

EL CRITERIO DEL *INTERNATIONAL STREAM-OF-COMMERCE* Y LOS FOROS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTRATOS ELECTRÓNICOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

Doctor en Derecho, Profesor asociado de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Alicante, Abogado

Recibido: 20.03.2012 / Aceptado: 12.04.2012

Resumen: En la contratación electrónica el consumidor puede activar la protección prevista en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 y demandar ante sus tribunales al prestador de servicios siempre que se cumpla el criterio del *International Stream-of-Commerce*. Este trabajo analiza la aproximación a este criterio llevada a cabo tanto por la jurisprudencia norteamericana cuanto por el TJUE con diferentes resultados. Mientras la reciente doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en los asuntos *Nicastro* y *Goodyear* ha limitado su aplicación por considerarlo demasiado expansivo, el TJUE en su Sentencia *Pammer* y *Alpenhof* ha dado un paso más al definir los indicios que acreditan cuando la web de un prestador de servicios ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, y apostar claramente en favor de la competencia del *forum actoris* en la contratación electrónica *B2C*.

Palabras clave: Competencia judicial internacional, Reglamento 44/2001, protección del consumidor, *Forum actoris*, *International Stream-of-Commerce*, actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, página *web* interactiva, página *web* pasiva.

Abstract: In electronic contracting the consumer can activate the protection provided for in article 15.1 (c) of Regulation 44/2001 and sue before his courts to the service provider subject to compliance with the criterion of the *International Stream-of-Commerce*. This paper analyzes the approach to this criterion carried out by both U.S. jurisprudence as of the ECJ with different results. While the recent U.S. Supreme Court doctrine in *Nicastro* and *Goodyear* affairs has limited its application for considering it to be too expansive, the ECJ in its judgment *Pammer* and *Alpenhof* has taken one further step to define the indications that accredit when a service provider website has directed its activity to the Member State of the consumer's domicile and clearly bet for the jurisdiction of the *forum actoris* in electronic contracting *B2C*.

Key words: International jurisdictions of courts, Regulation 44/2001, consumer protection, *Forum actoris*, *International Stream-of-Commerce*, activity directed to the Member State of the consumer's domicile, interactive websites, passive *websites*.

Sumario: I. Introducción. II. Condiciones para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio del consumidor. 1. Que la parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor. 2. Que la parte contratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor. III. El criterio del *international stream of commerce* o mercado de conquista. 1. En la jurisprudencia norteamericana. 2. En la jurisprudencia del TJUE. A) La sentencia *Pammer* y *Alpenhof*. a) Hechos. b) La «actividad dirigida a un Estado miembro» como criterio de atribución de

competencia judicial internacional. c) Valoración de los indicios objetivos que permiten considerar que una actividad se ha dirigido al estado miembro del domicilio del consumidor. B) Posibilidad de extender este criterio a otro tipo de acciones o de contratos diferentes a los de consumo. IV. requisitos que ha de reunir una web para que sea de aplicación el criterio del *international stream of commerce*. 1. Página web interactiva del prestador de servicios. 2. Página web pasiva del prestador de servicios. 3. Distinción entre consumidores activos y pasivos. V. ¿Hacia una mayor protección del consumidor en materia de contratos electrónicos? VI. Consecuencias futuras de la doctrina *Pammer* y *Alpenhof* en la aplicación del criterio del *international stream of commerce*.

I. Introducción

1. El Reglamento 44/2001, como instrumento para determinar la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil de los jueces y tribunales españoles dispone de varios foros que protegen al consumidor¹. En particular, establece normas específicas para determinar la competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores en virtud de las cuales el prestador de servicios (la parte contratante, según la redacción del artículo 15 del Reglamento 44/2001) podrá ser demandada ante los tribunales del Estado miembro en el que estuviere domiciliado el consumidor (*forum actoris*). Para ello, impone como condición *sine qua non* que en aquellos contratos que no regulen la venta a plazos de mercaderías, los préstamos a plazos u otras operaciones de crédito vinculadas a la financiación de la venta de tales bienes, es decir, «en los demás casos», la parte contratante que realiza la prestación característica:

- a) ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o
- b) dirija sus actividades comerciales o profesionales, por cualquier medio, al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades².

¹ *Vid.*, los artículos 15 al 17 del Reglamento 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I) (DO L 12, de 16.01.2001). Sobre los foros de protección del consumidor que establece el Reglamento *Vid.*, entre otros, los siguientes trabajos: 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», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996-I, pp. 39-70; P. CACHIA, «Consumer contracts in European private international law: The sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulation», *European Law Review*, Vol. 34, Nº 3, June 2009, pp. 476-490; J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol. II*, décimo segunda edición, Granada, Comares, 2011-2012, pp. 807-819; F. CARRILLO POZO, «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores», en A. L. Calvo Caravaca (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 305-318; E. CASTELLANOS RUIZ, «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», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2, pp. 134-159, en <http://www.uc3m.es/cdt>; C. ESPLUGUES MOTA, «Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil», *Comunidad Europea Aranzadi*, Año XX, nº 12, 1993, pp. 31-36; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reg.44/2001», *Estudios sobre consumo*, num.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; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión*, Madrid, Marcial Pons, 2008; J. NORMAND / F. BALATE, «Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 26, 1990, pp. 273-351; A. RODRIGUEZ 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; TAMBURINI, «Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo», *Studi M.Giuliano*, Padova, 1989, pp. 869-879; H. UNBERATH / A. JOHNSTON, «The Double-Headed Approach of the ECJ concerning Consumer Protection», *Common Market Law Review*, 2007, pp. 1237-1284; M. VARGAS GOMEZ-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, p. 637-687.

² *Vid.*, el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

2. Con estas normas especiales para determinar la competencia judicial internacional en los contratos de consumo el Reglamento pretende garantizar la protección de la parte más débil en la relación contractual evitando así que la otra parte, considerada más fuerte, pueda imponer el tribunal más favorable a sus intereses³ y que el consumidor se vea abocado a litigar ante los tribunales de este último con los problemas que ello conlleva —desconocimiento del sistema judicial, de la ley aplicable y del idioma del proceso, así como el elevado coste que representa litigar en el extranjero— o que, debido a estas circunstancias, el consumidor desista de ejecutar su derecho a reclamar frente al empresario⁴. Esta protección se complementa con la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes para establecer cláusulas de *electio fori* en los contratos de consumo⁵.

3. Así como los Convenios de Bruselas⁶ y Lugano⁷ —además de los contratos de venta a plazos de mercaderías, de préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes— limitan el ámbito de aplicación del artículo 13 a los contratos que tengan por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías⁸, el Reglamento 44/2001 no acoge esta limitación al utilizar el término «*en todos los demás casos*» sin distinción. Con ello está ampliando el ámbito de aplicación de este precepto al objeto de que todos los contratos en los que intervenga un consumidor, y que cumplan las condiciones antes señaladas, puedan beneficiarse de la aplicación de esta norma de competencia judicial internacional. Huelga, por tanto, la delimitación de los contratos en virtud de su objeto ya que el hecho concluyente no será el objeto del contrato sino el ejercicio de la actividad comercial o profesional, o la dirección de tal actividad, hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor.

4. Por otra parte, ya no se requiere que el consumidor realice los actos necesarios para la celebración del contrato en el Estado en el que se encuentra domiciliado, tal y como dispone el artículo 13.3 b) de los CB/CL⁹, siendo irrelevante el lugar en el que se haya concluido el contrato ya sea en el Estado miembro del domicilio del consumidor o en cualquier otro Estado. Lo determinante será que la parte contratante ejerza su actividad comercial o profesional en el Estado del domicilio del consumidor o que

³ Vid., R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros ...», *loc. cit.*, pp. 41-50. Respecto a la justificación de estas normas especiales por la distinta posición que ocupan las partes en conflicto, Vid., los informes oficiales sobre el Convenio de Bruselas: P. JENARD: Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 122-179); P. SCHLOSSER, Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 184.256); D. EVRIYENIS Y K.D. KERAMEUS: Informe sobre la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 257-284); y M. DE ALMEIDA CRUZ, M. DESANTES REAL y P. JENARD: Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 35-56).

⁴ Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 963.

⁵ Vid., R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros ...», *loc. cit.*, pp. 43-45; y A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 86.

⁶ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968 (DOCE C 27, de 26.01.1990).

⁷ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, el 16 de septiembre de 1988 (BOE nº 251, de 20.10.1995).

⁸ El artículo 13 de los Convenios de Bruselas y Lugano dispone: «*En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada «el consumidor», la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5: 1. cuando se tratase de una venta a plazos de mercaderías; 2. cuando se tratase de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; 3. para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías...*»

⁹ Las condiciones que impone el artículo 13.3 de los Convenios de Bruselas y Lugano son que «*a) la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato*».

haya dirigido sus actividades a ese Estado¹⁰, teniendo en cuenta que el uso de *internet* permite a éste llevar a cabo los actos necesarios para la conclusión del contrato desde cualquier Estado —diferente al de su domicilio— en el que pueda encontrarse temporalmente¹¹, y la dificultad que entraña en las transacciones electrónicas la prueba del lugar en el que se realizan los actos necesarios para la celebración del contrato.

5. Consecuentemente, este cambio de criterio que acoge el Reglamento 44/2001 respecto a la determinación de la competencia judicial internacional en los contratos celebrados con consumidores parece especialmente diseñado para proteger al consumidor en los contratos celebrados por medios electrónicos, es decir, en la contratación *Business to Consumer (B2C)*, y tiene su origen en el desarrollo de las nuevas tecnologías y, en particular, de las comunicaciones a través de *internet* que permiten dirigirse virtualmente a múltiples jurisdicciones y facilitan este tipo de contratación pero, al mismo tiempo, incrementan la vulnerabilidad del consumidor frente a la otra parte contratante.

II. Condiciones para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio del consumidor

1. Que la parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor

6. En la contratación internacional la primera condición que impone el Reglamento 44/2001, para que sean de aplicación las normas especiales de competencia que dispone en materia de contratos celebrados con los consumidores, es que la parte contratante ejerza su actividad en el Estado miembro donde se encuentre domiciliado el consumidor (criterio del «*Doing Business*» en el Derecho internacional privado norteamericano)¹².

Pese al evidente desequilibrio existente entre las partes en la contratación electrónica *B2C* el cumplimiento de este requisito trata de no desequilibrar la balanza del lado del consumidor, ya que de no aplicar este criterio el prestador de servicios se vería abocado a litigar ante el *forum actoris* por el simple hecho de disponer de una *web* accesible al consumidor —a través de la cual ha contratado— y con independencia de que realizase actividades comerciales o profesionales en el mencionado Estado con el consiguiente beneficio para éste y perjuicio para el primero.

Por el contrario, cuando el prestador de servicios desarrolle sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor estará actuando en su mercado natural y tendrá que contemplar entre sus previsiones la posibilidad de ser demandado por el consumidor ante los tribunales de estos países. En estos casos puede afirmarse el cumplimiento del requisito del «*Doing Business*» desde el momento en que resulta probada la comercialización de sus productos entre los consumidores domiciliados en un determinado territorio.

2. Que la parte contratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor

7. Ahora bien, cabe la posibilidad de que la parte contratante no ejerza sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor pero desee introducirse en el mismo. Se considera entonces que tiene una vocación clara de penetrar en un mercado que no es su mercado natural (criterio del «*Internacional Stream-of-Commerce*» o mercado de conquista de acuerdo con el Derecho internacional privado norteamericano)¹³. También en estos supuestos, el Reglamento prevé que será

¹⁰ Vid., Y. FARAH, «Allocation of jurisdiction and the internet in EU law», *European Law Review*, Vol. 33, Nº 2, April 2008, pp. 265-266; y M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Protección internacional de los consumidores ...», *loc. cit.*, pp. 669-670.

