

La protección del consumidor en el marco de las relaciones internacionales de consumo *online*. Un estudio del derecho comparado desde la jurisprudencia más reciente

Online Consumer Protection. An study of compative law according to the most recent judicial decisions

JUAN M. VELÁZQUEZ GARDETA

Profesor de Derecho internacional privado

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Doble desafío. 1.2. Temas excluidos y justificación. 2. AUTORREGULACIÓN VERSUS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES. 2.1. Planteamiento previo del tema. 2.2. ¿Son válidas aún las soluciones clásicas propuestas en los sistemas jurídicos estatales? 2.3. Cuatro ejemplos que demuestran la necesidad aún de normativa de origen público/estatal con carácter general. 2.3.1. El caso de eBay. 2.3.2. El caso del juego online. 2.3.3. El fraude en Internet. 2.3.4. La labor innovadora de la jurisprudencia. 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS ONLINE. 3.1. Soluciones en el derecho comparado. 3.2. ¿Son tan diferentes los consumidores online que impidan una adaptación de la regulación vigente para los consumidores offline? 3.3. Aspectos formales y sustanciales de los contratos de consume online. 3.3.1. Problemas formales derivados de las particularidades de la aceptación contractual online. 3.3.2. La inaplicación de la cláusula de sometimiento a un concreto tribunal o árbitro en función del criterio del beneficio para el consumidor. 3.3.3. La inaplicación de determinadas cláusulas contractuales de adhesión por su carácter injusto para el consumidor (procedurally and susbtantively unconscionable). 4. CONCLUSIÓN.

RESUMEN. La protección al consumidor *online* plantea algunas características y retos propios que han sido afrontados de una manera más específica por la jurisprudencia norteamericana. Las soluciones allí utilizadas son de gran relevancia y pueden ser exportables a otros sistemas jurídicos, teniendo en cuenta el número de contratos de consumo que se celebran con empresas y consumidores residentes en aquel país y lo avanzado del debate sobre la cuestión en las instancias judiciales de aquel país. Sin olvidar tampoco algunas decisiones relevantes provenientes de otras latitudes como Canadá y la Unión Europea que sirven de contraste de otros modelos de Derecho comparado. En todas ellas los temas fundamentales se centran en el papel de la autonomía de la voluntad de la partes y sus consecuencias en cuestiones concretas como la elección de tribunal o de árbitro, la determinación de la jurisdicción competente y del derecho aplicable y la definición del carácter de consumidor activo o pasivo. En otro nivel de análisis sobrevuela el debate de qué tipo de normativa –fuente estatal o privada, *soft law* o *hard law*– es la más idónea para regular las relaciones que se verifican por Internet y, más en concreto, las relaciones de consumo en atención al debate entre libertad y garantías de la parte más débil siempre presente en estos casos.

ABSTRACT. Online consumer protection specific challenges have been deeply studied by United States courts. Their solutions should be taken as a reference due to the large number of online consumer relations that takes place in that country. In all these decisions –as well as in others coming from Canada and EU courts– the most important subjects treated are the role of the parties in choice of law, tribunal and arbitration; the consequences of defining a consumer as passive or active and the option between soft law or hard law in order to regulate consumer relation offering always strong protection to the weakest part of the relation.

Palabras clave. Protección del consumidor, autorregulación, autonomía de la voluntad, jurisprudencia norteamericana; UE.

Key words. Consumer Protection; Self-regulation; Choice of Law; Choice of Jurisdiction; Judicial Decisions; EU.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. DOBLE DESAFÍO

El objetivo que se propone tras el enunciado elegido como título consiste en establecer y analizar algunos de los principales temas –derivados de las relaciones jurídicas que tienen lugar en Internet– que sus-

citan debate doctrinal y jurisprudencial dentro de los sistemas jurídicos de derecho comparado, más en concreto de algunos tipos de contratos.

El efecto estimulante de la internacionalidad de las relaciones jurídicas que ha supuesto Internet es indudable, especialmente en el ámbito del comercio internacional. La tendencia además apunta en sentido ascendente, tanto a nivel global como en el ámbito geográfico americano. Si partimos de una cifra de población mundial actual de algo más de 7.000 millones de habitantes, donde existirían alrededor de 2.405 millones de usuarios, eso supondría un índice de penetración del 34% y un incremento (periodo 2000-2012) del 566,4%¹. En lo que al comercio online, y más concretamente a la venta de productos al por menor, se refiere, se prevé que las ventas alcancen en 2017 en Europa los 191.000 millones de euros en 2017 y que el número de compradores online crezca de 157 millones a 205 millones entre 2012 y 2017. Por lo que respecta a los EEUU, se prevé que la compraventa al por menor a través de internet alcance en 2013 los 262.000 millones de dólares, lo que supondría un aumento del 13% sobre las cifras de 2012 y un 8% del total de las ventas al por menor en ese país².

Este éxito de Internet como vehículo de comunicación, de intercambio y de relaciones jurídicas plantea un reto al derecho como ciencia encargada de regular las conductas humanas por las particularidades técnicas de ese medio y la velocidad en que se modifican. En este sentido, la técnica va por delante de la norma y obliga a un esfuerzo de creación al legislador, y de adaptación de la ya existente, al intérprete y al operador jurídico ya que, además, de surgir algunas nuevas categorías de relaciones jurídicas, se produce una duplicidad de muchas de las ya existentes en el ámbito *offline* que pasan a tener lugar ahora en un escenario *online*. Este cambio de forma puede acarrear consecuencias en el fondo de la relación. Así, por ejemplo, en el caso de los contratos, la emisión del consentimiento a través de cláusulas del tipo *clickwrap agreement* y la dificultad de comprensión de los compromisos contractuales dada la necesidad de avanzar por enlaces (*links*) a otras páginas *web* a las que se remite el contrato pueden evidenciar una situación de indefensión en la parte contratante más débil que hay que evitar.

1. Véase <http://internetworldstats.com/stats.htm> (consultado en septiembre de 2013).
2. Véase respectivamente los informes «European Online Retail Forecast, 2012 to 2017» (Martin Gill, Zia Daniell Wigder with Michael O'Grady, Douglas Roberge) y «US Online Retail Forecast, 2012 to 2017» (Sucharita Mulpuru with Carrie Johnson, Douglas Roberge): <http://www.forrester.com> (consultado en septiembre de 2013).

Esta reflexión nos sitúa ante el primero de los desafíos o disyuntivas objeto de este trabajo: autorregulación versus normativa estatal. Es decir, al margen de que resulte indiscutible que la regulación de las relaciones contractuales *online* (y cualquier otra que se verifique por ese medio) requiere de una normativa material específica –mejor si es de carácter uniforme– que establezca conceptos autónomos útiles, el debate se centraría entre los partidarios de una *lex elctronica/lex informatica/cyberlex*,... generada por los propios usuarios y aplicable exclusivamente por órganos ad hoc encargados de resolución de controversias (sistema de arbitraje *online* fundamentalmente) y los que consideran que la normativa de fuente estatal vigente y la jurisdicción ordinaria deben afrontar este reto. Dentro de las normas de origen público, las normas de DIPr tienen un protagonismo especial dado el frecuente carácter internacional de las relaciones contractuales *online*.

El segundo tema o desafío a plantear afecta exclusivamente a las relaciones contractuales. La autonomía de la voluntad o la capacidad de las partes de determinar el contenido de su compromiso pierden gran parte de su significado original cuando existe un desequilibrio en la capacidad negociadora de alguna de ellas. El caso más paradigmático quizás sea el de los contratos de consumo (también las relaciones B2B cuando intervienen una gran empresa y otra de pequeña dimensión) donde la práctica de los contratos de adhesión constituye la regla general. Este hecho hay que relacionarlo con las frecuentes prácticas abusivas y de las fórmulas de aceptación *online* (aspecto formal más arriba mencionado) que no garantizan la comprensión de los consumidores y que, en consecuencia, hace imprescindible una normativa protectora y garantista que limite la –teórica– libertad de las partes en aras de una igualdad real.

1.2. TEMAS EXCLUIDOS Y JUSTIFICACIÓN

El título propuesto implica algunas exclusiones derivadas de su enunciado y otras requieren de alguna precisión extra. En primer lugar, el objeto de estudio serán las relaciones contractuales *online*, dejando al margen del análisis un conjunto de relaciones genéricamente denominadas extracontractuales y que representan un gran foco de controversia en el ámbito de Internet (fraude a usuarios sin mediar contrato –*phising*, *scam*–; casos de violación de la intimidad con derivaciones sólo molestas como el spam u otras más graves como el fraude; violaciones de derechos de propiedad industrial en sentido amplio; los atentados al honor y a otros derechos fundamentales; las cuestiones relativas a la protección de la infancia; o las relaciones con-

tractuales que pueden derivar en infracciones penales, al menos para determinados ordenamientos jurídicos—*Yahoo v. La ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*³—).

