

LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE CONSUMIDORES EN LA LEY 34/2002 DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.08.2009 / Aceptado: 25.08.2009

Resumen: Las normas de Derecho Privado en materia de consumidores contenidas en la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Ley de transposición de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico español la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de *comercio electrónico* (LSSI) son muy escasas, y la mayoría presentan un “carácter aclaratorio”. Entre estas normas aclaratorias de Derecho internacional privado destacan las contenidas en los arts. 26 y 29 de la LSSI relativas a la Ley aplicable a los contratos electrónicos y la determinación del lugar de celebración de los contratos *online*, respectivamente.

Palabras clave: *Business to Consumer*, normas de conflicto, comunitarización del Derecho internacional privado, comercio electrónico.

Abstract: The rules of private law on consumers in Directive 2000/31 of 8 June 2000 on certain legal aspects of the information society, in particular electronic commerce in the Internal Market (Directive on e-commerce) and the Act transposing the Directive on the legal Spanish Law 34/2002 of July 11, services of information society and electronic commerce are very rare, and most have a “character clarification”. These rules of private international law clarificatory highlighted in the arts. 26 and 29 of the LSSI concerning the law applicable to electronic contracts and determining the place of conclusion of contracts online, respectively.

Key words: *Business to Consumer*, conflict of law, Private international law of the European Community, E-commerce.

Sumario: I. Consideraciones previas. II. El art. 26 LSSI: Ley aplicable a los contratos electrónicos. Errores cometidos por el legislador español. 1. Los arts. 2 y 3 LSSI en relación con el art. 26 LSSI. 2. Olvido de la competencia judicial internacional. III. Condiciones de aplicación del art. 26 LSSI a los contratos de consumidores. IV. Normas de Derecho internacional privado español aplicables a los contratos electrónicos de consumidores. 1. Determinación de los tribunales competentes. 2. Determinación de la Ley aplicable. A) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores pasivos. B) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores activos o consumidores personas jurídicas. V. Aspectos que deberían ser reformados del art. 26 LSSI. VI. El art. 29 LSSI: el lugar de celebración de los contratos electrónicos. VII. Condiciones de aplicación del art. 29.1: *Business to Consumer*. VIII. Presunción: celebración del contrato en el lugar de *residencia habitual* del consumidor (*Business to Consumer*). IX. La importancia de determinar el lugar de determinar el lugar de celebración del contrato electrónico *Business to Consumer* desde un punto de vista de Derecho internacional privado. 1. Competencia judicial internacional: art. 22.3 LOPJ. 2. Determinación de la ley aplicable: art. 10.5 Cc. X. Presunción: en defecto de pacto el lugar en que está establecido el prestador (*Business to Business*). XI. Aspectos que deberían ser reformados del art. 29 LSSI.

I. Consideraciones previas

1. Las normas de Derecho Privado en materia de consumidores, en especial, y en el resto de materias objeto del Derecho internacional privado, con carácter general, contenidas en la Directiva 2000/31 de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) [*Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000, pp. 1-16*] y la Ley de transposición de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico español la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de *comercio electrónico*, (en adelante la LSSI) son muy escasas, y la mayoría presentan un “carácter aclaratorio”¹. Entre estas normas aclaratorias de Derecho internacional privado destacan las contenidas en los arts. 26 y 29 de la LSSI relativas a la Ley aplicable a los contratos electrónicos y a la determinación del lugar de celebración de los contratos *online*, respectivamente.

El art. 26 establece: *Ley aplicable. Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley.*

El art. 29 señala: *Lugar de celebración del contrato. Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.*

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

2. La Directiva sobre comercio electrónico parte de la importancia de proteger a los consumidores en esta modalidad de contratación, señalando en su Considerando 7 que “es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores que la presente Directiva establezca un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior”; y en su Considerando 11 que “la presente Directiva no afecta al nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores fijados en los instrumentos comunitarios”. Entre estos instrumentos comunitarios se citan las Directivas comunitarias en materia de consumidores, como la de contratos a distancia, o la de la publicidad engañosa y comparativa².

3. Los contratos electrónicos pueden ser de dos tipos, teniendo en cuenta los intervinientes, *Business to Business* o comercio electrónico entre profesionales o empresas, y *Business to Consumer* o comercio electrónico entre empresas y consumidores³. Es a este último tipo de contratos al que se hará referencia en el estudio.

4. Veamos por separado cada uno de estos preceptos para entender su importancia desde un punto de vista de Derecho internacional privado.

II. El art. 26 LSSI: Ley aplicable a los contratos electrónicos. Errores cometidos por el legislador español

5. El art. 26 establece textualmente: *Ley aplicable. Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley.*

¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 34

² M.E. CLEMENTE MEORO, “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 211/212, agosto/septiembre de 2002, p. 3.

³ A.R. DEL ÁGUILA, *Comercio electrónico y estrategia empresarial*, Madrid, 2000, pp. 35 y ss; G. BOTANA GARCÍA, “Notión de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 61-62; E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 36-37; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 223.

En realidad el art. 26 LSSI, aunque utiliza la expresión *Ley aplicable*, no regula cuál debe ser la Ley aplicable a los contratos electrónicos *Business to Consumer*, sino que, por el contrario, hace una remisión a las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español⁴. El origen de lo dispuesto en el art. 26 LSSI es el art. 1.4 de la Directiva que señala que “*la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia*”. Esta aclaración ya se señalaba en el Considerando 23 de la Directiva al establecer que “no es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones y no afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia”⁵. Así lo ha recogido la LSSI que no hace referencia a los tribunales competentes en materia de contratación electrónica y sólo hace referencia expresa a la ley aplicable los contratos electrónicos sin solucionar este problema.

6. Son muchos los errores que el legislador español comete con la introducción del art. 26 LSSI. De ahí, que la doctrina, por lo general, tampoco haya estado muy fina en la interpretación de este precepto. Hubiera bastado con que no hubiera mencionado absolutamente nada sobre las normas de Derecho internacional privado reguladoras de los contratos electrónicos *Business to Consumer*. Veamos cuáles son esos errores.

1. Los arts. 2 y 3 LSSI en relación con el art. 26 LSSI

7. El art. 26 LSSI no establece cuál es la Ley aplicable a los contratos electrónicos sino simplemente nos remite a las normas de Derecho internacional privado que ya existen en el ordenamiento jurídico español que resuelven el problema de la Ley aplicable a los contratos internacionales. Este precepto, por tanto, se vuelve inútil al no conseguir el objetivo para que el que se elaboró. Además de inútil, el art. 26 *in fine*, va en contra de las propias normas de Derecho internacional privado cuando señala que, en todo caso en la aplicación de la *lex contractus*, hay que tener en consideración los arts. 2 y 3 de la LSSI. Estos preceptos pueden ir en contra de las normas de Derecho internacional privado, pues en realidad los arts. 2 y 3 LSSI no son normas que establezcan el régimen general sobre la Ley aplica-

⁴ Vid. sobre el art. 26 LSSI, G. BOTANA GARCÍA, “Noción de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 5-62; I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, París, 2002; A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001; A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 411-425; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009; J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO, “La protección de los consumidores”, en R. MATEU DE ROS/J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 123-142; A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 2” *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 91-102; Id., “Artículo 3”, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp.103-118; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada, 2006; E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002; G. RUBIO GIMENO, “Validez y perfección del contrato electrónico”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp.41-55; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 25-64; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 65-195; R. PINOCHET OLAVE, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Barcelona, 2001; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, pp. 221-252; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La contratación electrónica en el tráfico externo”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 181-199; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico” en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001,

⁵ R. PINOCHET OLAVE, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pp. 120-121.

ble a los contratos electrónicos sino que, simplemente, señalan el ámbito subjetivo de aplicación de la LSSI⁶.

8. Son muchas las teorías erróneas que se han utilizado para intentar comprender el sentido del art. 26 LSSI en relación con los arts. 2 y 3 LSSI, reguladores del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa española. Por ello, se intentará, de la forma más sencilla posible, poner orden en la interpretación y aplicación de estos preceptos desde un punto de vista de Derecho Internacional privado, es decir, desde el punto de vista de la regulación de los contratos electrónicos internacionales *Business to Consumer*.

9. Brevemente hay que señalar que dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la LSSI se diferencia entre *prestadores de servicios establecidos en España* (art. 2 LSSI), *prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo* (art. 3 LSSI) y *prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo* (art. 4 LSSI). Sin embargo, el art. 26 LSSI sólo menciona que habrá que tomar en consideración para la aplicación de la Ley designada por las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español lo establecido en relación con los prestadores establecidos en España, en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo, ex arts. 2 y 3 LSSI, respectivamente, pero no lo relativo a los prestadores establecidos en terceros Estados. Esta exclusión no tiene ningún sentido desde el punto de vista de la búsqueda de la Ley aplicable a los contratos electrónicos. Es una exclusión inútil e ilegal.

10. El art. 2 LSSI recoge el principio de control de origen cuando señala que la LSSI será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos; y a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente en España. Con este precepto se sujeta al prestador de servicios a las normas que conforman el “ámbito normativo coordinado” de la Directiva 2000/31, cuya definición se encuentra en el art. 2 h) “Definiciones” de la Directiva 2000/31⁷.

11. El art. 3 LSSI delimita igualmente el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSI, extendiéndose su aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y afecte a un grupo de materias que están excluidas del “ámbito normativo coordinado” de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, por referirse en su gran mayoría a ámbitos normativos ya armonizados en Directivas anteriores. El art. 3 LSSI es la transposición al ordenamiento jurídico español de las excepciones a la aplicación de la ley del país de origen contempladas en el art. 3.3 de la Directiva y más concretamente en el Anexo de la Directiva sobre comercio electrónico⁸.

⁶ A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 414-415; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 45-49; J.M. VILLAR URÍBARRI, “El régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 390-392.

⁷ A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 2”, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 94-95; M.D. GRAMUNT FOMBUENA, “El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 22-23; M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 60-63; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, pp. 232-233.

⁸ A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 3”, *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp.105-106; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada, 2006, p. 132; M.D. GRAMUNT FOMBUENA, “El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 23 M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, pp. 233-234.

De esas materias excluidas del “ámbito normativo coordinado” de la Directiva sobre comercio electrónico las que nos interesan son las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores (art. 3.1.d LSSI) y la elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato (art. 3.1.e LSSI).

1º. *Las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores* (art. 3.1.d LSSI). Con esta excepción se intenta proteger a los consumidores que contratan en Internet. Pero esta protección ya se les otorga en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 de 17 de junio de 2008 (Reglamento Roma I) sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales cuyo art. 6 establece una serie de puntos de conexión específicos que regulan los contratos en los que interviene un consumidor. Igualmente existen numerosas Directivas comunitarias cuyo objetivo primordial es favorecer los intereses del consumidor y proteger a los consumidores frente a los profesionales partiendo de que son la parte débil de la relación contractual⁹. Por tanto, esta referencia especial que hace el art. 3.1.d) LSSI a los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor no tiene ningún sentido ni valor, puesto que jamás lo dispuesto en una normativa de producción interna, como es la LSSI, puede ir en contra de lo dispuesto en un Reglamento comunitario, como el Reglamento Roma I, o en las Directivas comunitarias que transpone; o sustituir el régimen de protección del consumidor que existe en las normas de Derecho internacional privado españolas¹⁰.

