

BID. T 6486



VNIVERSITAT  
D VALÈNCIA

Facultat de Dret

# EL CONTRATO INTERNACIONAL DE *HOSTING*

Tesis Doctoral presentada por:  
**Asunción Hernández Fernández**

Dirigida por:  
**Prof. Dr. José Luís Iglesias Buhigues**  
**Catedrático de Derecho Internacional Privado**  
**Universidad de Valencia**

**Valencia, Septiembre de 2006**

UMI Number: U607541

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607541

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

b 17461522

i 20263156

CB 0001904276



**A mis padres, por lo que soy.  
A mis hijos, por su cariño y su confianza.  
A mi esposo, por su apoyo constante.  
A mi hermana, presente en la distancia.  
A mis amigos, simplemente, por estar ahí.**



## **Agradecimientos**

**A todos los miembros del Departamento de Derecho Internacional, por su buena disposición, ayuda y aliento.**

**A todos los miembros del Área de Derecho Internacional Privado, por su amistad y estímulo constante.**

**Al Director del Departamento, el Prof. Dr. Esplugues Mota, por su inestimable consejo y decidido apoyo.**

**Y muy especialmente, al Prof. Dr. Iglesias Buhigues, por su ejemplo y estímulo, por su excelencia, y porque sin su colaboración, sencillamente, este trabajo no habría visto la luz.**





# INDICE

## ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

## INTRODUCCIÓN

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	21
II. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN Y FUENTES.....	29
III. MÉTODO DE EXPOSICIÓN.....	32

## CAPITULO I: LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO INTERNACIONAL DE HOSTING

<b>I. LA OMNIPRESENCIA DE INTERNET.....</b>	<b>41</b>
1. EL IMPACTO DE INTERNET EN EL FENÓMENO CONTRACTUAL INTERNACIONAL....	41
1.1. Aproximación al concepto de Internet.....	45
1.2. Síntesis de su evolución histórica.....	48
1.3. Características técnicas jurídicamente relevantes.....	53
2. EL FENÓMENO INSTITUCIONAL EN LA REGULACIÓN DE INTERNET.....	61
2.1. Instituciones relevantes en la regulación técnica de Internet.....	64
2.2. Instituciones relevantes en la regulación jurídica de Internet.....	66
<b>II. EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES..</b>	<b>73</b>
1. ACTUACIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	73
2. LA GESTIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ESTADOS UNIDOS Y EN EL REINO UNIDO.....	79
2.1. El proceso en Estados Unidos.....	79

2.2. El proceso en el Reino Unido.....	86
3. LA GESTIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EUROPA OCCIDENTAL.....	89
4. LA GESTIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ESPAÑA	100
<b>III. EL NUEVO MARCO REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.....</b>	<b>109</b>
1. EL IMPACTO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE HOSTING.....	109
2. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS TÍTULOS HABILITANTES.....	110
3. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ACCESO A REDES Y LA INTERCONEXIÓN.....	113
4. LA INCLUSIÓN DEL ACCESO A INTERNET COMO SERVICIO UNIVERSAL.....	122

## **CAPITULO II: RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL Y REGULACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING**

<b>I. CONCEPTUALIZACIÓN.....</b>	<b>129</b>
<b>II. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING.....</b>	<b>133</b>
<b>III. PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING.....</b>	<b>139</b>
1. PRINCIPIO DE LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS ELECTRÓNICOS FRENTE A LOS MANUSCRITOS.....	139
2. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA DE LAS DISPOSICIONES REGULADORAS DE LA CONTRATACIÓN EN INTERNET.....	143
3. PRINCIPIO DE INALTERACIÓN DEL DERECHO PREEXISTENTE DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.....	143
4. PRINCIPIO DE EXIGENCIA DE BUENA FE.....	144
5. LA NECESARIA LIBERTAD DE PACTO Y SU EJERCICIO EN EL NUEVO CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN EN INTERNET.....	145