¹¹ Vid., N. ROSNER, «Internacional Jurisdiction in European Union E-commerce Contracts», en http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm

¹² Vid., A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes ...; op. cit.*, p. 85.

¹³ *Ibidem*, p. 85.

competente el foro del domicilio del consumidor y el prestador de servicios habrá de tenerlo en cuenta a la hora de planificar el desarrollo de su actividad.

De este modo, cuando el prestador de servicios oriente su oferta —ya sea a través del correo electrónico o de su página *web*— a los consumidores domiciliados en un país en el que no desarrolla normalmente su actividad, se considera que está tratando de introducirse en un mercado nuevo para él, por lo que se darán las condiciones necesarias para hablar del «*Internacional Stream of Commerce*».

El elemento nuclear de esta cuestión será identificar cuándo se considera que un prestador de servicios domiciliado en el territorio de un Estado miembro, y que desarrolla su actividad a través de la red, está orientando su actividad a otros Estados miembros y ofertando sus servicios a los consumidores allí domiciliados, es decir, dirigiendo su actividad hacia esos Estados miembros. ¿Será necesario que dirija su oferta a los potenciales clientes mediante el envío de comunicaciones electrónicas?, o ¿basta el mero acceso del consumidor al sitio *web* del prestador del servicio donde oferta su actividad comercial o profesional?

8. Si bien el envío de comunicaciones a través del correo electrónico puede cumplir las condiciones necesarias para considerar que el prestador de servicios se ha dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor, el mero acceso del consumidor a su *web* sería cuestionable pues, aunque la *web* no se dirige a una jurisdicción particular sino que es susceptible de ser consultada pasivamente desde cualquier Estado en el que se pueda acceder a *internet*, este hecho no supone necesariamente que su titular esté dirigiendo sus actividades hacia todos esos Estados.

Por consiguiente, parece excesivo que el prestador de servicios pueda verse sometido a la competencia judicial de los tribunales del Estado del consumidor con el que contrató por vía electrónica una actividad comercial o profesional por el mero hecho de que tuviese acceso a su página *web*, siempre que pueda demostrarse que no dirigía sus actividades al Estado miembro donde se encuentra domiciliado el consumidor.

De no ser así, los prestadores de servicios que desarrollen su actividad a través de *internet* podrían verse demandados ante los tribunales de cualquier Estado donde el consumidor que ha accedido a su *web* se encuentre domiciliado y verse abocados al cumplimiento de las disposiciones nacionales de los diferentes Estados miembros. Esto podría generar un efecto negativo en la contratación electrónica y una restricción importante en la comercialización transfronteriza ya que las empresas que no deseen verse sometidas en caso de disputa a la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor —por la incertidumbre legal y el coste económico que estas demandas pueden representar—, optarán por no ofertar sus productos a través de *internet* en determinados mercados limitando así las posibilidades de elección para el consumidor¹⁴.

Esta circunstancia no favorecería la libre prestación de servicios, al contrario, podría fomentar un fraccionamiento del mercado único y la discriminación de los consumidores en función de su domicilio en contra de lo que dispone la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior¹⁵, si bien es cierto que esta norma permite un tratamiento diferenciado cuando este venga justificado por causas objetivas. En mi opinión, limitar la contratación con consumidores con el fin de evitar posibles demandas ante los tribunales de los Estados donde se encuentran domiciliados podría ser considerado una causa objetiva y no discriminatoria tal y como prevé la mencionada Directiva¹⁶.

¹⁴ Como señalan A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol. II, op. cit.*, pp. 817-818, la aplicación de este criterio (tesis de la accesibilidad) resulta muy riguroso con los empresarios por lo que el Reglamento 44/2001 no ha acogido esta interpretación; *Vid.*, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos...*, *op. cit.*, p. 340.

¹⁵ El artículo 20 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO L 376, de 27.12.2006) dispone «1. Los Estados miembros harán lo necesario para que el destinatario no se vea sujeto a requisitos discriminatorios basados en su nacionalidad o en su lugar de residencia. 2. Los Estados miembros harán lo necesario para que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia del destinatario, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos».

¹⁶ S. MARINO, «I contratti di consumo *on line* e la competenza giurisdizionale in ambito comunitario», *Contratto e impresa/ Europa*, 1/2011, p. 253, afirma que el criterio adoptado por el Reglamento 44/2001 no resulta eficiente en un mercado único

9. La solución a este conflicto pasa por definir los mercados en los que los prestadores de servicios desean actuar dirigiendo a los mismos sus actividades de manera voluntaria, si bien hay que considerar que en el ámbito de la Unión Europea las empresas deberían valorar si la renuncia a contratar electrónicamente con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, con el fin de evitar posibles demandas ante sus tribunales, compensa la pérdida de actividad que pueden sufrir en esos mercados, teniendo en cuenta la existencia de diversos instrumentos normativos que facilitan la solución de litigios transfronterizos en el territorio de la Unión Europea en caso de conflicto¹⁷.

De esta forma, confirmar que la parte contratante ha orientado sus actividades a uno o varios Estados miembros y, por ende, a los consumidores allí domiciliados implicará el análisis de aspectos más concretos y específicos tales como las ofertas y publicidad que realice, el perfil de los consumidores a los que dirige sus productos o servicios, el idioma utilizado en la redacción de la *web* y la documentación que incorpora en la misma, la moneda utilizada para efectuar sus transacciones o las contrataciones reales efectuadas en ese Estado o Estados en los últimos tiempos.

En definitiva, la carga de la prueba para demostrar que el prestador del servicio ha dirigido su actividad hacia un determinado país recaerá sobre el consumidor que pretenda invocar la protección conferida por los artículos 15 y 16 del Reglamento 44/2001¹⁸.

III. El criterio del *international stream of commerce* o mercado de conquista

10. De acuerdo con este criterio procedente del Derecho internacional privado norteamericano se considera que los prestadores de servicios que pretenden conquistar un determinado mercado, alentados por las potenciales ventajas que en el mismo van a obtener, actúan creando una corriente de comercio internacional que se manifiesta en concretos y específicos actos de comercio hacia el país del mercado de conquista¹⁹.

En estos casos, resulta manifiesto que la ley de ese país presentará los vínculos más estrechos con los contratos que el prestador de servicios lleve a cabo con los consumidores domiciliados en el mismo como resultado de la corriente de comercio internacional activada. Esto significa que debe conocer los riesgos que implica competir en ese mercado extranjero y, entre ellos, la posibilidad de que en caso de conflicto resulte demandado ante sus tribunales por el hecho de haber vendido sus productos o prestado sus servicios allí cumpliendo así el criterio del *International Stream of Commerce*.

La consecuencia directa de la aplicación de este criterio será que el prestador de servicios no podrá imponer pactos de sumisión expresa a los tribunales de su país con la finalidad de concentrar todos sus litigios ya que, de hacerlo, no resultarán operativos en los contratos de consumo²⁰.

donde los prestadores han de desarrollar su actividad sin ningún tipo de discriminación por razones geográficas. Cfr. D. J.B. SVANTESSON, «*Pammer and Hotel Alpenhof – ECJ decisión creates further uncertainty about when e-businesses «direct activities» to a consumer's estate under the Brussels I Regulation*», *Computer Law & Security Review*, 27 (2011) pp. 303, quien considera que no se produce tal discriminación sino, en todo caso, una discriminación basada en la localización geográfica del consumidor en el momento de la contratación.

¹⁷ Vid., en este sentido, el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30.4.2004); el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 399 de 30.12.2006); el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DO n° L 199 de 31.07.2007); así como el propio Reglamento 44/2001.

¹⁸ Vid., A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, N° 2, p. 100, en <http://www.uc3m.es/cdt>

¹⁹ Vid., A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes...*, op. cit., pp. 88-89; y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*», en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 113-114.

²⁰ Vid., al respecto, las limitaciones que impone el artículo 17 del Reglamento 44/2001 al objeto de establecer acuerdos atributivos de competencia entre las partes en los contratos celebrados por los consumidores. En la doctrina, Vid., por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado...*, op. cit., p. 964.

1. En la jurisprudencia norteamericana

11. En la jurisprudencia norteamericana no existe una línea bien definida respecto a los límites en la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*. Si bien en los años 80 fue defendido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *World-Wide Volkswagen Corporation*²¹, en 1987, a raíz de la Sentencia *Asahi Metal Industry*²², el Tribunal Supremo matizó su aplicación argumentando que para que el demandante —adquirente del producto— pudiese invocar la protección de los tribunales de su Estado era exigible no solo que el producto de una empresa alcanzase el *forum* del demandante sino también que el vendedor hubiese dirigido sus actividades a dicho mercado. A partir de ese momento este criterio ha sido objeto de un gran debate por lo que durante muchos años se ha esperado una nueva decisión del Tribunal Supremo norteamericano en la que clarificase las incertidumbres generadas al socaire de este criterio, especialmente a raíz de las diferentes opiniones vertidas por sus jueces en la citada Sentencia *Asahi*.

12. Esta decisión se ha producido recientemente en los asuntos *Nicastro*²³ y *Goodyear*²⁴ donde el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de interpretar de nuevo este criterio y establecer ciertos límites al mismo por considerarlo demasiado expansivo. El Tribunal considera que para aplicar el *International Stream of Commerce* no basta que el vendedor haya previsto la posibilidad de que sus productos alcancen el mercado de conquista sino que, además, ha de confluír su voluntad manifiesta de dirigir los productos hacia ese mercado. Añade, además, que cada caso ha de ser evaluado de forma individualizada («*personal jurisdiction requires forum-by-forum analysis*») atendiendo a sus circunstancias, no pudiendo aplicarse este criterio de forma generalizada.

Sin embargo, lejos de conseguir el objetivo de clarificar este criterio tal vez con estas nuevas decisiones el Tribunal ha podido contribuir a incrementar las dudas existentes debido a la ausencia de consenso y a las opiniones contradictorias emitidas por sus jueces —así, mientras cuatro de ellos eran partidarios de aplicar de forma restrictiva este criterio, otros tres pretendían mantener el estándar existente en la Sentencia *Asahi* y los dos restantes parecían indecisos²⁵.

Por otra parte, resulta muy interesante la referencia que hace el Tribunal en el asunto *Nicastro* a la contratación electrónica, planteando la dificultad añadida que entraña valorar la intención del vendedor de dirigir su actividad a otros mercados en el entorno del comercio electrónico donde, por las especiales características que aportan los medios electrónicos, las páginas *web* son accesibles en todo el planeta y sus productos y servicios se ofertan a nivel mundial.

Sin duda alguna, esta declaración va a tener implicaciones significativas en el desarrollo de la futura jurisprudencia norteamericana en materia de la «*personal jurisdiction*», pues anuncia una interpretación más restrictiva del criterio del *Internacional Stream of Commerce* en el ámbito de la contratación electrónica *B2C*.

Finalmente, considero muy significativa la mención de las tres Jueces del Tribunal Supremo —a través de su voto particular en el que discrepan de la Sentencia— al Reglamento 44/2001 y, en particular, a su artículo 5.3, si bien el mencionado precepto se refiere a la competencia judicial en materia delictual o cuasidelictual²⁶. Comparando los criterios de atribución de competencia judicial internacional previs-

²¹ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *World-Wide Volkswagen Corporation*, 444 U.S. 286 (1980), en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/286/case.html>

²² Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California*, 480 U.S. 102 (1987), en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/102/case.html>

²³ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, Nº 09-1343, 546 U.S. (2011), en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1343.pdf>

²⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, Nº 10-76, 546 U.S. (2011), en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-76.pdf>

²⁵ *Vid.*, al respecto, A. B. MORRISON, «The impacts of *McIntyre* on minimum contacts», *Arguendo, The George Washington Law Review*, October 2011, Vol. 80, p. 12; y T. D. PETERSON, «The timing of minimum contacts after *Goodyear* and *McIntyre*», *Arguendo, The George Washington Law Review*, September 2011, Vol. 80, p. 39.