Dentro de las relaciones contractuales, nos decantaremos en este trabajo por aquellas en las que el desequilibrio entre las partes se produce con carácter general, como es el caso de los contratos de consumo. La justificación vendría dada en el dato de que en este terreno es donde afloran algunas cuestiones conflictivas con especial intensidad, como el necesario ajuste —vía normativa— del libre juego de la autonomía de la voluntad y donde también el desequilibrio, dentro del ámbito territorial americano, entre Canadá y EEU, por un lado, y el resto de Estados americanos, por otro, se hace más evidente.

América, por su parte, ofrece como territorio objeto de análisis, por lo que al uso de Internet se refiere, algunas particularidades que, sin duda, condicionarán las respectivas normativas estatales y, también, encontrarán su reflejo en el juego de intereses de las negociaciones inherentes a cualquier intento de unificación de normativa internacional. Hay que tener en cuenta que, a pesar del crecimiento en el uso de Internet experimentado en América Latina en los últimos nueve años (1205%) respecto a los Estados Unidos (156,9%), en términos absolutos, todos los usuarios de Centroamérica, Caribe y América del Sur (230 millones) aún no alcanzan al número de usuarios de los EE.UU. (245 millones)⁴. Por no hablar del acceso a la banda ancha (a través de ADSL y que resulta fundamental para acceder a ciertos servicios como los sistemas de resolución de controversias online —ODR— entre otros) del que disponen en EE.UU. más de 85 millones de usuarios⁵, seguido a gran distancia de Brasil (13 millones⁶) y de México (11 millones⁷), los otros dos únicos países americanos que figuran entre los veinte países del mundo con más usuarios⁸. Si ya nos ceñimos al estricto campo del comercio electrónico protagonizado por consumidores, las diferen-

3. *Yahoo, Inc. v. La ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme, et al* [145 F. Supp. 2d 1168, Case núm. C-00-21275JF (N.D.Ca., September 24, 2001)].

4. Véase <http://www.publicaamministrazione.net> (*world broadband statistics Q1 2011.pdf*).

5. Véase nota 5.

6. Véase nota 5.

7. Véase nota 5.

8. Sin olvidar la importancia que el acceso a la banda ancha tiene para el desarrollo igualitario de la población mundial tal en relación a la consecución de los objetivos del milenio proclamados por las NNUU, Véase Informe de la Comisión de la banda ancha para el desarrollo digital elaborado en el seno de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones y de la UNESCO, <http://www.broadbandcommis->

cias cuantitativas de EE.UU. con los países de otro entorno geográfico, como la UE, resultan también evidentes⁹.

Una consecuencia derivada en buena medida de estos datos son las propuestas presentadas a la CIDIP VII en materia de protección del consumidor, respectivamente por Brasil, Canadá y EE.UU. donde se materializan los diferentes intereses en presencia que responden a las consiguientes situaciones de hecho y a los intereses económicos imperantes en cada uno de dichos Estados¹⁰.

Expresado en otros términos, el continente americano, al margen de otras diferencias de distinto orden entre sus Estados del norte y del sur, es un escenario donde el concepto brecha digita (digital divide) queda representado en toda su extensión.

No son sólo estas las razones –que por sí solas ya lo justificarían– del recurso a la jurisprudencia de los EE.UU. para nutrirnos de ejemplos recientes donde queden evidenciados los desafíos de la contratación electrónica, ya que parecería lógico que un país con 245 millones de usuarios de Internet generara una actividad jurisdiccional acorde con esa cifra. Además, ante los tribunales de los EE.UU. se han planteado reclamaciones sobre supuestos de hecho aún ignorados en otras latitudes (*Bragg v. Linden*¹¹); elaboraciones jurisprudenciales innovadoras –fundamentalmente– en torno al tema de la autonomía de la voluntad (validez formal de las fórmulas de emisión del consentimiento; validez sustancial de determinadas cláusulas de adhesión; tensión entre arbitraje y jurisdicción ordinaria o los criterios –*sliding scale test*– para determinar el carácter activo o pasivo de un sitio *web* establecidos en la conocida decisión *Zippo v. Zippo*¹²) que suponen un avance incontestable en la materia; o el planteamiento de controversias derivadas de determinados sectores especialmente sensibles y que aún lo serán más en el futuro (juego *online*). Sin olvidar tampoco que, en ese país, han surgido desarrollos normativos de fuente priva-

sion.org/report1/report1_hr.pdf (versión en inglés) y *http://www.broadbandcommission.org/report1/report_1_sdocx(295214)* (versión en español).

9. SMITH, B.L. (2000): *The third Industrial Revolution: Law and Policy for the Internet*, *Recueil des Cours*, vol. 282, pp. 231-464.
10. Véase *http://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/dip.asp*. Todas ellas analizadas en profundidad en VELÁZQUEZ GARDETA, J. M., *La protección al consumidor online en el Derecho internacional privado interamericano. Análisis sistemático de las propuestas presentadas para la CIDIP VII*, CEDEP, Asunción, 2009.
11. *Bragg v. Linden Research Inc.*, núm. CA, 06-04925 (E.D. Penn. May 30, 2007).
12. *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (E.D. Penn. Jan.16, 1997).

da que explican como la tendencia a la autorregulación es algo más que una opción de futuro (*eBay* y pujanza de las *ODR* en general) de la misma manera que se está dando un progresivo margen de actuación por vía de oficio de determinadas instituciones públicas (*Federal Trade Commission*), no sólo para el ámbito interno sino también para actuar fuera de sus fronteras, en la persecución de las conductas fraudulentas. Todas estas razones –citadas sin ánimo de exhaustividad– contribuyen al incuestionable valor como ejemplo y al carácter pionero de algunas decisiones de tribunales de aquel país sean idóneas para ilustrar cualquier teoría que sobre las relaciones contractuales *online* se quiera construir.

2. AUTORREGULACIÓN *VERSUS* SISTEMAS JURÍDICOS NACIONALES

2.1. PLANTEAMIENTO PREVIO DEL TEMA

El tema a debate aquí es si Internet, como medio donde se verifican una serie de relaciones con relevancia jurídica, presenta unas particularidades tales que hacen ineficaces a las normas de fuente pública reguladoras de la contratación internacional en vigor en este momento. Desde esta posición inicial, existe una fuerte corriente doctrinal defensora de la regulación de las relaciones online por una especie de nueva *lex mercatoria* denominada *lex informatica*, *lex electronica*, *cyberlaw* –o bajo cualquier otra denominación– que supondría que los operadores en la Red actúen según códigos de conducta creados por ellos mismos y resuelvan ante órganos ad hoc las controversias allí generadas. Habría que matizar previamente que la idea de un derecho supranacional para Internet –incluyendo las relaciones contractuales– incluiría, hoy en día, tanto a la costumbre generada por los operadores, como la línea marcada por los sucesivos laudos arbitrales y sentencias judiciales por un lado, y las normas modelo y guías legislativas impulsadas por organismos internacionales, por otro¹³.

A propósito de este tema subyace una interpretación filosófica de lo que es y debe ser Internet. Las tesis ciberlibertarias brotaron y calaron especialmente en los medios académicos de los Estados Unidos donde la radical oposición a la regulación estatal de Internet entroncó con el arraigo del principio de libertad individual en todo el ordena-

13. POLANSKI, P. P., *Customary Law on the Internet*, editorial TMC Asser Press, La Haya, 2007, pp. 347-360.

miento de aquel país¹⁴. Dichas posiciones extremas conviven, en aquel país, también con defensores de la regulación estatal¹⁵.

Es indudable, también, que están presentes en el debate los intereses de los grandes proveedores de bienes y servicios que han generado, en algunos casos, sistemas jurídicos propios (el caso de eBay quizás sea el más paradigmático¹⁶) con una normativa específica y adaptada a sus relaciones contractuales y unos sistemas de resolución de controversias que comienza ante órganos de la propia empresa y puede llegar hasta una instancia arbitral online donde –justo es decirlo– cuentan con ventajas frente a otras empresas más pequeñas o frente a consumidores. En este sentido, es sin duda interesante destacar el concepto de *repeat player*¹⁷ que encierra la idea de la ventaja de la que goza la empresa que acude siempre a un mismo órgano arbitral frente a quien –»obligado» por un contrato de adhesión redactado por ella– sólo lo hace esporádicamente.

Desde un punto de vista jurídico, a nadie se le oculta que, dado el factor potenciador de la internacionalidad que es Internet, el DIPr tiene que jugar un papel crucial en la regulación de las relaciones contractuales *online*. Sin olvidar que las normas materiales –a ser posible de carácter uniforme– deberán dotar al operador jurídico de conceptos autónomos en esta materia. En este sentido, la definición en términos jurídicos de las relaciones jurídicas *online* pasa a ser una cuestión primordial (aceptación, oferta, lugar de celebración, domicilio de las partes, consumidor, etc.)