<b>IV. ELEMENTOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING.....</b>	<b>147</b>
1. ELEMENTO SUBJETIVO: EL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE HOSTING (ISP) Y EL USUARIO-CLIENTE O DESTINATARIO.....	147
1.1. El proveedor de contenidos y servicios.....	150
1.2. El proveedor de servicios de Hosting como ISP de intermediación.....	152
1.3. El consumidor como usuario cliente.....	159
2. ELEMENTO OBJETIVO: EL SUMINISTRO DE LOS SERVICIOS DE ALOJAMIENTO Y CAUDAL DE ACCESO A INTERNET.....	162
<b>V. CLÁUSULAS TÉCNICO-JURÍDICAS QUE DEBEN SER INCORPORADAS EN EL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING.....</b>	<b>167</b>
1. BREVE RELACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESENCIALES.....	167
2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONAL: DATOS DE SUSCRIPCIÓN, DATOS DE TRÁFICO Y DATOS DE LOCALIZACIÓN.....	174
2.1. Aspectos técnicos.....	174
2.2. Aspectos jurídicos. Planteamiento.....	177
2.3. Ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos en el sector de Internet. ....	183
2.3.1. Antecedentes.....	183
2.3.2. Aplicación de la normativa comunitaria sobre protección de datos en el sector de Internet.....	189
2.3.3. Aplicación de la normativa española sobre protección de datos en el sector de Internet.....	197
3. LA RETENCIÓN DE DATOS GENERADOS O TRATADOS EN COMUNICACIONES A TRAVÉS DE INTERNET.....	205
4. LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS EN EL ENTORNO DE INTERNET.....	208
4.1. Concepto de transferencia internacional de datos.....	209
4.2. Países con un nivel de protección adecuada.....	213
4.2.1- Las transferencias de datos on line de la UE a los EEUU: El sistema de Principio de puerto seguro.....	217
<b>VI. DESARROLLO CONTRACTUAL ON LINE DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING.....</b>	<b>223</b>
1. FASE PRE-CONTRACTUAL: LA HOME PAGE DEL PROVEEDOR DE HOSTING.....	224
1.1. Identificación de la oferta comercial.....	225
1.2. Información previa. Principio de consentimiento informado.....	226
1.3. La forma del contrato electrónico ofrecida por el proveedor o ISP.....	234

2. FASE CONTRACTUAL I: LA PÁGINA DE ACEPTACIÓN DEL SERVICIO SELECCIONADO Y CONSIGUIENTE PERFECCIÓN DEL CONTRATO.....	237
2.1. El momento de perfección del contrato internacional de Hosting celebrado on line.....	237
2.2. El lugar de perfección del contrato internacional de Hosting celebrado on line.....	242
2.3. Los medios técnicos de seguridad ofrecidos por el proveedor para la perfección del contrato internacional de Hosting.....	243
2.4. La prueba del contrato internacional de Hosting celebrado on line.....	250
3. FASE CONTRACTUAL II: LA PÁGINA DE OBTENCIÓN ON LINE DE DATOS BANCARIOS DEL CLIENTE SOLICITANTE Y PAGO DEL PRECIO DEL SERVICIO.....	252
3.1. Obligaciones del proveedor: Prestación del servicio de Hosting.....	253
3.2. Obligaciones del destinatario cliente: pago del precio.....	255
3.2.1. Mecanismos seguros de comunicación on line y especificaciones de seguridad.....	257
3.2.2. Modalidades de pago electrónico.....	258
4. FASE POST-CONTRACTUAL: LOS DERECHOS DE DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN.....	267

## **CAPITULO III:** **RÉGIMEN JURÍDICO CONFLICTUAL DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING**

<b>I. PLANTEAMIENTO. ....</b>	<b>271</b>
<b>II- LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING.....</b>	<b>277</b>
1- DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL REGLAMENTO 44/2001.....	284
1.1. Las cláusulas atributivas de competencia en los contratos internacionales de Hosting.....	285
1.1.1. Las cláusulas de sumisión expresa.....	286
1.1.1.1. Requisitos espaciales de las cláusulas de sumisión expresa.....	287
1.1.1.2. Requisitos formales de las cláusulas de sumisión expresa.....	292
1.1.2. La Sumisión tácita de las partes.....	299
1.2. Aplicación del Foro del domicilio del demandado en los contratos internacionales de Hosting.....	300
1.3. Aplicación del Foro especial en materia contractual en los contratos	

internacionales de Hosting.....	307
1.4. Aplicación del Foro especial en materia extracontractual a las reclamaciones surgidas en el marco de los contratos internacionales de Hosting.....	316
1.5. Foros de competencia en contratos internacionales de Hosting celebrados por consumidores.....	322
1.5.1. Elementos subjetivos que deben concurrir en un contrato internacional de Hosting celebrado por consumidores.....	323
1.5.2. Elementos objetivos que deben concurrir en un contrato internacional de Hosting celebrado por consumidores.....	324
1.5.3. Foros especiales de competencia aplicables a los contratos internacionales de Hosting celebrados por consumidores.....	331

2. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS EN EL REGLAMENTO 44/2001.....	334
2.1. Regulación contenida en la normativa convencional.....	336
2.2 Regulación contenida en la normativa autónoma.....	341
2.2.1- Acuerdos de elección de foro.....	342
2.2.2. Foros de competencia en materia de obligaciones contractuales.	345
2.2.3. Foros de competencia en materia de obligaciones extracontractuales.....	347
2.2.4. Foros de competencia en materia de contratos celebrados por un consumidor.....	348

### **III- EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING.....**

1. EL PRINCIPIO DEL PAÍS DE ORIGEN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	351
2. LA CONCRECIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING.....	359
2.1- La Elección por las partes del Derecho aplicable a los contratos de Hosting.....	363
2.1.1- Condiciones para el ejercicio por las partes de su facultad de elección.....	365
2.1.1.1- Origen estatal de la ley elegida por las partes.....	367
2.1.1.1.1. Ausencia de valor jurídico de la lex electrónica.....	369
2.1.1.1.2. Admisión de una posible elección de cuerpos de reglas transnacionales completos.....	374
2.1.1.2- Carácter expreso o tácito de la elección realizada.....	378
2.2- Determinación del Derecho aplicable en defecto de elección por las partes.....	380
2.3- Determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de Hosting celebrados por consumidores.....	390
2.4- Límites a la aplicación del Derecho seleccionado.....	399
2.4- Ámbito de aplicación de la Lex Contractus.....	402