²⁶ El artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 dispone que en materia delictual o cuasidelictual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro «...ante el tribunal del lugar en el que se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso».

tos en los ordenamientos jurídicos la Unión Europea y de Estados Unidos, su conclusión es que en el supuesto de no aplicarse el criterio del *International Stream of Commerce* los demandantes norteamericanos se encontrarían en desventaja respecto a los europeos en virtud del foro de competencia previsto en el mencionado artículo 5.3 del Reglamento 44/2001.

En resumen, lo determinante será la concurrencia de la voluntad clara y manifiesta del vendedor de dirigir su actividad hacia el mercado de conquista, lo que ha venido a denominarse «*the targeting-based test*». Sin embargo, el Tribunal Supremo norteamericano sigue sin esclarecer qué actividades pueden considerarse suficientes para acreditar esa voluntad del vendedor, habiendo perdido una ocasión magnífica para identificar el tipo de contactos (*minimum contacts*) relevantes al objeto de aplicar el *International Stream of Commerce* —por ejemplo, en lo que respecta a las ventas en el mercado de conquista, la frecuencia, el volumen o los ingresos generados que se consideran determinantes—, por lo que habrá que esperar a futuras decisiones más clarificadoras en esta materia. Entretanto, y en ausencia de un criterio claro y único, los tribunales inferiores se verán abocados a seguir adoptando decisiones inconsistentes respecto a la interpretación de este criterio²⁷.

13. En el ámbito de la contratación electrónica con consumidores, con excepción de la referencia ya mencionada en el asunto *Nicastro*, no existe ningún precedente en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano respecto a la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*, ya que la interpretación del mismo se ha circunscrito a supuestos de responsabilidad del fabricante por daños derivados de sus productos con el fin de justificar la competencia de los tribunales del Estado al que dirigía su actividad y en el que se encontraba domiciliado el destinatario de la misma.

A pesar de ello, el debate y posterior generación de doctrina jurisprudencial respecto a las cuestiones de competencia judicial internacional en el ámbito de la contratación electrónica *B2C* ha llegado mucho antes en Estados Unidos que en la Unión Europea, y lo ha hecho de la mano de las decisiones de los diferentes Tribunales Federales de Distrito entre las que es posible distinguir dos líneas bien diferenciadas.

14. Siguiendo la primera de ellas, los tribunales se han declarado competentes para conocer de una acción en aquellos supuestos en los que el proveedor realiza publicidad a través de su página *web* dirigida al foro donde ya había celebrado otros contratos. Precisamente, en el asunto *Inset Systems, Inc.*²⁸, donde se planteaba por vez primera la determinación de la competencia judicial en el ámbito de *internet*, el Tribunal de Distrito de Connecticut ponía de manifiesto que con el cumplimiento de estos criterios actuaba la regla del «*Doing Business*» pues el prestador deseaba dirigir su actividad comercializadora hacia un determinado mercado. Además, el Tribunal consideraba que la existencia de la *web* del demandado, y los múltiples accesos a la información contenida en la misma por parte de los potenciales consumidores domiciliados en el Estado hacia el que el demandado dirigía su actividad, constituían contacto mínimo suficiente con el foro del consumidor al objeto de justificar la competencia del mismo²⁹.

15. Posteriormente, a partir de la Sentencia *Bensuan Restaurant Corporation*³⁰ los Tribunales de Distrito adoptaron una línea interpretativa más restrictiva y se pueden encontrar numerosas decisiones

²⁷ Vid., T. D. PETERSON, «The timing of minimum contacts ...», *loc. cit.*, p. 39; K.M. WATTERSON and P. H. FORSTER, «Due Process Requires That a Defendant Purposefully Target Activities Toward a Particular State in Order To Be Subject to Jurisdiction There», June 2011, en http://www.reedsmith.com/library/search_library.cfm?WidCall1=CustomWidgets.content_view_printfriendly&cit_id=31669; y S. WILSKE, «A New Era or just a respite? U.S. Supreme Court Stops Jurisdiction over foreign manufacturers from spiraling out of control», October 2011, en <http://www.genre.com/sharedfile/pdf/CasualtyMattersInt201110-en.pdf>.

²⁸ Sentencia del *United States District Court, D. Connecticut*, de 17 de abril de 1996. Caso *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996), en <http://www.internetlibrary.com/pdf/Inset-Systems-Instruction-Set.pdf>

²⁹ Vid., Y. A. TAMAYO, Y. A. TAMAYO, «Who? What? When? Where? Personal Jurisdiction and the World Wide Web», *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. IV, Issue 3, Spring 1998, pp. 3-4; y M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over the Internet», *The Business Lawyer*, vol. 54, November 1998, pp. 391-392.

³⁰ Sentencia del *United States District Court, S.D. New York*, de 9 de septiembre de 1996, Caso *Bensuan Restaurant Corporation v. Richard B. King*, 937 F. Supp. 295, en <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/126/126.F3d.25.96-9344.1383.html>. Vid., al respecto, Y. A. TAMAYO, «Who? What? When? Where? ...», *loc. cit.* pp. 6-7; y M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, pp. 389-391.

que se dirigen en la otra dirección, al considerar que la mera existencia de una página *web* pasiva no es suficiente justificación para que el titular de la misma deba quedar sujeto a la jurisdicción de cualquier parte contratante que tenga acceso a la misma.

En esta Sentencia, donde se dilucidaba si la existencia de una página *web* pasiva en *internet* resultaba suficiente para establecer contactos mínimos con el foro, y de este modo permitir a los tribunales del Estado de residencia de la otra parte contratante declararse competente frente a la demanda presentada ante el titular de la página *web*, el Tribunal de Distrito de Nueva York se refería a la existencia de contactos mínimos con el foro y señalaba la necesidad de analizar la naturaleza de la *web* en cuestión, pues la mera existencia de un «sitio *web*» al que pueda acceder cualquier persona no es suficiente para conferir jurisdicción sobre un demandado ya que: «*Creating a site, like placing a product into the stream of commerce, may be felt nationwide –or even worldwide- but, without more, it is not an act purposefully directed toward the forum State*»

16. Siguiendo esta línea doctrinal existen otras sentencias muy significativas. Por ejemplo, la adoptada en el asunto *Zippo Manufacturing Co*³¹, donde el Tribunal de Distrito de Pennsylvania declaró que no bastaba la existencia de una *web* y que ésta fuese accesible desde cualquier mercado para que su titular quedase sometido a los tribunales del foro del demandante y aceptaba su competencia basándose en que el demandado había concluido contratos con varios residentes en el Estado de su jurisdicción. Establecía, de esta manera, una clara distinción entre las páginas *web* pasivas —como elemento insuficiente para atribuir la competencia a los tribunales del domicilio del consumidor— y las páginas *web* interactivas —en cuyo caso el prestador del servicio sí quedaría sometido a los tribunales del foro del consumidor— (*the Passive versus Active Test*).

En este sentido, señalaba el Tribunal: «*At one end of spectrum are situations where a defendant clearly does business over the Internet. If the defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmissions of computer files over the internet, personal jurisdiction is proper. At the opposite end are situations where a defendant has simply posted information on an internet web site which is accessible to users in foreign jurisdictions. A passive web sites that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise of personal jurisdiction. The middle ground is occupied by interactive web sites, where a user can exchange information with the host computer. In these cases, the exercise or jurisdiction is determined by examining level of interactivity and commercial nature of the exchange of information that occurs on the web site*».

17. Por su parte en la sentencia *Cybersell Inc.*³², el Tribunal de apelación (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*) negaba la jurisdicción del tribunal del demandante argumentando que el único contacto del demandado con el foro había sido el mantenimiento de su página *web* pero que el mismo no había dirigido sus actividades comerciales a través de su *web* al domicilio del demandante. En fin, la *web* del demandado no era una *web* activa ya que se limitaba a ofrecer en la misma un número de teléfono local de Florida donde se encontraba establecida la empresa para que llamasen al mismo los posibles interesados en los servicios publicitados en la *web*. Esta circunstancia no acreditaba la realización de acciones publicitarias dirigidas al Estado de Arizona por lo que, de nuevo, el Tribunal reiteraba la idea ya expresada en el asunto *Zippo* y advertía que no bastaba con el mantenimiento de una página *web* pasiva sino que se requería algo más.

³¹ Sentencia del *United States District Court for the Western District of Pennsylvania*, de 16 de enero de 1997. Caso *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997), en http://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/top_stories/docs/zippo.pdf. Vid., al respecto, M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, p. 395; y M. CHISSICK y A. KELMAN, *Electronic Commerce, Law and Practice*, 3ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2002, pp. 124-125.

³² Sentencia del *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, de 2 de diciembre de 1997. Caso *Cybersell Inc. an Arizona corporation v. Cybersell Inc. a Florida corporation and others*, 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997), en <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/130/F3d.414.96-17087.html>. Vid., al respecto, M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, p. 395.

18. Sin embargo, aún cuando los Tribunales de Distrito han elaborado una jurisprudencia bien definida respecto a la distinción entre páginas *web* interactivas y pasivas, y a pesar de la amplia aceptación que ha tenido la doctrina *Zippo*, en los últimos tiempos los Tribunales de Distrito han limitado la aplicación de este criterio, tal y como recientemente ha hecho el Tribunal Supremo en sus asuntos *Nicastro* y *Goodyear*, utilizando otros criterios más allá del «*Passive versus Active Test*», es decir, de la simple distinción entre páginas *web* interactivas y pasivas. En definitiva, se han mostrado cada vez más reticentes a aplicar la doctrina *Zippo* en favor de la aplicación de un nuevo principio basado en la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia el mercado de conquista

Un buen ejemplo de ello lo constituye la Sentencia del *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* en el asunto *Panavision International*³³, donde señalaba que resulta esencial que el demandado tenga la voluntad de dirigir su actividad de manera indubitada hacia el Estado del foro y que la demanda tenga su origen en la actividad desarrollada por el prestador del servicio en el Estado del foro. En definitiva, se ha de evaluar la intencionalidad del prestador de servicios y valorar las actuaciones que ha llevado a cabo con el fin de dirigirse a una jurisdicción o evitar la misma (*the targeting-based analysis*)³⁴.

Sin embargo, al igual que sucede con la doctrina del Tribunal Supremo, los Tribunales de Distrito siguen sin identificar un elenco de indicios o criterios que pongan de manifiesto la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad al Estado de conquista.

19. En fin, a la vista de la importancia que el Tribunal Supremo parece conceder a los «contactos físicos» con el foro (*minimum contacts*) en su Sentencia *Nicastro*, resultan evidentes las dificultades que entraña delimitar la aplicación del *International Stream of Commerce* en las demandas que tengan su origen en la contratación electrónica pues, como es bien sabido, las actividades desarrolladas a través de *internet* no suelen presentar contacto físico con el foro del demandante³⁵.

2. En la jurisprudencia del TJUE

A) La Sentencia *Pammer y Alpenhof*³⁶

a) Hechos

20. Esta Sentencia tiene su origen en dos supuestos bien delimitados, el primero de ellos se refería a la contratación a través de *internet* de un viaje en carguero desde Trieste (Italia) hasta Asia Oriental. El Sr. Pammer, ciudadano domiciliado en Austria, reservó el mencionado viaje con la empresa *Reederei Kart Schlüter GMBH & Co KG*, con domicilio social en Alemania, a través de la *web* de la sociedad intermediaria *Internationale Frachtschiffreisen Pfeiffer GMBH* domiciliada en Alemania. Posteriormente, al considerar que las condiciones del buque en el que debía embarcar no se correspondían con las que el prestador del servicio indicaba en su *web*, el Sr. Pammer decidió no embarcar y solicitó la devolución del importe que ya había abonado por el mencionado viaje.