2º. *Régimen de la elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato* (art. 3.1.e LSSI). Las normas de Derecho internacional privado españolas parten de la autonomía conflictual de los contratantes, es decir, las partes son libres para elegir la Ley aplicable a su contrato, *ex art. 3* Reglamento Roma I. Sin embargo, cuando en el contrato interviene un consumidor esta autonomía de la voluntad no es tan amplia, pues se intenta favorecer al consumidor para evitar que el empresario le imponga su voluntad. En el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el art. 6 Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes si se verifican las exigencias del art. 6.2 Reglamento Roma I y, en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor. La Ley debe haber sido elegida con los requisitos y dentro de los límites que marca el art. 3 Reglamento Roma I. Las partes pueden así, elegir la Ley del Estado que tengan por conveniente, cambiar la elección anterior de la Ley aplicable, elegir varias Leyes aplicables al mismo contrato o sólo la Ley reguladora de una parte del contrato, etc. Pero la Ley elegida debe ser una Ley estatal y su elección, expresa o implícita, debe ser clara. No cabe aplicar al contrato la Ley presunta o hipotéticamente elegida por los contratantes. Sin embargo, el art. 6.2 establece un régimen especial de elección de Ley en el caso de los consumidores. Indica el art. 6.2 Reglamento Roma I que la elección de Ley reguladora del contrato de consumidores “no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1 [del art. 6 Reglamento Roma I]”. Por tanto, si la Ley elegida por las partes ofrece una protección jurídica al consumidor que resulta inferior a la que brindan las disposiciones imperativas de la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, dicha Ley elegida no se aplicará al contrato¹¹. Ahora bien, el Reglamento Roma I no señala si este principio de “mayor favorabilidad” debe apreciarlo el juez de oficio o si son las partes las que deben probarlo, y si esta “comparación” entre legislaciones debe hacerse norma por norma, institución por institución, u ordenamiento jurídico por ordenamiento jurídico considerado en su totalidad¹².

12. En ningún caso, para determinar la ley aplicable a un contrato electrónico se debe tener en cuenta los arts. 2 y 3 de la LSSI, dado que las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español tienen su propio ámbito de aplicación material, espacial y temporal. En definitiva, los

⁹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 265-300.

¹⁰ A. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, “Artículo 3” *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 111.

¹¹ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, pp. 282-283.

¹² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Viernes 30 de mayo de 2008, p. 8.

arts. 2 y 3 recogen normas que establecen el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSI aplicable sólo a los contratos electrónicos internos. Podrán aplicarse también a los contratos electrónicos internacionales, no para determinar la ley aplicable, sino una vez fijada la *Lex contractus*, sin tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 2 y 3 LSSI, en virtud de las normas de Derecho internacional privado españolas, cuando éstas remiten al Derecho español. Se trata, en definitiva, de un grave error del legislador pues las normas de Derecho internacional privado contemplan sus propios mecanismos de protección de los derechos de los consumidores¹³.

13. En conclusión, los arts. 2 y 3 recogen normas que establecen el ámbito de aplicación de la LSSI aplicable a los contratos electrónicos internos o a los contratos internacionales si la Ley aplicable al contrato, en virtud de las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, remite al Derecho español. Esta misma consecuencia jurídica se recoge en el art. 3.4 LSSI aunque de forma muy confusa. Si se traduce correctamente, lo que viene a decir es que si las normas de conflicto españolas remiten a un Derecho distinto al del país en que reside o esté establecido el destinatario del servicio, es decir, en España, no le es aplicable el régimen jurídico del art. 3 LSSI. Es una afirmación superflua, vacía de contenido, que no era necesario recoger de forma expresa, pues es la consecuencia jurídica normal de la aplicación de los sistemas de Derecho internacional privado de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeo-continetales.

2. Olvido de la competencia judicial internacional

14. Además de este error, no se entiende por qué el legislador español en el art. 26 LSSI sólo hace referencia al problema de la Ley aplicable a los contratos electrónicos y, sin embargo, no menciona el problema de la determinación del tribunal competente en materia de contratos electrónicos. Hay que tener en cuenta que para que podamos aplicar normas de Derecho internacional privado el contrato electrónico tiene que ser objeto del Derecho internacional privado. En este sentido si el contrato es entre particulares y presenta un elemento extranjero surgen tres problemas que las normas de Derecho internacional privado tienen que resolver. El primero de ellos es la determinación del tribunal competente que debe ser resuelto antes de pasar al problema de la determinación de la Ley aplicable. Presentan un orden jurídico-lógico, por lo que no se puede determinar la Ley aplicable si no se sabe cuál es el tribunal competente. Por ello, lo más acertado es que el legislador hubiera mencionado, en primer lugar, cómo se soluciona el problema de la competencia judicial internacional en materia de contratos electrónicos. Es cierto que la Directiva señala claramente en su art. 3.4 que *no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia*. Hay que mencionar que el legislador comunitario parte de que el problema de la “jurisdicción de los tribunales competentes” es algo distinto a las normas de Derecho internacional privado. Pero el legislador comunitario se equivoca, pues las normas de Derecho internacional privado regulan tanto el problema de la determinación del tribunal competente, como el problema de la determinación de la Ley aplicable y, por último regula el problema de la validez extraterritorial de las decisiones judiciales extranjeras. Una vez aclarado este error del legislador comunitario hay que tener en cuenta que el Anteproyecto de Ley de 30 de abril de 2001 en su art. 27 sí mencionaba el problema de la determinación del tribunal competente. Lo que se le olvidó justamente al legislador en el Anteproyecto fue mencionar el problema de la Ley aplicable, aunque, sorprendentemente, en la LSSI no aparece mención alguna a este problema y sí a la ley aplicable. En realidad no hubiera hecho falta que la LSSI mencionara estos temas de Derecho internacional privado pues la Directiva ya había dejado claro que escapaban de la regulación de la misma¹⁴. Por eso, no se entiende que el legislador

¹³ A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 413.

¹⁴ J. PLAZA PANADÉS, “La contratación electrónica en el Anteproyecto español de la ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico de 21 de enero del 2000”, *Revista Electrónica de Derecho Informático*, núm. 35, junio del 2001, pp. 3-4 y 17; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 244.

español volviera a introducir el dedo en la llaga para intentar dar solución a unos problemas de Derecho internacional privado sin orden ni concierto que, por otro lado, ya estaban solucionados.

III. Condiciones de aplicación del art. 26 LSSI a los contratos de consumidores

15. ¿Cuándo es de aplicación la disposición contenida en el art. 26 de la LSSI a los contratos de consumidores objeto del Derecho internacional privado español? Varios son los requisitos que deben cumplirse para que pueda aplicarse lo recogido en el art. 26 LSSI:

1º El contrato debe ser *electrónico*. Según la LSSI un *contrato electrónico* o *contrato celebrado por vía electrónica* es todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” (según las definiciones que recoge el anexo de la LSSI, apartado h)¹⁵. Una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la red; es decir, ambas partes tienen que manifestar su deseo de contratar por medios electrónicos¹⁶. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (núm. 1), Málaga, núm. 142/2006, 1 septiembre 2006 establece este criterio en relación con un contrato de reserva de billete de avión electrónico celebrado entre un consumidor y la Compañía Spanair¹⁷. Esta decisión es importante porque deja claro que “él régimen de contratación por vía electrónica que recogen los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico participan de los efectos previstos en el ordenamiento jurídico para el común de los contratos que hasta ahora habían sido objeto de regulación en nuestro derecho”. Lo único diferente es que un contrato electrónico “exige un común acuerdo entre las partes en la utilización de (...) medios electrónicos”, pero por lo demás su régimen jurídico se regula por las normas aplicables al resto de los contratos (Fundamento segundo).

2º Además debe intervenir un *consumidor*. Esta misma Ley considera que es *consumidor* una persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (según las definiciones que recoge el anexo de la LSSI, apartado e). Según este precepto son consumidores “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Sin embargo, la utilización de este concepto tradicional para definir al consumidor electrónico no está exento de problemas¹⁸. Normalmente el consumidor electrónico no es un simple consumidor pasivo sino que se adentra en el ciberespacio buscando la mejor oferta e información. Se trata de un consumidor “informado”¹⁹. Además la inclusión de las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor choca frontalmente con la definición de consumidor del art. 2 de la Directiva sobre comercio electrónico, pues el legislador comunitario excluye a las personas jurídicas. El art. 2 de la Directiva define al consumidor como “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su acti-

¹⁵ R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 71-85; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 232.

¹⁶ G. BOTANA GARCÍA, “Noción de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 62; A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 31; M.J. REYES LÓPEZ, “Un paso más en la protección del consumidor: contratación electrónica y conformidad y garantía”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 207, abril de 2002, p. 74.

¹⁷ AC 2006/1888.

¹⁸ M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 231.

¹⁹ J.M. CENDOYA MÉNDEZ, “La protección de los consumidores”, en R. MATEU DE ROS/J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 135.

vidad económica, negocio o profesión”²⁰. Sin embargo, la inclusión de las personas jurídicas en el ámbito subjetivo de la LSSI se justifica en el hecho de que la Directiva es una norma de mínimos²¹.

Ahora bien, estos conceptos no son aplicables para determinar la Ley que rige el contrato electrónico internacional de consumidores, puesto que se tratan de unas definiciones propias del ordenamiento jurídico español, que sólo son aplicables en los casos de los contratos internos.

3º Sin embargo, el tercer requisito es que el contrato sea *internacional*²². Sentadas estas bases el concepto de contrato electrónico, hay que preguntarse qué debe entender por contrato electrónico *internacional*. La internacionalidad de los contratos electrónicos es muy difícil de determinar cuando los elementos extranjeros no son conocidos por las partes²³. Ellas pueden deliberadamente ocultar los elementos extranjeros o, por el contrario, inventarse tales elementos extranjeros, *ad ex.*, introduciendo elementos de extranjería en la página web del prestador de servicios falsos.

Existen muy pocas normas en el ordenamiento jurídico español que concreten el carácter internacional del contrato –como hace el art.1.1 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980- y menos aún en contratos en los que interviene un consumidor. Ahora bien, el Reglamento Roma I parece decantarse por la tesis del “elemento extranjero puro” al señalar en su art.1.1 que el Reglamento Roma I sólo es aplicable a las obligaciones contractuales “en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”²⁴. Según esta tesis un contrato electrónico es internacional cuando presenta un elemento extranjero, con independencia de la intensidad, relevancia o naturaleza del elemento extranjero. Es la llamada tesis del “elemento extranjero puro”, es decir, cualquier elemento extranjero internacionaliza el contrato electrónico y lo convierte en un contrato electrónico internacional, objeto de las normas de Derecho internacional privado. Cuando el contrato electrónico es internacional pasa a ser objeto del Derecho internacional privado por lo que son tres las cuestiones que dichas normas tiene que resolver: un problema de competencia judicial internacional o cuál es el tribunal competente para conocer de un litigio derivado de un contrato electrónico internacional; una vez solucionado el problema del tribunal competente, surge un segundo problema, la determinación de la ley aplicable al contrato electrónico internacional y, una vez dictada la sentencia, en tercer lugar, surge un problema de validez extraterritorial de decisiones extranjeras o cómo se reconoce y/o ejecuta una decisión extranjera en materia de comercio electrónico ante un juez español. Como ya sabemos la LSSI sólo hace referencia al segundo de estos problemas y no para determinar la ley aplicable sino para remitirse a las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español.