A este respecto, existen autores que en el ámbito concreto del comercio electrónico niegan cualquier espacio de protagonismo a la regulación estatal¹⁸ y otros propugnan una convivencia –de diferentes proporciones– entre las normas de DIPr y las de procedencia privada¹⁹. También hay quien propone un replanteamiento conceptual y de

14. BARLOW, John P., *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (consultado en octubre de 2009).

15. JOHNSON, D/POST D.G., *Law and Borders –the Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review*, 47, Stanford, 1996, pp. 1367-1402.

16. SCHULTZ, T., *eBay: un système juridique en formation ?*, *Revue du droit des technologies et de l'information*, 22, Bruselas, 2005, pp. 27-51.

17. GALANTER, M., *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, en AA.VV., Cotterrell, R. (dir.), *Law and Society*, Darmouth, Aldershot 1994, pp. 165-230.

18. BURNSTEIN, M. R., *Conflicts in the Net: Choice of Law in Transnacional Cyberspace*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, Nashville, 1996, pp. 75-116.

19. GOTTEMBERG, J., *Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels*, *Revue du droit de l'Union Européenne*, vol. 3, París, 2002, pp. 513-552.

producción normativa del DIPr²⁰ y dentro de estas posturas eclécticas, se oyen también voces a favor de una correulación o una autorregulación tutelada²¹.

En todo caso, se opte por una alternativa u otra en este tema, no hay que despreciar el papel de los estados en cuestiones como la defensa de los derechos humanos en internet. En ese sentido cabría destacar la iniciativa del Congreso de los Estados Unidos con su *Global Online Freedom Act (GOFA)* cuyo objetivo es evitar que las empresas de ese país cooperen con gobiernos que usen internet para censurar y reprimir, incentivar la libertad de expresión en Internet en los Estados Unidos y mejorar la responsabilidad corporativa en materia de derechos humanos e Internet²². O, en el mismo sentido, la posición del Consejo de Europa reflejada en su documento estratégico para el trienio 2012-2015 sobre la gobernanza en Internet²³.

2.2. ¿SON VÁLIDAS AÚN LAS SOLUCIONES CLÁSICAS PROPUESTAS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS ESTATALES?

Cabría a continuación determinar si, desde un enfoque de necesidad, las relaciones jurídicas online precisan realmente de una regulación propia o las clásicas soluciones de DIPr –y de derecho material nacional o uniforme– son adecuadas.

20. GAUTRAIS, V./LEFEBVRE, G./BENYEKHEF, K., *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica*, *Revue de Droit des Affaires Internationales/International Business Law Journal*, núm. 5, Paris, 1997, pp. 547-583.
21. Aparicio VAQUERO, J.P., *Autorregulación de Internet y resolución extrajudicial de conflictos*, en AA. VV., MORO ALMARAZ, M. J. (dir.) y APARICIO, J. P./BATUECAS, A. (coord.), *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Madrid, Cóllex, 2004, pp. 471-510.
22. Véase FIDER, David P., «The Internet, human Rights, and U.S. Foreign Policy: The Global Online Freedom Act of 2012», *American Society of International Law*, vol. 16, núm. 18, 2012 (consultada en <http://www.asil.org/>). Resulta interesante la referencia del autor a la consideración como derecho humano del acceso a Internet.
23. Internet Governance, Council of Europe Strategy 2012-2015, (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282011%29175&Language=lanEnglish&Ver=final&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>) véase el punto 3: «3. An open, inclusive, safe and enabling environment must go hand in hand with a maximum of rights and services subject to a minimum of restrictions and a level of security which users are entitled to expect. Freedom of expression and information regardless of frontiers is an overarching requirement because it acts as a catalyst for the exercise of other rights, as is the need to address threats to the rule of law, security and dignity».

Por un lado, si nos centramos en una materia sensible dentro de las relaciones contractuales *online* como son las relaciones de consumo, podemos determinar que no parece que la adaptación de la normativa diseñada para los contratos *offline* ofrezca ninguna dificultad siendo además perfectamente operativa. Muestra de ello serían algunos ejemplos extraídos del derecho comparado como es el caso del Reglamento (CE) 44/2001 (artículo 15-17²⁴) y el Reglamento (CE) 593/2008 «Roma I» (artículo 6), *Restatement Second* (s. 187 y 188), *UCITA* (s. 109) o el Código civil de Quebec (artículo 3117).

Además nos encontramos con que existen, en la práctica totalidad de los estados, normas materiales protectoras del consumidor.

Teniendo en cuenta lo anterior y dada la diferenciación entre sitios *web* activos y pasivos –y correlativamente consumidores pasivos– heredera de la jurisprudencia norteamericana e implantada en muchas legislaciones que supone que los primeros verán sus contratos sometidos a los tribunales de cualquier lugar del mundo donde tenga su residencia el consumidor que queda, además, bajo las normas protectoras del Estado de su nacionalidad, algunos autores se decantan por una normativa de origen privado.

Así, dichos autores ponen énfasis en la característica de la ubicuidad, presente en las relaciones *online*, en virtud de la cual, un proveedor que ofrece un bien en la Red se encuentra con que su relación contractual queda regulada por la normativa protectora del Estado de residencia del consumidor que mediante un simple *click* ha aceptado dicha oferta, sin olvidar que cualquier controversia podrá ser sometida a los tribunales de dicho Estado. Por esa razón defienden una *lex informatica* (códigos de conducta de usuarios de Internet) y su aplicación por ciberjueces o entidades alternativas a las jurisdicciones nacionales²⁵ aunque son conscientes de que este código de conducta de usuarios de Internet esté aún por elaborar.

Por otra parte, también hay una nutrida representación doctrinal que defiende a las normas estatales, y más en concreto las de DIPr,

24. También los arts. 17-19 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20 de diciembre de 2012 que serán aplicable a partir de 10 enero de 2015.

25. JAYME, E., *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, *Recueil des Cours*, vol. 282, 2000, pp. 9-40.

como válidas por diferentes motivos para regular, tras la pertinente adaptación en su caso, las relaciones contractuales *online*²⁶.

2.3. CUATRO EJEMPLOS QUE DEMUESTRAN LA NECESIDAD AÚN DE NORMATIVA DE ORIGEN PÚBLICO/ESTATAL CON CARÁCTER GENERAL

Nos situaremos en este trabajo en el bando de quienes defienden la necesaria adaptación de la normativa pública vigente, completada con la imprescindible normativa material uniforme que nutre de los conceptos autónomos necesarios en función de las nuevas modalidades de contratación *online* que fueran apareciendo.

Aportaremos, en apoyo de este argumento, algunos ejemplos donde la necesidad de regulación estatal, en aras de una mayor protección del consumidor/usuario se hace necesaria.

2.3.1. El caso de eBay

Tomamos como ejemplo el caso de la empresa eBay por tener una vocación transnacional indudable y por haber generado un conjunto de códigos de conducta muy elaborado, así como un sistema propio de resolución de controversias que permite incluso la resolución ante órganos de la propia empresa. No obstante –afortunadamente, añadiríamos– la posibilidad de llevar el asunto a la justicia ordinaria y con aplicación de normas de fuente pública no desaparece como podemos apreciar en numerosos ejemplos.

Una de las cuestiones que esta empresa de subastas, y otras similares, tratan de dejar en una zona de sombras es la de su responsabilidad en casos de incumplimiento contractual. Es decir, si en la relación contractual de compraventa de un bien entre dos usuarios de la plataforma de subastas se salda con la reclamación por incumplimiento de uno de ellos, el reclamante se encuentra con que dentro del contrato de adhesión que ha firmado existe una cláusula exoneradora de responsabilidad por incumplimiento en beneficio de la empresa sustentadora de la plataforma. Máxime cuando uno de los reclamos de dichas plataformas de intercambios es la garantía total de cumplimiento de

26. KESSEDJAN, C., *Rapport de synthèse*, en AA.VV., BOELE WOELKI, K./KESSEDJAN, C. (eds.), *Internet. Which Court Decides ? Which Law Applies ?/Quel tribunal decide? Quel droit s'applique?*, La Haya, Kluwer, 1998, pp. 143-154.

las transacciones que tienen lugar en su seno. No hay más que leer las definiciones que eBay da de sí misma tanto en el caso de Ebay.de (Alemania) como Ebay.com (Estados Unidos). En el primer caso se define la relación entre el licitante y el vendedor con la empresa como un contrato de uso de su página web («*Es kommt ein Vertrag ubre die Nutzung der Webseite»Ebay.de» zustande auf der sie selbständig Waren und/oder Dienstleistungen anbieten und/oder erwerben können»*) y en el segundo no se llega a ofrecer una clara definición, dejando el papel de Ebay en un ámbito (*venue*) para comprar y vender objetos mediante puja («*Our site acts as the venue for sellers to list ítems and buyers to bid on ítems»*).