Al no obtener el reembolso total del pago, el Sr. Pammer demandó a la empresa *Reederei Kart Schlüter GMBH & Co KG* ante el Tribunal de primera instancia austriaco y ésta interpuso una excepción de incompetencia por falta de jurisdicción internacional del Tribunal austriaco por considerar que no ejercía ninguna actividad profesional o mercantil en Austria. Esta excepción fue rechazada por el Tribu-

³³ Sentencia del *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, de 17 de abril de 1998. Caso *Panavision International L.P. v. Toeppen*, 141 F 3d 1316, 1320 (9th Cir. 1998), en http://scholar.google.com/scholar_case?case=18039958431907373662&q=141+F.3d+1316&hl=en&as_sdt=2002. Vid., M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, pp. 396-397.

³⁴ En relación al análisis del «*Targeting Test*» en la jurisprudencia de los Tribunales de Distrito norteamericanos, Vid., el trabajo de M. A. GEIST, «Is there a there there? Towards greater certainty for Internet jurisdiction», 16 *Berkeley Technology Law Journal*, pp. 1345-1406 (2002), en <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf>

³⁵ Vid., A. B. MORRISON, «The impacts of *McIntyre* ...», *loc. cit.*, p. 1.

³⁶ Sentencia del TJUE, de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, en los asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Rec. . Rec.* 2010, p. I-12527.

nal de instancia alegando que se trataba de un contrato de consumo y que la demandada había llevado a cabo su actividad promocional en Austria a través de la *web* de su sociedad intermediaria *Internationale Frachtschiffreisen Pfeiffer GMBH*. Sin embargo, el órgano jurisdiccional de apelación, el *Landesgericht Krems an der Donau*, calificó el contrato en cuestión como un contrato de transporte y no de consumo, tal y como contempla la Sección 4 del Reglamento 44/2001, y revocó esta decisión aduciendo que los tribunales austriacos no eran competentes.

En el posterior recurso de casación interpuesto por el Sr. Pammer, ante el *Oberster Gerichtshof*, este órgano planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial con el fin de «conocer los requisitos que debe reunir una página *web* para que pueda considerarse que las actividades desarrolladas por el vendedor están dirigidas al Estado miembro del consumidor» en el sentido del artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001.

21. El segundo asunto se planteó a raíz de la reserva de varias habitaciones en el Hotel *Alpenhof*, situado en Austria, efectuada por el Sr. Heller, ciudadano residente en Alemania, a través del correo electrónico que figuraba en la *web* del mencionado hotel. Tras haber disfrutado de su estancia en el Hotel, el Sr. Heller se marchó sin pagar la factura por considerarse insatisfecho con los servicios recibidos por lo que el Hotel *Alpenhof* demandó al Sr. Heller ante un Tribunal austriaco, el *Bezirksgericht Sankt Johann im Pongau*. Ante esta demanda, el Sr. Heller interpuso una excepción de incompetencia al considerar que en su calidad de consumidor, y en virtud del artículo 15 del Reglamento 44/2001, solo podía ser demandado ante los tribunales alemanes por ser el Estado en el que se encontraba domiciliado.

Aplicando este criterio el Tribunal de instancia se declaró incompetente y lo mismo sucedió con el Tribunal de segunda instancia, el *Landesgericht Salzburg*, por lo que el Hotel *Alpenhof* interpuso recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof* que suspendió el procedimiento y planteó ante el TJUE la siguiente cuestión prejudicial: «¿Basta con que se pueda acceder a través de Internet a la página *web* del cocontratante del consumidor para que pueda afirmarse que la actividad está dirigida a un Estado, en el sentido del artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001?»

b) La «actividad dirigida a un Estado miembro» como criterio de atribución de competencia judicial internacional

22. Hasta la Sentencia *Pammer y Alpenhof*, el TJUE no había tenido ocasión de analizar la expresión «dirigiese tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros» prevista en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 ya que, como he señalado, se trata de un término novedoso en relación a la redacción del artículo 13 del CB/CL donde se requiere que el prestador haya efectuado una «oferta» o «publicidad» en el domicilio del consumidor y que éste haya realizado en ese Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

23. En este sentido, resulta interesante recordar el texto de la Propuesta inicial del Reglamento 44/2001 en el que la Comisión señalaba que la comercialización de bienes o servicios por un medio electrónico accesible en un Estado miembro constituía una «actividad dirigida a dicho Estado»³⁷. Sin embargo, esta redacción no prosperó y fue modificada por el Parlamento Europeo que consideró excesivas estas condiciones porque las mismas podrían condenar a los prestadores de servicios a verse demandados ante los tribunales de cualquier jurisdicción donde su *web* fuese accesible.

Por lo tanto, hasta la Sentencia *Pammer y Alpenhof* el criterio que servía como guía era la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento 44/2001 en la que ambas instituciones afirmaban que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de

³⁷ *Vid.*, el Considerando 13 de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Documento COM (1999) 348 final, de 7.09.1999 (DOCE C 376 E, de 28.12.1999).

contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente»³⁸.

Con ello se cumple el objetivo de proteger al consumidor siempre que el contrato celebrado con un prestador de servicios presente vínculos suficientes con el Estado miembro en el que se encuentra domiciliado. *A sensu contrario*, garantiza al prestador de servicios que en ausencia de una conexión suficiente con el Estado del domicilio del consumidor, porque su actividad no se ha dirigido a ese mercado, no se verá sometido a los tribunales de dicho Estado.

24. En esta Sentencia, el TJUE ha tenido ocasión de analizar por primera vez los requisitos que ha de reunir la página *web* de un prestador de servicios para que pueda considerarse que sus actividades se dirigen al Estado miembro en el que se encuentra domiciliado el consumidor y determinar de ese modo el órgano jurisdiccional competente en caso de conflicto.

La Sentencia es importante por cuanto el Reglamento 44/2001 no define la noción de «actividad dirigida a otros Estados miembros»³⁹. Se trata de un concepto que ha de interpretarse de forma autónoma⁴⁰, teniendo en cuenta que el artículo 15. 1 c) del Reglamento 44/2001 ha asumido la tarea de protección del consumidor como parte más débil en la relación contractual en los contratos *B2C* que antes venía atribuida al artículo 13 del CB/CL⁴¹. De este modo, al socaire de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales, el TJUE ha tenido la oportunidad de delimitar el umbral de exigencia que se ha de aplicar para considerar que la página *web* de un prestador de servicios dirige su actividad a los consumidores domiciliados en otro Estado miembro.

Por otra parte, si bien la Sentencia se refiere a supuestos donde se dilucidaba la competencia judicial internacional no es menos cierto que los criterios adoptados por el TJUE son extrapolables al ámbito de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por lo que resultará de gran ayuda a la hora de interpretar el artículo 6.1 b) del Reglamento Roma I y, en particular, la ley aplicable a los contratos de consumo⁴².

25. El hecho concluyente para definir este concepto ha de ser la voluntad del prestador del servicio de acceder y dirigir su actividad a otros mercados (*Internacional Stream of Commerce*) adoptando las medidas necesarias para conseguir un fin eminentemente económico. Teniendo en cuenta que no todos los elementos que coadyuvan al cumplimiento de ese fin tienen un efecto económico —por ejemplo, el nombre de dominio, la dirección de correo electrónico o el idioma utilizado en la *web*— se puede concluir que todo gira alrededor de la voluntad del prestador del servicio⁴³.

Justamente, cabe plantearse aquí si resulta suficiente que el prestador de servicios manifieste su voluntad de dirigir sus actividades a otro Estado miembro y, de ser así, cómo ha de exteriorizar la misma ¿basta que sea de forma tácita o se requiere una manifestación expresa a través de la *web*?

³⁸ *Vid.*, la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento 44/2001, Documento 13742/00, en http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_es_declaration.pdf

³⁹ Tampoco incorpora ninguna definición al respecto el texto presentado para modificar el actual Reglamento 44/2001, cuyo artículo 15 conserva su redacción actual. *Vid.*, al respecto la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Doc. COM (2010) 748 final, de 14.12.2010.

⁴⁰ Tal y como ha tenido ocasión de confirmar el TJUE en sus Sentencias de 11 de julio de 2001, *Gabriel*, C-96/00, *Rec.* 2002 p. I-6367, en su apartado 37, y de 14 de mayo de 2009, *Ilseger*, C-180/06, *Rec.* 2009 p. I-3961, en su apartado 41; y como también se pone de manifiesto en el considerando 19 del propio Reglamento 44/2001. Por su parte, en las Conclusiones de la Abogada General, Sra. Trstenjak, en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*, ésta considera que para llevar a cabo esta interpretación han de tomarse en consideración cuatro criterios: la interpretación literal, la interpretación teleológica, la interpretación histórica y la interpretación sistemática de dicho concepto. *Vid.* al respecto, el apartado 62 de las Conclusiones.

⁴¹ Así se pone de manifiesto en la doctrina del TJCE. *Vid.*, al respecto, sus Sentencias de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01, *Rec.* 2005 p. I-439, apartado 34; y *Engler* C-27/02, *Rec.* 2005, p. I-481, apartado 39.

⁴² Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOCE L 177, de 4.07.2008).

⁴³ *Vid.*, F. F. WANG, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2010, p. 62.

Para dar respuesta a este interrogante el TJUE procede a interpretar este concepto definiendo y acotando los indicios que puedan aseverar que el prestador se ha esforzado activamente en captar clientes domiciliados en otros Estados miembros, en definitiva, que sea este el objetivo y el resultado de su actuación⁴⁴.

26. Ahora bien, cabe sugerir en este punto la posibilidad de que un prestador de servicios no tuviese como objetivo dirigir sus actividades hacia los consumidores establecidos en otro Estado miembro y, sin embargo, el resultado final fuese la captación de los mismos. En estos casos, la ausencia de este objetivo tendría que llevar aparejada la no concurrencia de los indicios a los que se refiere el TJUE en su Sentencia por lo que sería factible distinguir entre objetivo y resultado y concluir que, en ausencia de un objetivo claro y de indicios que así lo justifiquen, el prestador del servicio no habría dirigido sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor⁴⁵.

Consecuentemente, el hecho de que una página *web* sea accesible no basta *per se* para que resulte aplicable el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001, ya que si el legislador hubiese querido que la mera existencia o accesibilidad a la página *web* del prestador de servicios fuese indicio suficiente para considerar que éste dirige sus actividades a cualquier Estado miembro desde el que el consumidor pueda acceder a la misma, podría haber adoptado una redacción diferente a la actualmente existente pero no fue así⁴⁶. Será necesario, por tanto, que concurran una serie de indicios objetivos para poder afirmar que ha dirigido sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor.

A sensu contrario, cuando la *web* del prestador de servicios permita la contratación con los consumidores domiciliados en otro Estado miembro habrá que entender que ha dirigido su actividad a ese mercado, salvo que en la mencionada *web* se excluya expresamente a ese Estado y a sus consumidores como destinatarios de las actividades en ella ofertadas⁴⁷.

27. Entre las medidas que pueden adoptarse para evitar las relaciones con el foro del consumidor cabe destacar las siguientes: a) la inclusión de *disclaimers* o cláusulas de exención de responsabilidad en la *web* —de forma bien visible y accesible a los consumidores que visiten la misma— en los que advierta sobre la limitación de su actividad respecto a determinados Estados o mercados y, por ende, a los consumidores domiciliados en los mismos⁴⁸; b) la adopción de medidas que restrinjan o impidan técnicamente el acceso a los contenidos de una página *web* a los consumidores de un determinado Estado o área geográfica, tal y como hoy en día permite llevar a cabo la evolución tecnológica de *internet*⁴⁹; c) la instalación en la *web* de un sistema de identificación, limitado a los mercados con los que el prestador de servicios desea trabajar, que obligue al consumidor a seleccionar el Estado desde el que accede a la misma o en el que han de prestarse los servicios asegurándose, de este modo, de que está contratando con los consumidores que desea contratar; o d) la inclusión de un acuerdo atributivo de competencia a

⁴⁴ Vid. el apartado 75 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 63 de las Conclusiones de la Abogado General, Sra. Trstenjak.