**CAPITULO IV:**  
**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE  
LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HOSTING**

<b>I- CONCEPTUALIZACIÓN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.....</b>	<b>411</b>
1- APUNTES CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.....	411
1.1- La Responsabilidad por hechos propios.....	413
1.2- La Responsabilidad por hecho ajeno.....	418
2- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LOS ISP DE INTERMEDIACIÓN.....	420
<b>II- FACTORES QUE INCIDEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE HOSTING.....</b>	<b>423</b>
1- TIPOLOGÍA Y FUNCIONES DE LOS DIFERENTES ISP DE INTERMEDIACIÓN.....	423
2- ASPECTOS TÉCNICOS DE ACCESO A LOS ISP DE HOSTING Y REDIRECCIONAMIENTO EN INTERNET.....	426
3- ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP DE HOSTING.....	428
3.1- Lugar donde están establecidos los ISP de Hosting.....	428
3.2- Las Obligaciones de los ISP de servicios de Hosting.....	431
3.3- Infracciones realizadas a través de Internet y su incidencia en la delimitación de la responsabilidad.....	436
3.3.1- Daños por incorporación de información a Internet.....	437
3.3.2- Daños por destrucción, alteración o inutilización de información en Internet.....	441
<b>III- EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HOSTING A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE Y DE LA LEY 34/2002.....</b>	<b>443</b>
1- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROVEEDORES DE HOSTING COMO ISP DE INTERMEDIACIÓN. APUNTES DE DERECHO COMPARADO.....	444
1.1- En el Derecho Norteamericano.....	445
1.2- En el Derecho Inglés.....	446
1.3- En el Derecho Alemán.....	446
1.4- En el Derecho Francés .....	447

2- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROVEEDORES DE HOSTING COMO ISP DE INTERMEDIACIÓN. SOLUCIONES DE DERECHO COMUNITARIO Y AUTÓNOMO.....	448
2.1- La responsabilidad de los proveedores de servicios de Alojamiento o Hosting.....	452
2.2- La responsabilidad de los otros proveedores de intermediación.....	462
2.2.1- Responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso.....	462
2.2.2- Responsabilidad de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios.....	464
2.2.3- Responsabilidad de los Prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.....	465
2.2.4- Responsabilidad de los Prestadores de servicios de certificación de firma electrónica y de otros dispositivos relacionados con la misma.....	470

**IV- DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HOSTING.....** 473

1- ANÁLISIS GENERAL.....	473
2- PLANTEAMIENTO EN EL ÁMBITO TECNOLÓGICO.....	475
3- LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 10.9 CC.....	478
3.1- Delimitación del concepto “Obligaciones no contractual”.....	480
3.2- Determinación del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que deriven.....	481
4- LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS.....	484
4.1- Derecho aplicable a la indemnización de los daños causados por infracción del derecho a la intimidad.....	485
4.2- Derecho aplicable a la indemnización de los daños causados por infracción del derecho a la protección de datos.....	486
5- LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	489
6- APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO “ROMA II”.....	496

**CONCLUSIONES.....** 507

<b>BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA, LEGISLACION Y DOCUMENTACION.....</b>	<b>539</b>
BIBLIOGRAFÍA DOCTRINAL.....	541
JURISPRUDENCIA: .....	603
- COMUNITARIA (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas);	
- ESPAÑA(Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo; Audiencia Nacional; Audiencias Provinciales; Juzgados de Primera Instancia...);	
- ESTADOS UNIDOS;	
- REINO UNIDO;	
- FRANCIA;	
- OTROS DIVERSOS.	
LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS.....	617
- Organizaciones Internacionales y Organizaciones no gubernamentales	
- Comunidad Europea	
- España	
- Estados Unidos	
- Otros diversos	



# ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AA.VV.	Varios Autores
ADR	Alternative Dispute Resolution
AEDIPr	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AJCL	American Journal of Comparative Law
AP	Access Point
ARPA	Advanced Research Agency
ASCII	American Standard Code for Information Interchange
AUE	Acta Única Europea
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BCR	Binding Corporate Rules
BOE	Boletín Oficial del Estado
CB	Convenio de Bruselas
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CDE	Cahier de Droit Européen
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CL	Convenio de Lugano
CLJ	Computer Law Journal
CLUNET	Journal de Droit international
CMT	Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CR	Convenio de Roma
DIPv	Derecho Internacional Privado
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DN	Derechos de los Negocios
DNS	Domain Name System
DO	Diario Oficial (Diario oficial de las Comunidades Europeas, y desde 1 de febrero de 2003, Diario oficial de la Unión Europea)
EEE	Espacio Económico Europeo
EIPR	European Intellectual Property Review
FCC	Federal Communications Commissions
GUIDEC	General Usage for International Digitally ensured Commerce
ICC	Cámara de Comercio Internacional
ICP	Infraestructura de Clave Pública
ICT	Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones
IJLT	International Journal of Law and Information
IP	Internet Protocol
ISP	Internet Service Providers
ITU	International Telecommunication Union