16. En el caso de que el contrato electrónico en el que interviene un consumidor sea *internacional* los conceptos empleados por la LSSI para definir qué se entiende por contrato electrónico y por consumidor podrán aplicarse sólo en dos supuestos: a) cuando los jueces españoles sean competentes si la *lex contractus*, fijada por las normas de conflicto recogidas en el Reglamento Roma I, es la Ley española para fijar el Derecho material español aplicable al caso concreto; y b) para definir los conceptos empleados por las normas de Derecho internacional privado de producción interna en la determinación de la

²⁰ M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGO (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 46-47.

²¹ A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 30.

²² Sobre la “internacionalidad del contrato”, *vid.* S.M. CARBONE/R. LUZZATTO, “Contratti internazionali, autonomia privata e diritto material uniforme”, *Dir. comm. int.*, 7, 1993, pp. 755-790; *Id.*, *Il contratto internazionale*, Torino, UTET, 1994; G.-R. DELAUME, “What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, *I.C.L.Q.*, 1979, pp. 258-279; J-M JACQUET, *Le contrat international*, Paris, Dalloz, 1992, *passim*; P. LALIVE, “Sur une notion de «contrat international»”, *Multum Non Multa. Festschrift für Jurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karlsruhe, 1980, pp. 135-155; O. LANDO, “International situations and «situations involving a choice between the laws of different legal systems»”, K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonisation of Private International Law by the EEC*, Londres, 1978, pp.15-24; R. DE NOVA, “Quando un contratto è internazionale”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, pp. 667 y ss.; A. SINAGRA, “Natura e contenuto della internazionalità dei contratti”, *Études en l'honneur de Roberto Ago*, IV, Milano, A. Giuffrè, 1987, pp. 349-382.

²³ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, Paris, 2002, p. 125

²⁴ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado Vol. I*, 10ª ed., Granda, Comares, 2009-2010, p. 17; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 28-29.

ley aplicable a los contratos internacionales, en concreto, por los arts. 10.5 Cc y concordantes, *ex art.* 12.1 Cc –“*La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española-*”, cuando no sea de aplicación ninguna norma de Derecho internacional privado convencional o comunitaria aplicable al respecto. En este sentido, si es de aplicación el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable al contrato internacional electrónico *Business to Consumer* la calificación no puede hacerse jamás conforme al Derecho español sino a través de una calificación autónoma y propia que no tiene por qué coincidir con la calificación otorgada por el Derecho español.

IV. Normas de Derecho internacional privado español aplicables a los contratos electrónicos de consumidores

17. ¿Cuáles son las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español aplicables a los contratos electrónicos de consumidores a las que se refiere el art. 26 LSSI?

No existen normas específicas reguladoras de la contratación electrónica desde un punto de vista de Derecho internacional privado. Tanto el legislador comunitario como el legislador español eran conscientes de la dificultad de crear normas especiales de Derecho internacional privado aplicables a los contratos electrónicos. Por este motivo, la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico dejó la solución de los problemas de Derecho internacional privado fuera de su ámbito de acción y, justamente por ello, no se entiende que el art. 26 LSSI intente dar una solución a unos problemas jurídicos que escapan del ámbito de aplicación de la Directiva cuyo art. 1.4 transpone.

Dicho esto, hay que aplicar las soluciones tradicionales de Derecho internacional privado para determinar la Ley aplicable a los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor. Esta solución no está exenta de problemas pues los criterios tradicionales de Derecho internacional privado se pueden volver inoperantes en la realidad mundial de Internet, al no ser capaces de precisar una vinculación del supuesto concreto con un país²⁵.

1. Determinación de los tribunales competentes

18. Hay que tener en cuenta que para resolver esta cuestión es necesario determinar antes los jueces y tribunales competentes, pues son los jueces o tribunales competentes en materia de contratos electrónicos de consumo los que tienen que dar respuesta a este problema. Sólo una vez que se soluciona el problema de la determinación de los tribunales competentes es posible dar un segundo paso en la búsqueda de la Ley aplicable. Tampoco existen normas especiales en la determinación de los tribunales competentes en materia de contratos electrónicos cuando interviene un consumidor. Por ello hay que aplicar las normas de competencia judicial internacional tradicionales aplicables a los contratos en los que interviene un consumidor, con independencia de que sean o no electrónicos.

19. Para determinar la competencia judicial internacional deben considerarse distintos instrumentos legales: 1º) Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, en vigor para España desde el 1 de marzo de 2002, y Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968, que ha sido sustituido por el Reglamento 44/2001 en relación con los Estados parte del Convenio de Bruselas, que sólo ha quedado para aplicarse en relación con los territorios de los Estados comunitarios en los que el Reglamento 44/2001 no se aplica (básicamente determinados territorios de ultramar), en virtud del art. 299 TCE; y el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 que va a ser sustituido por el Convenio de Lugano II de 30 de octubre de 2007, aplicable en las relaciones entre Islandia Noruega y Suiza entre sí, y en las relaciones entre esos tres Estados y los Estados comunitarios, ambos del mismo nombre que el Reglamento 44/2001; 2º) Art. 22 LOPJ, que sólo se aplica subsidiariamente en el caso de que ningún instrumento internacional rijan la cuestión.

²⁵ A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 25.

20. El Reglamento 44/2001 es el instrumento internacional más importante para determinar la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles, dado su ámbito de aplicación material tan amplio, “materia civil y mercantil”. Todos los Estados comunitarios son participantes en el Reglamento 44/2001, por lo que distribuye o reparte la competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales de consumo entre todos los Estados miembros de la Unión Europea. El Reglamento 44/2001 dispone de varios foros que protegen al consumidor en los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001²⁶.

21. Para que la protección del consumidor sea efectiva en lo que se refiere a la competencia judicial internacional contemplada en los arts. 15 a 17 Reglamento 44/2001, debe tratarse de uno de los siguientes contratos: 1) Una “venta a plazos” de “mercaderías”; 2) Un préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; 3) Cualquier otro contrato concluido por consumidores, siempre que la otra parte contratante ejerciera actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades. Este tercer inciso es una novedad incorporada por el Reglamento 44/2001 previsto, fundamentalmente, para los “contratos de consumo *online*”. El art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 impone la “carga de litigar” en el país de domicilio del consumidor a la empresa que opera habitualmente en dicho país (*Doing Business Rule*) o que dirige sus actividades a dicho país (*Stream-Of-Commerce Rule/Country-Of-Destination Rule*). Se protege así al “consumidor pasivo”, que es el consumidor que ha sido “asaltado” en el país de su domicilio por un profesional domiciliado en otro Estado miembro. Queda sin “protección jurisdiccional” el “consumidor activo”, consumidor que se desplaza a otro Estado comunitario para adquirir bienes o servicios, a menos que se trate de una venta a plazos de mercaderías o préstamo a plazos, caso en el que siempre está protegido. Este tercer inciso cubre “todo tipo de contrato”: ventas, alquileres, préstamos, licencias, permutas, etc. Se incluyen los contratos de *Time-Sharing*²⁷.

22. Básicamente los foros recogidos por el Reglamento 44/2001 son los siguientes:

a) Si el demandante es el consumidor, siempre que el consumidor y el profesional estén domiciliados en un Estado participante en el Reglamento 44/2001, el consumidor puede demandar al empresario, a su elección, ante los tribunales siguientes (art. 16 Reglamento 44/2001): a) Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario. Para la precisión del domicilio de las personas físicas y jurídicas, se aplican los arts. 59 y 60 Reglamento 44/2001. O b) Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor.

²⁶ *Vid.* sobre los foros de protección del consumidor recogidos por el Reglamento 44/2001, R. ARENAS GARCÍA, “Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968”, *REDI*, 1996-I, pp. 39-70; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp.653-662; M.V. CUARTERO RUBIO, “Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual”, *REDI*, 1995, vol.XLVII, pp. 81-118; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reg.44/2001”, *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, pp. 9-24; E. GAMBARO / N. LANDI, “Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”, *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371; S. JODLowski, “Les conventions relatives à la prorogation et à la derogation à la compétence internationale en matière civile”, *RCADI*, vol.143, 1974; A. KLEINKNECHT, *Die verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht*, Münster, 2007; J.J. MARTÍN ARRIBA, “El derecho de los consumidores comunitarios a ser asesorados y a acceder a la justicia”, *La Ley (CE)*, núm.91, 30.XI.1994, pp. 1-4; J. NORMAND / F. BALATE, “Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?”, *Cah.DE*, vol.26, 1990, pp. 273-351; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La contratación electrónica en el tráfico externo”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 195-199; M. PELICHET, “La vente internationale de marchandises et le conflit de lois”, *RCADI*, vol.201, 1987, pp. 9-210; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatund Prozessrecht*, Tübingen, 2006; M. TAMBURINI, “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, *Studi M.Giuliano*, Padova, 1989, pp. 869-879; E. TEUBER, *Die internationale Zuständigkeit bei Verbraucherstreitigkeiten*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; H. UNBERATH / A. JOHNSTON, “The Double-Headed Approach of the ECJ concerning Consumer Protection”, *CMLR*, 2007, pp. 1237-1284.

²⁷ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 654-655 y pp. 659-662; M. FALLON/J. MEEUSEN, “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, *RCDIP*, 2002, pp. 435-490.

b) Ahora bien, si el consumidor es el demandado la empresa sólo podrá interponer una acción contra el consumidor ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (art. 16.2 Reglamento 44/2001). También pueden el consumidor y la empresa acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Pero, para ello, es preciso que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitieren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento o que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos (art. 17 Reglamento 44/2001). En el caso de contratos electrónicos de consumo *Business to Consumer* cabe la *elección online* del tribunal estatal competente. La sumisión tácita a los tribunales de un Estado parte en el Reglamento 44/2001 (art. 24 Reglamento 44/2001) es plenamente operativa en la contratación con consumidores.

23. Si el Reglamento 44/2001 o ningún Convenio internacional es aplicable, los tribunales españoles podrán conocer de litigios relativos a contratos de consumo en los términos del art. 22 LOPJ, en los siguientes casos: 1º) Cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ); 2º) Cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ); 3º) Tratándose de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición, cuando el comprador tenga su domicilio en España (art. 22.4 LOPJ); 4º) Tratándose de “cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles”, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato (art. 22.4 LOPJ). En este caso, no se exige que el consumidor tenga su domicilio o residencia habitual en España. Ahora bien, este último foro recogido por el art. 22 LOPJ favorece demasiado al consumidor y perjudica al empresario que contrata *online*, pues va a quedar sometido a los tribunales españoles simplemente por el hecho de que su publicidad *online* sea visible en España. Por ello, lo más correcto es exigir además que el empresario tenga la intención de operar “hacia el mercado español” para captar clientes, básicamente mediante dos estrategias comerciales: *Doing Business* -cuando el empresario comercia normalmente en el país del domicilio del consumidor- y *Stream of Commerce* -cuando el empresario dirige sus actividades comerciales o profesionales, intencionadamente, y por cualquier medio, al Estado del domicilio del consumidor o a varios Estados, incluido el Estado del domicilio del consumidor-²⁸.