En este sentido resulta interesante destacar dos sentencias de los tribunales norteamericanos. En primer lugar, en *Gentry v. eBay*²⁷, el tribunal de apelación de California rechaza la responsabilidad de eBay por objetos falsos vendidos en su plataforma de subastas. La demanda de los consumidores se basaba en la falta de certificados de autenticidad suministradas por *eBay* sobre los objetos allí comprados (en concreto unos autógrafos de deportistas célebres supuestamente auténticos y que resultaron ser falsos) y en el reclamo utilizado por *eBay* garantizando la autenticidad de los productos que allí se venden. El tribunal estableció que eBay quedaba exonerada de toda responsabilidad en base a la sección 230 («*No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider»*) de la Communications Decency Act (CDA).

En un sentido distinto, el tribunal de instancia en la más reciente *M. Mazur v. eBay*²⁸ establece que si bien la sec. 230 de la CDA permite no considerar responsable a la empresa intermediaria del deber de conocer las irregularidades en la puja (*shill bidding*), no por ello eBay queda exonerada a priori de su responsabilidad por proclamar, garantizando así, la limpieza de las pujas.

En otra jurisdicción nacional destacaríamos, en la misma línea que esta última, la decisión de los jueces australianos, en *Evagora v. eBay*²⁹, que establece que ninguna cláusula tipo exoneradora de responsabilidad como las que incluye eBay en sus condiciones generales

27. *Lars Gentry, et al. v. eBay, Inc.* 99 Cal. App. 4th 816, Super Ct. No. GIC746980 (Cal. Crt. App., June 26, 2002).

28. *Michelle MAZUR v. eBay Inc., Hot Jewelry Auctions.com d/b/a Jewelry Overstock Auctions and Paramount Auctions, et al.* 2008 WL 618988, No. C07-03967 MHP (N.D. Ca., March 4, 2008).

29. *Evagora c. eBay Australia & New Zealand Pty Ltd.,* [2001] VCAT 49.

de contratación, puede obviar las manifestaciones que dicha empresa realiza sobre la seguridad de las transacciones que se desarrollan en su página *web*.

Dentro del ámbito de la UE, la Directiva sobre el comercio electrónico³⁰ establece en su artículo 14 la responsabilidad del prestador de servicios de almacenamiento de datos en los casos de actividades ilícitas. Basa dicho precepto la ausencia de responsabilidad en el desconocimiento efectivo de la actividad y, en caso de estar al corriente de dicha circunstancia, en que actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Sobre la interpretación de este precepto concreto fue preguntado el TJUE, a raíz de un asunto que enfrentaba a L'Oreal y a eBay dado que en la plataforma de éste último se estaban ofertando productos falsificados que utilizaban marcas registradas del primero³¹.

El Tribunal contestó haciendo uniendo responsabilidad del operador con papel activo de éste. Es decir cuando presta su asistencia para optimizar la presentación de sus ofertas de venta o en promover tales ofertas. En el caso de que no haya desempeñado dicho papel activo la exención de responsabilidad del artículo 14 tampoco le alcanzará si no hubiera mantenido la diligencia debida para la detección de las ofertas ilícitas de venta o, de haberlas conocido, no hubiera reaccionado con la necesaria prontitud.

Parece, por tanto, que queda demostrado que la actuación de los tribunales de justicia y la aplicación de normativa de fuente estatal se revela como necesaria en este ámbito donde existe ya un presumible sistema autorregulado y emanado por los propios operadores, en este caso por la empresa eBay.

2.3.2. El caso del juego *online*

Los Estados suelen ser reacios a liberalizar este sector, en parte por ser muy sensible a los intentos de fraude y, en parte, porque reporta pingües beneficios a la Administración pública, especialmente cuando se regula en forma de monopolio. En este último sentido, baste con ci-

30. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, *DO L* 178 de 17 de julio de 2000.

31. Sentencia del TJUE de 12 de junio de 2011 en el asunto C-324/09.

tar la última decisión del TJCE de 8 de septiembre de 2009 en el asunto C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional, Bwin International Ltd. contra Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia*³² donde, de acuerdo, a la jurisprudencia anterior de este tribunal, se establece la inclusión de estas actividades en la libre prestación de servicios comunitaria pero dicha afirmación se considera compatible con las eventuales restricciones por exigencias de protección de los consumidores y el orden social. En la decisión se dejan muy claros los motivos que llevan a la necesidad de establecer restricciones y a la imprescindible tutela estatal sin un gran margen a la autorregulación (cdos 69, 70 y 71, en concreto este último: «Además no se puede excluir la posibilidad de que un operador que patrocina ciertas competiciones deportivas sobre las que acepta apuestas, así como ciertos equipos participantes en estas competiciones, goce de una situación que le permita influir directa o indirectamente en el resultado de éstas con el fin de aumentar sus beneficios»).

Una muestra de la necesidad de la intervención de las jurisdicciones nacionales y de la aplicación de normativa estatal viene reflejado en el asunto *Uebler v. Boss Media AB*³³, donde un fraude no discutido por la demandada en sus alegaciones plantea la dificultad de considerar responsable del mismo a la empresa matriz de nacionalidad sueca (*Boss Media*) por los compromisos incumplidos de su filial en EE.UU. (*Web Dollar*). El tribunal consideró suficiente para admitir a trámite la demanda que la empresa sueca demandada tuviera un agente en el Estado de su jurisdicción y que dicha empresa licenciataria o delegada actuara en lugar de la empresa matriz, pudiendo esta entrar a operar en ese mercado directamente si su delegada no cubriera sus funciones, fundamentándose en que dicho mercado es vital para los intereses de la empresa matriz.

Son sólo algunos ejemplos sobre la complejidad del sector y el consiguiente riesgo de dejarlo en manos de la iniciativa privada.

2.3.3. El fraude en Internet

Sobre la magnitud del volumen del fraude por incumplimiento contractual que existe en Internet puede ser ilustrativa la labor de la FTC de los EE.UU. que persigue más allá de sus fronteras a los defraudadores y en cuyo protagonismo tienen depositadas muchas esperan-

32. Rec. 2009.

33. 03 civ. 4790 (E.D.N.Y., June 5, 2006).

zas las autoridades de ese país. En este sentido no hay más que leer el Proyecto de Ley Modelo de Restitución Gubernamental presentado por EE.UU. a la CIDIP VII³⁴ y que gira en torno a la idea de que cada Estado Miembro designe una autoridad competente que solicite restitución en procesos civiles, penales, inicie acciones colectivas, mantenga relaciones de cooperación transfronteriza con otras autoridades similares o solicite el reconocimiento de sentencias civiles extranjeras.

La labor de la *FTC* se centra en la persecución del fraude transfronterizo y una idea del volumen del mismo lo aporta el último informe (abril de 2009) sobre las reclamaciones presentadas a lo largo de 2009³⁵.

Aunque las prerrogativas con las que el gobierno de los EE.UU. no encuentran parangón en otros Estados, y menos en la misma área del mundo, parece que la actividad estatal de control y persecución del fraude online, tenga una fuente contractual o extracontractual, parece aún más que necesaria.

Algunos ejemplos de la necesidad de instituciones de estas características que persigan el fraude y proporcionen alguna garantía a las relaciones contractuales online –principalmente las de consumo– serían las decisiones judiciales establecidas en los asuntos *United States v. Cyberheat*³⁶, *FTC v. Seismic Entertainment*³⁷, *FTC v. Verita International*³⁸ y *FTC v. Accusearch, Abika.com and J. Patel*³⁹ donde, partiendo de una relación contractual entre la demandada y los usuarios, se produce una conducta dañosa (spam, virus informáticos, facturas desmesuradas de teléfono, venta de datos personales a terceras empresas) directamente por la empresa proveedora de un servicio (teléfono, Internet, páginas *web* de contenido erótico) o por colaboradores o empresas delegadas de la primera. La *FTC* de oficio o a instancia de parte persigue dichas conductas y obtiene la correspondiente condena en los tribunales ordinarios.

No parece que en estas circunstancias sea lo más conveniente dejar todo en manos de la autorregulación por los proveedores sin una tutela por parte de los poderes públicos sea a la manera que la ejerce la *FTC* u otra distinta.

34. <http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP21008E-C.pdf> (consultada en octubre de 2009).

35. Véase los informes de años sucesivos en <http://www.ftc.gov/sentinel/reports.shtml> (consultado en octubre de 2009).

36. CV-05-457-TUC-DCB (D. Az., Mar. 2, 2007).

37. 2004 U.S. Dist. Lexis 227788 (D.N.H., October 21, 2004).

38. 2000 U.S. Dist. Lexis 17946 (S.D.N.Y. December 14, 2000).

39. 06-CV-105-D (D. Wy. Sept. 28, 2007).