JDI	Journal de Droit International (clunet)
JILT	Journal of Information, Law and Technology.
La Ley	Revista Jurídica La Ley
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LGTe	Ley General de Telecomunicaciones
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORTAD	Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos
LOT	Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones
LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico
ODR	On Line Dispute Resolution
ORA	Oferta de Red Abierta
OSPs	On Line Service Providers
P2P	Person to Person
P3P	Plataforma de Preferencia de Privacidad
PECL	Principios Europeos de Derecho Contractual
PTT	Post, Telegraph, Telephone
RDAI	Revue de Droit des Affaires Internationales. International Business Law Journal
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDP	Revista de Derecho Privado
RDSI	Red Digital de Servicios Integrados
RIE	Revista de Instituciones Europeas
Rec.	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
Rec.des Cours	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REEI	Revista Española de Estudios Internacionales
RGD	Revista General del Derecho
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SET	Secure Electronic Transaction
SSL	Secure Sockets Layer
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo Español
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TCP	Transmisión Control Protocol
TDCP	Transmisión de datos por conmutación de paquetes
TGI	Tribunal de Grande Instance
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TSI	Tecnología de la Sociedad de la Información
UAIPIT	Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información.
UCITA	Uniform Computer Information Transaction Act

UETA	Uniform Electronic Transaction Act
UNCID	Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission
WDS	Wireless Distribution System
WL	Westlaw International



# **INTRODUCCIÓN**



## I- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

En el espacio económico y social en el que nos movemos, las estrategias empresariales se hacen más dinámicas, las preferencias de los consumidores más tecnológicas, los acontecimientos más rápidos, las decisiones son más cambiantes, las alianzas y agrupaciones se suceden sin cesar. Un cierto grado de mayor velocidad afecta a todos los actores y acciones como si algo estuviera introduciendo un mayor impulso y fuerza aceleradora en los acontecimientos.

Parece que algo dinamiza el entramado de la interrelaciones haciendo todo más complejo y más rápido a la vez, conceptos aparentemente contrapuestos. La causa principal de esta aceleración es la incorporación de Internet al tejido económico, cultural, científico y social, y todo lo que dicha afirmación conlleva.

Efectivamente, se habla de la economía digital, de la arquitectura virtual, de la sociedad del conocimiento y de otras formulaciones equivalentes, que recuperan su dinámica, congelada temporalmente a causa de sus propios excesos, gracias a la conquista del espacio mundial por parte de la telefonía móvil y la banda ancha<sup>1</sup>, la abundancia de innovaciones en los productos y servicios de consumo general, el renovado interés bursátil por los títulos de Internet, el éxito de las comunidades interactivas y los *blogs*, el entusiasmo y la expansión de Google y Yahoo! más allá de sus campos de competencia iniciales (Google Earth, MSN, Virtual Earth)<sup>2</sup>, el éxito del modelo *iPod*, el

---

<sup>1</sup> Informe ENTER-IDATE Foundation, “Los retos del mundo digital”, en *Digiworld 2006*, pp 12 y ss. De los 846 millones de usuarios de Internet que existen en el mundo, 196 millones acceden a través de banda ancha.

<sup>2</sup> Según el último barómetro de consumo mundial de enero de 2006, los cinco grandes de Internet, denominados *BIG FIVE* son Google, Yahoo!, eBay, MSN y AOL, a los que hay que añadir a Amazon, Real, Apple y My Space, por no mencionar a otros actores

## El Contrato Internacional de Hosting

reajuste de la estrategia de Intel, la aparición de nuevas plataformas televisivas en torno a las ofertas *triple play* de los operadores de ADSL, la multiplicación de los anuncios de vídeo bajo demanda en Internet o la búsqueda de diversos formatos para adaptar los programas a la televisión móvil, todos ellos son factores que van afianzando progresivamente el despegue definitivo de la cibereconomía mundial.

Todo este entramado de tecnología y economía, de prosperidad y de servicios convergentes, no sería posible sin la existencia de los proveedores<sup>3</sup> y servicios de *Hosting*. El servicio de *Hosting*, en sus diversas modalidades<sup>4</sup>, es el pilar, la columna vertebral, la base del funcionamiento de toda la economía digital. El servicio de *Hosting*, y por consiguiente el contrato internacional de *Hosting*, es el instrumento que permite focalizar, hacer evolucionar, desarrollar e integrar los procesos y recursos de la economía digital de acuerdo con una visión renovada<sup>5</sup>.

El concepto aceptado, a nivel internacional, sobre servicios de Web Hosting es el siguiente: "A *web hosting service* is a type of *Internet hosting service* that provides individuals, organizations and users with online systems for storing information, images, video, or any content accessible via the Web". Relacionado con lo anterior, se puede entender que son proveedor de servicios de Web Hosting: "Web hosts are companies that provide space on a server they own for use by their clients as well as providing Internet connectivity, typically in a data center. Web hosts can also provide data center space and

---

regionales (sobre todo los asiáticos, como Sina, Naver, Nate, Livedoor, Rakuten, o incluso Skyblog en Francia).

