor en este país<sup>49</sup>.

El proveedor que ofrece sus productos en Internet puede limitar el suministro a consumidores residentes habitualmente en un determinado país o países. En este caso, la confianza del proveedor en la información aportada por el consumidor debe estar tutelada y, por consiguiente, el consumidor que indique una residencia habitual falsa no se puede beneficiar de la protección concedida por el art. 5 CR<sup>50</sup>.

El régimen especial de los contratos con consumidores también se aplica si la otra parte o el respectivo representante ha recibido el pedido del consumidor en el país de la residencia habitual de éste<sup>51</sup>. Están comprendidas en esta hipótesis las situaciones en que el consumidor se dirige a un estableci-

---

<sup>47</sup> Cf. MANKOWSKI (n. 1), 234 y ss.; Abbo JUNKER, «Internationales Vertragsrecht im Internet», *RIW* 45 (1999), 809-818, 815 y ss.; LIMA PINHEIRO (n. 41), 162; *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 29 n.º 36; Bernd VON HOFFMANN y Karsten THORN, *Internationales Privatrecht*, 8.ª ed., Munique, 2005, 454. En sentido convergente, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, «Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges?», in *Internet. Which Court Decides? Which Law Applies*, org. por Katharina BOELE-WOELKI y Catherine KESSEDJIAN, 89-142, A Haia, Londres y Boston, 1998, 138 y ss.; *Dacey and Morris on the Conflict of Laws*, 13.ª ed. por Lawrence COLLINS (ed. gral), Adrian BRIGGS, Jonathan HILL, J. McCLEAN y C. MORSE, Londres, 2000, 1288 y ss.; y, entre nosotros, ELSA DIAS OLIVEIRA (n. 5), 224 y ss., y (n. 31), 229, y EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 45 [2002]), 697, n. 41. Ver también MARQUES DOS SANTOS, «Direito aplicável aos contratos celebrados através da Internet e tribunal competente» (2003), in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, 159-225, Coimbra, 2004, 182 y ss.

<sup>48</sup> Ver también el art. 20.º del DL n.º 359/91, de 21/9, sobre los contratos de crédito al consumo.

<sup>49</sup> Cf. *Dacey and Morris* (n. 47), 1289, y CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 32), 97. Ver además MANKOWSKI (n. 1), 250 y ss.; ELSA DIAS OLIVEIRA (n. 5), 235 y ss.; MARQUES DOS SANTOS (n. 47), 183 y ss.

<sup>50</sup> Ver MANKOWSKI (n. 1), 248 y ss.

<sup>51</sup> Sobre este concepto de «pedido» ver EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 45 [2002]), 698.

miento de una sociedad «extranjera» o a un puesto de ventas de esta sociedad en una feria o exposición el país de su residencia habitual, aunque la sociedad no haya hecho publicidad en este país<sup>52</sup>. Además, la *interpretación de este precepto debe ser autónoma* respecto de los sistemas de los Estados contratantes.

El envío del pedido a través de Internet suscita algunas cuestiones.

Este pedido debe considerarse recibido por el proveedor en el momento en que, habiendo sido introducido en la red, puede ser conocido por el proveedor<sup>53</sup>.

Más problemática es la determinación del lugar en que se considera recibido el pedido. Podría pensarse en el lugar donde se sitúa el equipo de recepción del proveedor<sup>54</sup>. Sin embargo, parece que, a la luz de un criterio teleológico, se debe considerar como lugar de recepción todo aquél en que, ante el consumidor, aparenta estar situado el equipo de recepción del proveedor. En efecto, el consumidor debe poder contar con la recepción del pedido en el lugar en que aparentemente el proveedor puede tener conocimiento de él; el consumidor no puede contar con el lugar en que el proveedor casualmente se encuentre cuando accede a la red ni con el lugar en que por forma no reconocible por el consumidor se sitúa el equipo de recepción del proveedor. Así, por ejemplo, el pedido debe considerarse recibido en el país de residencia habitual del consumidor cuando éste contrata en línea en un sitio que contiene en su nombre de dominio una indicación geográfica que apunta hacia este país o envía el pedido por correo electrónico a una dirección que contiene la misma indicación geográfica<sup>55</sup>.

Por ejemplo, un consumidor residente habitualmente en Portugal que contrata en línea en un sitio con el nombre «.pt» o envía el pedido por correo electrónico a una dirección con la terminación «.pt».

La entidad que proporciona al proveedor el acceso a la red, así como las entidades que explotan servidores intermedios que intervengan en el estable-

---

<sup>52</sup> Cf. GIULIANO/LAGARDE (n. 42), 24.

<sup>53</sup> Cf. MANKOWSKI (n. 1), 253. Como la interpretación es autónoma, no son relevantes las disposiciones contenidas a este respecto en los sistemas nacionales. En el sistema portugués, el art. 6.1 del DL n.º 290-D/99, de 2 de agosto, determina que el documento electrónico comunicado por un medio de telecomunicación se considera recibido por el destinatario si fuera transmitido a la dirección de correo electrónico definido por acuerdo de las partes y en éste fuera recibido. Ver art. 15 de Ley Modelo de la CNUDCI sobre Comercio electrónico (1996) y art. 10 Convenio de Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales. Según este último precepto, una comunicación electrónica se considera recibida en el lugar en que su destinatario tenga su establecimiento efectivo.

<sup>54</sup> En este sentido, *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 29 n.º 40.

<sup>55</sup> En este sentido, MANKOWSKI (n. 1), 253 y ss. En sentido convergente ver, entre nosotros, ELSA DIAS OLIVEIRA (n. 5), 242 y ss. y MARQUES DOS SANTOS (n. 47), 184. Cp. art. 6.5 del Convenio de Naciones Unidas sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en contratos internacionales.

cimiento de la comunicación con el consumidor, no pueden a este efecto ser consideradas representantes del proveedor<sup>56</sup>, a menos que actúen en nombre de éste.

La tercera hipótesis en que se aplica el régimen especial de los contratos con consumidores se verifica cuando el contrato consiste en una venta de mercadería y el consumidor se desplaza del país de su residencia habitual a otro país y en él hace su pedido, siempre que el viaje haya sido organizado por el vendedor con el objetivo de incitar al consumidor a celebrar la compra. Esta hipótesis no es frecuente en el caso de los contratos celebrados a través de Internet.

El régimen especial de los apartados segundo y tercero del art. 5 no es aplicable al contrato de transporte ni al contrato de prestación de servicio, cuando el servicio debido al consumidor deba ser prestado exclusivamente en un país diferente de aquél en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 5.4). Pero sí se aplicará al contrato que establezca, por un precio global, prestaciones combinadas de transporte y de alojamiento (contrato de viaje) (art. 5.5).

El apartado cuarto del art. 5 suscita la cuestión de saber si un servicio prestado en línea debe ser considerado como prestado fuera del país de la residencia habitual del consumidor. En caso afirmativo, el art. 5 no se aplicaría a estos contratos de prestación de servicios.

Sucede, sin embargo, que la *ratio* de esta exclusión sólo comprende los casos en que el consumidor se desplaza a otro Estado y en él se beneficia de una prestación de servicio. En estos casos, el consumidor no puede razonablemente contar con la aplicación de la ley de su Estado de origen dado que el contrato presenta vínculos más estrechos con el Estado en que la otra parte está establecida y presta el servicio<sup>57</sup>. La situación es diferente cuando un proveedor se obliga a una prestación de servicio que no es ejecutada en un lugar determinado, sino en línea, ante un consumidor que se debe beneficiar del servicio en el país de su residencia habitual. No se entrevé ninguna razón para privar al consumidor de la protección concedida por el art. 5<sup>58</sup>.

Así, por ejemplo, queda comprendido en el régimen del art. 5 el contrato de suministro de acceso a Internet celebrado con un consumidor<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Ver también Kurt SIEHR, «Telemarketing und Internationales Recht des Verbraucherschutzes», in *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts. JKR 1998*, 151-201, 163 y ss.

<sup>57</sup> Cf. GIULIANO/LAGARDE (n. 42), 24 y ss.

<sup>58</sup> En el mismo sentido, MANKOWSKI (n. 1), 254 y ss.; M. FALLON e J. MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *R. crit.* 91 (2002), 435-490, 456; MARQUES DOS SANTOS (n. 47), 186 y ss.; *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 29 n.º 28.

<sup>59</sup> Cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 29 n.º 18.

En cuanto a los contratos celebrados a través de Internet, el art. 5 presenta aún el problema de determinación del lugar de la residencia habitual del consumidor. El proveedor o prestador de servicio puede resolver el problema solicitando al consumidor esta información. También en este caso se debe entender que el consumidor no puede invocar un lugar de residencia habitual diferente de aquel que indicó al celebrar el negocio.

Según un *parecer minoritario*, el consumidor en el comercio electrónico no debería beneficiarse de la protección concedida por la CR (salvo en situaciones cualificadas en que el proveedor le envíe una propuesta o anuncio publicitario por medio del correo electrónico)<sup>60</sup>.

En este sentido se argumenta, en primer lugar, que el proveedor quedaría sujeto al riesgo de la aplicación de las normas imperativas de todos los países en que tiene acceso a Internet, o que tendría un efecto disuasorio del comercio electrónico, en especial en lo que respecta a las pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, tal efecto disuasorio no es del todo reconocible: el riesgo de aplicación de las normas imperativas de casi todos los países del mundo no obstó al desarrollo exponencial del comercio electrónico, porque las ventajas de éste superan ampliamente las desventajas resultantes de ese riesgo<sup>61</sup>.

En la medida en que el proveedor se beneficia de las ventajas de un medio de comunicación global, que es accesible a los consumidores de casi todos los países del mundo, y a coste muy bajo, es justo que también soporte los riesgos y las desventajas inherentes<sup>62</sup>.

El riesgo de aplicación de las normas imperativas de múltiples países no es, de hecho, privativo de Internet. Hace mucho que ocurre con los contratos con consumidores celebrados a raíz de anuncios publicitarios hechos por publicaciones periódicas de distribución internacional, radiodifusión internacional, transmisiones televisivas por satélite o por redes internacionales. También existe en diversas hipótesis de responsabilidad extracontractual, en concreto, ofensas al buen nombre y a la reputación perpetradas a través de esos medios de comunicación y la responsabilidad del productor que exporta a una multiplicidad de países. Este riesgo nunca ha tenido un impacto visi-

---

<sup>60</sup> Ver referencias en MANKOWSKI (n. 1), 235 y ss. y, también, Katharina BOELE-WOELKI, «Internet und IPR: Wo geht jemand ins Netz?», in *Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Rechtsbeziehungen* (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, vol. 39), 307-351, 330 y ss.; entre nosotros, MOURA VICENTE (n. 5), 253 y ss. SIEHR (n. 56), 160 y ss. comenzó defendiendo esta postura, pero la modificó en una obra posterior; ver *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2001, 149.