2.3.4. La labor innovadora de la jurisprudencia

Otro argumento a favor del papel de la jurisdicción ordinaria es que se están dando algunos litigios cuyo supuesto de hecho difícilmente encontraría acomodo en los códigos de conducta elaborados por los operadores que actúan en Internet. Se trata de la protección de derechos concretos en ámbitos muy específicos como las plataformas de realidad virtual donde destaca la sentencia *Bragg v. Linden*⁴⁰ (por ser la primera en que ante un tribunal se plantea una demanda real por los derecho de propiedad industrial sobre creaciones generadas en un espacio de realidad virtual como *Second Life*. No existe una normativa de origen privada específica para estos supuestos de las plataformas de realidad virtual y cuando un usuario –en el momento en que es expulsado– reclama los derechos allí generados tal y como la compañía prometía a los usuarios se encuentra con la única protección de los tribunales estatales⁴¹.

Son sólo cuatro ejemplos donde no hay aún autorregulación y, en los casos en que existe no ofrece garantías de igualar el desequilibrio entre proveedores y consumidores.

Por último –aportaremos ejemplos jurisprudenciales en el siguiente apartado–, existen determinadas ventajas de carácter procesal –pero con una indudable vertiente sustancial– que benefician a los consumidores y usuarios de Internet en las legislaciones estatales. Nos referimos por ejemplo a los procesos de menor cuantía y a las acciones colectivas que no podrán llevarse a cabo ante órganos de resolución alternativos y que no se encuentran recogidos fuera de las normativas estatales de protección del consumidor.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS ONLINE

3.1. SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO

El papel de las partes para dotar de contenido a los contratos que se verifican por Internet y, en concreto, aquellos en los que participan consumidores plantea algunas cuestiones dignas de análisis.

40. Núm. CA, 06-04925 (E.D. Penn. May 30, 2007).

41. VELÁZQUEZ GARDETA, J. M., *Protección real de derechos de propiedad intelectual en las plataformas virtuales (sobre algunas recientes decisiones jurisprudenciales que afectan a Second Life)*, DeCITA (derecho del comercio internacional. Temas y actualidades), 10, 2009, pp. 223-240.

Nosotros plantearemos la cuestión por lo que se refiere a la elección por las partes del Derecho aplicable al contrato y del tribunal (o instancia de resolución alternativa) ante quien deban dirimirse las eventuales controversias derivadas del mismo.

La autonomía de la voluntad opera de manera ordinaria –salvo por algunas excepciones– en materia contractual y, también, como regla general le son aplicadas limitaciones en función del desequilibrio entre las partes y la ausencia de verdadero poder negocial de una de ellas. Uno de los casos más evidentes –además de los contratos de trabajo– es el caso de los contratos de consumo tal y como queda establecido en numerosas normativas nacionales que contienen limitaciones a la libre elección por las partes del derecho aplicable al contrato y del tribunal competente. Estas limitaciones pueden ser de diferente nivel, tal y como podemos comprobar en los ejemplos que el derecho comparado nos ofrece⁴². Por lo general, la limitación en el ámbito del derecho aplicable viene como consecuencia de admitir la ley elegida en el contrato salvo que prive al consumidor de la protección que le otorguen las normas imperativas del Estado de su domicilio siempre y cuando el consumidor tenga la consideración de activo. Esta protección se complementa con la aplicación de la ley del Estado de residencia del consumidor en defecto de elección [artículo 6 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I⁴³) y Código civil de Québec, artículo 3117]. Otras normas hacen énfasis en una combinación entre respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y de ciertas normas –consideradas fundamentales (*fundamental policy*)– del Estado que presente una conexión real con el supuesto (*material interest*) y también ponen bajo sospecha a los contratos de adhesión (*Restatement 2nd Conflict of Laws*, s. 187). Por último, una posición realmente innovadora es aquella que incorpora el Proyecto sobre ley aplicable a los contratos internacionales de consumo presentado por la delegación de Brasil a la CIDIP VII⁴⁴. Allí (artículo 6), se propone la aplicación, en todo caso, de la ley más favorable al consumidor por encima de la establecida en el contrato para los casos de consumidores que reciben la oferta en el estado de su domicilio.

42. TANG Zheng, *Parties' Choice of Law in E-Consumer Contracts*, *Journal of Private International Law* 3.1, Oxford, 2007, pp. 113-136.

43. DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008.

44. http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_08/CP21250S07.doc (consultado en octubre de 2009).

En lo que a las normas de elección de tribunal se refiere, los diferentes sistemas optan por no permitir aquellos acuerdos de elección de foro que priven al consumidor de acudir como demandante o como demandado ante los tribunales del Estado de su domicilio salvo que sean posteriores al nacimiento del litigio [artículo 15-17 del Reglamento (CE) 44/2001 de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁵].

3.2. ¿SON TAN DIFERENTES LOS CONSUMIDORES *ONLINE* QUE IMPIDAN UNA ADAPTACIÓN DE LA REGULACIÓN VIGENTE PARA LOS CONSUMIDORES *OFFLINE*?

Lo que procede a continuación es determinar si las mismas limitaciones son aplicables a los supuestos de contratos de consumo online. De entrada cabría preguntarse si los consumidores *online* y *offline* presentan diferencias notables, a los efectos al menos de otorgar un nivel de protección menor a los primeros respecto a los segundos. Por un lado, existe la tendencia a considerar al consumidor online como un consumidor bien informado y sobre quien, en todo caso, recae la obligación de estarlo. Es cierto, que puede fundamentarse esta creencia en las propias dinámicas de la Red donde los usuarios acceden a más información y pueden transmitirla rápidamente a otros (foros, etc.), generando corrientes de opinión en un tiempo relativamente rápido. Pero, no es más cierto que dicho conocimiento y capacidad de comparar los productos y servicios con un mínimo esfuerzo no tiene por qué alcanzar a conocimientos jurídicos ni otorgar una capacidad de negociación contractual que queda, por definición, excluida, de la práctica de los contratos de adhesión. En todo caso, no todos los consumidores dedican el mismo tiempo a informarse, ni poseen las mismas destrezas ni las mismas condiciones de acceso a la Red.

Tampoco otros argumentos, como el carácter fortuito o accidental de los puntos de conexión de los relaciones contractuales online, la dificultad para diferenciar al consumidor activo o pasivo o el hecho de que un consumidor *online* pueda –ocasionalmente– convertirse en proveedor no parece que condicionen una rebaja en el umbral de protección de los consumidores que actúan en la Red.

45. DO L 012 de 16 de enero de 2001 y sucesivas modificaciones y correcciones de errores.

Sobre la diferencia entre consumidor activo y pasivo y la misma aplicada a los sitios *web*, es relevante para muchas regulaciones y puede que existan dificultades en cuanto a determinar el lugar desde donde ha celebrado el contrato el consumidor. En este sentido, resulta muy útil la presunción establecida en el Proyecto de la delegación de Brasil –arriba citado– que considera, en el caso de contratos de consumo a distancia, como domicilio real el informado por el consumidor al proveedor a la conclusión del contrato (artículo 4.2). Establece además que dicho lugar sea considerado como lugar de celebración (artículo 3.2). Otra medida, prevista por la Comisión y el Consejo de la CE⁴⁶ supone considerar sólo contratos de consumidores a aquellos en los que el consumidor contrata efectivamente en la propia página web del proveedor que ha consultado desde su domicilio. Estableciendo de esta manera diferencias con aquellos sitios web que dirigen la oferta al consumidor pero que le obligan a cerrar el contrato por otros medios (correo electrónico, teléfono, etc.). Este criterio ha sido superado en el propio ámbito de la UE tras la sentencia dictada en los asuntos *Pammer* y *Hotel Alpenhof*⁴⁷.

Se planteaban dudas también en el ámbito de la UE sobre si la celebración del contrato debía haberse producido a distancia, es decir sin

-
46. Declaración del Consejo y de la Comisión en interpretación del art. 15 del Reglamento 44/2001. No ha sido publicada pero puede consultarse, entre otros, en AA.VV., *Legislación básica de Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 2009, 19ª ed. p.127.
 47. Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010, dictada para dos asuntos acumulados (C-585/08 y C-144/09), Rec. 2010. Aquí se citan una serie de indicios –con carácter no exhaustivo– que pueden constituir indicios de que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, correspondiendo al juez nacional la verificación de dichos indicios: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de confirmar la reserva en esa otra lengua, la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional, los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en el que está establecido el vendedor y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros. Véase VELÁZQUEZ GARDETA, J. M., «Art. 38. Protección de los consumidores», en *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Materiales de innovación docente*, UGARTEMENDÍA EZEIZABARRENA, J. I.; GARCÍA VÁZQUEZ, S.; GOIZUETA VÉRTIZ, J. (dir.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 365-371 y la bibliografía allí citada.

desplazamiento del consumidor, para que la protección de los artículos 15 y ss. del R. 44/2001 pudiera ser efectiva. Este fue el motivo de la consulta de los tribunales austriacos al TJUE en el asunto *Mühlleitner*⁴⁸ donde el tribunal consideró que dicho precepto no exige que el contrato de consumidor y el profesional se haya celebrado a distancia.