<sup>3</sup> Los proveedores más importantes en el ámbito internacional son, para servicios de *Hosting*: SAVVIS, COLT, VERIO, ACENS; ahora bien, existen otros que además del *Hosting* ofrecen diversos servicios como acceso a Internet y telefonía móvil y fija, así tenemos a MCI, VERIZON, BT, TELEFONICA, FRANCE TELECOM, DEUTSCHE TELEKOM, entre otras.

<sup>4</sup> Cuando a lo largo de este trabajo de investigación nos refiramos a *Hosting*, estamos haciendo mención del servicio de *Web Hosting*. Dentro del concepto genérico de *Web Hosting* o alojamiento de una página Web, podemos incluir el llamado *File Hosting* (alojamiento sólo de ficheros), *Image Hosting* (alojamiento de imágenes), *Music Hosting* (alojamiento de música), *Video Hosting* (alojamiento de videos y películas), o *Game Hosting* (alojamiento de juegos interactivos por Internet).

<sup>5</sup> Informe ENTER-IDATE Foundation, "Los retos del mundo digital", en *Digiworld 2006: Los servicios de Hosting* ha aumentado en el año 2005, un 55% y el acceso por banda ancha un 32%, en comparación con el año anterior.



## Introducción

*connectivity to the Internet for servers they do not own to be located in their data center*

El trabajo de investigación que presento para la obtención del grado de Doctor, se centra precisamente en el contrato internacional de *Hosting*. Se entiende por “contratos internacionales de *Hosting*”, aquellas figuras contractuales en las que sus elementos están conectados con más de un ordenamiento jurídico y en las que una parte (el cliente) instala sus propias aplicaciones informáticas y contenidos en los componentes de Hardware y Software de la otra parte (el ISP) a cambio del pago del precio convenido, es decir, es aquel en virtud del cual el cliente contrata con el proveedor una serie de servicios, todos ellos vinculados a Internet, destacando como principal, el alojamiento en el servidor del ISP (o en el servidor de un tercero arrendado por el ISP) de un espacio para la página Web del usuario y, como secundario, pero directamente relacionado, el caudal de acceso o velocidad de transferencia a Internet en las condiciones de conectividad ofertadas. De esta forma se presta la infraestructura necesaria para que el sitio Web del cliente este disponible en Internet.

Ha sido objeto de mi elección, no sólo porque es el gran desconocido, la “fibra oscura”<sup>6</sup> o el espacio indefinido que sostiene la sociedad de la información, sino por la novedad que supone su investigación, el interés en indagar en una realidad de creciente importancia mundial, pero caracterizada todavía por la dispersión de la insuficiente normativa y bibliografía existente, así como por la escasez de jurisprudencia sobre el tema. La dificultad que ello conllevaba aportaba un interés añadido al desafío de su investigación.

Debido al sustancial crecimiento que ha sufrido en la última década el comercio electrónico, y debido al ingente incremento de las transacciones transfronterizas, es cierto que, a lo largo de este periodo, se han producido significativos avances doctrinales y normativos en estos campos. Si bien es exacto lo anterior, casi todo se ha centrado en la contratación electrónica

---

<sup>6</sup> Sobre lo que se desconoce de Internet, Vid., LOVINK, G., “*Fibra oscura. Rastreado la cultura crítica de Internet*”, Tecnos, Madrid, 2003.

## El Contrato Internacional de Hosting

olvidándose del soporte que suponen los proveedores y servicios de intermediación, ello junto a la constante adaptación, modificación y evolución de la materia, ha supuesto que esta trabajo se convierta en una investigación abierta, permanente y continua.

Ahora bien, un análisis en profundidad de la mencionada materia resulta difícilmente abarcable debido a su gran extensión. En este orden de ideas nos hemos visto constreñidos a acotarla, operación que se ha realizado por la vía de la exclusión. Así, a pesar de haber sido reconsiderado en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo, hemos decidido eliminar el estudio del arbitraje, tanto comercial como de consumo, el de la responsabilidad penal del proveedor de *Hosting*, y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictadas en otro Estado, bien en un Estado miembro de la Comunidad Europea o en un tercer Estado, y ello no porque sean materias de menor importancia, todo lo contrario, sino porque el estudio de las mismas desbordarían sobremanera el núcleo central del trabajo de investigación, al mismo tiempo que nos alejarían de él.

Por consiguiente, hemos limitado el objeto de nuestro estudio, en primer lugar, a la evaluación de *la infraestructura que sostiene el servicio internacional de Hosting*, sin la cual el contrato de *Hosting* no existiría, ni hubiese sido posible el desarrollo de la sociedad de la información mundial. Esa infraestructura se divide en dos elementos fundamentales, por un lado la omnipresencia de Internet, y por otro, la creación del nuevo marco regulador de las telecomunicaciones a raíz del proceso de convergencia acelerada seguido a nivel mundial.