<sup>61</sup> Ya señalado por MANKOWSKI (n. 1), 235.

<sup>62</sup> Ver MANKOWSKI (n. 1), 236 y ss.; SONNENBERGER, «Das Internationale Privatrecht im dritten Jahrtausend – Rückblick und Ausblick», *ZvglRWiss* 100 (2001), 107-136, 130 y ss.; SIEHR (n. 60), 149.

ble sobre la oferta transnacional de bienes y servicios: los proveedores se orientan por los estándares normativos internacionalmente dominantes y es raro que los consumidores ejerzan judicialmente pretensiones derivadas de los contratos con ellos celebrados. El riesgo de una acción judicial fundada en normas imperativas que se aparten de los estándares internacionalmente dominantes es reducido y, en todo caso, es sobradamente compensado por las ventajas de un mercado global.

En segundo lugar, alégase que el art. 5 CR presupone un «consumidor pasivo», que es captado por una actividad del proveedor realizada en el país de su residencia habitual, mientras que en el comercio electrónico el proveedor se limita a colocar su sitio en una red informática, pudiendo el consumidor buscar el sitio del proveedor y establecer el contacto.

En rigor, sin embargo, el precepto convencional no exige la «pasividad del consumidor», sino que el consumidor reciba una propuesta en el país de su residencia habitual o pueda ser captado por un anuncio publicitario hecho en este país y que *actúe* negocialmente en este país (podríamos hablar de un consumidor «sedentario»). Para acceder a la publicidad hecha en cualquier medio de comunicación el consumidor tiene normalmente que realizar alguna actividad, por ejemplo, comprar una publicación periódica que contiene el anuncio o poner el televisor y sintonizar el canal televisivo que emite el anuncio y, en caso de que quiera concretar el negocio, tiene que contactar con el proveedor<sup>63</sup>. La relevancia social y jurídica de la publicidad hecha en un sitio de Internet también es la misma que la realizada en otros medios: se trata de una actividad de promoción de un producto que constituye, como mínimo, una invitación a contratar dirigida a personas indeterminadas. La situación del consumidor en el comercio electrónico es, pues, enteramente comparable a la del consumidor tradicional.

Aunque en el comercio electrónico el consumidor es captado por una forma más intensa y envolvente y, en la hipótesis normal en que se realiza la contratación en línea, corre el riesgo de decisiones negociales menos reflexivas e informadas<sup>64</sup>. Si alguna diferencia de tratamiento estuviera justificada, lo estaría en el sentido de una mayor protección del consumidor cibernauta y no en el sentido contrario.

Se sostiene que la publicidad hecha a través de Internet está tendencialmente limitada a determinados espacios geográficos, en concreto en virtud del idioma utilizado o en los avisos (*disclaimers*) contenidos en las páginas que la contienen. Por ejemplo, un sitio redactado en lengua alemana no estaría dirigido a los países en que esta lengua no es hablada.

<sup>63</sup> Como justamente señala MANKOWSKI (n. 1), 240 y ss.

<sup>64</sup> Ver también KAUFMANN-KOHLER (n. 47), 138 y ss. y MARQUES DOS SANTOS (n. 47), 182.

La verdad, sin embargo, es que no sólo la mayoría de los sitios están redactados en lengua inglesa, que es mundialmente conocida, como también en otras lenguas más localizadas que son conocidas por muchos consumidores fuera del país de origen. El proveedor que, por ejemplo, mantiene un sitio en lengua alemana, no puede ignorar que este sitio puede ser comprendido por todos los hablantes de la lengua alemana, y más específicamente, por las comunidades alemanas residentes en los Estados Unidos, en Brasil o en Portugal. Pero no se ve por qué razón los consumidores hablantes de lengua alemana, residentes en estos países, que acceden a un sitio en lengua alemana han de ser privados de la protección concedida por la CR a los consumidores.

Por otro lado, constituye un *venire contra factum proprium* que un proveedor que acepta contratar con un consumidor residente en un determinado país venga a invocar que su página contiene un aviso según el cual no está dirigida a este país<sup>65</sup>.

A favor de la aplicación del régimen del art. 5 CR, los ciberconsumidores pueden invocar dos razones imperativas.

En primer lugar, la tesis contraria llevaría a privar de toda la protección conflictual a un sector cada vez más amplio de consumidores, conduciendo a una diferencia de trato entre los ciberconsumidores y los restantes consumidores claramente contraria al *principio de igualdad*. Así lo entiende el legislador comunitario que, al adoptar la Directiva sobre Comercio electrónico, presupone que los ciberconsumidores gozan de la protección de las normas de su residencia habitual en los mismos términos que los restantes consumidores (ver, en concreto, Considerando n.º 55 y art. 1.3).

En segundo lugar, el legislador comunitario consolidó en el Reglamento n.º 44/2001, de 22/12/2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el régimen especial de protección de los consumidores en materia de *competencia internacional* que es aplicable cuando el contrato sea celebrado con una persona que dirige su actividad, por cualquier medio, al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados, incluyendo ese Estado miembro, y dicho contrato estuviera comprendido en el marco de tales actividades (art. 15.1.c).

A la luz de la Exposición de Motivos de la propuesta modificada de la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión sobre los arts. 15.º y 73.º, esta formulación está orientada a comprender los contratos celebrados a través de Internet siempre que el sitio del proveedor «invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente un contrato a distancia, por cualquier medio»<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> En el mismo sentido, MANKOWSKI (n. 1), 245.

<sup>66</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 24), 109 y ss.

Uno de los dos trazos fundamentales de este régimen de protección del consumidor consiste en la facultad atribuida al consumidor de interponer una acción en el lugar de su domicilio (art. 16.1). Esta regla de competencia internacional está naturalmente concatenada con las reglas de conflicto que salvaguardan la aplicación de las normas imperativas protectoras del consumidor contenidas en la ley del país de su residencia habitual en el caso de elección de otra ley y que mandan aplicar la ley de su residencia habitual a falta de elección de ley.

La tesis en cuestión conduciría a una inexplicable falta de armonía entre el régimen comunitario de competencia internacional y el Derecho aplicable, y obligaría al tribunal del domicilio del consumidor a aplicar exclusivamente la ley del proveedor siempre que esta ley hubiese sido objeto de una cláusula de elección del Derecho aplicable o que el país del proveedor presentase una conexión más estrecha (posiblemente «presumida») con el contrato.

No sorprende, por eso, que el sentir de la doctrina dominante haya sido consagrado por la Propuesta de Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales que, en su art. 5.2.2, determina la aplicación del régimen especial de los contratos con consumidores cuando el contrato haya sido celebrado con una persona que, por cualquier medio, dirige su actividad económica o profesional al Estado miembro en que el consumidor tiene su residencia habitual o a varios Estados incluyendo este Estado miembro y el contrato quede comprendido en el ámbito de esta actividad. Se deduce de la Exposición de motivos que esta formulación trata justamente de alinear el art. 5 de la Propuesta de Reglamento con el art. 15 del Reglamento 44/2001.

Esta Exposición de Motivos esclarece que el sitio del proveedor no tiene que ser interactivo; es suficiente que el sitio invite al consumidor a celebrar un contrato a distancia, por ejemplo, a través de telefax. No se verifica este presupuesto cuando el sitio ofrece información a los potenciales consumidores en todo el mundo pero remite a la celebración del contrato a un concesionario o agente local<sup>67</sup>.

Este precepto de la Propuesta de Reglamento no exige que el consumidor haya ejecutado en el país de su residencia habitual todos los actos necesarios para la celebración del contrato, por entenderse que esta exigencia es superflua en lo que respecta a los contratos celebrados a través de Internet<sup>68</sup>.

Cabe aún hacer referencia a una *orientación intermedia*, según la cual el consumidor «sólo» es privado de la protección concedida por el CR cuando el sitio del proveedor es «pasivo» o no está dirigido al país de la residencia habitual del consumidor a la luz de los anuncios en él contenidos, del idio-

<sup>67</sup> 6 y ss.

<sup>68</sup> Cf. Exposición de Motivos, 7.

ma utilizado, de la moneda de pago exigida y de otros contenidos de información publicitaria<sup>69</sup>.

La distinción entre sitios «pasivos» y sitios «activos» surge en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos con respecto a la competencia «interestatal», es decir, la competencia de los tribunales de cada Estado federado con respecto a las relaciones que presentan contactos con otros Estados de la Unión. Tiene interés examinar esta jurisprudencia para averiguar hasta qué punto conduce a criterios útiles para el desenvolvimiento de las soluciones en nuestro ordenamiento jurídico.

En el sistema de los Estados Unidos la competencia *in personam* puede ser «general» o «específica». La distinción se traza según que el elemento de conexión que fundamenta la competencia dependa o no de la naturaleza del litigio (sea o no «específico»). Para establecer la competencia «específica» es necesario determinar si los lazos con el Estado del foro son «relativos» al litigio y, en caso afirmativo, si son constitucionalmente suficientes<sup>70</sup>. Para esta última cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplica un «test de contactos mínimos», que atiende, entre otros aspectos, al «aprovechamiento intencional» (*purposeful availment*) de los «beneficios y protección» del Estado del foro. La jurisprudencia del Supremo Tribunal presenta, a este respecto, diversas oscilaciones y suscita muchas dudas. No obstante, esta jurisprudencia revela dos ideas dominantes: no basta una «actividad unilateral» de la otra parte en el Estado del foro, fuera de control del demandado, y la competencia del Estado del foro debe ser previsible para el demandado en razón de su conducta o de su conexión con este Estado<sup>71</sup>. En cuanto a la competencia «general» se fundamenta en la presencia del demandado en el Estado del foro, el consentimiento del demandado, domicilio o residencia habitual del demandado, en la necesidad y en los contactos que, a pesar de no ser «relativos» al litigio, sean «continuados y sistemáticos» con el Estado del foro<sup>72</sup>.