⁴⁵ Vid., D. J.B. SVANTESSON, «*Pammer and Hotel Alpenhof ...*», *loc cit.* pp. 301-302.

⁴⁶ Vid., el apartados 71, 73 y 74 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 64 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak, que se refieren al vigésimo cuarto considerando del Reglamento nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, de 4.07.2998), donde se menciona la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento (CE) no 44/2001, *doc. cit.*

⁴⁷ Vid., B. AÑOVEROS TERRADAS, «Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union» (2003) *Oxford U Comparative L Forum 1*, at ouclf.iuscomp.org, text afer note 100.

⁴⁸ Un buen ejemplo de este tipo de cláusulas o *disclaimers*, donde se especifican claramente los mercados o destinatarios de los productos, puede encontrarse en las páginas *web* de los prestadores de servicios financieros y, en concreto, de las entidades comercializadoras o las sociedades de gestión de fondos de inversión. Vid., al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 345-349; Cfr. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol .II*, *op. cit.*, p. 818, quienes consideran que a pesar de estos *disclaimers* cuando se produzca la contratación a petición de la otra parte domiciliada en un Estado excluido previamente estaremos en presencia de «actividades dirigidas» (tesis del contrato real) hacia el Estado del consumidor.

⁴⁹ Vid., J. R. REIDENBERG, «Technology and Internet Jurisdiction», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, pp. 1961-1962.

los tribunales del domicilio del prestador de servicios siempre que sea posible en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento 44/2001⁵⁰.

De esta forma, el prestador de servicios evitará la exposición a foros extranjeros no deseados pues en supuestos de contratos celebrados bajo estas condiciones el consumidor no podrá alegar que ha dirigido su actividad al mercado de conquista en el que se encuentra domiciliado como criterio atributivo de competencia para activar la protección que le otorga el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001⁵¹.

La inclusión de estas cláusulas o *disclaimers* podría plantear, sin embargo, algunos problemas de interpretación, por ejemplo:

- a) Que el *disclaimer* se encuentre redactado en un idioma diferente al idioma oficial en el Estado del domicilio del consumidor, con lo que éste podría alegar que no entendió el mismo. Por este motivo, sería aconsejable que el *disclaimer* estuviese redactado en el idioma del mercado al que se dirige o, al menos, en un idioma de uso común en *internet*, como el inglés.
- b) Que, pese a la existencia del *disclaimer*, el consumidor que resida en un Estado cuyo mercado queda excluido de la actividad del prestador del servicio decida dirigirse al mismo y éste acepte su solicitud. En estos casos, de concurrir la voluntad de ambas partes —y así será cuando se lleve a efecto la contratación— habrá que entender que el consumidor ha renunciado a la protección que con carácter general le otorga el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001.

c) Valoración de los indicios objetivos que permiten considerar que una actividad se ha dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor

28. Los indicios que pueden contribuir a demostrar que el prestador de servicios tiene voluntad de contratar con consumidores establecidos en otros Estados miembros pueden ser muy variados y, entre ellos, habrá que determinar cuales son realmente indicativos de esta voluntad.

En principio, el TJUE descarta que la mención en la *web* del vendedor de su dirección electrónica o postal o de su número de teléfono sin prefijo internacional puedan ser signos que evidencien su intención o voluntad de dirigir su actividad a otros Estados miembros ya que se trata de elementos informativos que, en cualquier caso, resultan necesarios para permitir la comunicación entre el vendedor y los consumidores con independencia del lugar en el que estos últimos se encuentren domiciliados. Precisamente, conviene recordar que este tipo de información no es potestativa sino obligatoria para el prestador de servicios a través de *internet* en virtud de lo dispuesto en la Directiva sobre el comercio electrónico⁵².

29. Por lo tanto, al objeto de determinar si la página *web* del prestador de servicios dirige su actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor procedería analizar la función y configuración de la misma como una *web* interactiva o una *web* pasiva y, como elemento consustancial a esta distinción, la participación activa o pasiva del consumidor.

⁵⁰ Vid., E. ÁLVAREZ ARMAS y M. DECHAMPS, «La direction de l'activité comme critère déterminant la protection juridictionnelle des consommateurs dans l'e-commerce européen (commentaire de l'arrêt *Pammer-HôtelAlpenhof*)», *Revue du Droit des Technologies de l'information*, N° 44/2011, p. 95; y Y. FARAH, «Allocation of jurisdiction ...», *loc. cit.*, p. 266.

⁵¹ Algunos autores consideran que esta norma ha de ser interpretada como un elemento exigible con el objeto de que el consumidor pueda beneficiarse de la protección que el precepto le otorga —poder demandar ante los tribunales de su domicilio—, y no como un vínculo atributivo de competencia judicial internacional. Vid., al respecto M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Protección internacional de los consumidores ...», *loc. cit.*, pp. 670-671.

⁵² Vid. el artículo 5. 1 c) de la 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 (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L L 178, de 17/07/2000), que obliga al prestador del servicio a facilitar a los destinatarios del servicio, *ex ante* a la celebración del contrato, las señas que le permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico. El TJUE ha tenido ocasión de interpretar el alcance de esta obligación en su Sentencia 16 octubre 2008, *Deutsche Internet Versicherung AG*, 298/07, *Rec.* 2008, p. I-07841. Vid., al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ; TJCE - Sentencia de 16.10.2008, *Bundesverband / Deutsche internet versicherung AG*, C-298/07; «Comercio electrónico - Prestador de servicios a través de internet - Correo electrónico». Los prestadores de servicios en la sociedad de la información; *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 37, septiembre-diciembre 2010, pp. 917-931.

Sin embargo, el TJUE considera en su Sentencia que no es determinante esta diferenciación, pues la inclusión en la *web* de los datos del prestador a los que antes me he referido y a los que viene obligado en virtud de la Directiva sobre el comercio electrónico —dirección electrónica o postal o número de teléfono— permitirá al consumidor ponerse en contacto con él para la celebración del contrato. En este caso, se produce la convergencia en la operativa de las páginas *web* ya sean activas o pasivas por lo que el Tribunal rechaza su distinción a los efectos que nos ocupan⁵³.

30. Por el contrario, el TJUE considera que los indicios objetivos han de ser «*expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores*» de otros Estados miembros diferentes a aquel en el que se encuentra establecida la otra parte contratante⁵⁴ y señala, con carácter no exhaustivo, los siguientes⁵⁵:

31. a) El carácter internacional de la actividad del prestador del servicio a desarrollar en el Estado de acogida.

32. b) La descripción de itinerarios desde otros Estados miembros hasta el lugar de establecimiento del prestador del servicio.

A *sensu contrario*, cuando una página *web* —pasiva— tenga por finalidad incluir publicidad de sus actividades pero no la intención de dirigir sus actividades a los consumidores domiciliados en otro Estado miembro, no parece lógico que incluya entre su información el itinerario para llegar a su domicilio desde otros Estados miembros, ya sea por carretera, ferrocarril o transporte aéreo.

33. c) La posibilidad de utilizar en la contratación a través de la *web* una lengua diferente a la habitualmente empleada en el Estado miembro en el que se encuentra establecido el prestador del servicio, por ejemplo, la del país del Estado de acogida.

Cuando la *web* aparezca redactada en una lengua habitualmente utilizada en el Estado miembro en el que el prestador de servicios ejerce su actividad se considera que este hecho no constituye un elemento pertinente al objeto de apreciar el test de «actividad dirigida a un Estado miembro»⁵⁶. Sin embargo, cuando el prestador se haya tomado la molestia de traducir su *web* y el consumidor tenga acceso a la información en otra lengua diferente a la original y, en concreto, en una lengua accesible al mismo, en ese caso se puede considerar que la actividad del prestador se está dirigiendo al Estado miembro del domicilio del consumidor.

Así sucederá cuando la página *web* se haya redactado en una lengua oficial del Estado del domicilio del consumidor o cuando el prestador haya incluido en su *web* la posibilidad de consultar su contenido en más de una lengua, ya que en esos casos se pondría de manifiesto su voluntad de contratar con los consumidores de aquellos Estados miembros en los que sea oficial alguna de las lenguas en las que su *web* permite contratar⁵⁷.

Significativo resulta el caso de aquellas *webs* que contengan un *link* a otra página redactada en un idioma diferente. De ser así, es posible afirmar que el prestador de servicios también desea dirigir su oferta a los países donde ese idioma es oficial. Igualmente, cuando una *web* se encuentre redactada, además de otros idiomas, en inglés, por ser esta una lengua ampliamente utilizada especialmente en el contexto de *internet* y las nuevas tecnologías, estaremos ante un signo evidente de la intención del prestador de dirigir su actividad a otros Estados miembros⁵⁸.

⁵³ *Vid.*, el apartado 79 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 63 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak.

⁵⁴ *Vid.*, el apartado 80 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*.

⁵⁵ *Ibidem*, apartados 80 a 84. *Vid.*, un análisis de estos indicios en A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas» (Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09), *Noticias de la Unión Europea*, N° 329, Junio 2012, pp. 181-188.

⁵⁶ *Vid.*, la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento 44/2001, *doc. cit.*

⁵⁷ *Vid.*, los apartados 81 a 83 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak.

⁵⁸ La Abogado general, Sra. Trstenjak, considera que en estos casos también han de tomarse en consideración otros criterios. *Vid.*, el apartado 83 de las Conclusiones.

34. d) La posibilidad de utilizar en la contratación a través de la *web* una moneda diferente a la habitualmente empleada en el Estado miembro en el que se encuentra establecido el prestador de servicios, por ejemplo, la del Estado del domicilio del consumidor.

En este caso se pueden distinguir dos supuestos: que la moneda empleada por el prestador de servicios sea exactamente la de aquellos Estados a los que pretende dirigir su actividad o que, como estrategia de mercado, se incluyan diferentes monedas extranjeras por lo que para evaluar este criterio habrá de hacerse de forma acumulativa con otros indicios⁵⁹.

35. e) La mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional.

Este indicio también resulta indicativo de la voluntad del prestador de dirigir su actividad a los consumidores domiciliados en otro Estado miembro, en este caso, facilitándoles el número de teléfono y su prefijo internacional a través del cual pueden contactar.

36. f) Los gastos en un servicio de remisión a páginas *web* en *internet* que faciliten el acceso al sitio del prestador o sus intermediarios a consumidores de otros Estados miembros.

Si bien puede tratarse de un signo evidente de la intención del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia esos Estados no siempre será así. En ocasiones puede resultar complejo habilitar técnicamente los vínculos comerciales que se encuentran en una página *web* en el transcurso de una búsqueda mediante motores de búsqueda, o los *pop-ups* o ventanas emergentes que se activan cuando se abre una *web*, únicamente para un determinado grupo de Estados y no con carácter general por lo que, si así fuese, no podría demostrarse la voluntad del prestador de dirigir su actividad a todos esos Estados⁶⁰.

37. g) La utilización de un nombre de dominio de primer nivel, por ejemplo, «es», «fr», «de», distinto al del Estado miembro de establecimiento del prestador del servicio, o neutros, por ejemplo, «com», «net», «org».

En principio, cuando una empresa crea un sitio *internet* con un dominio de primer nivel de un Estado ha de valorarse positivamente su intención de orientar su actividad a estos mercados con independencia de que también pueda dirigirse a los consumidores de otros Estados miembros, y lo mismo ha de entenderse cuando utilice un nombre de dominio neutro. De tal forma que si una empresa domiciliada en Francia crea un sitio en *internet* con un dominio «es» habrá que considerar que desea dirigir sus actividades hacia el mercado español pero, al mismo tiempo, también podrá hacerlo hacia otros mercados, por ejemplo, el francés donde se encuentra domiciliada para lo cual será conveniente analizar si concurren además otros indicios⁶¹.