Efectivamente, la existencia de Internet ha cambiado todo el panorama contractual internacional, los instrumentos contractuales tradicionales se enfrentan a nuevos retos<sup>7</sup> característicos de la contratación en y por Internet,

---

<sup>7</sup> Vid., SERRA RODRÍGUEZ, A., “El régimen jurídico de los nombres de dominio”, *Contratación y comercio electrónico*, AAVV, Orduña Moreno, FJ., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 713 y ss; Vid., CASSANO, G., “Cybersquatting”, en *Il Diritto dell’informazione ed dell’informatica*, 2001, pp. 83 y ss; Vid., COMANDÉ, G., Y SICA, S., “*Il commercio elettronico. Profili giuridici*”, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 10 y ss; Vid., BUREAU PERMANENT DE LA

## Introducción

ingredientes como la transnacionalidad o internacionalidad, la contratación a distancia, la pluralidad de intervinientes de difícil identificación<sup>8</sup> y ubicación, la inseguridad en la fiabilidad de las comunicaciones, la dificultad para que sirvan las reglas de tiempo y espacio habituales dada la instantaneidad de las comunicaciones, la ruptura de la periodicidad, la universalidad de las coordenadas espaciales que no se encuentran vinculadas a un determinado país<sup>9</sup>, todo ello puede conllevar la necesidad de un nuevo planteamiento o de una adaptación de los conceptos tradicionales de la contratación internacional y por ende del Derecho internacional privado.

El sector de las telecomunicaciones constituye uno de los sectores de la economía que más profundamente ha visto transformados sus pilares en un periodo relativamente breve de tiempo, pasando de un régimen basado en la existencia de derechos especiales y exclusivos, a la introducción de la libre competencia entre operadores, que se ha traducido en una libertad de opción y elección para los usuarios, en una multiplicidad de ofertas con la entrada de nuevos operadores, en una diversificación de tecnologías y servicios y en la prestación de unos servicios de mayor calidad y mejor adaptados a las necesidades de los diferentes usuarios.

El impacto que la liberalización de las telecomunicaciones ha tenido en el desarrollo de Internet y por tanto en el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información, ha sido minimizado e infravalorado, centrándose la atención, generalmente, sobre aspectos económicos o técnicos de infraestructuras o de velocidad en la conexión, y no sobre aspectos legales<sup>10</sup>, que son nuestro primer objetivo en este trabajo.

---

CONFERENCE DE LA HAYA DE DROIT INTERNACIONAL PRIVE, Communiqué de presse: "Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé", en *Uniform Law Review*, 1999-3, pp. 687 y ss;

<sup>8</sup> Vid., BERNARDEAU, L., Y PACIFICO, M., "Internet et le droit des contrats: Observations d'ordre général et identification des intervenants", en *Uniform Law Review*, 1998-1, pp. 32 y ss.

<sup>9</sup> Vid., LÓPEZ GARCÍA, G., "Modelos de comunicación en Internet", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 41-43

<sup>10</sup> Vid., CARLYLE, P., "Legal Regulation of Telecommunications: The impact on Internet Services", Ed. Hart Publishing, Oxford- Portland Oregon, 2000, pp. 334 ss

## El Contrato Internacional de Hosting

Junto a ello, y en segundo lugar, nos detendremos, ya propiamente, en *el régimen jurídico general del contrato internacional de Hosting*. Estos contratos provocan un generoso catálogo de problemas en la aplicación de determinados instrumentos jurídicos. Efectivamente podemos razonablemente entender que el contrato internacional de *Web Hosting* se puede calificar como un contrato atípico de arrendamiento de servicios, bilateral y generalmente oneroso, negociado a distancia al que se adhiere el contratante mediante la utilización de medios electrónicos.

Resulta habitual encontrarse con una situación de desequilibrio contractual entre las partes de estos contratos, situación motivada por la posición dominante del proveedor de *Hosting* y el desconocimiento del usuario cliente, ya sea profesional o consumidor, de los tecnicismos que envuelven a la materia y al ámbito comercial y jurídico internacional. Por ello, consideramos necesario clarificar las cláusulas más importante que forman parte de los mismos, así como el *iter* contractual, a lo largo de las diversas fases por las que tiene que pasar el contratante usuario cliente hasta perfeccionar el contrato *on line*.

En tercer lugar, y ante la escasez de estudios doctrinales en la materia, quizás por una falta de interés en su tratamiento, ya que no por su intensa actualidad, pues han sido caracterizados como los soportes de la globalización y la sociedad de la información, nos centraremos en los aspectos *iusprivatistas* de los contratos internacionales de *Hosting*.

El alcance transfronterizo de Internet, la facilidad de la contratación entre ausentes y la deslocalización característica de las actividades en la Red, no solo facilita que la contratación entre proveedores de servicios de *Hosting* y sus clientes pueda revestir carácter internacional, sino que también determina que cuando concurre esa circunstancia, resulte especialmente incierta la determinación de los tribunales competentes para resolver las eventuales controversias, así como la concreción del régimen jurídico aplicable al

## Introducción

contrato<sup>11</sup>. La dilucidación de estos dos extremos permite que los intervinientes en el comercio internacional gocen de cierta previsibilidad y seguridad jurídica.