En este contexto surgió, en la jurisprudencia de los tribunales de primera instancia, si bien con un número reducido de decisiones de segunda instancia, una orientación que distingue entre sitios meramente «pasivos» y sitios «activos»<sup>73</sup>. Se considera «pasivo» el sitio que se limita a suministrar información y «activo» el sitio que «solicita la contratación» (*solicite business*) en línea<sup>74</sup>. La contratación a través de un sitio «activo» fundamenta la com-

---

<sup>69</sup> Ver CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 32), 96 y ss. En sentido parecido, pero atendiendo al grado de «pasividad» del consumidor, FALLON/MEEUSEN (n. 58), 447 y ss.

<sup>70</sup> Ver Eugene SCOLES, Peter HAY, Patrick BORCHERS y Symeon SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3.<sup>a</sup> ed., St. Paul, Minn., 2000, 305 y ss.

<sup>71</sup> Ver SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES (n. 70), 309 y ss.

<sup>72</sup> Ver SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES (n. 70), 336 y ss.

<sup>73</sup> Ver DELTA/MATSUURA (n. 30) § 3.03 B y C.

<sup>74</sup> Ver DELTA/MATSUURA (n. 30) § 3.03 E.

petencia del Estado desde el que el usuario tiene acceso<sup>75</sup>; el mero acceso a un sitio «pasivo» en el Estado del foro no es suficiente para fundamentar la competencia.

Otras decisiones, sin embargo, han adoptado otro parecer; además de eso, se admite una categoría intermedia, de sitios que permiten al usuario intercambiar información con el ordenador de almacenamiento, sin «solicitar la contratación» en línea, como por ejemplo cuando el sitio permite el envío de un correo electrónico, la solicitud de contacto telefónico, la solicitud de información adicional en línea o el contacto con un operador en línea. En estos casos, la resolución del problema de competencia sería dudosa y se tendría que basar en otros criterios. Algunos autores sugieren que, en estos casos, se podría aplicar analógicamente el criterio del «flujo de comercio» (*stream of commerce*), según el cual no basta la colocación en el mercado interestatal de un producto, y es necesario demostrar que el demandado ha dirigido intencionalmente su actividad al Estado del foro. La doctrina más representativa en materia de *Conflict of Laws* ha señalado que la utilidad de esta distinción tiende a desvanecerse una vez que casi todas las web comerciales tienen actualmente algún componente «activo»<sup>76</sup>.

En cuanto el Derecho aplicable a los contratos con consumidores, no existe una regla vigente uniforme en los Estados de la Unión como la del art. 5.2 CR. No obstante, muchos Estados tienen leyes protectoras de consumidores (o de ciertas categorías de consumidores) que no permiten la derogación de las normas imperativas protectoras de los consumidores en ellos domiciliados<sup>77</sup>. La tendencia de evolución es favorable a un régimen de protección próximo al contenido en la CR, como da cuenta el art. 1-301 (e)(2) de la nueva versión de la *Uniform Commercial Code* (2003); según esta disposición, la elección del Derecho aplicable no puede privar al consumidor de la protección que le sea concedida por las reglas imperativas del Estado de su residencia o, si se trata de un venta de mercancías en que el consumidor «celebre el contrato» y reciba la mercancía en un Estado que no es el de su residencia, por las reglas imperativas de este Estado<sup>78</sup>. De la doctrina consul-

<sup>75</sup> Mas cp. James DONOHUE, «Personal Jurisdiction», in *Internet Law and Practice*, vol. I, 2004, § 9:17.

<sup>76</sup> Cf. SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES (n. 70), 313 n. 22.

<sup>77</sup> Por ejemplo, en materia de contrato de seguro, ver SCOLES/HAY/BORCHERS/SYMEONIDES (n. 70), 967 y ss.

<sup>78</sup> Es el texto de la siguiente disposición: «Application of the law of the State or country determined pursuant to subsection (c) or (d) may not deprive the consumer of the protection of any rule of law governing a matter within the scope of this section, which both is protective of consumers and may not be varied by agreement: (A) of the State or country in which the consumer principally resides, unless subparagraph (B) applies; or (B) if the transaction is a sale of goods, of the State or country in which the consumer both makes the contract and takes delivery of those goods, if such State or country is not the State or country in which the consumer principally resides».

tada ninguno se pronuncia en el sentido de una exclusión del ciberconsumidor de esta protección.

También la Ley Modelo adoptada en los Estados Unidos, por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Uniform Computer Information Transactions Act*, de 1999) sigue hasta cierto punto estas soluciones. En efecto, la Ley Modelo determina que en los contratos con consumidores la elección de la ley aplicable no perjudica a las normas imperativas de la ley objetivamente competente (art. 109.a). La ley objetivamente competente es, en cuanto a los contratos con consumidores que se obliguen a la entrega de una copia en soporte corpóreo, la del Estado en que la copia es o debería haber sido entregada al consumidor (art. 109.b.2). Los restantes contratos son sometidos, a falta de elección, a la ley de conexión más significativa o, tratándose de contratos de suministro de acceso o que tengan por objeto la entrega electrónica de una copia, la ley del establecimiento del licenciadador.

De este breve excursus sobre el sistema de los Estados Unidos, destaca que la diferenciación del régimen aplicable a los contratos con consumidores según que el sitio del proveedor sea «activo» o «pasivo» surgió en el contexto de criterios de competencia interestatal de contenido flexible y poco determinado y que no puede ser transpuesta para los cuadros definidos por el Derecho vigente en la Europa comunitaria, sea en materia de competencia internacional, sea en materia de determinación del Derecho aplicable. En especial, esta distinción es incompatible con una correcta interpretación del art. 5 CR, como lo es, aparentemente, con el Derecho conflictual vigente en muchos Estados de los Estados Unidos de América.

En lo relativo a la competencia, existe una amplia convergencia en esta materia entre las tendencias dominantes en la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses y el Derecho Comunitario europeo. Estas tendencias apenas divergen en relación con los sitios que, aunque contengan una invitación a contratar a distancia, no permiten la contratación en línea ni son dirigidos intencionalmente al país de residencia habitual del consumidor. Ante la generalizada tendencia de los sitios de los proveedores en el sentido de permitir la contratación en línea, esta diferencia pierde gran parte de su significado práctico.

En lo que se refiere al Derecho aplicable, las soluciones acogidas tanto por la Propuesta de Reglamento comunitario como en la *Uniform Commercial Code* son preferibles. El consumidor que contrata a distancia a raíz de una propuesta o de una invitación a contratar hecha en un sitio de Internet debe gozar de la protección de las normas imperativas del país de su residencia habitual, salvo si el proveedor hubiere excluido la contratación con consumidores residentes en este país y el consumidor hubiera dado una falsa información sobre la localización de su residencia habitual. Como resulta de lo anteriormente expuesto, no se puede sostener en puridad que un proveedor que ofrece sus bienes o servicios en Internet y que acepta contratar con consumidores de determinado país no dirige su actividad a este país.

En esta materia, hay aún que señalar la existencia de diversos *regímenes que son susceptibles de superposición a la ley competente*. Puede tratarse, en concreto, de regímenes contenidos en el Derecho Comunitario o en las leyes internas que transponen Directivas comunitarias (art. 20 CR) o normas «autolimitadas» de fuente interna que no se basan en actos comunitarios (art. 7.2 CR)<sup>79</sup>.

Me referiré a la Ley de Cláusulas Contractuales Generales, al régimen de los contratos a distancia con consumidores y al régimen de contratos a distancia entre prestadores de servicios financieros y los consumidores.

En lo que se refiere a la prohibición de ciertas *cláusulas contractuales generales* en los contratos celebrados con consumidores finales, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 23 LCGC, en la redacción dada por el DL n.º 249/99, de 7 de julio.

El n.º 1 de este artículo determina la aplicabilidad de las normas contenidas en los arts. 20 y siguientes de este diploma, independientemente de la ley que las partes hayan escogido para regir el contrato, siempre que éste presente una conexión estrecha con el territorio portugués.

En los términos del n.º 2, «en caso de que el contrato presentara una conexión estrecha con el territorio de otro Estado miembro de la Comunidad Europea se aplicarán las disposiciones correspondientes de ese país en la medida en que éstas determinen su aplicación».

Según el preámbulo del DL n.º 249/99, el objetivo básico de este diploma fue adaptar la LCCG a lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Con la nueva redacción dada al art. 23 LCCG, la legislación nacional procuró transponer lo dispuesto en el art. 6.2 de la Directiva: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que el consumidor no sea privado de la protección concedida por la presente Directiva por el hecho de haber sido elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato, siempre que el contrato presente una relación estrecha con el territorio de los Estados miembros».

Según la mejor interpretación<sup>80</sup>, este precepto sólo se aplica a los contratos que, a falta de elección, se regirían por el Derecho de un Estado miembro. Una vez que la norma de conflicto sobre contratos celebrados por consumidores (art. 5 CR) ya asegura, en ciertos casos, la protección de las normas imperativas de la ley del país de la residencia habitual del consumidor, el art. 6.2 de la Directiva gana sentido cuando el consumidor no goza de la protección conferida por el art. 5.2 CR, por no verificarse los presupuestos

---

<sup>79</sup> Sobre el concepto de norma «autolimitada» y el art. 7.2 CR ver LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. I – *Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2001, 193 y ss.

<sup>80</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 26), 223 y ss.

de aplicación definidos en sus núms. 1, 2, 4 y 5, y el Derecho de un Estado miembro es competente por el art. 4 CR<sup>81</sup>.

Sin embargo, la intención del legislador del DL n.º 249/99, aunque posiblemente basada en una interpretación incorrecta del art. 6.2 de la Directiva, apunta claramente en el sentido de sobreponerse a las normas contenidas en los arts. 20 y siguientes LCCG y a las disposiciones correspondientes de los otros Estados comunitarios, bien a la ley del tercer Estado designada por las partes bien a la ley objetivamente competente.

Así, el régimen portugués de cláusulas contractuales generales en las relaciones con los consumidores es aplicable no sólo a los contratos celebrados a través de Internet con ciberconsumidores residentes habitualmente en Portugal o en los que las partes hayan elegido la ley portuguesa (art. 5.2 CR), sino también a los que tengan una conexión estrecha con el territorio portugués<sup>82</sup>, cuando sean más favorables al consumidor que las normas de la ley competente.