38. h) La referencia a clientes (internacionales) domiciliados en otros Estados miembros.

En este sentido, conviene precisar que la globalización de la actividad económica que ha fomentado el uso cada vez más extendido de las tecnologías de la información y la comunicación hacen muy habitual la contratación con clientes internacionales. Por este motivo, la existencia de una cartera internacional de clientes domiciliados en otros Estados miembros con los que el prestador de servicios ha contratado electrónicamente podría ser un signo evidente de su voluntad de dirigir la actividad a otros

⁵⁹ En el momento actual varios Estados de la Unión Europea aún no pertenecen a la zona euro, por lo que todavía no han adoptado la moneda única y siguen usando sus monedas nacionales que pueden ser utilizadas en la contratación electrónica. Así, el Reino Unido y Dinamarca en virtud de la cláusula de excepción que negociaron en su día, y Suecia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Hungría, Rumania y Bulgaria por encontrarse en vías de adoptarla. *Vid.*, http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/countries/index_es.htm.

⁶⁰ *Vid.*, N. FABIANO, «E-Commerce e tutela del consumatore: La giurisdizione nei rapporti transfrontalieri», en http://www.studioglegalefabiano.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=76%3Ae-commerce-e-tutela-del-consumatore-la-giurisdizione-nei-rapporti-transfrontalieri&catid=46%3Acontributi&Itemid=76&lang=it

⁶¹ *Vid.*, S. MARINO, «I contratti di consumo *on line* ...», *loc. cit.*, p. 255. *Cfr.* N. FABIANO, «E-Commerce e tutela del consumatore ...», *loc. cit.*, quien considera que la elección de un nombre de dominio superior no puede constituir una prueba capaz de determinar la voluntad del prestador de dirigir su actividad a un Estado miembro por estar en conflicto con el principio de libertad de empresa en virtud del cual el empresario lo que persigue con un nombre de dominio superior es alcanzar una mayor visibilidad de su empresa.

Estados, excepto cuando se trate de contrataciones aisladas, en cuyo caso no podría afirmarse la existencia del *International Stream-of-Commerce* salvo que concurriesen de forma acumulativa otros indicios.

Por otra parte, la existencia de esa «clientela internacional» a la que se refiere el TJUE no siempre responderá a la intención del prestador de servicios de dirigir sus actividades a otros Estados, al contrario, podría ser consecuencia de la voluntad de los clientes extranjeros que han decidido contratar a través de la *web* del prestador de servicios aún cuando su actividad no fuese dirigida a los mismos por lo que en esos supuestos este criterio no sería aplicable⁶².

39. En resumen, será posible afirmar que una empresa o prestador de servicios tiene la intención de establecer relaciones comerciales con consumidores domiciliados en otros Estados miembros cuando así se desprenda de su conducta y, en particular, concurren alguno, o varios, de los indicios antes apuntados. Resulta evidente que cuanto mayor sea el número de indicios que se cumplan más fácil será probar su intención de dirigir las actividades hacia el Estado miembro del consumidor.

B) Posibilidad de extender este criterio a otro tipo de acciones o de contratos diferentes a los de consumo

40. Finalmente, cabría plantear la posibilidad de extender la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce* a otro tipo de acciones o contratos diferentes a los de consumo. En mi opinión, es totalmente compatible con el desarrollo de otro tipo de contratos, por ejemplo, la contratación *B2B* porque el objetivo perseguido —la conquista de ciertos mercados con la finalidad de obtener un beneficio económico— también sería de aplicación en la contratación entre empresas. Sin embargo, en estos casos las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, podrán incluir en sus contratos cláusulas de *electio fori* por lo que la justificación del *International Stream of Commerce* como criterio de atribución de competencia judicial internacional perdería su relevancia, ya que el Reglamento 44/2001 lo admite únicamente en aquellos casos en los que existe un desequilibrio entre las partes contratantes, por ejemplo, en los contratos de consumo.

41. Respecto a otro tipo de acciones, puede resultar muy ilustrativa la reciente Sentencia del TJUE en el asunto *eDate Advertising and others*⁶³, donde se planteaba la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 en relación a la lesión de los derechos de la personalidad que haya podido sufrir su titular mediante el contenido publicado en una página *web*, el lugar en el que se ha producido el daño causado y, consecuentemente, el órgano jurisdiccional competente para ejercitar una acción de responsabilidad por el daño causado.

El TJUE señala que la publicación de contenidos en un sitio de *internet* permite que los mismos puedan ser consultados en todo el mundo y por un número ilimitado de usuarios con independencia de cual fuese la verdadera intención de su emisor⁶⁴. Esta circunstancia podría exponer al editor a una posible demanda ante los tribunales de cualesquiera de los Estados miembros en los que esa información sea accesible por lo que, como acertadamente señala el Abogado General en sus Conclusiones⁶⁵, esta opción daría lugar al fenómeno del *forum shopping*.

Contrariamente a lo que sucedía en el asunto *Pammer y Alpenhof*, en este supuesto no se dilucidaba la interpretación de la expresión «actividad dirigida a un Estado miembro». Sin embargo, resulta evidente que la publicación de contenidos en una página *web* y el alcance de su difusión se encuentra directamente relacionada con el foro en el que se produce el daño causado. Por lo tanto, a partir de la difusión universal de los contenidos que permite *internet*, habrá que determinar en que Estado o territorio

⁶² Vid., L. MANIGRASSI, «Justice, liberté, sécurité, Arrêt «Pammer & Hotel Alpenhof», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2011, p. 144.

⁶³ Sentencia del TJUE, de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising and others*, en los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *Rec.* (aún sin publicar).

⁶⁴ Vid., los apartados 45 a 47 de la Sentencia *eDate Advertising and others*.

⁶⁵ Vid., las Conclusiones del Abogado General, Sr. Cruz Villalón, en el Asunto *eDate Advertising and others*, apartado 56.

resulta objetivamente relevante esa información ya que será ahí dónde puedan producirse los posibles atentados contra los derechos de la personalidad.

No obstante, la relevancia de esa información en los diferentes Estados no puede vincularse con la intencionalidad del emisor porque no resulta fácil que pueda discriminar los Estados hacia los que dirige su información debido al alcance mundial de *internet*. Por lo tanto, lo determinante será que un medio de comunicación pueda «razonablemente prever que la información distribuida en su edición electrónica contiene un «interés noticiable» en un territorio concreto»⁶⁶.

Además, el criterio de intencionalidad que subyace en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 cuando se refiere a las actividades dirigidas a un Estado miembro, y que ha sido claramente delimitado por el TJUE en su Sentencia *Pammer y Alpenhof*, no puede aplicarse en relación al artículo 5.3 del mencionado Reglamento ya que éste no prevé la determinación de la competencia judicial internacional sobre la base de ese criterio⁶⁷ —admitido únicamente para aquellos supuestos en los que existe un desequilibrio entre las partes contratantes, por ejemplo, en los contratos de consumo—, por lo que considero que no sería factible plantear la extensión de la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*, en el sentido propuesto para los contratos de consumo, a estos supuestos.

IV. Requisitos que ha de reunir una *web* para que sea de aplicación el criterio del *international stream of commerce*

42. Como ya he señalado, el TJUE en su Sentencia *Pammer y Alpenhof* rechaza la relevancia del carácter activo o pasivo de la *web* del prestador del servicio al objeto de considerar si ha dirigido su actividad hacia otro Estado miembro. En la doctrina, esta materia ha sido objeto de gran debate y algunos autores han criticado la distinción entre *web* interactivas y pasivas ya sea por considerar que una *web* accesible en el Estado del domicilio del consumidor permite la comunicación y contratación con su titular y hace superflua esta distinción⁶⁸, o porque los consumidores pueden contratar por otros medios diferentes a la propia página *web*, como el teléfono o el correo postal⁶⁹.

A pesar de ello, tal y como se recoge en la jurisprudencia norteamericana, considero importante abordar esta distinción y reflexionar sobre ella por cuanto, con carácter general, en una *web* interactiva pueden concurrir varios de los indicios objetivos señalados por el TJUE a efectos de la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*, mientras que esta cuestión será más discutible cuando se trate de una *web* pasiva⁷⁰. Cabe plantear, por tanto, la diferenciación entre las *web* interactivas que permiten la contratación *on line* y las *web* pasivas como mero instrumento publicitario⁷¹.

1. Página *web* interactiva del prestador de servicios

43. Cuando el prestador de servicios envíe correos electrónicos publicitarios a los consumidores domiciliados en uno o varios Estados miembros, o cuando su página *web* esté diseñada de

⁶⁶ *Vid.*, apartado 63 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Cruz Villalón.

⁶⁷ *Vid.*, apartados 60 a 62 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Cruz Villalón.

⁶⁸ *Vid.*, por todos, G. A. L. DROZ y H. GAUDEMET-TALLON, «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Revue critique de droit international privé*, 2001, vol. 90, No 4, p. 639.

⁶⁹ *Vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado ...*, *op. cit.*, p. 967.

⁷⁰ *Cfr.* la Abogado General, Sra. Trstenjak, que considera que es posible dirigir las actividades a través de sitios Internet tanto interactivos como pasivos. *Vid.* al respecto, el apartado 76 de las Conclusiones en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*.

⁷¹ Como bien señala la Abogado General, Sra. Trstenjak, citando, entre otros, a GILLIES, L. E., «Jurisdiction for Consumer Contracts», *Computer Law & Security Report*, n° 6/2001, p. 397: «... los sitios Internet interactivos permiten la celebración directa del contrato a través de la página web, mientras que los sitios pasivos no lo permiten». *Vid.* al respecto, el apartado 61 de las Conclusiones en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*; Por su parte, A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol. II, op. cit.*, p. 818, afirman que el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 no acepta esta distinción por no producir resultados satisfactorios, señalando que en la doctrina norteamericana la Sentencia *Zippo* atiende a la forma y no al fondo de la iniciativa comercial en *internet*.

forma específica para facilitar información sobre sus productos o servicios y la contratación de los mismos, habrá que entender que está dirigiendo de forma intencionada sus actividades comerciales o profesionales hacia esos mercados en el sentido de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 15.1 del Reglamento 44/2001. En ambos casos —comunicaciones por correo electrónico o acceso a través de lo que se denomina página *web* interactiva— la conexión con el domicilio del consumidor resulta evidente al objeto de determinar la competencia judicial internacional de sus tribunales en la contratación electrónica *B2C*.

En mi opinión, una *web* interactiva cumpliría, si no todos, varios de los indicios apuntados por el TJUE en su Sentencia, por ejemplo, el carácter internacional de la actividad del titular de la *web*, la referencia a clientes internacionales, o la lengua utilizada en la configuración y respuesta a los correos electrónicos que permiten contactar con el prestador del servicio.

Ahora bien, ¿cuándo se considerará que el prestador de servicios que remite un correo electrónico al consumidor domiciliado en otro Estado está dirigiendo sus actividades hacia ese mercado?, ¿basta para ello que el correo electrónico llegue al buzón de su destinatario o será preciso que éste lo haya abierto y leído?. Y, por otra parte, ¿se puede considerar dirigida la actividad del prestador de servicios al domicilio del consumidor aún cuando este haya tenido acceso al correo electrónico desde un servidor localizado en un tercer Estado diferente al de su domicilio?.

En todos estos supuestos habrá que responder afirmativamente teniendo en cuenta que cuando la parte contratante envíe su oferta a una dirección de correo electrónico estará manifestando de forma evidente su voluntad de dirigir sus actividades comerciales o profesionales hacia el Estado de residencia del consumidor⁷². Lo que ha de primar es la conexión con el foro del demandante —el domicilio del consumidor— y no con el foro en el que la tecnología se encuentre radicada, ya que lo relevante será que la *web* dirija sus actividades hacia ese mercado con independencia de que el consumidor pueda consultarla o acceder a la misma o a los mensajes electrónicos desde un servidor situado en su Estado de residencia o desde un tercer Estado en el que se encuentre desplazado de manera temporal⁷³.