Acometeremos, pues, esta tarea basándonos especialmente en la normativa comunitaria, y en ciertos Convenios esenciales en materia de Derecho Internacional privado, sin olvidarnos de examinar la posible admisión de una elección de cuerpos de reglas transnacionales completos, y constatar la ausencia de valor jurídico de la denominada *lex electrónica*.

Dedicaremos, en cuarto lugar, un capítulo al análisis de la *responsabilidad civil extracontractual del proveedor de servicios de Hosting*. Con independencia del tipo de servicio de Internet que se contemple, siempre nos estaremos moviendo en un triple plano en lo que a la responsabilidad civil<sup>12</sup> se refiere, es decir: responsabilidad contractual que surgirá del contrato que vincule al ISP con su cliente; responsabilidad extracontractual y la responsabilidad específica que imponga la legislación aplicable al ISP.

En este sentido, y desde la perspectiva del derecho español, la regla general de la responsabilidad de todo prestador de servicios de Internet o ISP, sea o no intermediario, se contiene en el artículo 13 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico<sup>13</sup>, según el cual, los *“prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa, establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de*

---

<sup>11</sup> Vid., BALLARINO, T., “La compétence internationale et le droit applicable au contentieux du commerce électronique”, en *RDIPP*, 2002, pp. 19-32

<sup>12</sup> Sobre el tema de la Responsabilidad en Internet, Vid., VATTIER FUENZALIDA, C., “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, FERNANDEZ ORDONEZ E ILLESCAS, (COORDS), la ley, Madrid, 2002, pp. 1195 y ss.; Vid., VATTIER FUENZALIDA, C., “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, en *Revista de Contratación electrónica*, nº 18, 2001, pp. 3 y ss..

<sup>13</sup> Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. BOE 166 de 12 de julio de 2002. Sobre su tratamiento en el proyecto de LSSICE, Vid., DELGADO PLANÁS, A., “Responsabilidad de los operadores en el proyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, en *REDI, Revista electrónica de Derecho informático*, nº43, 2002, pp. 2 y ss

*actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes”.*

Ello determina, con carácter general, que los prestadores de servicios de la sociedad de la información o proveedores de servicios de Internet, serán responsables por los contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya<sup>14</sup>, lo cual queda claro respecto de los proveedores destinatarios de los servicios de intermediación (auténticos prestadores de servicios de la sociedad de la información), pero ¿qué ocurre con los prestadores de servicios de Internet como intermediarios respecto de los ilícitos que cometen los destinatarios de sus servicios (los cuales están sometidos al régimen general de responsabilidad civil)?, ¿tales intermediarios son o no responsables de los daños que éstos causen a terceros, sobre la base de que posibilitan su realización y difusión , y si lo son directa o subsidiariamente?. Estas y otras cuestiones intentarán quedar resueltas a lo largo de este trabajo.

En definitiva, la trascendencia de todas las cuestiones enunciadas, y su importancia práctica en las relaciones económicas internacionales, no han ido, empero, acompañadas de estudios en profundidad sobre las mismas. De modo que, aunque existen algunos trabajos sobre la regulación de determinados aspectos de la contratación electrónica, en la actualidad no existe ni dentro ni fuera de nuestras fronteras, por lo menos hasta donde he podido conocer, investigaciones como la presente. Esto es, un análisis que se ocupe en profundidad, no sólo del régimen jurídico general, sino también y especialmente de los problemas de derecho internacional privado específicos de contratos celebrados, perfeccionados y ejecutados enteramente por Internet.

Esperamos así contribuir, con una modesta aportación, al desarrollo del estudio de este contrato singular, ciertamente de rabiosa actualidad en el panorama jurídico mundial.

---

<sup>14</sup> Vid., GRAMUNT FOMBUENA, MD., “El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en *Societas & Lex*, nº 8, 2002, pp. 4 y ss.

## II- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN Y FUENTES

Es precisamente la novedad y la innovación y evolución constante de la materia la que ha hecho especialmente difícil el desarrollo de la investigación y ha caracterizado este trabajo. Junto a ello, la dispersión geográfica, y la disgregación de la documentación existente, es lo que influyó en lo que se podía entender como una necesidad urgente de acometer este tema.

La presente investigación está basada en la jurisprudencia, especialmente comunitaria, en los estudios doctrinales y en la normativa y documentos aportados por diversas instituciones internacionales, comunitarias y nacionales. Para el estudio de todo ello, utilizaremos diversos métodos, descriptivo, inductivo, deductivo y comparado

Por un lado, hemos de destacar la dificultad en la localización de la jurisprudencia utilizada, no sólo por su diversidad geográfica, sino por la escasez de pronunciamientos en materias directamente relacionadas con el trabajo, dificultad que ha acrecentado, aun más si cabe, la urgencia en el tratamiento del tema.