El régimen de los *contratos a distancia* con los consumidores fue introducido por el DL n.º 143/2001, de 26 de abril, que transpuso la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Este régimen, que es aplicable a los contratos celebrados a través de Internet (ver definición del contrato a distancia contenida en el art. 2.a), con exclusión de los servicios financieros (art. 3.1), impone al prestador del servicio deberes de información previa y de confirmación de informaciones a través de soporte duradero y confiere al consumidor un derecho de rescisión.

El art. 12.2 de esta Directiva establece que «los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que el consumidor no sea privado de la protección conferida por la presente Directiva por el hecho de haber sido elegido el Derecho de un tercer país como derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente una relación estrecha con el territorio de uno o más Estados miembros». Se trata de una disposición semejante a la contenida en el art. 6.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y debe ser interpretada en el mismo sentido. El DL n.º 143/2001, sin embargo, no contiene ninguna norma de conflicto. Se trata de una transposición imperfecta, que no respeta lo dispuesto en el art. 12.2 de la Directiva. En todo caso, parece que las normas contenidas en este diploma que transponen la Directiva deben tener el

---

<sup>81</sup> Cf., en relación con la Directiva sobre Cláusulas Abusivas, Erik JAYME y Christian KOHLER, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Roma», *R. crit.* 84 (1995), 1-40, 20 y ss.

<sup>82</sup> Sobre la concreción de conexión estrecha, cp. EUGÉNIA GALVÃO TELES (n. 45 [1997]) 235 y ss. y (n. 45 [2002]), 711 y ss. y ELSA OLIVEIRA (n. 5), 264 y ss. Ver también, en sentido diferente, MOURA VICENTE (n. 5), 254.

ámbito de aplicación en el espacio que resulta del art. 12.2 de esta Directiva, en los términos expuestos.

Por consiguiente, las normas internas que transponen la Directiva sobre contratos a distancia son aplicables a los consumidores residentes habitualmente en Portugal, siempre que se verifiquen los presupuestos del n.º 2 del art. 5 CR; en los restantes casos, estas normas serán aplicables cuando el contrato presente la conexión más estrecha con Portugal según el art. 4 CR.

La Directiva 2002/65/CE relativa a la *comercialización a distancia de servicios financieros* prestados a consumidores aún no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico portugués, pero ya están en curso los trabajos con vistas a ello. Esta Directiva, que también es aplicable a los contratos celebrados a través de Internet, impone al prestador del servicio deberes de información, deberes de información previa y la comunicación en soporte duradero de los términos del contrato y de las informaciones previas; confiere además al consumidor un derecho de rescisión.

En este sentido, la Directiva exige que el consumidor sea informado antes de la celebración del contrato de cualquier cláusula contractual relativa a la legislación aplicable al contrato (art. 3.1.3.f). Esta información debe ser comunicada en papel o en otro soporte duradero (art. 5.1), lo que incluye disquetes, CD-ROM, DVD y disco duro, pero no en sitios de Internet, salvo que permitan al consumidor almacenar la información de un modo que, en el futuro, le permita un acceso fácil a ella y la reproducción inalterada de las informaciones almacenadas (Considerando n.º 20 y art. 2.f). Esta Directiva contiene en el art. 12.2 una norma de conflicto idéntica a la contenida en la Directiva sobre Contratos a distancia y que debe ser interpretada del mismo modo.

### C) *Ámbito del estatuto contractual*

La ley designada en los términos de los arts. 3, 4 y 5.3 CR regula<sup>83</sup>:

- la formación y la validez del contrato (art. 8.1);
- su interpretación (art. 10.1.a);
- el cumplimiento de las obligaciones que genere (art. 10.1.b);
- los límites de los poderes atribuidos al tribunal por la respectiva ley del proceso, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de esas obligaciones, incluyendo la evaluación del daño en la medida en que fuere indemnizable (art. 10.1.c);
- las diversas causas de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad fundadas en la expiración de un plazo (art. 10.1.d);

---

<sup>83</sup> Ver, más extensamente, LIMA PINHEIRO (n. 26), 209 y ss.

- las consecuencias de la nulidad del contrato (art. 10.1.e);
- las presunciones legales y el reparto de la carga de la prueba (art. 14).

Para saber si la oferta de productos y servicios hecha en un sitio de Internet sirve como propuesta contractual o sólo como invitación a contratar ha de consultarse la ley que sería designada por las normas de conflicto del Convenio en el caso de que el contrato hubiese sido válidamente celebrado. La misma ley es aplicable a la responsabilidad precontractual con tal de que esta presuponga, ante la ley o leyes potencialmente aplicables, la existencia de una relación jurídica entre las partes<sup>84</sup>.

El art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre el uso de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales establece, en sintonía con el art. 14.2 de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías<sup>85</sup>, que una propuesta hecha a personas indeterminadas a través de una comunicación electrónica debe ser considerada una invitación a contratar, a menos que indique claramente la intención del proponente de vincularse en caso de aceptación.

Diferente es la solución del DL n.º 7/2004, de 7 de enero, que, en la línea de entendimiento generalmente seguida entre nosotros, establece que la oferta de productos o servicios en línea representa una propuesta contractual cuando contiene todos los elementos necesarios para que el contrato quede concluido con la simple aceptación del destinatario (art. 32.1). Este precepto será aplicable cuando la ley portuguesa estuviera llamada a regular el contrato y, en las relaciones con consumidores residentes habitualmente en Portugal cuando, habiendo sido elegida otra ley, la ley portuguesa sea más favorable al consumidor que la ley elegida (*supra* B). Resulta más dudoso que este precepto pueda ser aplicado a título de ley del establecimiento del prestador del servicio<sup>86</sup>.

#### D) *¿Régimen especial del comercio electrónico intracomunitario?*

La Directiva sobre Comercio Electrónico<sup>87</sup>, así como las leyes nacionales que la transpusieron, vinieron a suscitar una amplia controversia sobre su incidencia en la determinación del Derecho aplicable a los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación.

<sup>84</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 26), 154 y ss.

<sup>85</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 1), 269 y ss.

<sup>86</sup> Ver LIMA PINHEIRO, «O Direito de Conflitos e as liberdades comunitárias de estabelecimento e de prestação de serviços», en *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado*, 79-109, Coimbra, 2005 (= en *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, 273-303, Almedina, Coimbra, 2005), 106 y ss.

<sup>87</sup> *Supra* n. 18.

La Directiva es aplicable a toda prestación de servicio que, mediante remuneración, es realizada a distancia, a solicitud individual de un destinatario por vía electrónica, a través de instrumentos electrónicos de procesamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos que es enteramente transmitido, enviado y recibido a través de radio, medios ópticos u otros medios electromagnéticos<sup>88</sup>.

Esto comprende muchos contratos de prestación de servicio en línea que son frecuentemente celebrados a través de Internet, tales como, por ejemplo, contratos de suministro de acceso a Internet y contrato de acceso a las bases de datos informáticas.

El n.º 4 del art. 1 de esta Directiva determina que «la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado».

Sin embargo, el art. 3.1 establece que «Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado».

También el considerando 22.º afirma que los servicios «deben estar sujetos, en principio, a la legislación del Estado miembro en que el prestador de servicios se encuentre establecido».

De ahí que se afirme que la Directiva consagra el «principio del país de origen».

No habría contradicción entre los arts. 3 y 1.4 si el ámbito coordinado se limitase al Derecho económico, en concreto al régimen de acceso y ejercicio de actividad. En efecto, la aplicación de las normas de Derecho económico no depende de las normas de Derecho internacional privado. El «principio del país de origen» serviría sólo para la aplicación de las normas de Derecho público de la economía con incidencia sobre la libertad de prestación de servicios<sup>89</sup>.

La Directiva, sin embargo, no sigue este criterio de forma coherente.

Primero, al definir el «ámbito coordinado», la Directiva utiliza una formulación excesivamente amplia, ya que incluye «las exigencias que el prestador de servicios tiene que observar» «incluyendo las aplicables (...) a los contratos, o las referentes a la responsabilidad del prestador de servicios».

---

<sup>88</sup> Art. 1.º/2 de la Directiva 98/34/CE, de 22/6/1998, en la redacción dada por la Dir. 98/48/CE, de 20/7/1998, aplicable *ex vi* art. 2.º/a de la Directiva sobre Comercio Electrónico. Sobre este ámbito material de aplicación ver Alexandre DIAS PEREIRA, «A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico», en *Estudos de Direito do Consumidor* (2/2000), org. por António PINTO MONTEIRO, 43-140, Coimbra, 55 y ss.

<sup>89</sup> En este sentido, ver CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 32), 34 y ss.

Segundo, el alcance de los núms. 1 y 2 del art. 3 es restringido por su n.º 3, que excluye de su aplicación un conjunto de dominios referidos en el anexo, incluyendo los derechos de propiedad intelectual, la «libertad de las partes de elegir la ley aplicable a su contrato», las «obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores» y la «validez formal de los contratos que creen o transfieran derechos sobre bienes inmuebles, siempre que esos contratos estén sujetos a requisitos de forma obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria».

Esta enumeración es incoherente por varias razones.

Desde luego, la libertad de elección del Derecho aplicable al contrato no es un «dominio», sino una norma de conflicto. Si la Directiva no contiene normas de Derecho internacional privado no afecta a las reglas de conflicto en materia de obligaciones contractuales y, por consiguiente, la referencia a esta norma de conflicto debe despreciarse. Si, por el contrario, la Directiva pretendiese establecer una norma de conflicto («principio del país de origen») en materia de obligaciones contractuales, salvo las relativas a los contratos celebrados por los consumidores, esta referencia no se entendería.

La referencia a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores, sugiriendo una diferencia de tratamiento relativa a las restantes obligaciones contractuales, entra en contradicción con lo dispuesto en el art. 1.4, ya que la ley aplicable a la generalidad de los contratos se determina por las normas de Derecho internacional privado.

No menos incoherente es la referencia a la «validez formal de los contratos que creen o transfieran derechos en materia de propiedad inmobiliaria». La ley aplicable a la validez formal de los contratos se determina por las normas de Derecho internacional privado, tengan o no por objeto bienes inmuebles<sup>90</sup>. Sería un hecho impensable que la validez formal de un contrato celebrado por un prestador de servicios estuviera sometida a la ley del Estado en que él se encuentra establecido, independientemente de la ley aplicable al fondo del contrato y de la ley del lugar de celebración. Así, el art. 3.1 no es aplicable a la validez formal de ningún contrato, lo que hace su referencia inútil.