2. Página *web* pasiva del prestador de servicios

44. Por el contrario, cuando el prestador de servicios no haya actuado con la finalidad de dirigir sus actividades comerciales o profesionales a los consumidores domiciliados en un Estado miembro a través de su *web* no resultará competente el foro del domicilio del consumidor. En estos casos podrá afirmarse que se trata de una *web* pasiva y el mero acceso a la misma no revela la voluntad de su titular de dirigir sus actividades al Estado del domicilio del consumidor, salvo que existan otros indicios que así lo demuestren⁷⁴. Así será cuando nos encontremos en presencia de alguno de los siguientes supuestos⁷⁵:

a) Que la página *web* del prestador de servicios persiga una finalidad meramente publicitaria no admitiendo la contratación a sus potenciales destinatarios.

b) Que la página *web* del prestador de servicios permita la contratación a sus potenciales destinatarios, excluyendo expresamente a los consumidores domiciliados en determinados Estados o jurisdicciones. En estos supuestos no se puede afirmar que la entidad dirige sus actividades a los Estados o jurisdicciones de los consumidores que excluye de una posible contratación.

Estas exclusiones pueden referirse a Estados y tener un carácter general, es decir, que abarquen todos los productos y servicios ofertados en la *web*, si bien en otras ocasiones esta limitación afectará

⁷² La Abogada General, Sra. Trstenjak, en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*, considera que cuando el vendedor envíe un correo electrónico no deseado debe correr el riesgo de poder ser demandado en cualquier Estado miembro. *Vid.*, al respecto, el apartado 88 de las Conclusiones.,

⁷³ *Vid.*, al respecto, P. CACHIA, «Consumer contracts ...», *loc. cit.* pp. 484-486; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 343-344; y N. ROSNER, «International Jurisdiction ...», *loc. cit.*, en http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm#Table%20of%20Contents, p. 4.

⁷⁴ *Vid.*, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Social Networking Sites: An overview of applicable law issues», *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, vol. XX, 2011, pp. 13-14.

⁷⁵ *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 345-349.

únicamente a determinados productos o servicios. En fin, a veces las limitaciones no se concretan en un Estado específico sino que se utilizará la técnica de excluir determinadas jurisdicciones sin concretar las mismas trasladando al consumidor la obligación de informarse sobre este extremo.

c) Que la página *web* del prestador de servicios se haya elaborado con la finalidad de dirigirse única y exclusivamente a los consumidores de determinados Estados o jurisdicciones. Nuevamente ha de excluirse que en estos casos dirijan su actividad a los consumidores domiciliados en otros Estados.

En definitiva, los prestadores de servicios que deseen excluir de sus contrataciones a los consumidores domiciliados en determinados Estados habrán de incluir en su *web* «*disclaimers*» o «advertencias» en las que limiten su actividad —ya sea una limitación geográfica a determinados mercados, una limitación personal a los consumidores domiciliados en determinados Estados o jurisdicciones, o una limitación a la contratación de determinados productos o servicios ofertados en su *web*—.

En estos casos estaremos en presencia de una *web* pasiva porque se limita a anunciar los servicios del prestador de servicios sin permitir la contratación a determinados consumidores o en determinados mercados. Por consiguiente, no se podrá constatar la existencia del *International Stream of Commerce* ya que esa *web* no persigue conquistar los mercados que expresamente está excluyendo de su oferta de servicios ni permite contratar a los consumidores domiciliados en estas jurisdicciones⁷⁶.

3. Distinción entre consumidores activos y pasivos

45. No obstante, podría darse la circunstancia de que un consumidor contratase a través de una página *web* pasiva a pesar de haber sido excluido, a través de un *disclaimer*, como mercado de conquista el Estado en el que se encuentra domiciliado. El contrato así concluido no podría considerarse amparado por la protección que otorga el artículo 15 del Reglamento 44/2001 al no cumplirse los requisitos allí mencionados: «*que el prestador del servicio dirigiese sus actividades al Estado miembro donde reside el consumidor*». En estos casos, el consumidor que desee contratar ha de ser consciente de que en caso de conflicto no serían competentes los tribunales de su domicilio salvo que así hubiese sido pactado por las partes⁷⁷. Algún sector doctrinal, sin embargo, se manifiesta favorable a otorgar al consumidor que contrata a través de *internet* la misma protección que al consumidor «clásico», es decir, aquel que recibe una oferta a través de catálogo, prensa o televisión, aún cuando la actitud del consumidor que busca a través de *internet* pueda considerarse una actitud activa⁷⁸.

46. En consecuencia, al igual que sucedía con la *web* del prestador de servicios, donde es posible distinguir entre páginas *web* interactivas y pasivas, también aquí se puede establecer una distinción entre consumidor activo y consumidor pasivo dependiendo del rol que asuma en cada momento. Se tratará de un consumidor activo cuando éste busque la contratación del servicio a través de la *web* pasiva de la otra parte contratante que, en principio, persigue una finalidad puramente publicitaria y se dirige a mercados en los que no se encuentra domiciliado el consumidor o a destinatarios entre los que no se le incluye; y de un consumidor pasivo cuando el prestador de servicios le dirija sus actividades comerciales o profesionales a través de su *web* interactiva⁷⁹.

⁷⁶ Vid., A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes ...*, op. cit., pp. 85-90; y F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores ...*, op. cit., pp. 183-184.

⁷⁷ Vid., F. DEBUSSERÉ, «International jurisdiction over E-Consumer contracts in the European Union : Quid Novi Sub Sole ?», *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 10, Nº 3, 2002, p. 351.

⁷⁸ Vid., G. KAUFMANN-KOHLER, «Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges?», en K. Boele-Woelki and K. Kessedjian, (Ed.) *Internet. Which Court decides?, Which Law applies?, Quel tribunal decide?, Quel droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, The Hague, pp. 135-140.

⁷⁹ Vid., H. KRONKE, «Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace», en K. BOELE-WOELKI and K. KESSEDIAN, (Ed.) *Internet. Which Court decides?, Which Law applies?, Quel tribunal decide?, Quel droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, The Hague, pp. 82-83; y N. ROSNER, «Interntional Jurisdiction ...», loc. cit., en http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm#Table%20of%20Contents, p. 5.

De ahí la importancia que adquiere la diferenciación entre páginas *web* interactivas y páginas *web* pasivas a pesar del rechazo que ha mostrado el TJUE a pronunciarse sobre esta materia por considerar que no resulta determinante tal distinción. Y ello es así por cuanto esta dualidad también se reflejará en la actitud del consumidor, que actuará de forma activa cuando se encuentre ante una *web* pasiva o de forma activa o pasiva cuando se encuentre ante una *web* interactiva.

De cualquier modo, entiendo que los límites de esta distinción —consumidor activo y pasivo— son muy difusos debido al fin último que persigue toda página *web*— la invitación a contratar los productos o servicios que oferta— por lo que será conveniente analizar cada caso concreto antes de acometer una definición genérica de la figura del consumidor activo⁸⁰.

Además, la redacción del artículo 15 del Reglamento 44/2001 difumina, en parte, la clásica distinción entre consumidor activo-pasivo al eliminar el requisito que caracterizaba la figura del consumidor pasivo, es decir, la realización de los actos necesarios para la celebración del contrato en el Estado donde se encuentra domiciliado, pues esta distinción pierde su razón de ser cuando nos encontramos en presencia de contratos electrónicos⁸¹.

47. Por todo ello, la Sentencia *Pammer y Alpenhof* ha de contribuir no solo a identificar aquellas empresas y prestadores de servicios que a través de su *web* dirijan su actividad al mercado de conquista (*International Stream of Commerce*) aceptando, por tanto, la posibilidad de ser demandadas ante los tribunales del domicilio del consumidor en virtud del foro de competencia previsto en el Reglamento 44/2001, sino que, además, coadyuvará a delimitar el perfil del consumidor —como activo o pasivo— en cada caso concreto, aportación ésta igualmente relevante a la hora de determinar el foro competente en la contratación electrónica *B2C*.

V. ¿Hacia una mayor protección del consumidor en materia de contratos electrónicos?

48. Sin lugar a dudas, el evidente desequilibrio que se aprecia entre las partes que intervienen en la contratación electrónica *B2C* trata de ser mitigado por las reglas especiales que incorpora el Derecho de la Unión Europea en el Reglamento 44/2001 en favor de la parte más débil de la relación jurídica. Sin embargo la búsqueda de un deseable equilibrio no ha de pasar indefectiblemente por la mengua o quebranto de los derechos del prestador de servicios como contraparte en la relación contractual⁸². De esta manera, a la hora de aplicar las normas de competencia judicial internacional en estos contratos hay que buscar una armonía que permita la protección del consumidor —que en ningún caso ha de ser absoluta— sin menoscabar la protección de la otra parte contratante⁸³. Por este motivo, resulta de gran importancia identificar los supuestos en los que puedan ser aplicables estas normas en relación con el cumplimiento del criterio del *Internacional Stream of Commerce* o mercado de conquista.

49. En este sentido, tanto la jurisprudencia norteamericana cuando la del TJUE parecen coincidir en el hecho de que el prestador de servicios no puede ser demandado ante el *forum actoris* por el simple hecho de disponer de una *web* accesible al consumidor a través de la cual ha contratado. Este

⁸⁰ Vid., F. DEBUSSE, « International jurisdiction over E-Consumer ... », *loc. cit.*, pp. 352-353.

⁸¹ Vid., P. CACHIA, «Consumer contracts ... », *loc. cit.* pp. 489-490.

⁸² Vid., L. MANIGRASSI, «Justice, liberté, sécurité ... », *loc. cit.*, p. 144, considera que con esta Sentencia el TJUE ha tratado de buscar un cierto equilibrio entre los dos derechos afectados, de una parte la protección del consumidor y, de otra, la seguridad jurídica del prestador de servicios o comerciante. En el mismo sentido, E. ÁLVAREZ ARMAS y M. DECHAMPS, «La direction de l'activité ... », *loc. cit.*, pp. 97-98, consideran que los indicios señalados por la Sentencia son favorables tanto a los consumidores cuanto a los profesionales lo que ha de contribuir a alcanzar un justo equilibrio entre los intereses de ambas partes.

⁸³ Aplicando, por analogía, la doctrina del TJUE en su Sentencia de 15 de abril de 2010, *E. Friz Gmb*, en el asunto C-215/08, *Rec.* 2010 I-02947 donde con motivo de la interpretación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, señalaba en su apartado 44: «No obstante, como ya ha tenido ocasión de precisar el Tribunal de Justicia, si bien no hay ninguna duda de que la Directiva tiene por objeto proteger a los consumidores, ello no implica que esa protección sea absoluta».

argumento resulta muy razonable teniendo en cuenta que, si bien una *web* no se dirige a una jurisdicción particular sino que es susceptible de ser visible y consultada desde cualquier Estado en el que se pueda acceder a *internet*, este hecho no implica necesariamente que su titular esté dirigiendo sus actividades hacia todos esos Estados.

A partir de ahí, habrá que fijar y delimitar dos cuestiones de suma importancia, en primer lugar, la voluntad efectiva y manifiesta del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia ese mercado de conquista y, en segundo lugar, los criterios o indicios que puedan revelar y probar la existencia de esa voluntad con el fin de declarar la competencia judicial de los tribunales del domicilio del consumidor.

50. Las últimas decisiones del Tribunal Supremo norteamericano en los asuntos *Nicastro* y *Goodyear* y la Sentencia del TJUE en los asuntos *Pammer* y *Alpenhof* coinciden en la interpretación de determinados conceptos —por ejemplo, que la mera existencia de una *web* no implica la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia otros mercados— pero también ponen de manifiesto claras discrepancias en otros aspectos —*verbi gratia*, en la relevancia o no de distinguir entre páginas *web* interactivas y pasivas, o en la necesidad o no de definir los indicios o criterios que desvelen la voluntad del prestador de servicios—.