2. Determinación de la Ley aplicable

24. Si los tribunales españoles son competentes para dirimir un litigio relativo a un contrato internacional electrónico de consumo deben determinar la Ley aplicable a este contrato internacional. No existen normas específicas en la determinación de la Ley aplicable a los contratos electrónicos por lo que hay que aplicar las normas de Derecho internacional privado españolas tradicionales. Pues bien la Ley aplicable se determina conforme al Reglamento 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor el 17 de diciembre de 2009 y que ha venido a sustituir al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, del mismo nombre, que sólo será aplicable residualmente a los contratos internacionales celebrados con anterioridad a esa fecha y con posterioridad al 1 de septiembre de 1993²⁹. Subsidiariamente serán de aplicación los arts. 10.5 y concordantes del Cc. en relación con los contratos celebrados con anterioridad al 1 de septiembre de 1993, fecha en la que entró en vigor el Convenio de Roma de 1980, y para los contratos internacionales excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma³⁰.

²⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Operaciones internacionales de consumo” A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado vol. II*, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 657-659.

²⁹ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La contratación electrónica en el tráfico externo”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 192-195.

³⁰ Sobre las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español anterior a la entrada en vigor del Convenio de Roma, *vid.* A.J. ADRIÁN ARNÁIZ, “Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas”, *REDI*, 1987, pp. 45-66; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios a las reformas del*

A) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores pasivos

25. El Reglamento Roma I es Derecho en vigor en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea salvo Dinamarca (art. 1.4 Reglamento Roma I). Contiene una norma de conflicto especialmente diseñada para determinar la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores: art. 6 Reglamento Roma I³¹. Ahora bien, ni la Directiva 2000/31/CE de 8 junio 2000 [comercio electrónico en el

Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975), vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 520-529; A. REMIRO BROTONS, "Artículo 10.5", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289-321.; J. SANTOS BRIZ, "Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código civil", *DJ*, 1974, pp. 1370-1392. Sobre el Convenio de Roma aplicable a las obligaciones contractuales, *vid.*, en general, AA.VV., "Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti", *XV Tavola rotonda di Diritto Comunitario, Génova, 21-22 de mayo 1982*, Padova, 1983; TH. M. DE BOER, "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective", *RabelsZ*, 1990, pp.24-62; Consejo Nacional del Notariado (ed.), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El CR sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980", en A.L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 41-143; ID., "Ley aplicable al contrato internacional", *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 49-96; ID., "Contratos internacionales I", "Contratos internacionales II: algunos contratos", "Operaciones internacionales de consumo" en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 448-684; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil internacional*, 2ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 521-563; J. FOYER, "Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *JDI (Clunet)*, n°3, 1991, pp. 601-631; H. GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau droit international privé européen des contrats (commentaire de la Convention CEE n° 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Rev. trim. dr. europ.*, 1981, pp. 215-285; ID., "La Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journées de la Société de législation comparée*, 1985, pp. 287-304; A. GIARDINA, "La Convenzione comunitaria sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e il diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int.*, 1981, pp. 795-820; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992; J.L. IGLESIAS BUIGUES, "Proyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *R.I.E.*, vol.7, 1980, pp. 995-1027; E. JAYME/M.L. FORLATI PICCHIO, *Giuridizione e legge applicabile ai contratti nella CEE*, Padova, Cedam, 1990; F.K. JÜENGER, "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations", *Virginia Journ. I.L.*, 1981, pp.123-141; ID., "Parteiautonomie und objective Anknüpfung in EG-Übereinkommen zum Internationalen Vertragsrecht. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht", *RabelsZ*, 1982, pp. 57-83; P. LAGARDE, "Le nouveau droit droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 287-340; O. LANDO, "The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations", *Comm. Mark. Law Rev.*, 1987, pp. 159-214; K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978; D. MARTINY, "Das Römische Vertragsrecht-sübereinkommen vom 19. Juni 1980", *Z.E.u.P.*, 1993, pp. 298-305; C.G.J. MORSE, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Y. B. Eur. L.*, 1982, pp. 107-171; P.M. NORTH (ed.), *Contract conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study*, Amsterdam, 1982; A. ORTIZ-ARCE, "El anteproyecto de convenio de la CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Análisis del nuevo texto de marzo de 1978", *R.I.E.*, vol.6, I, 1979, pp. 79-98; F. PANTALEÓN, "Art.1902 C.c.", *Comentario del Código civil*, 2ª ed., Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1971-2003; R. PLENDER, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, Sweet & Maxwell, 1991, 351 p.; F. POCAR, "L'unification des règles de conflit en matière de contrats dans la Communauté économique européenne", *Comunicazioni e Studi*, vol.XV, 1978, pp. 165-193; F. RIGAUX, "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cah. droit eur.*, 1988, pp. 306 y ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, "El CR de 19 de junio de 1980 veinticinco años después: balance y perspectivas de futuro" en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 497-534; G. SACERDOTI/M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, A. Giuffrè, 1993; M. VIRGÓS SORIANO, "El CR de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y S. MUÑOZ MACHADO, tomo III, Madrid, 1986, pp. 753-825; ID., "Obligaciones contractuales", pp. 143-207; id., "Art.10.5 C.c.", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, Madrid, Edersa, 1995 pp. 609-693; E. VITTA, "La convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, pp. 837-852; ID., "Influenze americane nella convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, pp. 261-278; R.J. WEINTRAUB, "How to Choose Law for Contracts, and How Not to: The EEC Convention", *Texas Int.L.J.*, 1982, pp. 155-166; P.R. WILLIAMS, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *I.C.L.Q.*, 1986, pp.101-105; F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962.

³¹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, 1992; B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, 2003; A. BOGGIANO, "International Standard Contracts", *RCADI*, 1981, vol.170, pp. 9-113; B. BÖHM, *Verbraucherschutz im internationalen Privatrecht*, Diss. Bayreuth, 1993; M. BOHMER, *Das deutsche internationale Privatrecht des timesharing*, 1993; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; N. DOWNES, "Conflicting Interest in Timeshare Contracts Revisited on the Occasion of the ECJ (First Chamber) Case C-73/04 Judgment 13 October 2005, Brigitte and Marcus Klein v. Rhodos Ma-

mercado interior], ni la LSSI, ni las Directivas comunitarias en materia de contratos celebrados por consumidores contienen normas sobre la determinación de la “Ley aplicable” a los contratos electrónicos internacionales de consumo (art. 1.4 Dir. CE y art. 26 LSSI). Tampoco el art. 6 Reglamento Roma I ha introducido normas o cautelas específicamente previstas o diseñadas para los contratos *online* o los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor. El legislador comunitario de 2008 fue consciente de ello. Por tanto, hay que aplicar el art. 6 Reglamento Roma I también a los contratos electrónicos de consumo. Sin embargo, el art. 6 Reglamento Roma I sólo regula ciertos contratos concluidos por con-

nagement Ltd”, *European Review of Private Law*, 2007-1, pp. 157 y ss.; D. DAL BO, “La Direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori”, *DCI*, 1993, vol.VII, pp. 567-580; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; M. FALLON, “Le droit des rapports internationaux de consommation”, *JDI Clunet*, 1984, pp. 765 y ss.; M. FRIGO, “L’efficacia delle condizioni generali di contratto alla luce delle convenzioni di Roma e di Vienna del 1980”, *DCI*, 1993, pp. 521-538; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, 2006; L. FUMAGALLI, “Le clausole abusive nei contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1994, pp. 15-32; T.C. HARTLEY, “Consumer Protection Provisions in the EEC Convention”, en P.M. North (ed.). *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, a Comparative Study*, Amsterdam, 1982, pp. 111-124; M.W. HESSENLIK, “European Contract Law, A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?”, *European Review of Private Law*, 2007-3, pp. 323 y ss.; B.VON HOFFMANN, “Note AGB-Gesetz de 9 diciembre 1976”, *RCDIP*, 1977, pp. 636-638; A.C. IMHOFF-SCHEIR, *La protection du consommateur et contrats internationaux*, Ginebra, 1981; E. JAYME, “Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Droit international et droit communautaire. (Actes du colloque, Paris, 5-6 avril 1990)*, Paris, 1991, pp. 77-86; U. KELP, *Time-Sharing-Verträge*, Baden-Baden, Nomos, 2005; L. KRÄMER, *La CEE et la protection du consommateur*, Bruxelles, 1988; J. KROPHOLLER, “Das kollisionsrechtliche System des Schutzes der schwächeren Vertragspartei”, *Rabels Z.*, 1978, pp. 634-661; P. LAGARDE, “Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l’Union européenne”, en *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à J. Ghestin*, 2001, pp. 511-521; O. LANDO, “Consumer Contracts and Party Autonomy in the Conflicts of Law”, *Mélanges A.Malmström*, Estocolmo, 1972, pp. 141-164; L.D. LOACKER, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht: zum Anwendungsbereich von Artikel 5 des Europäischen Schuldvertragsübereinkommens aus österreichischer und deutscher Sicht*, München, Sellier, 2006; M.B.M. LOOS, “The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization”, *European Review of Private Law*, 2007-3, pp. 515 y ss.; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131-189, esp. pp. 166-170; P. MANKOWSKI, “Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung: Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?”, *ZVglRW*, 2006, pp. 120-163; M. MARGHERITA SALVADORI, “La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma”, en G. SACERDOTI / M. FRIGO, *La convenzione...*, pp. 151-168; A-M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’Union Européenne*, Marseille, PUAM, 2001; C.G.J. MORSE, “Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention”, *ICLQ*, 1992, pp. 1-21; L. NIGLIA, “The “Rules” Dilemma – The Court of Justice and the Regulation of Standard form consumer contracts in Europe”, *The Columbia Journal of European Law*, 2006-2007, pp. 125-146; F. OSMAN, “La loi applicable aux contrats transfrontières de crédits a la consommation”, *DPCI*, 1992, pp. 279-306; M. PELICHET, “Les ventes aux consommateurs”, *RCADI*, 1980, vol.168, pp. 185-230; G. PIZZOLANTE, “L’incidenza del diritto comunitario sulla determinazione della legge applicabile ai contratti dei consumatori”, *RDIPP*, 2005, pp. 377-406; G. PIZZOLANTE, “I contratti con i consumatori nella proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali”, *RDIPP*, 2006, pp. 987-998; G. PIZZOLANTE, “I contratti conclusi dai consumatori nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 50-61; F. POCAR, “La protection de la partie faible en droit international privé”, *RCADI*, 1984, vol.188, pp. 339-418; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, 2006; A. QUINONES ESCÁMEZ, “Globalización, regionalización y nuevas tecnologías en el DIP de los contratos de consumo (mercado interior y Convenio de Roma)”, en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Univ.Cantabria, Madrid, 2003, pp. 231-242; ID., “Incorrecta transposición de la noción de ‘vínculo estrecho con el territorio comunitario’ de las Directivas de consumo (STJCE de 9.9.2004, as. 70/03 Comisión c. España)”, *RDCE*, 2005, pp. 535-551; M. REQUEJO ISIDRO, “Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional”, *REDI*, 2005, vol. 57, pp. 257-288; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privat- und Prozessrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; J. SAUVEPLANNE, “Consumer protection in Private international law”, *NILR*, 1985, pp. 100-122; A. SYNAY-CYTERMANN, “Nota a Cass. 23 marzo 2006 Francia [contratos internacionales de consumo]”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 537-543; M. TAMBURINI, “Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo”, *L’unificazione del diritto internazionale privato e processuale (Studi in memoria di Mario Giuliano)*, Cedam, Padova, 1989, pp. 869-879; T. TREVES, “Un nuovo labirinto normativo in tema di legge applicabile alla vendita: le vendite ai consumatori”, *Studi G. Broggin*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 561-576; R.G. WILLHELM, *Verbraucherschutz bei internationalen Fernabsatzverträgen: der Schutz deutscher Verbraucher bei internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen im Fernabsatz unter Berücksichtigung des europäischen Verbraucherschutzes*, Hamburg, 2007; E. ZABALO ESCUDERO, “Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el DIPr.”, *REDI*, 1985, pp. 109-126.

sumidores a la hora de fijar su “Ley aplicable”. Para ello, el contrato debe cumplir ciertas “condiciones subjetivas”, ciertas “condiciones materiales” y ciertas “condiciones espaciales”.