Finalmente, no se excluye la responsabilidad civil del prestador del servicio, lo que entra en contradicción con el art. 1.4, ya que la ley aplicable a la responsabilidad civil se determina por las normas de Derecho internacional privado<sup>91</sup>.

Verdaderamente, la Directiva es contradictoria, revelando falta de claridad en la delimitación entre el régimen de las libertades comunitarias y el

<sup>90</sup> Ver art. 9.º CR.

<sup>91</sup> Ver art. 45.º del Código Civil.

Derecho conflictual privado y, más en general, una cierta alineación de nociones y principios básicos del Derecho internacional privado.

La explicación de estas contradicciones reside, según la información que tengo, en la circunstancia de que el art. 1.4 fue introducido en el último momento de las negociaciones que antecedieron a la adopción de la Directiva por el Consejo, como condición fundamental para su aprobación, sin haber tenido tiempo para corregir el anexo. Con la introducción del art. 1.4 el legislador comunitario quiso apartar cualquier derogación del Derecho conflictual general (y en particular las normas de la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y de los futuros reglamentos comunitarios) por el principio del país de origen<sup>92</sup>.

A esta luz, parece claro que las contradicciones antes referidas deben ser resueltas con primacía del art. 1.4, que *este precepto es básico para la interpretación y para la transposición de la Directiva*, y que las exclusiones equívocas que constan en el anexo no deben ser transpuestas.

La regla general consagrada en el n.º 1 del art. 4 sale al encuentro de lo que vengo defendiendo desde 2001<sup>93</sup>, según lo cual la libertad de prestación de servicios no condiciona, en principio, el Derecho conflictual privado. Como intenté demostrar en otro lugar, la libre circulación de servicios no implica la competencia del Derecho del Estado de origen para regir el contrato o la responsabilidad extracontractual<sup>94</sup>. El principio del país de origen sirve principalmente para las normas de Derecho público de la economía con incidencia sobre la libertad de prestación de servicios<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 87), 104, y Vincent HEUZÉ, «De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen», in *Mélanges Paul Lagarde*, 393-415, París, 2005, 406, n. 41.

<sup>93</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 3), 834; Id., «Federalismo e Direito Internacional Privado – algumas reflexões sobre a comunitarização do Direito Internacional Privado», *Cadernos de Direito Privado* (2003/2) 3-19, 15 y ss.; Id. (n. 87), 93 y ss.

<sup>94</sup> Ver, además de las obras citadas en la nota anterior, Michael WILDERSPIN e Xavier LEWIS, «Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres», *R. crit.* 91 (2002), 1-37 y 289-313, 302 y ss. y MARQUES DOS SANTOS (n. 47), 211 y ss. Ver también la doctrina citada por FALLON/MEEUSEN (n. 58), 480 n. 99.

<sup>95</sup> Cf. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ (n. 32), 34 y ss.; LIMA PINHEIRO (n. 87), 94 y ss.; Jan KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 5.<sup>a</sup> ed., Tubinga, 2004, 464 y ss.; HEUZÉ (n. 93) *maxime* 412 y 414, que con alguna exageración califica la transposición del principio del país de origen para el Derecho privado como «impostura jurídica». Cp., en el sentido de aplicación del principio del país de origen en materias de Derecho privado comprendidas por el «ámbito coordinado», Emmanuel CRABIT, «La directive sur le commerce électronique. Le projet 'Méditerranée'», *R. Droit de l'Union Européenne* (4/2000) 749-833 (administrador principal en la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea, que viene a defender una interpretación de la Directiva que corresponde al proyecto elaborado por esta Dirección General que fue recusado por el legislador comunitario a través de la inclusión del art. 1.4 en la versión final); doctrina citada por FALLON/MEEUSEN (n. 58),

En el plano de la política jurídica, los defensores de la extensión del principio del país de origen al Derecho privado argumentan que este principio facilita la actividad transnacional de los prestadores de servicios, por cuanto disminuye sus costes de transacción derivados de la obtención de informaciones sobre las leyes de los países de destino y los dispensa de que acomoden sus actividades a los regímenes posiblemente más rigurosos en ellos vigentes.

Pero de ahí no resulta cualquier valor añadido por el desarrollo del comercio internacional en general, y del comercio internacional electrónico en particular, ya que todas las ventajas que los prestadores de servicios obtienen con la aplicación de su ley conllevan correlativas desventajas para los destinatarios de las prestaciones de servicios.

En primer lugar, la aplicación de la ley del prestador del servicio aumenta globalmente los costes de la transacción de comercio internacional, ya que muchos prestadores transnacionales de servicios realizan transacciones en masa a determinados países, siendo el coste de obtención de la información sobre las leyes de estos países amortizado por una multiplicidad de transacciones, en cuanto que la gran mayoría de los destinatarios de los servicios realiza sólo adquisiciones esporádicas a proveedores extranjeros<sup>96</sup>. Los costes de la transacción en que hayan incurrido los destinatarios del servicio con la obtención de información sobre las leyes de los países de origen son por este motivo individualmente más onerosos y globalmente más elevados.

En segundo lugar, la aplicación de la ley del prestador de servicios, no sólo priva al destinatario de la protección concedida por su ley, lo que es obvio, sino que también favorece a los prestadores que están establecidos en Estados miembros con un régimen jurídico más «liberal» en relación con los prestadores que están establecidos en Estados miembros con leyes más rigurosas. Esto estimula a los prestadores de servicios a buscar los países con un menor nivel de protección de los destinatarios y presiona a los restantes

---

481 n. 100; MOURA VICENTE, «Comércio electrónico e responsabilidade empresarial», in *Direito Internacional Privado. Ensaíos*, vol. I, 193-239, Coimbra, 2002, 218 y ss. y (n. 5), 213 y ss. FALLON/MEEUSEN defienden una solución intermedia ([n. 58] 484 y ss.): en el Estado de origen el principio del país de origen determina, a falta de elección por las partes, la ley aplicable a los aspectos del contrato que quedan comprendidos en el ámbito coordinado; en el Estado de acogida se aplican las reglas generales de conflicto, limitándose la Directiva a vedar las reglas de Derecho material que constituyan una restricción a la circulación de servicios. También Peter MANKOWSKI, «Herkunftslandprinzip und deutsches Umsetzungsgesetz zur e-commerce-Richtlinie», *IPRax* 22 (2002), 257-266, que excluye el Derecho conflictual de contratos del ámbito de aplicación del principio del país de origen, y François RIGAUX y Marc FALLON, *Droit international privé*, 3.<sup>a</sup> ed., Bruselas, 2005, 827. Además la Directiva no parece impedir absolutamente la aplicación de las normas de Derecho económico del país en que el servicio sea prestado (cf. arts. 1.º/3 y 3.º/4).

<sup>96</sup> Ver HEUZÉ (n. 93), 397 y ss.

países a desregular los contratos de prestación de servicios, dando lugar a una verdadera *race to the bottom*<sup>97</sup>.

Subyacente a la defensa del principio del país de origen en materia de Derecho privado sólo puede estar, en consecuencia, el deseo de privilegiar los intereses de los proveedores frente a los intereses de los adquirentes. Naturalmente, la tentación de defender soluciones de este tipo es grande en los países que son predominantemente exportadores de bienes y servicios, pero es una tentación a la que se debe resistir. Por un lado, porque la economía mundial evoluciona rápidamente y es muy probable que diversos países que hoy son predominantemente exportadores mañana sean predominantemente importadores (una evolución rápida en este sentido se espera especialmente en el comercio electrónico). Por otro lado, y ésta es la consideración principal, el Derecho Internacional Privado debe aspirar a proporcionar soluciones justas que, en concreto, se plasman en una composición equilibrada de los intereses de las partes; no debe perseguir políticas de favorecimiento de las partes «nacionales» frente a las partes «extranjeras».

Las soluciones hoy consagradas en los principales sistemas nacionales en cuanto a la determinación del Derecho aplicable a los contratos son el producto de una evolución secular que plasma una justa composición de intereses. De acuerdo con estas soluciones, en las relaciones entre empresarios el contrato debe ser regulado por la ley elegida por las partes, y a falta de elección, por la ley del país que presenta una conexión más estrecha con el contrato.

Señálese, además, que en los Estados Unidos, en el antes referido *Uniform Computer Information Transactions Act* se siguen en principio las mismas soluciones. En efecto, el art. 109 de esta Ley Modelo establece como regla general subsidiaria la competencia de la ley del Estado que presenta la conexión más significativa con la transacción (b/3). Sólo se hace una concesión a favor de la competencia subsidiaria de la ley del establecimiento del prestador del servicio con respecto a los contratos de suministro de acceso y a los contratos que tengan por objeto la entrega electrónica de una copia (b/1).

Los grupos de presión que defienden los intereses de los proveedores en la Comisión de la Comunidad Europea han hecho esfuerzos para que se abandone el criterio de la conexión más estrecha a favor de la ley del establecimiento del proveedor: esto sucede no sólo con la tentativa de introducir el principio del país de origen en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior y en la Directiva sobre Comercio Electrónico sino también en el Proyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 4).

---

<sup>97</sup> Ver HEUZÉ (n. 93), 400 y ss.

Claro que el Derecho vigente ya permite la aplicación del Derecho del país del establecimiento del proveedor cuando fuere éste el país con el que el contrato presenta la vinculación más estrecha; además, el Derecho vigente «presume», en caso de duda, que el contrato presenta los vínculos más estrechos con este país. Lo que los defensores de la extensión del principio del país de origen al Derecho privado pretenden es que se aplique la ley del país del proveedor a los contratos que indubitadamente presentan una conexión más estrecha con otro país, por ejemplo con el país del adquirente.

Veamos un ejemplo: un proveedor polaco, que dispone de un sitio redactado en lengua alemana, celebra en línea con una empresa alemana un contrato de venta de una mercancía que debe ser entregada en Alemania. Según el art. 4.1 y 5 CR este contrato presenta la conexión más estrecha con Alemania y, por consiguiente, es competente la ley alemana. La tesis del principio del país de origen conduciría, en vez de eso, a la aplicación de la ley polaca.