Por fin, aún sin sentencia del TJUE, pero atendiendo a las conclusiones del AG en el asunto *Emrek*⁴⁹ no parece que quede zanjado por completo el tema de la interpretación del artículo 15.1. c) del R. 44/2001 en relación a la interpretación del requisito de que el vendedor dirija sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor, especialmente, cuando la oferta se haya producido a través de una página web consultada por el comprador. En este caso, lo que se plantea al TJUE por el correspondiente tribunal alemán es la necesidad de que exista una relación causal entre la actividad comercial dirigida hacia el estado de domicilio del consumidor y la decisión de éste de celebrar el contrato. El AG no considera imprescindible dicha relación causal aunque sí debe ser tomada como un indicio cualificado en el mismo nivel que los mencionados en *Pammer*. Dicho indicio no es decisivo pero su ausencia debe ser compensada con la presencia de otros. No obstante, la cercanía del vendedor y el comprador en este supuesto de hecho (misma conurbación formada por un municipio francés y otro alemán) auguran que el tema vuelva a plantearse ante el TJUE en un futuro.

Lo que si resulta reseñable en las conclusiones del AG es lo establecido en los puntos 17 y 18. Esto es, en primer lugar, que –apoyándose en *Pammer*– la única conducta relevante a los efectos de aplicar el foro especial en materia de consumo sea la del vendedor, cediendo

48. Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012 en el asunto C-190/11, Rec. 2012. Se trata de determinar si el supuesto de hecho de un contrato firmado en la sede de la empresa vendedora (Alemania) a donde se desplaza la compradora (domiciliada en Austria), tras haber tenido conocimiento del bien a través de la página web de la vendedora y tras recibir una oferta concreta vía correo electrónico, puede ser incluido dentro del ámbito de aplicación del art. 15.1.c) del R. 44/2001 y, en consecuencia, puede abrir al consumidor la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales de su domicilio. Véase el análisis crítico de LAFUENTE SÁNCHEZ, R.; «Aplicación del régimen especial de protección de los consumidores previsto en el Reglamento Bruselas I a los contratos celebrados entre presentes. A propósito de la sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11, *Mühlleitner*», *Diario La Ley*, núm. 7966, Sección Tribuna, 16 noviembre 2012.

49. Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 18 de julio de 2013, asunto C-218/12 *Lokman Emrek contra Vlado Sabranovic*.

todo protagonismo la del consumidor (a diferencia de lo establecido en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968).

En segundo lugar, lo que también quedo evidenciado en *Pammer*, que la posición del TJUE es formular criterios objetivos para determinar que la oferta se ha dirigido al estado del consumidor sin tener en cuenta criterios de tipo subjetivo ni las intenciones de las partes.

La jurisprudencia norteamericana hace énfasis, a su vez, en la distinción entre sitio *web* activo y pasivo en base a un índice de interactividad (*sliding scale test*), establecido a efectos de determinar la competencia judicial para las relaciones por Internet, en la citada *Zippo v. Zippo*⁵⁰. Allí se diferencian los casos en que hay posibilidad de formalizar el intercambio en el propio sitio *web* de los que dicho sitio es algo más que una oferta de información. Esta diferencia lleva a considerar competentes a los tribunales del domicilio del usuario/consumidor (*personal jurisdiction*) en el primer caso y no en el segundo. Esta teoría se mantiene firme en las decisiones de muchos tribunales a pesar de haber sido cuestionada recientemente en *Howard v. Missouri Bone*⁵¹, aunque, dicha decisión tampoco se aleja demasiado de las premisas fundamentales del test de interactividad propuesto en *Zippo v. Zippo*. Ha habido discrepancias también de la teoría propuesta en *Zippo v. Zippo* en una serie de asuntos recientes a propósito de subastas online verificadas, en concreto, a través de la plataforma eBay. Así, por citar las más recientes, nos referiremos a *Sayeedi v. Walser*⁵², *Dudnikov v. Chalk & Vermilion*⁵³, *Boschetto v. Hansing*⁵⁴ y *Attaway v. Omega*⁵⁵. No obstante, no es tanto el método propuesto para determinar el nivel de interactividad de un sitio *web* y, en consecuencia, la posibilidad de establecer como competente el tribunal del domicilio del demandado lo cuestionado sino su idoneidad para aplicarse a las relaciones triangulares que se desarrollan en una plataforma de subastas online (en concreto en *Sayeedi v. Walser* se dice: «*Under the Zippo sliding scale test,*

50. Cit. (núm.13).

51. *Howard v. Missouri Bone and Join Center, Inc.*, 2007 WL 1217855 (Ill. App. 5th Dist. April 24, 2007).

52. *Masood H. Sayeedi v. Timothy D. Walser*, Civil Court of the City of New York, Richmond County 2007 N.Y. Misc. LEXIS 497 (February 27, 2007).

53. *K. Dudnikov, and M. Meadors v. Chalk & Vermilion Fine Arts, Inc., a Delaware corporation, and Sevenarts, Ltd., a British Corporation*, District Court of the District of Colorado (D.C. Núm. 05-cv-02505-WDM-MEH).

54. *P. Boschetto v. J.D. Hansing et al.*, District Court of the Northern District of California, núm. CV-06-01390-VRW.

55. *R. Attaway and M. Attaway v. Llexcyiss Omega and D. Dale York*, Court of Appeals of Indiana, núm. 11A01-0712-CV-608.

proper exercise of personal jurisdiction in a claim involving Internet contact is directly proportional to the commercial interactivity of the website over which the contact is made. However, this mode of analysis makes little sense in the eBay context since eBay, and not the user, controls the interactivity and marketing efforts of the website»).

Por tanto, tampoco esta distinción tan relevante supone una diferencia tan decisiva entre consumidores *online* y *offline* como dispensar a los primeros de una protección menor que a los segundos.

3.3. ASPECTOS FORMALES Y SUSTANCIALES DE LOS CONTRATOS DE CONSUME ONLINE

Los contratos *online*, en general, presentan, en primer lugar, unas peculiaridades reseñables en cuanto a la celebración. Por un lado, por lo que a la forma de emisión del consentimiento para la aceptación de las condiciones del contrato y, por otro, en cuanto a la información sobre las condiciones del contrato y su expresión en el sitio *web*.

Todo ello sin olvidar que la regla general son los contratos de adhesión donde no existe ninguna posibilidad de negociación para el consumidor. Esta circunstancia no tendría un carácter negativo –y se entendería dentro de la necesaria dinámica de funcionamiento del comercio internacional– si no viniera acompañado de un intento de enmascarar, en algunos casos, cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor. Esta maniobra viene, en gran medida facilitada por las condiciones en las que el consumidor emite su aceptación en los contratos de consumo online.

3.3.1. Problemas formales derivados de las particularidades de la aceptación contractual *online*

Las cláusulas *clickwrap* (véase una definición en *Specht v. Netscape*⁵⁶) y *browserwrap agreements*⁵⁷ responden a una mecánica de funcionamiento muy extendida y que en ocasiones no ofrece las suficientes garantías para una aceptación consciente de todos los compromisos contractuales.

56. *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 2001 WL 755396 S.D.N.Y.

57. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., *Las condiciones de uso de los sitios web y los browser-wrap agreements*, DeCITA (derecho del comercio internacional. Temas y actualidades) 5/6 (Asunción, 2006), pp. 43-73, en concreto pp. 49-50.

En un principio no plantea problemas la admisión de estas fórmulas de manifestación del consentimiento a obligarse en un contrato, a pesar de no estar previstas expresamente en la mayoría de los sistemas. En este sentido, y referido concretamente a la sumisión a arbitraje, la Recomendación de *UNCITRAL* de 7 de julio de 2006⁵⁸ establece los criterios de interpretación del artículo II.2 del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 2008 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Dicho precepto establece la obligación de que las partes suscriban un acuerdo por escrito de sometimiento a arbitraje para la resolución de sus diferencias (contrato o compromiso firmado por las partes o contenido en un canje de notas o telegramas). La Recomendación de *UNCITRAL* establece que dicho artículo se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

Una cuestión bien distinta supone determinar si estas fórmulas de aceptación, en algunos casos concretos, no son lo suficientemente claras para presumir que el contratante / consumidor / usuario ha aceptado voluntariamente o que lo ha hecho sin conocimiento (por error o mala fe del proveedor) la totalidad de los términos a los que se estaba obligando.

Pasamos a continuación a exponer algunos ejemplos recientes de decisiones jurisprudenciales (EE.UU. y Canadá) motivadas –entre otros argumentos– por alegaciones de consumidores sobre la dificultad de acceder a la totalidad de las cláusulas contractuales, a la falta de necesidad de leer los compromisos previamente a la aceptación o a la remisión a otras páginas web de parte de los compromisos contractuales.

Destacamos –por la abundancia de temas relativos a la contratación online que allí se discutieron– la decisión de la *Cour Suprême de Canadá en Dell c. Union des consommateurs*⁵⁹. Contradiendo las decisiones dictadas en instancia y apelación, el tribunal no consideró relevante que a la cláusula de elección de árbitro (con sede en Estados Unidos), incluida en el contrato de adhesión que la empresa Dell presenta a sus compradores, se accediera a través de un enlace externo

58. Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del art. II y del párrafo 1) del art. VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones, A/61/17.

59. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs et Olivier Dumoulin*, de 13 de julio de 2007 (2007 CSC 349).

(*hyperlink*) que conduce a la página *web* de la instancia arbitral designada como competente en el contrato. Además, a diferencia de los tribunales de instancia, tampoco se dio importancia a que dicha cláusula estuviera redactada en caracteres más pequeños que el resto del contrato y situada en la parte baja de la página, todo ello con el propósito admitido de no distraer la atención del usuario del tema principal, la compra del producto, en definitiva. Por estas y otras razones el tribunal considera obligatoria para las partes la cláusula de sometimiento a arbitraje y no permite que los demandantes acudan a los tribunales canadienses, contradiciendo los criterios mantenidos por los tribunales en instancia y apelación⁶⁰.

En *De John v. The.TV Corporation*⁶¹, el tribunal, ante el argumento de la demanda de nulidad contractual por motivos de ambigüedad en las cláusulas establece una posición muy seguida con posterioridad («*These claims fail because DeJohn had an opportunity to review the terms of the Register.com Agreement by clicking on the hyperlink Register.com provided. The fact that DeJohn claims that he did not read the contract is irrelevant because absent fraud (not alleged here) failure to read a contract is not a get out of jail free card*»).

Manteniendo una posición similar, encontramos las decisiones relativas a otros asuntos. En *B.G. Forrest v. Verizon Communications Inc.*⁶², el tribunal estableció que el consumidor demandante estaba siendo informado de manera suficiente del acuerdo de elección de foro a pesar que la cláusula correspondiente iba incluida en un espacio donde la lectura global era imposible, no quedando otra opción que leerla parcialmente con ayuda del cursor (*scroll box*). Sin olvidar que el tribunal designado competente en el contrato tenía su sede en el Estado del proveedor. En *Net2Phone, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles*⁶³, por su parte, se considera como una práctica habitual en los contratos por Internet la circunstancia de que los términos del contrato –como la cláusula de elección de foro– sólo sea accesible vía *hyperlink* y considera justa (*no unfair*), antes de entrar en otros argumentos de fondo,

60. No obstante, los criterios aplicados en esta decisión han sido superados por la reciente sentencia dictada por la Cour Suprême de Canadá en el asunto *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, (2011SCC 15). Aunque esta determinante sentencia afecta más al tema de fondo como es el respeto a las cláusulas de elección de árbitro más que a las cuestiones formales.

61. Sentencia del Northern District of Illinois de 16 de enero de 2003 [245 F. Supp. 2d 913 (C.D. Ill. 2003)].

62. 805 A. 2d. 1007 (Dist. of Columbia Court of Appeals, Aug. 29, 2002).

63. 108 Cal. App. 4th. 583 (Cal. Crt. App., June 9, 2003).

esta forma de informar al consumidor del tribunal competente. Por su parte, la opinión del tribunal, vertida en el asunto *D. Hubbert v. Dell*⁶⁴, resulta reveladora en materia de letra pequeña de los contratos online («*Although there is not conspicuousness requirement, the hyperlink's contrasting blue type makes it conspicuous. Common sense dictates that because the plaintiffs were purchasing computers online, they were not novices when using computers. A person using a computer quickly learns that more information is available by clicking on a blue hyperlink*»).

En un sentido contrario encontramos dos sentencias. En primer lugar la dictada en *Specht v. Netscape Communications Corp*⁶⁵, donde el tribunal consideró que los consumidores no podían quedar obligados por la cláusula de sumisión a arbitraje ya que ésta no les fue adecuadamente notificada. La razón estribaba en que para descargarse el programa no necesitaban dar su consentimiento expreso a cláusula alguna (*browsewrap agreement*), sin embargo el proveedor lo consideraba emitido por el simple hecho de descargárselo tal y como quedaba expresado al final de la página web, a donde no era necesario llegar para descargar el programa que, además, era gratuito.

En *M. Defontes and N. Long v. Dell Computers Corp.*, et al.⁶⁶, se estableció que la cláusula de sometimiento a arbitraje estaba situada de manera intencionada en la parte baja de la página web de la empresa proveedora (lugar desde donde había que realizar los pedidos) y que dicho emplazamiento no era el más idóneo para que los consumidores estuvieran perfectamente informados de las condiciones bajo las que estaban contratando.

Por último, una sentencia no publicada –*M. Cohn v. Truebeginnings*⁶⁷– cuyo supuesto de hecho, además de por ser poco frecuente y, en cambio, ser admitida la demanda por el tribunal⁶⁸, destaca por tratar de manera diferente a los consumidores online respecto a los consumidores *offline*, suponiéndoles un nivel de información mayor y

64. 359 Ill. App. 3d 976, 835 N.E. 2d 113 (Ill. App. 5 Dist., Aug. 12, 2005).

65. Visto inicialmente por el juez de distrito de Nueva York (2001 WL 755396 S.D.N.Y.), cuyo criterio fue corroborado en apelación en octubre de 2002 [306 F. 3d 17, 26 n. 11 (2d Cir. 2002)].

66. De 29 de enero de 2004, 2004 WL 253560 (R.I. Super. Ct. 2004).

67. Tribunal de Apelación de California. B190423 (Los Angeles County Super. Ct. núm. BC344082).

68. El demandante consideraba que la empresa de contactos online discriminaba a los hombres frente a las mujeres por ofrecer a las segundas contratos gratis de larga duración mientras que a los primeros sólo les gratificaba con una o dos semanas gratuitas de suscripción al servicio.

exigiéndoles una superior capacidad de diligencia en la aceptación de las cláusulas contractuales de designación de ley y de tribunal competente.

Como colofón a estas decisiones –no precisamente unívocas– sobre la información que reciben los consumidores online y las circunstancias formales en que las reciban valga mencionar la muy extendida opinión de que la gran mayoría de los consumidores (*online* y *offline*) tienden a no leer las cláusulas de los contratos⁶⁹.

3.3.2. La inaplicación de la cláusula de sometimiento a un concreto tribunal o árbitro en función del criterio del beneficio para el consumidor

Dentro de un contexto de absoluta implantación de cláusulas de adhesión (especialmente en casos de selección de tribunal y árbitro), existe una jurisprudencia contradictoria sobre esta cuestión. Por un lado, encontramos sentencias que permiten que el consumidor plantee la demanda ante un foro que le sea más favorable (porque le supone un litigio más barato y cómodo en términos de desplazamiento etc.; porque la legislación de ese Estado tiene una regulación concreta en materia de procesos de pequeña cuantía o de acciones colectivas o por otros beneficios similares). Por otro, hay decisiones que, a pesar de valorar los beneficios para el consumidor demandante de litigar en un concreto foro, imponen el respeto de la cláusula contractual.

En el primer grupo encontramos un numeroso grupo de sentencias. Así, en *Dix v. ICT*⁷⁰, el Tribunal permite a los consumidores demandantes interponer la demanda ante los tribunales de su Estado (Washington), a pesar de la cláusula contractual de sometimiento a los tribunales del Estado del proveedor (Virginia) porque la legislación de este último no permite las acciones colectivas. Dado que las reclamaciones de cada uno de los consumidores eran por un montante pequeño, obligarles a respetar la cláusula de elección de tribunal hubiera supuesto desprotección y, en consecuencia, conculcar una política fundamental (*public policy*) del Estado sancionada en la correspondiente norma (*Consumer Protection Act*). Con parecidos argumentos se ma-

69. HILLMAN, R.A., *On-line Consumer Standard-Form Contracting Practices: A Survey and Discussions of Legal Implications*, Corner Law School-Legal Studies Research Paper Series, Paper 29 (2005), <http://lsr.nellco.org/cornell/lsrc/papers/29>.

70. *S. Dix and J. Smith v. ICT Group, Inc. and America Online Inc.*, núm. 77101-4, 2007 WL 2003407 (Wsh. July, 2007).

nifestó el tribunal en *American Online v. Pasieka*⁷¹. Son similares también los pronunciamientos judiciales en *Aral v. Earthlink*⁷² y *C. Comb v. Paypal*⁷³, aunque en ambos lo que el tribunal permite es eludir la cláusula de sometimiento a arbitraje a favor de acudir a la justicia ordinaria porque la primera opción supone la renuncia implícita al ejercicio de acciones colectivas (*class actions*). En la primera se aporta un razonamiento interesante para no aplicar la ley del estado de Georgia, según se recogía en el contrato, y cuya aplicación hubiera traído como consecuencia el sometimiento obligatorio a arbitraje y la renuncia a toda acción colectiva. El tribunal encuentra contactos objetivos suficientes para aplicar esa cláusula de elección de ley aplicable pero considera que California tiene un mayor interés material que Georgia en el asunto y por ellos establece la aplicación de la ley de ese estado que prima la posibilidad de interponer acciones colectivas en este tipo de procesos frente a cualquier otra consideración.