Las condiciones *subjetivas* de aplicación que exige el art. 6.1 Reglamento Roma I son que contrato haya sido celebrado entre un “consumidor” y un “profesional”³². El Reglamento Roma I sólo protege al consumidor “pasivo”. Éste es el consumidor que recibe la oferta de contrato o publicidad de empresarios y profesionales radicados en el extranjero “en el Estado de su domicilio”. El consumidor pasivo no provoca la internacionalidad del contrato. Ha sido el empresario el que, al realizar sus ofertas ha asumido y aceptado que desea celebrar un contrato con consumidores que tienen su residencia habitual en otro país. El consumidor puede incluso no saber que el empresario que le ofrece sus bienes o servicios tiene su sede en un país extranjero. En concreto, el art. 6.1 *in fine* Reglamento Roma I copia estas exigencias del art. 15 R.44/2001. Tanto el Reglamento 44/2001 como el Reglamento Roma I estiman que el consumidor que puede acceder a una oferta por Internet en el país de su domicilio es un “consumidor pasivo” y por ello merece protección por parte de las normas de Derecho internacional privado. Están excluidos los consumidores activos, es decir, aquel consumidor que se desplaza para consumir al país del empresario o profesional, y las personas jurídicas del término consumidor, así como los falsos consumidores, es decir, las personas físicas que operan en la esfera de su actividad profesional, no en la esfera privada; y los consumidores ocultos, o los consumidores que en el tráfico internacional parecen actuar como un profesional. El “profesional” es el otro contratante que actúa “*en ejercicio de su actividad comercial o profesional*”.

En cuanto a las condiciones *materiales*, en general, todo contrato celebrado entre profesional y consumidor está cubierto por el art. 6 Reglamento Roma I³³. El art. 6 Reglamento Roma I ha cambiado el enfoque anterior que adoptaba el art. 5 Convenio de Roma, que contenía un “catálogo cerrado de contratos” respecto de los cuales el consumidor estaba protegido por el precepto. Ahora bien, el art. 6.4 Reglamento Roma I enumera una serie de contratos que están excluidos de la regulación contemplada en el art. 6 Reglamento Roma I, para fijar la Ley aplicable a los contratos muy proteccionista de los consumidores. Están excluidos los siguientes contratos: contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquél en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 6.4.a Reglamento Roma I); contratos de transporte que no sean “package tours” (art. 6.4.b Reglamento Roma I); contratos sobre inmuebles (art. 6.4.c Reglamento Roma I); contratos sobre adquisición de valores negociables mediante oferta pública de adquisición y contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva (art. 6.4.d Reglamento Roma I); y contratos celebrados en sistemas multilaterales de compra y de venta sobre instrumentos financieros (art. 6.4.e Reglamento Roma I).

Las condiciones *espaciales* de aplicación que exige el art. 6.1 Reglamento Roma I son: que el profesional ejerza “*sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual*”³⁴. Es la regla “*Doing Business*”. O que el profesional haya dirigido, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al país de la residencia habitual del consumidor o a distintos países, incluido ese país. Por tanto se exige que la actividad del profesional sea una “actividad dirigida” al país de la residencia habitual del consumidor (Considerando 24 Reglamento Roma I). Es la regla “*Stream-Of-Commerce*”.

26. En el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el art. 6 Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes si se verifican las exigencias del art. 6.2 Reglamento Roma I y, en su defecto, por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor. En primer término, el contrato de consumidores se rige por la Ley elegida por los contratantes (art. 6.2 Reglamento Roma I y art. 3 Reglamento Roma I), en las

³² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 276-277.

³³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 271-275.

³⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 277-281.

condiciones expuestas anteriormente. En defecto de una válida elección de Ley “favorable al consumidor”, en el sentido del art. 6.2 Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la Ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (art. 6.1 Reglamento Roma I). Se trata de una norma de conflicto *neutra* que no tiene en cuenta el contenido de la Ley de la residencia habitual del consumidor, con independencia de los resultados a los que conduce la aplicación de dicha Ley y los objetivos perseguidos por el legislador.

B) Ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores activos o consumidores personas jurídicas.

27. Ahora bien, las personas jurídicas no son consideradas consumidores por el Reglamento Roma I, por lo que no puede determinarse la Ley aplicable al contrato de consumo cuando el consumidor es una persona jurídica por el art. 6 Reglamento Roma I, norma específica en materia de consumidores, sino por los arts. 3 y 4 Reglamento Roma I, normas que regulan la Ley aplicable a los contratos en general, cuando no existe una parte débil en el mismo. El Reglamento Roma I no considera a las personas jurídicas consumidores, pero sí que regula la Ley aplicable a cualquier contrato internacional, incluidos los celebrados por personas jurídicas. Igualmente, la Ley aplicable a los contratos electrónicos celebrados por consumidores *activos* se determina por las normas generales en materia de contratos internacionales, *ex* arts. 3 y 4 Reglamento Roma I³⁵. Dicho de otro modo el consumidor que se desplaza para consumir al país del empresario o profesional, el que internacionaliza la relación jurídica, no está protegido por el Reglamento Roma I como parte débil del contrato, por lo que la determinación de la ley aplicable a los contratos celebrados por este consumidor activo y un profesional se debe hacer conforme a las reglas generales aplicables al resto de contratos, *ex* art. 3 y 4 Reglamento Roma I.

El primer punto de conexión que utiliza el Reglamento Roma I para determinar la *lex contractus* es la “autonomía de la voluntad conflictual” de las partes: las partes son libres de elegir la Ley que va a regular el contrato internacional realizado. Las partes tienen el derecho subjetivo de elegir la Ley aplicable a su contrato internacional que consideren más adecuada. No se exige un “vínculo objetivo” con el contrato, por lo que no se puede hablar de fraude de Ley en materia de contratos internacionales. Sin embargo, los arts. 3.3 y 3.4 Reglamento Roma I recogen dos cláusulas anti-fraude aplicables a los casos internos y a los casos intracomunitarios, respectivamente³⁶. En este sentido, aunque el art. 1.1 Reglamento Roma I exige para su aplicación que las situaciones impliquen un “conflicto de Leyes”, el art. 3.3 Reglamento Roma I señala que “*cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*”. El art. 3.3 Reglamento Roma I, al igual que el art. 3.3 Convenio de Roma, regula los llamados “contratos internos”, cuyos elementos están localizados en un mismo ordenamiento jurídico salvo el Derecho elegido por los contratantes que es un Derecho extranjero. Según este precepto un contrato interno no se volvería internacional por el simple hecho de que las partes elijan un Derecho extranjero como ley aplicable. Igualmente el art. 3.4 Reglamento Roma I establece que se aplicarán las disposiciones del Derecho comunitario “*cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros*” y las partes hayan elegido como *lex contractus* de Ley de un Estado no miembro de la Unión Europea. El art. 3.4 Reglamento Roma I le da la posibilidad a las partes de elegir una Ley de un Estado no miembro del Reglamento Roma I. Ahora bien, dicha Ley elegida de un Estado no miembro se aplicará “sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Esta regla relativa a los contratos domésticos –art. 3.3 Reglamento Roma I– que se hace aplicable a los contratos comunitarios se establece para evitar el fraude de Ley a las normas imperativas comunitarias. La aplicación del Derecho Comuni-

³⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 285-286.

³⁶ E. CASTELLANOS RUIZ, El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles, Granada, Comares, 2009, pp. 98-107.

tario de consumo en los casos “estrechamente vinculados con la Unión Europea” y la prevalencia de las soluciones de Derecho internacional privado contenidas en las Directivas comunitarias de consumo sobre las soluciones de Derecho internacional privado contenidas en el Reglamento Roma I (art. 23 Reglamento Roma I), evita que el contrato de consumo se rija por la Ley elegida por las partes. En efecto, sea cual sea la Ley elegida por los contratantes, serán de aplicación al contrato las disposiciones de estas Directivas. Las Directivas comunitarias protegen no sólo al “consumidor activo”, sino a “todo consumidor”, siempre que se cumplan las “condiciones de aplicación espacial” de las Directivas. Es cierto que las Directivas comunitarias sólo cubren, expresamente, un caso específico: contrato de consumo respecto del cual se ha elegido como Ley aplicable, la Ley de un “tercer Estado”.

Hay que tener en cuenta varios datos para entender por qué este límite impuesto a los “contratos intracomunitarios” es difícilmente aplicable en la práctica:

1º) El problema de la traslación de esta regla a los contratos comunitarios, esto es, los contratos que se encuentran localizados en uno o varios Estados comunitarios, no tiene mucho sentido porque no existe una diferencia entre normas imperativas comunitarias aplicables a los casos puramente comunitarios y normas imperativas comunitarias aplicables a los casos internacionales.

2º) Las normas comunitarias, como las Directivas o los Reglamentos, prevalecen siempre sobre la voluntad de los contratantes, no por el art. 3.4 del Reglamento sino sobre la base del art. 23 del Reglamento Roma I. El art. 23 Reglamento Roma I dispone: “*Con excepción del artículo 7, el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales*”.

3º) Para entender este supuesto habría que distinguir entre dos tipos de normas comunitarias: la Directiva y el Reglamento, pues su funcionamiento y aplicación son distintos. No es igual, jurídicamente hablando, que el contrato se vea afectado por la aplicación de una Directiva que por la aplicación de un Reglamento comunitario. Cuando se trata de aplicar una Directiva comunitaria la transposición de la misma puede variar de un Estado miembro a otro. El art. 3.4 *in fine* del Reglamento soluciona este problema al disponer que se aplicará el Derecho comunitario tal y como se aplique en el Estado miembro del foro. Si, por el contrario, el contrato se ve afectado por disposiciones imperativas contenidas en Reglamentos comunitarios, visto que el Reglamento comunitario es único en todos los Estados miembros, los preceptos del mismo “que no puedan excluirse mediante acuerdo”, se aplicarán al contrato siempre, sin necesidad de que lo refleje expresamente el Reglamento Roma I.

4º) Además, las Directivas y Reglamentos comunitarios, en muchos casos, se aplican aunque no se encuentren todos los elementos del contrato localizados en uno o varios Estados miembros de la Unión Europea. Lo importante para que se aplique el Derecho comunitario es que se den los elementos necesarios de aplicación territorial que exija la propia norma comunitaria³⁷. Los preceptos imperativos contenidos en Reglamentos o Directivas comunitarias sólo pueden aplicarse al contrato cuando éste aparezca cubierto por el ámbito de aplicación espacial de la normativa comunitaria. Así, *ad ex.*, las Directivas reguladoras de los contratos de consumidores sí recogen expresamente cuál es su ámbito de aplicación espacial. Pero, no todas las normas comunitarias recogen su ámbito de aplicación espacial. *Ad ex.*, la Directiva en materia de contrato de agencia no determina expresamente en el espacio su ámbito de aplicación. Por ello, es la jurisprudencia del TJCE la que ha señalado en la STJCE 9 noviembre 2000, *Ingmar vs. Eaton* que las normas de la Directiva 86/653/CEE de 18 diciembre 1986, sobre el contrato de agencia, se aplican siempre que el agente comercial ejercite su actividad “en un Estado miembro”³⁸.