Es cierto que estas hipótesis son menos frecuentes en los casos de prestación de servicios en línea. Pero no son inconcebibles: supóngase un caso de un proveedor de acceso que, a pesar de utilizar un nombre «.pt» y ofrecer sus servicios en un sitio redactado en portugués, está establecido en España. ¿Sería justo aplicar al contrato la ley española?

Por mi parte entiendo que las soluciones vigentes son adecuadas al comercio intracomunitario, y que no se justifica ningún desvío a favor del principio del país de origen.

No es otra la opinión que ha prevalecido en la doctrina más autorizada, como da cuenta la Posición del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado sobre el Proyecto de Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (noviembre de 2004) y el Desarrollo de esta Posición (Diciembre de 2004)<sup>98</sup>. La misma opinión acaba de triunfar en el Parlamento europeo con respecto a esta Directiva: según las últimas noticias, ha sido eliminado del texto de la Directiva sobre servicios en el mercado interior aprobado por el Parlamento Europeo, en febrero de 2006, el principio del país de origen, por lo menos en lo que se refiere al Derecho privado. La libertad de prestación de servicios sólo obliga al Estado miembro de acogida a permitir el libre acceso a la actividad de un servicio y el ejercicio de esta actividad en su territorio.

La interpretación de la Directiva sobre Comercio electrónico atrás expuesta no deja de ser cualificada por tres órdenes de consideraciones.

En primer lugar, no se excluye que el art. 3 de la Directiva sea interpretado en el sentido de apartar la aplicación de las normas de Derecho material de la ley competente en la medida en que estas reglas constituyan «restric-

---

<sup>98</sup> En <[http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip\\_documents.html](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip_documents.html)>.

ciones» injustificadas a la libertad de prestación de servicios<sup>99</sup>. A favor de esta interpretación puede invocarse el Considerando n.º 23 de la Directiva sobre Comercio Electrónico, según el cual, en las versiones francesa, inglesa y alemana, «lo dispuesto en la legislación aplicable a través de las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado no debe restringir la libertad de prestar servicios de la sociedad de la información en los términos previstos en la presente Directiva»<sup>100</sup>. Pero esto sólo puede suceder muy excepcionalmente, visto que la aplicación de las normas de Derecho privado no conduce, en principio, a una restricción de la libertad de prestación de servicios<sup>101</sup>.

Segundo, puede cuestionarse si el art. 3.1 no fundamenta una conexión especial frente a las reglas jurídico-privadas contenidas en la Directiva, de forma que cada Estado deba determinar la aplicación de sus normas de transposición de la Directiva a las prestaciones de servicios por prestadores establecidos en su territorio<sup>102</sup>. En mi opinión no es posible dar una respuesta genérica a esta cuestión.

En relación con el régimen aplicable a los contratos celebrados a través de Internet, la Directiva sólo contiene algunas reglas fragmentarias sobre la admisibilidad de los contratos celebrados por medios electrónicos, deberes de información y órdenes de encargo. La conexión «ley del país del establecimiento del prestador del servicio» no es adecuada a estas reglas.

Tampoco se encuentra en la Directiva un régimen aplicable a la responsabilidad extracontractual, sino, tan solamente, algunas reglas fragmentarias sobre la responsabilidad de los prestadores intermediarios de servicios. Es previsible que las normas que transpongan la Directiva al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, sobre la responsabilidad de los prestadores intermediarios de servicios establecidos en su territorio, se superpongan a la ley competente<sup>103</sup>.

Finalmente, la Directiva contiene algunas disposiciones específicas sobre las normas de protección de consumidores<sup>104</sup>.

El n.º 3 del art. 1 determina que la Directiva no perjudica el nivel de protección de los intereses de los consumidores, «tal como consta en los actos

---

<sup>99</sup> Como sugiere WILDERSPIN/LEWIS (n. 95), 302 y ss., y MARQUES DOS SANTOS (n. 47), 211 y ss., invocando, a este respecto, el «principio de reconocimiento mutuo». Ver también SONNENBERGER (n. 62), 126 y ss., y *MünchKomm./MARTINY* (n. 1) Art. 34 Anh. III n.º 25 y ss., 36 y 39.

<sup>100</sup> En la versión portuguesa se lee que lo «dispuesto en la legislación aplicable a raíz de las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado *no restringe la libertad de prestar servicios*» (s.n.), pero se trata claramente de un lapsus de traducción.

<sup>101</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 87), 95 y ss.

<sup>102</sup> Ver también FALLON/MEEUSEN (n. 58), 489 y ss.

<sup>103</sup> En este sentido, LIMA PINHEIRO (n. 3), 834.

<sup>104</sup> Ver también DIAS PEREIRA (n. 89), 102 y ss.

comunitarios y en la legislación nacional de aplicación de éstos, en la medida en que no restrinjan la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información». Como ya se señaló, el n.º 3 del art. 3 determina la no aplicación de los núms. 1 y 2 a «las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores». Esta exclusión, aunque de dudosa utilidad ante lo dispuesto en el art. 1.4, deja claro que la Directiva no perjudica la aplicación de las normas jurídico-privadas de protección de los consumidores, independientemente de que se traten o no de normas de aplicación de actos comunitarios.

El legislador comunitario vuelve a referirse a las «medidas de defensa de los consumidores» en el n.º 4 del art. 3, admitiendo que un Estado miembro adopte medidas que en derogación del n.º 2 restrinjan la libre circulación de servicios, desde que, habiendo solicitado al Estado miembro en que el prestador del servicio está establecido su adopción, éste no haya tomado medidas adecuadas, después de la notificación a este Estado miembro y a la Comisión. Las medidas deben ser proporcionales al objetivo de defensa de los consumidores (art. 3.4.a.III). Como el n.º 2 no se aplica a las normas jurídico-privadas de protección de los consumidores, el n.º 4 sólo puede tener en cuenta el Derecho público de protección del consumidor. Esta disposición muestra que el principio del país de origen se aplica al Derecho público de protección del consumidor que tenga incidencia en la libre prestación de servicios, pero con importantes limitaciones.

Las *leyes de transposición* de la Directiva dan cuenta de las dificultades encontradas por los Estados miembros en la conciliación de las disposiciones contradictorias en ella contenidas. Estas leyes, en concreto, no dan una respuesta clara e inequívoca a la cuestión de la relevancia del principio del país de origen para la determinación del Derecho aplicable a los contratos y a la responsabilidad extracontractual.

Ninguna de las leyes consultadas establece claramente la regla del país de origen para la determinación del Derecho aplicable al contrato. La ley alemana y española parecen desechar claramente esta solución, pero sin que su contenido sea suficientemente inequívoco para evitar dudas de interpretación.

En efecto, la ley alemana (*Teledienstegesetz*, de 1997, modificada en 2001), al mismo tiempo que establece que «los proveedores de servicios establecidos en Alemania y sus teleservicios están sujetos a los requisitos y a las exigencias del Derecho alemán» (art. 4.1), determina que «la ley no crea reglas en el campo del Derecho internacional privado...» (art. 2.6). La doctrina está mucho más dividida, aunque la mayoría de los autores más representativos niega que la ley se aparte de las reglas generales de Derecho Internacional Privado a favor de la ley del país de origen<sup>105</sup>.

<sup>105</sup> Cf., en concreto, SONNENBERGER (n. 62), 126 y ss.; *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 34 Anh. III n.º 37; KROPHOLLER (n. 96), 465. Ver también la crítica de Thomas PFEIFFER, «Welches Recht gilt für elektronische Geschäfte?», *JuS* (4/2004) 282-285. Cp. en el sentido

La ley española (Ley 34/2002, de 11 de julio), por su parte, determina su aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios por ellos prestados, así como la sujeción de estos prestadores a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desempeñen (art. 2.1 y 4). Establece también que la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se hará sobre la base de las normas de Derecho internacional privado, «debiendo tomarse en consideración lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley» (art. 26). CALVO CARAVACA/CARRACOSA GONZÁLEZ son de la opinión de que ni en la Directiva ni en la ley española de transposición de ésta se contienen normas de Derecho internacional privado<sup>106</sup>.

Las leyes francesa, italiana y de Reino Unido realizan una transposición más imperfecta en este punto, ya que no transponen el art. 1.4 de la Directiva. En todo caso, estas leyes admiten una interpretación ya en el sentido de que el principio del país de origen sólo vale para las normas de Derecho económico, ya en su extensión al Derecho privado de los contratos y de la responsabilidad extracontractual.

Así, la ley francesa (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, de 2004) somete el comercio electrónico a la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté establecida la persona que lo ejerce, «bajo reserva de la intención común de esta persona y de aquella a la que son destinados los bienes o servicios» (art. 17.1 en relación con el art. 14.1). La ley italiana (Decreto Legislativo italiano n.º 70, de 9 de abril de 2003) determina la aplicación de las disposiciones nacionales al ámbito coordinado y las normas de esta ley a los servicios suministrados por un prestador establecido en territorio italiano e incluye en el ámbito coordinado las «disposiciones que el prestador del servicio debe satisfacer» con respecto a los contratos y a la responsabilidad extracontractual (art. 3.1 en relación con el art. 2.1.h). La ley del Reino Unido (*Electronic Commerce [EC Directive] Regulations 2002*) establece que las «exigencias» (aparentemente establecidas por la ley del Reino Unido) que caen dentro del ámbito coordinado (o que incluye las «exigencias» en materia de contratos y de responsabilidad del prestador de servicios) son aplicables a los prestadores de servicios establecidos en el Reino Unido (art. 4.1 en relación con el art. 2.1.b).

---

de la irrelevancia del art. 2.º/VI TDG y, como tal, de la relevancia del principio del país de origen como regla de conflicto de Derecho internacional privado, Gerhard KEGEL e Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9.ª ed., Munique, 2004, 682, pero en sentido crítico en relación con la responsabilidad extracontractual; MANKOWSKI (n. 1), 258, sólo en relación con el Derecho de competencia y con algunas áreas de responsabilidad extracontractual.

<sup>106</sup> *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 2005, 541.

Lo mismo se puede decir, entre nosotros, del DL n.º 7/2004, de 7 de enero, como procuré demostrar en un estudio anterior<sup>107</sup>.

En caso de duda, debe preferirse una *interpretación conforme a la Directiva* y, por consiguiente, todas las leyes deben ser interpretadas, a la luz del art. 1.4 de la Directiva, en el sentido de no introducir ningún apartamiento respecto del Derecho conflictual general en materia de contratos y de responsabilidad extracontractual.