De la misma manera, favoreciendo el acceso de los consumidores –en atención al pequeño monto de sus reclamaciones– a los tribunales del estado de su domicilio al margen de otros compromisos establecidos en el contrato, destacan *Williams v. America Online*⁷⁴, *Licitra v. Gateway*⁷⁵ y *Scarcella v. America Online*⁷⁶. En esta última, además, se pone de relieve como elemento donde se prima los intereses de los consumidores frente a lo establecido en el contrato, la circunstancia del límite –más o menos alto– de la legislación de cada Estado para acceder a los tribunales de menor cuantía (*Small Claims Court*).

Por el contrario, manifestando opinión divergente tenemos las ya citadas *Dell c. Union des consommateurs*, *Net2phone v. The Superior Court of Los Angeles County* y *D. Hubbert v. Dell* y también –dando prioridad al acuerdo contractual frente a la posibilidad de acción colectiva– encontramos a *Caspi v. Microsoft*⁷⁷ y *Groff v. America Online*⁷⁸.

Incluso podemos encontrarnos argumentos –en esta línea de decisiones jurisprudenciales– que enlazan con la teoría del análisis económico del derecho como es el reciente asunto *H. y S. Meier v. Midwest*

71. Núm. 1D03-2290, 2004 Fla. App. Lexis 764 (Jan. 29, 2004).

72. 2005 WL 3164648 (Cal. Ct. App. 2d Dist., Div. 4 Nov. 29, 2005).

73. 218 F. Supp. 2D 1165 (N.D. Cal. Aug. 10, 2007).

74. 2001 WL 135825 (Mass. Super., February 8, 2001).

75. 734 N.Y. S. 2d 389 (Civil Court of the city of New York, Richmond County, October 18, 2001).

76. Núm. 570315/05, 2005 WL 3542868 (N.Y. App. Term., Dec. 28, 2005).

77. 732 A. 2d 528 (N.J. App. Div., July 2, 1999).

78. 1998 WL 307001 (R.I. Superior Ct., May 27).

*Recreational Clearinghouse*⁷⁹. En esta decisión, derivada de una compra de un vehículo defectuoso en una plataforma de subastas *online*, se plantea la diferencia de criterio entre los consumidores demandantes que pretenden interponer la demanda ante los tribunales del estado de su domicilio (California) frente a la pretensión de la empresa demandada de hacer valer la cláusula de elección de foro impuesta en el contrato que somete el asunto a los tribunales de la sede de la empresa (Minnesota). Los tribunales asumen la posición establecida en la seminal –y radicalmente opuesta a los intereses de los consumidores– sentencia del Tribunal Supremo dictada en *Carnival Cruise Lines v. Shute*⁸⁰ donde se defiende que los proveedores presumiblemente traducen en una reducción del precio el beneficio que les proporcionan las cláusulas de elección de tribunales cercanos con lo que los consumidores saldrán beneficiados en términos de reducción del coste. El tribunal –en una exagerada presunción de buena fe de los proveedores– termina afirmando que no hay evidencias de que la inclusión de cláusulas de elección de tribunales cercanos a la sede del proveedor sea un intento de disuadir las reclamaciones de los consumidores.

Por último, ignora la teoría instaurada en *Zippo v. Zippo* sobre los consumidores pasivos y activos y la *stream of commerce* al afirmar que la página *web* del proveedor es accesible desde cualquier lugar del mundo, circunstancia que podría situar –de no respetarse la cláusula de elección de tribunal del contrato– ante una multitud de potenciales foros.

3.3.3. La inaplicación de determinadas cláusulas contractuales de adhesión por su carácter injusto para el consumidor (*procedurally and substantively unconscionable*)

Los tribunales norteamericanos han resuelto la polémica de las cláusulas abusivas a través de la aplicación de los criterios de desproporcionalidad o injusticia por razón del desequilibrio de las partes y de la unilateralidad de las obligaciones que de ellas se derivan. Siempre partiendo de la base de que se trata de cláusulas de adhesión, es decir, con ausencia de negociación real entre las partes (*take or leave it basis*).

Esta fórmula que podría ser una buena solución para equilibrar la posición de los consumidores encuentra su principal defecto en que

79. *Hans Meier and Susan Meier v. Midwest Recreational Clearinghouse, LLC, and DOES 1 through 20, inclusive*, Eastern District Court of California, núm. 2:10-cv-01026-MCE-GGH.

80. 499 U.S. 585 (1991).

descansa en criterios jurisprudenciales con el consiguiente resultado de sentencias que descansan en criterios muy diferentes. Así, encontramos decisiones que rechazan una determinada cláusula de adhesión de sometimiento a tribunal, árbitro o ley aplicable por considerarla injusta para el consumidor como en las citadas *C. Comb v. Paypal*, *Aral v. Earthlink*, *Bragg v. Linden*, *Defontes v. Dell*, *Mazur v. eBay* o en otras como *Oestreicher v. Alienware*⁸¹. En dichas sentencias se establece que la renuncia (*waiver*) –que los consumidores realizan en los respectivos contratos electrónicos de adhesión– al ejercicio de acciones colectivas o a procesos de menor cuantía o al foro de su domicilio les sitúa en una situación de desequilibrio insoportable. Por seleccionar sólo una recogemos el pronunciamiento del tribunal en *Aral v. Earthlink*: «*Although Aral did not allege fraud, the gravamen of the complaint is that numerous consumers were cheated out of small sums of money through deliberate behaviour. Accepting these allegations as true, as we must at this stage of the proceedings, the class action waiver must be deemed unconscionable under California law*».

Es cierto que dichos posicionamientos se producen como consecuencia del intento de determinados consumidores de interponer la demanda ante un foro que les resulta más favorable, ante la consiguiente oposición del proveedor que redactó el contrato. Dicho de otra manera, no son ni una regla general ni fruto de una actuación de oficio de los órganos judiciales. Buena prueba de ello son las sentencias contrarias a esta línea como las ya citadas *Dell c. Union des consommateurs* y *D. Hubbert v. Dell*. En la primera se considera admisible la renuncia a las acciones colectivas («*malgré son importante portée sociale, n'est qu'un véhicule procédural dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels*»), incluso si está realizada en adhesión a un contrato estándar («*Cela ne signifie que l'adhérent ne peut pas consentir véritablement au contrat et être lié par chacune de ses clauses, même si certaines d'entre elles pourraient être nulles ou sans effet par l'application de quelque autre disposition de la loi*»).

En cualquier caso se trata de una solución demasiado arbitraria al difícil reto de compensar el ejercicio de falsa autonomía de la voluntad en los contratos de consumo *online*.

4. CONCLUSIÓN

Los dos retos –aquí expuestos– que la práctica de la contratación *online* lanza al derecho alcanzan un punto de encuentro, incluso hasta poder ser considerados parte de un mismo problema. La regla general

81. 2007 WL 2302490 (N.D. Cal. Aug. 10, 2007).

del uso por los proveedores de contratos de adhesión con cláusulas de elección de tribunal o árbitro y derecho aplicable en ellos incluidas, además de una serie de normas de conducta materiales allí recogidas, parecen ser la base de una futura regulación privada del derecho de la contratación *online*. Dependerá de los Estados y de la eficacia de los mecanismos de cooperación que pongan en marcha que las restricciones a la libertad de contratación en pos de una necesaria protección de la parte más débil se implementen.

En todo caso la respuesta de la mayoría de los sistemas corresponde a la jurisprudencia que, en el caso de los EE.UU., es numerosa aunque algo errática. A diferencia de la UE donde el TJUE se ha pronunciado en menos ocasiones pero siguiendo una línea de inequívoca defensa de los derechos del consumidor.

Otra cuestión derivada de la anterior, no analizada en el trabajo, sería la de la técnica de reglamentación elegida para regular la contratación internacional *online*. Parece que la normativa estatal en vigor requiere de una adaptación a las posibilidades de Internet y que una regulación convencional de DIPr sería muy recomendable. Las dudas se plantean en torno a si resulta más útil una regulación de tipo convencional o algún mecanismo de *soft law* (guía legislativa, ley modelo, etc.) sería la idónea. Es indudable que la segunda posibilidad puede ser más factible en términos de sumar acuerdos estatales pero la primera, sin duda, puede suponer un mayor nivel de compromiso y, por tanto, también, de protección.

Es cierto que no todas las propuestas de regulación alternativa son descartables. Los códigos de conducta y la experiencia de los operadores del comercio online deben de ser utilizados, de la misma manera que los mecanismos de resolución alternativos de controversias (*ADR* y *ODR*) serán, sin duda, un cauce eficaz siempre que se deje abierta la vía de acceso a los tribunales o que se haga efectiva una verdadera autonomía de la voluntad en la elección contractual. En esta última cuestión reside la clave del equilibrio entre operatividad comercial y justicia para los sectores más débiles.