28. El art. 3.4 Reglamento Roma I recoge un mecanismo de lucha contra el fraude de Ley al Derecho Comunitario. ¿Cuándo se produce el fraude de Ley al Derecho comunitario en el Reglamento Roma I? Este fraude se produce cuando la situación presenta objetivamente todos sus elementos en el marco de la Unión Europea y, aún así, las partes deciden someter el contrato a un Ordenamiento jurídico

³⁷ Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, nº 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, p. 11.

³⁸ U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131-189, esp. pp. 132-133.

de un Estado no miembro del Reglamento Roma I. En este caso, el Derecho comunitario imperativo, siempre que se encuentre la situación jurídica dentro del ámbito de aplicación espacial de dicha normativa comunitaria, se aplicará al contrato junto con la Ley designada por las partes que será de aplicación en lo que no contraríe a las normas imperativas del Derecho comunitario en cuestión³⁹.

29. El art. 3.1 Reglamento Roma I exige, para que la elección de Ley sea válida que la elección de la Ley sea “clara” y que se trate de una Ley “estatal”⁴⁰. Se entiende que la elección de Ley es “clara” tanto si la elección de Ley es expresa como si se trata de una elección tácita. Lo que no cabe es acudir a una normativa no estatal como los Principios de UNIDROIT de 1994 y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos del profesor O. LANDO. El Reglamento Roma I en su Considerando 13 dice claramente que la elección de un Derecho no estatal es una simple “incorporación por referencia”; por lo que a esta posible *lex contractus* no se le puede reconocer como tal, desligada de cualquier ordenamiento jurídico estatal, la naturaleza de una verdadera cláusula de Derecho aplicable; sino que, por el contrario, ha de haber siempre un sistema estatal “subsidiario” que complete las lagunas y regule las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de las normas no estatales. Cabe elegir la Ley aplicable a todo el contrato o sólo a una “parte del contrato”, siempre que esta parte tenga autonomía jurídica y económica.

30. En defecto de elección de ley, el art. 4 Reglamento Roma I señala la Ley aplicable partiendo de ocho tipos de contratos⁴¹. Esta formulación a la hora de determinar la ley aplicable es muy novedosa pues el art. 4 Convenio de Roma no establece una lista de contratos sino que fija en abstracto la Ley

³⁹ P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349.

⁴⁰ *Vid., per omnia*, respecto al poder de las partes de elegir la ley aplicable a los contratos internacionales en la doctrina española, M. AGUILAR NAVARRO en M. AGUILAR NAVARRO *et alii*, *Derecho civil internacional*, 4ª ed., Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1975 (reimpresión en 1979), pp. 521-656; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la ley de 2 de mayo de 1975)*, vol.I, Madrid, Tecnos, 1977, pp.520-529; ID., “Las obligaciones contractuales en el vigente Título Preliminar del Código Civil español”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, 1975, pp. 231-242; A.L. CALVO CARAVACA, “La ley aplicable a los contratos internacionales (el CR de 19 de junio de 1980)”, *Der. Neg.*, número 43, 1994, pp. 1-18; A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2003, pp. 49-96; ID., *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009-2010, pp. 494-517; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en A. MARÍN LÓPEZ *et alii*, *Derecho Internacional Privado II*, 8ª ed., Granada, 1994, pp.291-328; ID., *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 65-82; ID., *Globalización y Derecho internacional privado*, LiberLibro.com, Albacete, 2002, pp. 98-109; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; pp. 11-167; O. CASANOVAS Y LA ROSA, “La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado”, *A.D.C.*, 1976, pp. 1003-1020; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 53-110; ID., *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Comares, 1998, ID., *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, Comares, 1999; P. FERNÁNDEZ VIAGAS, “La autonomía de la voluntad en materia de obligaciones en el Derecho internacional de España y de la Zona de Protectorado en Marruecos”, *R.G.D.*, nº118-119, 1954, pp. 354-364; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “España se adhiere al CR de 19 de junio de 1980”, *REDI*, 1994, pp. 446-451; M. GUZMÁN ZAPATER, *Derecho Internacional Privado II*, Madrid, UNED, 1996, pp. 275-290; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado II* (revisada por N. BOUZA VIDAL), 10ª ed., Madrid, Atlas, 1987, pp. 292-317 y 336-364; J.A. PASTOR RIDRUEJO, “La ley aplicable al fondo de las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español”, *R.E.D.I.*, nº1, 1967, pp. 17-35; J.A. PÉREZ BEVÍA en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO *et alii*, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 257-292; J. QUERO MOLARES, “El principio de autonomía de la voluntad en derecho internacional privado”, *R.J.C.*, 1932, pp.214-237; A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289-321; J. SANTOS BRIZ, “Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código civil”, *D.J.*, nº4, 1974, pp.1363-1394; M. VIRGÓS SORIANO, “Obligaciones contractuales”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *et alii*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, Editorial Eurolex, 1995, pp. 143-207; ID., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989; id, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 609-694; ID., “Artículo 10.10 C.c.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2ª ed., dirigido por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, t.I, vol.II, Madrid, Edersa, 1995, pp. 769-788; ID. “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentario del Código civil*, Madrid, publicado por el Ministerio de Justicia, 1991, pp. 116-121.

⁴¹ Sobre el art. 4 Convenio de Roma, *vid. per omnia*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en A.-L. CALVO CARAVACA/P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y*

aplicable a todos los contratos internacionales en general. El art. 4.1 Reglamento Roma I señala: “*A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará*” por las presunciones establecidas en los párrafos a) a h) del art. 4.1, que se refieren a ocho tipos de contratos distintos, cuya ley aplicable es siempre la de la residencia habitual del prestador característico.

Tal y como señala el Considerando 19 Reglamento Roma I, el art. 4 Reglamento Roma I contiene los siguientes puntos de conexión:

1º “*En defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para el tipo particular de contrato* (art. 4.1 Reglamento Roma I). En concreto, los ocho contratos son los siguientes:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se rige por la Ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de prestación de servicios se rige por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se rige por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

d) el arrendamiento temporal de un bien inmueble, para un período máximo de seis meses consecutivos se rige por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

e) el contrato de franquicia se rige por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

f) el contrato de distribución se rige por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se rige por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2º En caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 Reglamento Roma I). Se trata de una solución de claro carácter residual.

3º En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad”. Dicho de otro modo, si el contrato está más vinculado con otro país distinto al indicado por los apartados 1 y 2 del art. 4 se aplicará la ley de ese otro país (art. 4.3 Reglamento Roma I).

Derecho, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La lucha por la prestación característica (I): Los contratos internacionales de distribución”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Directores), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005, pp. 397-420; ID., “La lucha por la prestación característica (II): Los contratos internacionales de edición”, en A.-L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA (Drs.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005, pp. 421-433; L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional, la prestación característica*, Bolonia, 1994; ID., “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, n.74, 2004, pp. 11-46; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 111-144; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales, el art.4 del convenio de Roma de 1980”, *RJ La Ley (CE)*, núm.95, 4.IV.1995, pp. 1-6; G. KAUFMANN-KOHLER, “La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l’influence de la Suisse”, *ASDI*, 1989, pp.195 ss.; K. LIPSTEIN, “Characteristic Performance. A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contracts for the EEC”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, pp. 402-423; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989; P.M. PATOCCHI, “Characteristic performance, A new myth in the conflict of Law?”, *Festschrift P. Lalive*, 1993, pp. 113-139; U. VILLANI, “Aspetti problematici della prestazione caratteristica”, *RDIPP*, 1993, pp. 513-540; F. VISCHER, “The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention”, en K. LIPSTEIN (Ed.), *Harmonization of Private International Law by the EEC*, London, 1978, pp. 25-30.

4º Los contratos no incluidos en los ocho contratos y aquellos que carezcan de prestación característica se regirán por la Ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos (art.4. 4 Reglamento Roma I).

31. Con independencia de lo dispuesto en el art. 26 LSSI, todas estas normas de Derecho internacional privado son aplicables para determinar la competencia judicial internacional y la Ley aplicable a los contratos *Business to Consumer*. Dicho de otro modo, si el art. 26 LSSI desapareciera no tendría ninguna consecuencia jurídica desde el punto de vista de Derecho internacional privado. De ello debería tomar nota el legislador español.

V. Aspectos que deberían ser reformados del art. 26 LSSI

32. El art. 26 LSSI debe desaparecer. Sólo podría tener una función aclaratoria y ni siquiera por las siguientes razones:

1º. Se olvida de las normas de Derecho internacional privado relativas a la determinación de los tribunales competentes en los contratos *online* en los que interviene un consumidor.

2º. No concreta cuáles son esas normas de Derecho internacional privado que un juez o tribunal español debe aplicar para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales celebrados *online* en los que interviene un consumidor.

3º Las normas de Derecho internacional privado aplicables para determinar la Ley aplicable a este tipo de contratos no recoge ninguna norma especial para los contratos de consumo *online*. Parece que el legislador era consciente de los problemas que podría plantearse y prefiere no entrar a regular este tema.

4º Por último, el art. 26 *in fine* es incompatible y va en contra de lo dispuesto en el Reglamento Roma I, donde se fija la Ley aplicable a los contratos decelerados por un consumidor y un profesional. Un Reglamento comunitario no puede aplicarse teniendo en cuenta los arts. 2. y 3 LSSI, que son dos preceptos que determinan el ámbito de aplicación subjetivo de una norma interna española aplicable a los contratos internos.

Con independencia de lo que disponga el art. 26 LSSI las normas de Derecho internacional privado españolas son las que regulan la competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos *Business to Consumer*.

VI. El art. 29 LSSI: el lugar de celebración de los contratos electrónicos

33. El art. 29 LSSI dispone que *los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual*⁴².

⁴² Vid. sobre el art. 29 LSSI, L. ARRANZ ALONSO, "Los contratos del comercio electrónico", en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 197-269; A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001; A. CALVO ANDÚJAR, "Artículo 26", en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, p. 411-425; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento "Roma I" sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009; S. FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Comares, Granada, 2006; E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002; M.A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERU, "Comentario al artículo 1262 del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", *Actualidad Civil*, 2003, pp. 259-271; S. GERBOLÉS RODRÍGUEZ, "Artículos 27, 28 y 29", en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 451-452; M. D. GRAMUNT FOMBUENA, "La protección del consumidor en los contratos electrónicos", en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 57-82; A. GUIASADO MORENO, "El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, pp. 28-47; R. MATEU DE ROS, "Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico", en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 65-195; A. RODRÍGUEZ BENOT, "La contratación electrónica en el tráfico externo", en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 181-199; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 37-92; G. RUBIO GIMENO, "Validez y perfección del contrato electrónico", en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 41-55.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

El art. 29 LSSI regula dónde se presume celebrado un contrato electrónico *Business to Consumer* –comercio entre empresas y consumidores- y *Business to Business* –comercio entre empresas-⁴³. Se trata de un precepto que tiene un mero carácter aclaratorio desde el punto de vista de Derecho internacional privado español pues establece un lugar “ficticio” donde deben presumirse celebrados los contratos electrónicos.