Por último, es necesario señalar que una interpretación de cualquiera de estas leyes en el sentido de consagrar el principio del país de origen en materia de ley aplicable a los contratos sería incompatible con el CR. Lo dispuesto en el Convenio prevalecería sobre las normas internas en cuanto fuente jerárquicamente superior. El art. 20 CR, que concede primacía a las disposiciones establecidas en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de actos comunitarios, no sería aplicable, dado que se trataría de normas internas que van mas allá de lo establecido por la Directiva<sup>108</sup>.

Lo mismo hay que decir respecto de la Propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, ya que el Reglamento prevalecerá en el ordenamiento interno sobre las leyes ordinarias y que la Directiva sobre Comercio Electrónico no consta en la lista de los actos comunitarios que, por contener normas de conflicto sobre obligaciones contractuales, ven su aplicación reservada (art. 22.a y Anexo 1).

## II. Derecho conflictual del arbitraje transnacional

### A) Aspectos generales

Un estudio sobre el Derecho aplicable a los contratos celebrados a través de Internet no puede ignorar que los litigios que derivan de estos contratos son, en principio, arbitrables y que en el arbitraje transnacional en sentido estricto se aplican criterios especiales de determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia.

El arbitraje transnacional en sentido estricto —que la Ley 31/86, de 29 de agosto (Ley del Arbitraje voluntario, LAV) designa como «arbitraje internacional» (art. 32)— es el que *pone en juego intereses del comercio internacional*. Se trata del arbitraje que tiene por objeto controversias derivadas de las relaciones entre empresarios o entes equiparados que presentan contactos relevantes con más de un Estado soberano.

<sup>107</sup> LIMA PINHEIRO (n. 87), 107 y ss.

<sup>108</sup> Ver también WILDERSPIN/LEWIS (n. 95), 310 y ss., LIMA PINHEIRO (n. 87), 109 y *MünchKomm./MARTINY* (n. 1), Art. 34 Anh. III n.º 55 y ss.

De ello resulta que existe un Derecho conflictual especial del arbitraje transnacional que se aplica a las relaciones entre «empresarios», mientras que al arbitraje transnacional que tiene por objeto relaciones con consumidores finales se aplica, en principio, el Derecho conflictual general<sup>109</sup>, estudiado en la Parte I.

Claro que los tribunales de arbitraje transnacional no están sometidos a un particular sistema nacional de Derecho Internacional Privado<sup>110</sup>, y, por consiguiente, cuando se ocupen de litigios derivados de contratos con consumidores, los árbitros deberán atender a los principios del Derecho conflictual comunes a los Estados que tienen un contacto relevante con el contrato. A falta de principios comunes, los árbitros deben aplicar el Derecho conflictual del Estado que presenta una conexión más significativa con el contrato.

En otro lugar ya realicé un estudio sistemático del arbitraje voluntario y, en concreto, de los presupuestos y requisitos de validez del acuerdo de arbitraje<sup>111</sup>. De este estudio resulta que en los contratos celebrados a través de Internet es posible la inclusión de una cláusula compromisoria y que ésta puede acordarse a través de un clic en un icono o en un campo contenido en el sitio del proveedor que expresa la aceptación de una cláusula visible en la misma página, en una página superpuesta o en una página a la que remite un hipervínculo contenida en la página a que el adquirente accede para realizar la transacción<sup>112</sup>.

Hay, en todo caso, que tener en cuenta las exigencias generales hechas por el régimen de las cláusulas contractuales generales que fueran aplicables, y que han sido analizadas anteriormente en relación con la cláusula de elección del Derecho aplicable (I. A.). *En las relaciones con consumidores*, la inclusión de un acuerdo de arbitraje en un clausulado general del proveedor no es tan usual como la inclusión de una cláusula de designación del Derecho aplicable. De ahí que sea más fácilmente concebible que las cláusulas compromisorias pasen desapercibidas a los consumidores cuando no se llame su atención sobre estas cláusulas en las páginas a que necesariamente acceden para realizar la transacción. Esto puede tener como consecuencia la exclusión de la cláusula general compromisoria del contrato singular (art. 8 de la Ley de Cláusulas Contractuales Generales). Además de eso, la Directiva sobre cláusulas abusivas y la LCCG portuguesa contienen exigencias específicas con respecto a las cláusulas compromisorias.

---

<sup>109</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, «L'arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l'arbitrage volontaire», in *Droit international et droit communautaire*, 55-66, Actes du colloque. Paris 5 et 6 avril 1990 (Fundação Calouste Gulbenkian, Centro Cultural Português), París, 1991, 60 *in fine* y ss.; LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, 258.

<sup>110</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 110), 29 y ss. y 234 y ss., con más referencias.

<sup>111</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 110), 91 y ss. y 200 y ss.

<sup>112</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 110), 93 y ss. Ver también MOURA VICENTE (n. 5), 357 y ss.

La LCCG prohíbe, en las relaciones con consumidores finales, las cláusulas contractuales generales que «prevean modalidades de arbitraje que no aseguren las garantías de procedimiento establecidas en la ley» (art. 21.h en la redacción dada por el DL n.º 220/95). No es enteramente claro a qué arbitrajes se refiere el legislador. El anexo referido en el art. 3.3 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, que el legislador portugués transpuso, se refiere a «una jurisdicción de arbitraje no comprendida por las disposiciones legales».

Parece razonablemente seguro que no se extrae de ello límites acerca de la arbitrabilidad en materia de litigios derivados de contratos de consumidores. Es igualmente cierto que del Reglamento comunitario relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000) no se puede extraer ninguna consecuencia sobre la eficacia de los acuerdos de arbitraje celebrados con consumidores, ya que el arbitraje se encuentra genéricamente excluido del ámbito de aplicación de este Reglamento (art. 1.2.d)<sup>113</sup>.

Pero además de eso, el art. 19.g del régimen de cláusulas contractuales generales prohíbe, en consonancia con el cuadro negocial estándar, las cláusulas contractuales generales que «establezcan un foro competente que suponga graves inconvenientes para una de las partes, sin que los intereses de la otra lo justifiquen». RAÚL VENTURA defiende la extensión de este precepto a los acuerdos de arbitraje<sup>114</sup>. Conuerdo con esta posición, aunque debo subrayar que sólo en *situaciones verdaderamente excepcionales* esto se pueda verificar.

En regla, un acuerdo de arbitraje estipulado, por los modos usuales, en un contrato celebrado en línea entre «empresarios» es válido y eficaz. Cabe ahora hacer una breve referencia a los criterios especiales de determinación del Derecho aplicable a estos contratos en el contexto del arbitraje transnacional.

## B) Litigios entre «empresarios»

La determinación del Derecho aplicable al caso sometido a arbitraje de litigios entre «empresarios» se regula principalmente por las reglas y princi-

---

<sup>113</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 24), 64 y ss., con más referencias. Cp. MOURA VICENTE, «Resolução extrajudicial de conflitos de consumo com carácter transfronteiriço», in *Direito Internacional Privado. Ensaios*, vol. I, 393-414, 2002, 396 y ss.; Id., «Resolução extrajudicial de conflitos no sector bancário», *Revista da Banca* 55 (2003), 57-84 (número distribuído em Junho de 2004), 67 y ss.

<sup>114</sup> Cf. Raúl VENTURA, «Convenção de arbitragem e cláusulas gerais», *ROA* 46 (1986), 5-48, 44. Ver también MENEZES CORDEIRO (n. 14), 636.

prios propios del *Derecho Transnacional del Arbitraje*<sup>115</sup>. Las soluciones consagradas por los principales sistemas nacionales interaccionan con estas reglas y principios autónomos y sólo pueden ser debidamente comprendidas a su luz.

Las soluciones de Derecho Transnacional del Arbitraje resultan principalmente de la práctica de los tribunales arbitrales, que dan cuerpo a ciertos principios que integran hoy la consciencia jurídica del medio arbitral, y de los reglamentos de centros institucionalizados de arbitraje, que emplean criterios de determinación de Derecho aplicable diferentes de los generalmente seguidos por los tribunales estatales y consagrados en los sistemas nacionales de Derecho conflictual.

Así, el *principio de autonomía de la voluntad* permite, en el marco de este Derecho Transnacional, que las partes remitan a cualquier Derecho estatal, al Derecho internacional público, a la *lex mercatoria*, a los «principios generales» o a la equidad<sup>116</sup>. En la práctica de los tribunales arbitrales es relativamente frecuente el recurso a los principios generales del Derecho, a «los principios comunes» a los sistemas nacionales, a los usos del comercio internacional y a modelos de regulación, tales como los Principios UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales.

Esto quiere decir que un contrato celebrado a través de Internet entre «empresarios», y que incluya un acuerdo de arbitraje apropiado, puede ser sustraído por las partes a cualquier Derecho estatal. Ésta puede ser una solución conveniente cuando ninguna de las partes se quiera someter al Derecho de la otra, en especial cuando se haya hecho una referencia a un complejo normativo que regule sistemáticamente el contrato, como es el caso de los Principios UNIDROIT.

Claro que esto se refiere sólo al régimen aplicable al contrato y no excluye que los árbitros deban aplicar ciertas normas y principios fundamentales comunes a los Estados a título de *orden público transnacional* y deban atender a ciertas directrices estatales sobre la aplicación de normas imperativas emanadas de los Estados que tienen una conexión significativa con el arbitraje o que constituyan posibles foros de ejecución de la decisión arbitral<sup>117</sup>, así como a ciertas directrices supraestatales emanadas de organizaciones internacionales<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Esta postura, ya por mí defendida en *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, 1998, 630 y ss., fue acogida por la STJ de 11/10/2005, proc. 05A2507 [in <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>]. Ver, con más detenimiento, LIMA PINHEIRO (n. 110), 234 y ss.

<sup>116</sup> Cf. el art. 17.º/3 del Reglamento del Arbitraje CCI; el art. 28.º/1 del Reglamento de Arbitraje Internacional AAA; y el art. 22.º/3 del Reglamento LCIA que permiten la elección de «reglas de Derecho». Esta orientación, ya por mí defendida en *Contrato de Empreendimento Comum...* (n. 116), 1020 y ss., fue seguida por la STJ de 11/10/2005.

<sup>117</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 110), 263 y ss. y 535 y ss.

<sup>118</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 110), 571 y ss.