51. A la vista de ello, resulta palmario que la reciente doctrina del Tribunal Supremo norteamericano ha venido a limitar la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce* por considerarlo demasiado expansivo, si bien estas últimas decisiones no han sido muy clarificadoras, entre otras cosas, por las discrepancias manifestadas por los miembros del Tribunal que no han permitido concretar de una manera clara las condiciones para la aplicación de este criterio. En cualquier caso, es posible afirmar que el riesgo de que el prestador de servicios pueda verse sometido a los tribunales del domicilio del consumidor va a disminuir en virtud de la interpretación más restrictiva que propone el Tribunal Supremo.

Por otra parte, si bien estas Sentencias no tienen su origen en conflictos derivados de la contratación electrónica, por analogía, cabe extender su aplicación a estos supuestos pese a que, de momento, habrá que seguir amparándose en la doctrina elaborada por los Tribunales Federales de Distrito. En cualquier caso, el abandono de un apoyo claro a la aplicación de este criterio parece más que evidente por parte del Tribunal Supremo norteamericano, aún cuando siga sin abordar la definición de aquellos indicios o criterios que puedan ser considerados suficientes para acreditar la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad al mercado de conquista e identificar el tipo de contactos mínimos necesarios (*minimum contacts*) al objeto de justificar la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*.

52. Por el contrario, de los criterios e indicios aportados por el TJUE en su Sentencia *Pammer* y *Alpenhof* se infiere una clara apuesta por la protección del consumidor que se manifiesta en el reconocimiento de la competencia judicial internacional del *forum actoris* en la contratación electrónica *B2C*. Esta afirmación tiene su fundamento en el amplio catálogo de indicios que (sin carácter exhaustivo, por lo que podrían ampliarse en un futuro) elabora el TJUE para justificar que la *web* de un prestador de servicios tiene la voluntad de dirigir su actividad hacia el Estado del domicilio del consumidor o mercado de conquista, si bien es cierto que habrá que evaluar y graduar en cada caso concreto la concurrencia de uno o varios de estos indicios.

53. De esta forma, en la jurisprudencia norteamericana se vislumbra una tendencia hacia una interpretación más restrictiva del criterio del *International Stream of Commerce* con las consecuencias que de ello se derivan en términos de protección del consumidor, mientras que en el ámbito de la Unión Europea el TJUE ha dado un paso más, adelantándose a la jurisprudencia norteamericana, no solo por concretar, precisar y definir unos criterios bien delimitados sino también por lo que esto puede representar en el futuro, es decir, una apuesta clara e indubitada por la competencia del *forum actoris* en la contratación electrónica *B2C*. En este sentido, considero apropiado analizar las recientes decisiones del Tribunal Supremo norteamericano y del TJUE en relación al criterio del *Internacional Stream of Commerce* y el Derecho a la tutela judicial efectiva.

54. En el asunto *Goodyear* el Tribunal Supremo norteamericano distingue entre la aplicación de la denominada «*general jurisdiction*» —señalando que un tribunal podrá ejercer jurisdicción general sobre empresas extranjeras cuando los contactos de la empresa demandada con el foro el demandado sean continuos y sistemáticos—; y la «*specific jurisdiction*» —cuya aplicación implica que los vínculos del caso concreto con el foro del demandante hayan quedado claros, por ejemplo, a través de desarrollo de una actividad que tenga lugar en el Estado del foro—⁸⁴.

Por su parte, en el asunto *Nicastro* indica que no es suficiente que la acción del demandado se dirija al mercado norteamericano en general sino que se requiere la evidencia de que ha tenido la voluntad de dirigir su producto de forma específica a un Estado determinado, enfatizando, de este modo, la importancia de los contactos físicos con el foro⁸⁵.

Con la delimitación que plantea el Tribunal Supremo en estas dos decisiones respecto a la aplicación del criterio del *Internacional Stream of Commerce* está garantizando la tutela judicial efectiva del demandante sin vulnerar los derechos del demandado, al establecer claramente las condiciones de aplicación de la «*specific jurisdiction*» por los tribunales del foro del demandante; foro que podrá eludir en la medida en que consiga evitar la contratación con determinados Estados o territorios. En mi opinión, con esta interpretación se está dificultando la competencia de los tribunales norteamericanos para demandar a empresas extranjeras en su jurisdicción.

Así pues, de acuerdo con la doctrina *Nicastro* no basta con la previsión de que un producto pueda alcanzar el mercado de referencia para que sean competentes los tribunales del Estado del demandante ya que de ser así no se respetaría el principio de tutela judicial efectiva y podría plantearse la indefensión del demandado. Consecuentemente, la conducta del demandado resulta esencial con el fin de probar que ha tenido la intención de dirigir sus productos hacia un Estado en particular. Solamente en estos casos se aplicaría la jurisdicción personal del demandante quedando así garantizado el principio de tutela judicial efectiva (*the due process principles*) pues, como bien señala el Tribunal Supremo, la doctrina del *Internacional Stream of Commerce* no podrá aplicarse en detrimento del *Due Process Clause*, es decir, que la tutela judicial efectiva ha de prevalecer sobre cualquier otro principio de conveniencia.

55. Por lo que respecta a la doctrina del TJUE, la Sentencia *Pammer y Alpenhof* además de esclarecedora, por interpretar un concepto difuso y hasta ahora huérfano de delimitación, protege de forma clara a la parte más débil en la relación contractual ya que, en mi opinión, la interpretación de la expresión «*dirigir las actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor*» que plantea el TJUE adquiere una dimensión muy amplia que puede o no coincidir con la voluntad real del prestador del servicio

Algunos autores, sin embargo, consideran que el enfoque adoptado por el TJUE a la hora de tratar la delimitación de este concepto debía haberse planteado desde la perspectiva contraria, es decir, partiendo de la idea del carácter global y universal que presenta la actividad contractual a través de *internet*, considerar que una vez concluida la contratación existe la presunción de que el prestador del servicio ha dirigido previamente sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor⁸⁶. Sin lugar a dudas, esta propuesta todavía favorecería más la protección del consumidor por lo que estimo que podría generar una protección exorbitante del mismo.

En mi opinión, si bien el consumidor representa la parte más débil en la relación contractual, y como tal ha de ser objeto de protección, no se trata de ahondar en el desequilibrio entre las partes desde la perspectiva del prestador del servicio, por lo que habrá que analizar en cada caso concreto tanto los indicios que concurren en su página *web* cuanto las medidas activas que haya adoptado para dirigir su

⁸⁴ Vid., Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, cit., en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-76.pdf>.

⁸⁵ Vid., Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, cit., en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1343.pdf>.

⁸⁶ Vid., D. J.B. SVANTESSON, «*Pammer and Hotel Alpenhof ...*», loc cit., pp. 302 y 304, quien considera que la conclusión del TJUE no es afortunada y que lejos de favorecer la protección del consumidor esta Sentencia perjudica tanto a los consumidores, al establecer un umbral de protección inferior al que sería deseable, cuanto a los prestadores de servicios, que a partir de ahora se verán sometidos a una mayor incertidumbre legal.

actividad al mercado de conquista o, a *sensu contrario*, las medidas adoptadas para evitar las relaciones con el foro del consumidor con el fin de no verse demandado ante sus tribunales⁸⁷.

Por todo ello, considero que con esta interpretación el TJUE garantiza el principio de tutela judicial efectiva tanto del consumidor que contrate a través de *internet* —que podrá demandar ante los tribunales de su domicilio— cuanto del prestador de servicios que haya dirigido su actividad hacia el mercado del consumidor —pues, en estos casos, ha de ser consciente de que puede ser demandado ante el foro del demandante por lo que no puede hablarse de indefensión—.

Por este motivo, la protección exorbitante del consumidor que plantean algunos autores podría romper el equilibrio que ha de existir entre el interés del Estado —la protección de sus ciudadanos designando competentes sus tribunales— y el de los prestadores de servicios que se ven sometidos a los tribunales del demandante.

Consecuentemente, las condiciones que impone el TJUE en su Sentencia *Pammer y Alpenhof* respetan el deseable equilibrio que ha de existir entre las partes por lo que cabe concluir que la doctrina del *Internacional Stream of Commerce* aplicada con las limitaciones que señala el TJUE resulta perfectamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda plantearse una posible indefensión por ninguna de las partes.

VI. Consecuencias futuras de la doctrina *pammer y alpenhof* en la aplicación del criterio del *international stream of commerce*

56. De este modo, el nuevo escenario que se proyecta a partir de la Sentencia *Pammer y Alpenhof* es el siguiente:

a) Por lo que respecta a los prestadores de servicios, se plantea una evidente incertidumbre legal si consideramos que, a priori, desconocen los tribunales ante los que podrían ser demandados. Como ya he señalado, esta circunstancia puede representar una barrera para el desarrollo del comercio electrónico, en particular para las PYMES que pueden cuestionarse el desarrollo de la contratación *B2C* a la vista del coste adicional que representa litigar ante los tribunales del domicilio del consumidor o adaptar su página *web* con el fin de identificar claramente los mercados a los que dirige su actividad o de evitar técnicamente la contratación con consumidores domiciliados en determinados Estados.

Sin embargo, como también he apuntado, la evolución tecnológica de *internet* permite buscar soluciones fáciles y adaptables a todo tipo de empresas, por lo que estas circunstancias no deberían suponer una limitación al desarrollo de la actividad comercial a través de la red.

b) En relación a los consumidores, estimo que el umbral de protección que establece esta Sentencia es muy considerable si tenemos en cuenta que para desactivar la protección que garantiza el artículo 15 del Reglamento 44/2001 el prestador de servicios tendrá que adoptar las debidas precauciones y advertir en su *web* que no dirige su actividad hacia el Estados en el que se encuentra domiciliado el consumidor. Para ello, estimo que puede resultar de gran ayuda la distinción entre páginas *web* interactivas —que, por norma general, cumplirán los indicios señalados por el TJUE en su Sentencia— y páginas *web* pasivas —que no lo harán—, en el sentido apuntado por la jurisprudencia norteamericana

57. En definitiva, si bien la Sentencia del TJUE aporta una serie de indicios objetivos su existencia y valoración corresponderá hacerla a los tribunales nacionales. Esto significa que a partir de ahora la labor del juez nacional a la hora de determinar la competencia judicial internacional va a ser más importante en relación a los conflictos derivados de la contratación *on line* entre empresas situadas fuera del territorio de la Unión Europea y los consumidores domiciliados en un Estado miembro, aun cuando este hecho pueda acarrear interpretaciones divergentes de los indicios que conforman el concepto de «actividad dirigida a un Estado miembro» como punto de conexión para determinar el foro competente en caso de conflicto.

⁸⁷ Adoptando para ello los denominados métodos de «*jurisdictional avoidance*» o «*ring-fence mechanisms*»; Vid., Y. FARAHA, «Allocation of jurisdiction», *loc. cit.*, pp. 265-266.

En este punto cabe cuestionarse si la interpretación que hagan de ahora en adelante los tribunales nacionales —que, sin duda, gozarán de cierta discrecionalidad para interpretar estos criterios en cada caso concreto— contribuirá a armonizar la aplicación de la norma de conflicto prevista en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 y si ello favorecerá la protección al consumidor que, en definitiva, es lo que pretende la mencionada norma⁸⁸. En mi opinión estos indicios han de ser suficientes para que los tribunales nacionales garanticen la aplicación del *forum actoris* sin perjudicar, con ello, el desarrollo de la contratación internacional *B2C*.

⁸⁸ Vid., L. GILLIES, «Clarifying the Philosophy of Article 15 in the Brussels I Regulation: C-585/08 *Peter Pammer v Reedere Kart Schluter GMBH & Co* and C-144/09 *Hotel Alpenhof Gesmbh v Oliver Heller*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, April 2011, p. 563-564.