34. En los contratos electrónicos *Business to Consumer* el art. 29.1 LSSI contempla un régimen especial partiendo de la presunción de que el lugar de celebración del contrato es el lugar de la residencia habitual del consumidor⁴⁴. Este régimen es distinto al contemplado en el régimen general de los contratos recogido en el art. 1.262 Cc. y en el art. 54 CCo. que presume que los contratos celebrados entre ausentes se celebran en el lugar en que se hizo la oferta⁴⁵. Este lugar, en el caso de los contratos *online* sería el del establecimiento del proveedor que opera en Internet, lo que beneficiaría al empresario. Por ello, el art. 29.1 LSSI ha modificado los arts. 1.262 cc. y 54 CCo. en aras de los intereses de los consumidores. Esta nueva regulación de los arts. 1.262 Cc. y 54 CCo. no está exenta de críticas, pues estos artículos sólo se aplican a los contratos concertados a distancia y no a los contratos electrónicos en lo que se refiere a la determinación del lugar de celebración de “los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos”⁴⁶. Sin embargo, no era esa la verdadera intención del legislador que en el apartado 4 de la Exposición de Motivos de la LSSI señala expresamente que “se aprovecha la ocasión para fijar el momento y el lugar de la celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos civil y de comercio”. Finalmente el legislador obvia esta observación realizada en la Exposición de Motivos y diferencia claramente la determinación del lugar de celebración del contrato en la contratación electrónica y en la contratación a distancia. No puede olvidarse sin embargo que la contratación electrónica se celebra a través de un medio de comunicación a distancia y, por tanto, debería haberse unificado su regulación⁴⁷.

Sin embargo, cuando el contrato electrónico es *Business to Business*, como no es necesario proteger a una parte débil en el contrato electrónico, el art. 29.2 LSSI presume que el contrato se celebra, en defecto de pacto entre las partes, en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

VII. Condiciones de aplicación del art. 29.1: *Business to Consumer*

35. Centrándonos en el supuesto del contrato electrónico *Business to Consumer*, son varias las condiciones que deben cumplirse para que este precepto sea de aplicación:

1º Este precepto sólo es de aplicación cuando el contrato es *electrónico* o *celebrado por vía electrónica* tal y como se define en el apartado h, recogido en el Anexo-Definiciones de la LSSI, en virtud

⁴³ E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 36-37.

⁴⁴ R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 155; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 43; G. RUBIO GIMENO, “Validez y perfección del contrato electrónico”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 54.

⁴⁵ L. ARRANZ ALONSO, “Los contratos del comercio electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 210; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 155.

⁴⁶ D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 67-71.

⁴⁷ D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 63. Sobre la delimitación de los contratos a distancia, *vid.*, A. PANIZA FULLANA, *Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Su regulación tras la reforma de la Ley de Ordenación de Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares, Granada, 2003, pp. 19-102.

del cual un contrato electrónico es todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones” (según las definiciones que recoge el anexo de la LSSI). Una empresa ofrece sus servicios por Internet y el usuario los adquiere por vía electrónica a través de la red; es decir, ambas partes tienen que manifestar su deseo de contratar por medios electrónicos⁴⁸. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil (núm. 1), Málaga, núm. 142/2006, 1 septiembre 2006 establece este criterio en relación con un contrato de reserva de billete de avión electrónico celebrado entre un consumidor y la Compañía Spanair. Esta decisión es importante porque deja claro que “él régimen de contratación por vía electrónica que recogen los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico participan de los efectos previstos en el ordenamiento jurídico para el común de los contratos que hasta ahora habían sido objeto de regulación en nuestro derecho”. Lo único diferente es que un contrato electrónico “exige un común acuerdo entre las partes en la utilización de (...) medios electrónico”, pero por lo demás su régimen jurídico se regula por las normas aplicables al resto de los contratos (Fundamento segundo)⁴⁹.

2º Cuando interviene un *consumidor*, definido en el apartado e del anexo citado, según el cual es toda persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Según este precepto son consumidores “las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Sin embargo, la utilización de este concepto tradicional para definir al consumidor electrónico no está exento de problemas⁵⁰. Normalmente el consumidor electrónico no es un simple consumidor pasivo sino que se adentra en el cyberspacio buscando la mejor oferta e información. Se trata de un consumidor “informado”⁵¹. Además la inclusión de las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor choca frontalmente con la definición de consumidor del art. 2 de la Directiva sobre comercio electrónico, pues el legislador comunitario excluye a las personas jurídicas. El art. 2 de la Directiva define al consumidor como “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”⁵². Sin embargo, la inclusión de las personas jurídicas en el ámbito subjetivo de la LSSI se justifica en el hecho de que la Directiva es una norma de mínimos⁵³.

Ahora bien, estos conceptos no son aplicables para determinar la Ley que rige el contrato electrónico internacional de consumidores, puesto que se tratan de unas definiciones propias del ordenamiento jurídico español, que sólo son aplicables en los casos de los contratos internos.

3º Cuando el contrato es *interno*, es decir, cuando todos los elementos del contrato se encuentran localizados en España. Ahora bien, también puede ser aplicable a los contratos *internacionales* electró-

⁴⁸ G. BOTANA GARCÍA, “Noción de Comercio Electrónico”, en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 62; A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 31; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 71-85; M.J. REYES LÓPEZ, “Un paso más en la protección del consumidor: contratación electrónica y conformidad y garantía”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 207, abril de 2002, p. 74; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 232.

⁴⁹ AC 2006/1888.

⁵⁰ M.D. RIVERO GONZÁLEZ, “El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)”, *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 231.

⁵¹ J.M. CENDOYA MÉNDEZ, “La protección de los consumidores”, en R. MATEU DE ROS/J.M. CENDOYA MÉNDEZ VIGO (Coords.), *Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 135.

⁵² M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, “Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 46-47.

⁵³ A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 30.

nicos en los casos en los que la ley aplicable al contrato internacional electrónico de consumo se rige por la Ley española, en virtud de las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, a las que se remite el art. 26 LSSI, ya estudiado, y para determinar el lugar de *celebración* de los contratos *online* en la aplicación de los arts. 22.3 LOPJ y 10.5 Cc.

36. En definitiva, estos conceptos no son aplicables para determinar la Ley que rige el contrato electrónico internacional de consumidores, puesto que se tratan de unas definiciones propias del ordenamiento jurídico español, que sólo son aplicables en los casos de los contratos internos, o en los casos de contratos *internacionales* de consumo electrónicos si la *lex contractus* es la Ley española para fijar el Derecho material aplicable y para interpretar las normas de Derecho internacional privado de producción interna que utilizan el lugar de celebración del contrato, bien para fijar la competencia judicial de los tribunales españoles, en virtud del art. 22.3 LOPJ, o bien para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales, en virtud del art. 10.5 Cc. y concordantes.

VIII. Presunción: celebración del contrato en el lugar de *residencia habitual* del consumidor (*Business to Consumer*)

37. Según el art. 29 LSSI se entiende celebrado el contrato electrónico cuando interviene un consumidor en el lugar donde éste tenga su *residencia habitual* (*Vid.* la Sentencia del Juzgado Contencioso Administrativo de Aragón, Zaragoza, núm. 146/2007, 25 abril 2007⁵⁴). Es una solución que parte del principio de protección de los intereses del consumidor frente al prestador de servicios *online*⁵⁵. El término “residencia habitual” hay que interpretarlo conforme al Derecho español, y en concreto, el concepto recogido en los arts. 40 y 41 Cc. El concepto de “residencia habitual” es difícil de definir. Según el TS el término *residencia habitual* se considera como un elemento fáctico que hay que probar. Así, para el TS se entiende que una persona tiene *residencia habitual* en España si se cumplen dos condiciones: a) *Domus colere* o “presencia física” del consumidor en un lugar: y; b) *animus manendi* o la intención de seguir residiendo de forma habitual en España. En este sentido, si el consumidor tiene su *residencia habitual* en España y celebra un contrato por medios electrónicos se entiende celebrado en España.

38. Ahora bien, hay que preguntarse si tal presunción es *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Si se tiene en cuenta que el art. 29.1 LSSI parte de la salvaguarda de los intereses del consumidor dicha presunción sólo puede ser *iuris et de iure*, por lo que no cabe su exclusión por los contratantes ni prueba en contrario, sino que se trata de una disposición imperativa⁵⁶. Sin embargo, esta postura no es unánime. Existe otra posición que parte de que las partes pueden pactar lo contrario, siempre que el consumidor no quede menos protegido que por la ley del país de su *residencia*⁵⁷.

IX. La importancia de determinar el lugar de celebración del contrato electrónico *Business to Consumer* desde un punto de vista de Derecho internacional privado

39. Pero, ¿por qué y para qué es necesario determinar el lugar de celebración en los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor? Realmente esta pregunta es difícil de entender desde el punto de vista del Derecho internacional privado, pues son escasos los supuestos en los que el tribunal competente o la ley aplicable se fijan por el lugar de celebración de los contratos. Sin embargo, son

⁵⁴ JUR 2008/111698.

⁵⁵ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 99; M. D. GRAMUNT FOMBUENA, “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, en I. BARRAL VIÑALS (Coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003, p.74; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 84

⁵⁶ D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 84-85.

⁵⁷ A. GUIADO MORENO, “El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, pp. 33-34.

dos los posibles supuestos en los que desde un punto de vista de Derecho internacional privado los jueces españoles deben aplicar el art. 29.1 LSSI en la determinación del lugar de celebración del contrato: 1) para determinar la competencia judicial internacional en virtud del art. 22.3 LOPJ que fija la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles cuando el lugar de celebración es España, y 2) para determinar la ley aplicable del contrato en virtud del art. 10.5 Cc⁵⁸. Veamos los dos casos por separado.

1. Competencia judicial internacional: art. 22.3 LOPJ

40. El art. 22.3 LOPJ fija la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles cuando el lugar de celebración es España⁵⁹. A diferencia del Reglamento 44/2001 que reparte la competencia judicial internacional entre los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, considerados en su globalidad, el art. 22.3 LOPJ sólo atribuye la competencia judicial internacional a los jueces y tribunales españoles en determinados casos. En concreto el art. 22.3 LOPJ señala que los tribunales españoles serán competentes en materia de obligaciones contractuales cuando éstas “hayan nacido” en España. Esta expresión se ha entendido como que el contrato se haya celebrado en España. Este art. 22 LOPJ, sin embargo, se aplica muy poco, puesto que el Reglamento 44/2001 desplaza, en materia de contratos, a las normas de producción interna que sólo serán aplicables en los casos en los que el contrato no pueda incluirse en el ámbito de aplicación material, espacial, temporal y personal del Reglamento 44/2001. Y, a su vez, con anterioridad el Convenio de Bruselas de 1968 había desplazado al art. 22 LOPJ, cuya redacción recoge las soluciones del Convenio de Bruselas de 1968. En definitiva, los foros recogidos en el art. 22 LOPJ tienen un mero carácter subsidiario pues sólo se aplican en defecto de instrumento internacional que regule la cuestión. Sin embargo, el foro recogido por el art. 22.3 del lugar de celebración del contrato en España no se encuentra recogido ni en el Convenio de Bruselas ni en el Reglamento 44/2001, por lo que su ámbito de acción es mayor que el resto de los foros contemplados en la LOPJ, que están copiados o inspirados directamente del Convenio de Bruselas, cuando no se pueden aplicar los instrumentos internacionales legales citados en la determinación de la competencia judicial internacional⁶⁰.