A falta de elección por las partes, no hay reglas claramente establecidas sobre la determinación del Derecho aplicable. La tendencia más significativa que se ha manifestado en la jurisprudencia arbitral y en los reglamentos de centros de arbitraje adopta el criterio de las *reglas de Derecho más apropiadas al litigio*<sup>119</sup>.

El criterio de las reglas del Derecho más apropiadas al litigio es un criterio muy flexible, que permite a los árbitros tener en cuenta el conjunto de circunstancias del caso concreto y atender a todos los puntos de vista jurídicamente relevantes. La idea de apropiación permite una ponderación de intereses y una consideración de contenido específico de las cuestiones jurídicas a resolver<sup>120</sup>.

En la determinación del Derecho aplicable los árbitros deben atender a los lazos que la relación controvertida establezca con los diferentes países. Pero también puede tener en consideración el contenido material de los respectivos Derechos. Las reglas de Derecho más apropiadas pueden ser tanto estatales como extraestatales. Los árbitros deben atender a la costumbre y a los usos del comercio internacional, así como a eventuales reglas formuladas por organizaciones sectoriales para regular las relaciones económicas entre sus miembros y, subsidiariamente, pueden recurrir a los principios generales del Derecho y a los «principios comunes» de los sistemas en presencia.

Así, en la elección de las reglas más apropiadas a un litigio derivado de un contrato celebrado a través de Internet, los árbitros podrán aplicar las reglas que según una evaluación objetiva sean más ajustadas al comercio electrónico, en concreto el régimen de comercio electrónico más moderno y equilibrado que esté en vigor en uno de los países en contacto con el contrato. Pero los árbitros podrán igualmente aplicar reglas extraestatales, en concreto hacer una referencia directa a las normas de las Convenciones internacionales o a los usos y costumbres del comercio electrónico.

En la determinación del Derecho aplicable, los tribunales arbitrales no pueden regirse sólo por reglas y principios autónomos. Deben tener en cuenta las *directrices sobre la determinación del Derecho aplicable emanadas de los Estados* que presentan lazos especialmente significativos con el arbitraje

---

<sup>119</sup> Así, el Reglamento de Arbitraje CCI establece que el árbitro aplicará las reglas de Derecho que considere apropiadas (art. 17.º/1); el Reglamento de Arbitraje Internacional AAA determina que el tribunal arbitral aplicará la(s) ley(s) o las reglas de Derecho que juzgue apropiadas (art. 28.º/1) y el Reglamento de Arbitraje OMPI contiene un precepto idéntico (art. 59.º/a); el Reglamento LCIA manda aplicar la(s) ley(s) o reglas de Derecho que considere adecuadas (art. 22.º/3); en fin, el Reglamento de Arbitraje CAC determina la aplicación del Derecho más apropiado al litigio.

<sup>120</sup> ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (n. 110), 64 y ss., cita, en este contexto, al art. 27.º/2 del Reglamento CAC («A falta de elección, los árbitros aplicarán el derecho más apropiado al litigio, teniendo en cuenta en concreto la localización de los intereses en juego y la naturaleza específica de las cuestiones jurídicas a resolver»).

o del Estado en que previsiblemente la decisión, en caso de necesidad, deba ser ejecutada<sup>121</sup>.

La gran mayoría de las legislaciones recientes sigue una vía de encuadramiento del arbitraje transnacional, adoptando regímenes especiales de Derecho conflictual que revelan una gran apertura a las soluciones adoptadas por la jurisprudencia arbitral y por los reglamentos de los centros de arbitraje<sup>122</sup>.

El Derecho portugués comparte esta tendencia, ya que dispone de un régimen especial de determinación del Derecho aplicable al arbitraje internacional (art. 33 LAV), entendido como aquel que, teniendo lugar en territorio portugués (art. 37.º), «pone en juego intereses del comercio internacional» (art. 32) (*supra* A).

El Derecho portugués permite, sin restricción, la elección por las partes del Derecho aplicable (art. 33.1 LAV)<sup>123</sup>. Esto sirve plenamente para la elección de un Derecho estatal, Derecho internacional público o de una particular Convención internacional de Derecho material unificado. En todos estos casos la elección recae sobre Derecho objetivo.

En lo que respecta a la elección de la *lex mercatoria* la cuestión a resolver es si el Derecho portugués vigente —en lo que se refiere a la elección de un «Derecho»— no debe ser interpretado en un sentido más restrictivo que el Derecho Transnacional de Arbitraje.

Así, hácese valer que las partes podrán remitir a las reglas y principios jurídicos de la *lex mercatoria* que efectivamente estén en vigor. Pero no se podrá aceptar que sirva como designación de un Derecho, en el sentido del art. 33 LAV, una elección de la *lex Mercatoria* que no se traduzca más que, ante la naturaleza de la relación controvertida y las características del sector del comercio internacional en cuestión, en el recurso a los principios autónomamente considerados o a los modelos de regulación<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 110), 535 y ss. y 609 y ss.

<sup>122</sup> Es lo que se verifica con lo dispuesto en los arts. 1492.º y ss. NCPC fr.; en el art. 33.º LAV; en los arts. 176.º y ss. de la Ley federal suiza de Derecho Internacional Privado; en el art. 1054.º del CPC holandés; en los arts. 832.º y ss. CPC it. (en la redacción dada en 1994); en el art. 46.º de la Ley «inglesa» de arbitraje de 1996; en el art. 2.º de la Ley brasileña de arbitraje y en el art. 1051.º ZPO en la redacción dada por la Ley alemana de 22/12/97. Recuérdese que cerca de 45 jurisdicciones han adoptado leyes de arbitraje inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDCI sobre Arbitraje comercial internacional, incluyendo Alemania, Australia, Canadá, Escocia, algunos Estados de Estados Unidos (California, Connecticut, Illinois, Oregon y Texas), Federación Rusa, Grecia, Hong-Kong, India, Irlanda, Macao y Japón; cf. <<http://www.uncitral.org/en-index.htm>>.

<sup>123</sup> Cf. RLX 24/1/1995 (CJ [1995-I] 98).

<sup>124</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [loc. cit.]. En el mismo sentido, LIMA PINHEIRO (n. 116), 1034 y ss. En sentido próximo, Maria HELENA BRITO, *Direito do Comércio Internacional* (Relatório), Coimbra, 2004, 123, entendiendo, sin embargo, que la elección de la *lex mercatoria*, por ser necesariamente una elección parcial, no elimina la necesidad de determinar el ordenamiento jurídico competente. En el sentido de la limitación de la elección de un Derecho estatal, se pronuncia MOURA VICENTE (n. 5), 97 y ss. y 369.

Sin embargo, si los árbitros, con base en la designación hecha por las partes, resolvieran el caso según los principios y modelos de regulación, no parece que haya fundamento para la anulación de la decisión<sup>125</sup>.

A falta de elección, el art. 33.2 LAV remite al Derecho más apropiado al litigio. La interpretación de este precepto debe hacerse en el contexto propio del arbitraje transnacional y atendiendo al significado que, en ese contexto, puede atribuirse a la expresión «Derecho más apropiado al litigio» y a expresiones similares.

En primer lugar, estas expresiones dejan claro que el tribunal arbitral puede proceder a la elección del Derecho aplicable por *voie directe*, es decir, sin tener que basarse en ningún sistema positivo de Derecho conflictual<sup>126</sup>. El recurso a un particular sistema de Derecho conflictual, la aplicación simultánea de las normas de conflicto de todos los sistemas que tienen una conexión significativa con el arbitraje o a los «principios conflictuales generales» es meramente *facultativo*.

En segundo lugar, la remisión al Derecho más apropiado al litigio es una cláusula general de remisión que deja al tribunal arbitral un vasto margen de apreciación. El tribunal arbitral puede atender a cualquier elemento que considere relevante para establecer la remisión. A diferencia de lo que ocurre con una cláusula general de conexión más estrecha, el órgano de aplicación no está vinculado a otorgar mayor importancia a los lazos objetivos de «localización», ni ha de apartar la posibilidad de que la elección del Derecho aplicable sea hecha en función de su adecuación material al caso, en los términos que atrás fueron expuestos.

Ante el sistema portugués, las reglas objetivas de la *lex mercatoria* pueden ser aplicadas como Derecho más apropiado al litigio. También parece admisible la aplicación de las reglas de Derecho Internacional Público general o convencional. Los árbitros ya no pueden decidir exclusivamente con base en los principios generales del Derecho, «principios comunes» a los sistemas nacionales aisladamente considerados, o modelos de regulación (como los Principios UNIDROIT), pues están obligados a juzgar según el Derecho constituido, a menos que las partes lo autoricen a juzgar según la equidad (art. 22 LAV).

<sup>125</sup> Ver LIMA PINHEIRO (n. 110), 166 y ss. y 268 y ss.

<sup>126</sup> Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (n. 110), 64. Ver también la Exposición de Motivos de la propuesta de Ley n.º 34/IV [supracit.], n.º 7. Cp. FERRER CORREIA, «O Direito Aplicável pelo Árbitro Internacional ao Fundo da Causa», *BFDC* 77 (2001) 1-11, 9 y ss., que defiende, aparentemente *de iure constituto*, que los árbitros deben aplicar la norma de conflicto de la ley que tenga una conexión más estrecha con el caso; MOURA VICENTE, *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, 1990, 240 y ss.; Id. (n. 5), 369 y ss.

En consecuencia, a falta de regla extraestatal aplicable al caso, los árbitros, si no estuvieren autorizados a juzgar según la equidad, deben recurrir al Derecho estatal o supraestatal.

Aunque el Derecho designado por las partes o, en su omisión, escogido por los árbitros, sea un Derecho estatal, constituye regla consagrada por la unificación internacional del Derecho del Arbitraje transnacional, por las normativas de centros de arbitraje y por la jurisprudencia arbitral que el tribunal arbitral, en materia contractual, deberá siempre tomar en consideración las disposiciones del contrato y los usos del comercio<sup>127</sup>. Quiere esto decir que los usos del comercio y, en concreto, aquellos que se hayan formado en el comercio electrónico, se consideran incorporados en los contratos celebrados a través de Internet, independientemente de la estipulación de las partes y de la relevancia que les atribuya la *lex contractus*, pero teniendo como límite sus normas imperativas.

---

<sup>127</sup> Ver, más extensamente, LIMA PINHEIRO (n. 1), 217 y ss.