41. En los contratos electrónicos en los que interviene un consumidor se aplica el art. 29.1 LSSI para fijar la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles por el lugar de celebración del contrato *online*, *ex art.* 22.3 LOPJ, siempre que no pueda aplicarse un instrumento comunitario o internacional en la materia⁶¹. En este sentido, se presume que el contrato se celebró en el país de la residencia habitual del consumidor. Así, si un consumidor con residencia habitual en España celebra *online* un contrato con una empresa con domicilio en Estados Unidos se entiende que el contrato se ha celebrado en España, utilizando la presunción recogida en el art. 29.1 LSSI, y que, por tanto, son competentes los tribunales españoles para conocer del litigio, *ex art.* 22.3 LOPJ. En este caso no sería de aplicación el Reglamento 44/2001 para determinar la competencia judicial de los tribunales españoles porque el demandado, la empresa estadounidense, no tiene su domicilio en uno de los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, si la empresa con la que se contratara tuviera su domicilio en Francia, aunque el consumidor tuviera su residencia habitual en España, los jueces españoles no podrían decla-

⁵⁸ L. ARRANZ ALONSO, “Los contratos del comercio electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 211-212; R. MATEU DE ROS, “Principios de la contratación electrónica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico”, en R. MATEU DE ROS/M. LÓPEZ-MONÍS GALLEGU (Coords.), *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp.156-159.

⁵⁹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 54-55.

⁶⁰ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs), *Derecho internacional privado vol.II*, 10ª ed., 2009-2010, p. 463.

⁶¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 54-55, donde se plantea el problema de la fijación del foro del lugar de celebración de los contratos electrónicos, *ex art.* 22.3 LOPJ, antes de la solución adoptada por el art. 29 LSSI.

rarse competentes jamás en virtud del art. 22.3 LOPJ, puesto que sería de aplicación el Reglamento 44/2001 que no recoge el foro del lugar de celebración del contrato.

42. Con una relevancia muchísimo menor hay que citar el art. 51 LEC de 7 de enero de 2000 que atribuye, en relación con las personas jurídicas, la competencia territorial a los jueces y tribunales españoles del lugar donde la situación haya nacido. Esta competencia se establece de forma alternativa al lugar del domicilio y subsidiariamente en los casos en los que la Ley no disponga otra cosa⁶². De ahí la escasa importancia de determinación del lugar de celebración de los contratos electrónicos *Business to Consumer* en este supuesto concreto. Sin embargo, no puede dejar de citarse este precepto pues todavía existen algunos autores que siguen defendiendo la importancia en este caso de la determinación del lugar de celebración del contrato⁶³.

2. Determinación de la Ley aplicable: art. 10.5 Cc.

43. También es importante, desde un punto de vista de Derecho internacional privado, concretar el lugar de celebración del contrato electrónico en el que interviene un consumidor para determinar la ley aplicable en virtud del art. 10.5 Cc⁶⁴. El art. 10.5 Cc. es una norma de conflicto de producción interna que establece la Ley aplicable a los contratos internacionales, siempre que los Convenios o instrumentos comunitarios no sean de aplicación. El art. 10.5 Cc. señala: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del *lugar de celebración del contrato*. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

Pues bien, el art. 10.5 Cc. establece, aunque como último punto de conexión, que el contrato deberá regirse por la Ley del *lugar de celebración del contrato*⁶⁵. En este caso, el juez o tribunal español fijará dicho lugar de celebración del contrato por el art. 29.1 LSSI cuando en el contrato electrónico interviene un consumidor. Sin embargo esta solución se va a aplicar en escasísimos supuestos, dado el carácter subsidiario de la aplicación del art. 10.5 Cc.

44. El Reglamento Roma I ha desplazado pero no ha hecho inaplicables las normas de Derecho Internacional Privado españolas en materia de contratos en todos los supuestos⁶⁶. Así, puede decirse que esta normativa interna, aunque reducido, tiene todavía un pequeño ámbito de acción y resulta aplicable en diversos supuestos:

a) Sigue rigiendo los contratos internacionales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma –precedente normativo del Reglamento Roma I-, el 1 de septiembre de 1993. Si el contrato electrónico *Business to Consumer* se hubiera firmado en 1992 y el litigio se presentara ante un juez en el 2009, tendría que utilizar el art. 10.5 Cc. para determinar la ley aplicable al contrato internacional.

⁶² D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, p. 40.

⁶³ M.A. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, “Comentario al artículo 1262 del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”, *Actualidad Civil*, 2003, p. 270

⁶⁴ Sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en el Derecho internacional privado español, *ex art. 10.5 Cc.*, *vid.* A.J. ADRIÁN ARNÁIZ, “Las conexiones subsidiarias en las obligaciones contractuales: sus fundamentos y estructuras jurídicas”, *REDI*, 1987, pp. 45-66; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Artículo 10.5 C.c.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil (El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975)*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 520-529; A. REMIRO BROTONS, “Artículo 10.5”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t.I, Jaén, Edersa, 1978, pp. 289-321.; J. SANTOS BRIZ, “Las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales en el nuevo Título Preliminar del Código civil”, *DJ*, 1974, pp. 1370-1392.

⁶⁵ A. CALVO ANDÚJAR, “Artículo 26”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, 422.

⁶⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 52; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009, pp. 145-161.

b) Se aplica a aquellos contratos excluidos del ámbito de aplicación material por el propio Reglamento Roma I, *ex art. 1.2* Reglamento Roma I⁶⁷. Este segundo caso es más teórico que real. Así los contratos de consumidores se regulan en el art. 6 Reglamento Roma I. Cuando la propia normativa de Derecho uniforme excluye de su ámbito de aplicación determinados contratos internacionales se debe a la existencia de una normativa especial en la materia que, por supuesto, prima sobre la aplicabilidad de los artículos 10.5 y concordantes Cc. De este modo, la aplicabilidad del Reglamento Roma I, como ocurrió con el Convenio de Roma, se excluye allí donde existe una normativa especial *ad hoc* aplicable al caso, como sucede en materia de transportes o bien, existen reglas de conflicto especiales, como sucede en el campo de los seguros.

c) También rigen los contratos que suscitan cuestiones de Derecho interregional, *ex art. 22.2* Reglamento Roma I. En España, ciertas Comunidades Autónomas disponen de normativas propias relativas a los contratos, con importantes disposiciones e instituciones propias. Ello puede provocar conflictos de Leyes “internos”. Pues bien, el art. 22.2 Reglamento Roma I precisa que “*un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales*”. El principio básico es el de “no aplicación” del Reglamento Roma I a los contratos que suscitan problemas de Derecho interregional. La excepción es que el Estado miembro que así lo decida, puede aplicar el Reglamento Roma I a tales supuestos “interregionales”. Visto que el Estado español nada ha indicado al respecto, opera el principio general y la Ley aplicable a los contratos, en los supuestos de Derecho interregional, se fijará con arreglo a los arts. 10.5 Cc. y concordantes, y no a través del Reglamento Roma I. Esta solución es idéntica a la recogida por el Convenio de Roma. Así se señaló en la SAP Navarra 16 noviembre 2001, en la que el tribunal llegó a la conclusión, sobre la base del art. 10.5 Cc., de que un contrato de publicidad celebrado mediante escrito firmado primero en Pamplona y posteriormente en Vitoria, su lugar de celebración debía considerarse en Vitoria y no en Navarra, puesto que ni las partes habían elegido un Derecho Foral concreto –en este caso el Derecho Foral Navarro que es el que pretendía aplicar la decisión apelada- ni tenían vecindad civil ni residencia habitual común. En este mismo sentido puede verse el ATSJ Navarra 16 octubre 2008.

45. Ahora bien, estos casos citados son aislados, por lo que el lugar de celebración de los contratos *online* tiene escasa importancia en la determinación de la Ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales.

X. Presunción: en defecto de pacto el lugar en que está establecido el prestador (*Business to Business*)

46. Se hará una mención muy breve a este supuesto pues el objeto de este trabajo son los contratos entre un profesional y un consumidor. Aunque el art. 29 LSSI pretende proteger a los consumidores, el art.29.2 LSSI establece una segunda presunción aplicable a los contratos celebrados entre profesionales o empresarios, en virtud de la cual, en defecto de pacto el contrato *online* se entiende celebrado en el lugar en el que esté establecido el prestador de servicios. En definitiva parte del “principio de país de origen” a diferencia de la presunción establecida para los casos en los que se celebra un contrato electrónico en el que interviene un consumidor. Así, frente al proteccionismo de los intereses de los consumidores recogido en la presunción del art. 29.1 LSSI, el art. 29.2 LSSI parte de que no es necesario que los profesionales o empresarios cumplan con todos los requisitos recogidos en cada uno de los ordenamientos jurídicos de los países donde quieran desarrollar su actividad⁶⁸. Con esta presunción se favorece y potencia el comercio electrónico puesto que el oferente que es el que más arriesga a nivel internacional va a quedar sujeto al Derecho que conoce y con el que está habituado a contratar⁶⁹. Siempre

⁶⁷ M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 10.5 CC”, *Com. CC y Comp. For.*, 2ª ed., 1995”, p. 623.

⁶⁸ S. GERBOLÉS RODRÍGUEZ, “Artículos 27, 28 y 29”, en *La nueva Ley de Internet*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 451-452.

⁶⁹ A. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Colex, Madrid, 2001, pp. 60-61; D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 85-88.

cabe, además, el pacto en contrario por lo que se otorga plena autonomía de la voluntad a los prestadores de servicios que actúan en Internet⁷⁰.

XI. Aspectos que deberían ser reformados del art. 29 LSSI

47. El art. 29 LSSI sólo sirve para aplicar el foro por el lugar de celebración del contrato y para determinar la ley aplicable por el lugar de celebración del contrato en aquellos casos en los que no se puede aplicar el Reglamento 44/2001 para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y el Reglamento Roma I para determinar la Ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Ambas normas comunitarias desplazan lo dispuesto en las normas de producción interna y tiene un carácter meramente subsidiario. Lo mejor sería que el legislador español unificara las soluciones contempladas en las normas de producción interna recogiendo las soluciones comunitarias de los Reglamentos 44/2001 y Roma I. Así, el art. 22.3 LOPJ debería recoger las soluciones del Reglamento 44/2001 y, por tanto, debería desaparecer la determinación de los tribunales competentes por el lugar de celebración del contrato, solución no recogida por la normativa comunitaria, y a su vez, el art. 10.5 Cc. debería recoger las soluciones el Reglamento Roma I y, por tanto, debería desaparecer la determinación de la ley aplicable por el lugar de celebración del contrato que, tampoco, se encuentra recogida por el Reglamento Roma I.

48. Desde un punto de vista de técnica legislativa es inadecuado que una misma materia, la determinación del lugar de celebración de los contratos a distancia, sean o no electrónicos, se encuentre regulada en el Cc. y Co. además de en la Ley especial sobre comercio electrónico, cuando el legislador justamente quería evitar esta situación con la LSSI. Es una redacción muy confusa pues la determinación del lugar de celebración del contrato en los contratos electrónicos se regula en el art. 29 LSSI y la de los contratos a distancia en el art. 1.262 Cc., párrafo segundo *in fine* y en el art. 54 CCo., párrafo primero *in fine*, cuando en realidad muchos de esos tipos de contratos son a distancia sean o no electrónicos.

⁷⁰ A. GUIADO MORENO, "El comercio electrónico y su disciplina: ¿un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocios?", *Derecho de los Negocios*, núm. 145, octubre 2002, p. 33. D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 52, septiembre 2004, pp. 87-88.