El análisis inductivo de la jurisprudencia obtenida, especialmente la del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, nos permitirá determinar en qué medida las normas existentes, y especialmente las comunitarias, conforman un sistema suficientemente coherente, conclusión que puede ser evidente en la regulación de las telecomunicaciones, pero que quizás resulte más oscura en la configuración del contrato de *Hosting*.

La gran mayoría de la resoluciones del Tribunal de Justicia analizadas, y una buena parte de las nacionales (estadounidense, española, francesa, alemana, italiana, entre otras) no tienen como objeto principal un contrato

## El Contrato Internacional de Hosting

internacional de *Hosting*, debido a la ya apuntada escasez de asuntos en esta materia. Ello no ha impedido, no obstante, que sus pronunciamientos nos hayan permitido extraer una serie de conclusiones sobre la aplicación a estos contratos de la normativa existente.

Por otro lado, resulta necesario acudir a los estudios doctrinales sobre la materia, insertos bien en revistas jurídicas, nacionales e internacionales, de reconocido prestigio (*Journal of computer & infrastructures Law*; *American journal of comparative law*; *Revue critique de Droit international prive*; *REDI*; *Computer & Telecommunications law review*; *Journal of transnational law*; *Actualidad jurídica Aranzadi*; *Diario La Ley*; *Revista del Poder judicial*; *Uniform Law Review*; *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*; *Revista electrónica de estudios internacionales*; *European Review of Private Law*; *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*; *American Law Report*; *Harvard journal of law & Technologies*; *Revue de droit de l'Union Euorpeenne*; *Journal for the copyright society of the USA*, entre otras), bien en publicaciones electrónicas (especialmente en castellano e inglés), o bien formando parte de estudios más concretos o publicados como monografías especializadas. No obstante, como anteriormente se ha dicho, los trabajos específicamente orientados a los contratos internacionales de *Hosting* son muy escasos, y desde el punto de vista del Derecho internacional privado, inexistentes.

Por esa razón la investigación se centra, por un lado, en los estudios jurídicos sobre los contratos electrónicos en general, lo cual nos permitirá, utilizando un método deductivo-descriptivo, establecer similitudes y semejanzas en la regulación de este tipo de contratos en relación con los contratos internacionales de *Hosting*. Así cuestiones como los principios que rigen la contratación, las modalidades de aceptación de la oferta, la forma del contrato, el lugar y el momento de perfección del mismo, las modalidades de pago y la seguridad en las transacciones electrónicas, tienen soluciones análogas.

Pero además, será preciso analizar los estudios doctrinales sobre cuestiones que se presentan en toda contratación internacional y que, por



## Introducción

tanto, también las encontramos en la contratación internacional del *Hosting*, aunque se haya realizado a través de la modalidad de *web wrap agreement*, así entre otras, la validez de las cláusulas de elección de foro, la eficacia de la elección de ley aplicable realizada por las partes, o la protección del contratante débil cuando hablamos de un consumidor como cliente usuario final. Utilizando un método deductivo constataremos las similitudes y las diferencias existentes entre la contratación internacional en general y la específica del *Hosting*, sobretodo realizada a través de la modalidad de contrato *on line*.

Ahora bien, en algunos puntos de la investigación será preciso adoptar el método comparado, especialmente cuando analicemos la profusa, aunque no específica, normativa existente tanto a nivel internacional como comunitario y autónomo, con significativo interés en el caso de la normativa norteamericana, por ser el país pionero en la regulación de los servicios perfeccionados a través de Internet. Como quedará constatado, el servicio de *Hosting*, no tiene una normativa directa y específica que regule sus diversas vicisitudes.

Por ello, la atención puesta en los documentos oficiales emitidos por las instituciones competentes en la materia en cada momento de la investigación, así como en los informes explicativos, exposiciones de motivos de las propuestas de Directivas o Reglamentos, libros verdes, comunicaciones, será muy clarificadora de los verdaderos intereses y objetivos del legislador y de la óptima manera en que las normas existentes deben ser interpretadas para conseguir una posible y acertada aplicación a un tema, que como veremos, adolece de una auténtica y singular regulación.

### III- MÉTODO DE EXPOSICIÓN

Sobre esta situación de hecho, sobre este panorama económico en constante evolución y crecimiento, en base a la necesidad práctica de aclarar jurídicamente un sector contractual en evidente innovación, y desde la dificultad normativa y escasez doctrinal, nace el interés en elaborar el presente trabajo.

Con el fin de dar debido cumplimiento a los objetivos enunciados, y conforme a los planteamientos metodológicos que hemos asumido para llevar a cabo la presente investigación, ha sido necesario dividir el trabajo en cuatro capítulos:

1. La infraestructura del servicio internacional de *Hosting*
2. Régimen jurídico general y regulación del contrato internacional de *Hosting*
3. Régimen jurídico conflictual del contrato internacional de *Hosting*
4. La Responsabilidad civil extracontractual de los proveedores de servicios de *Hosting*

El *Capítulo I* esta destinado a fijar las características y a poner de relieve la infraestructura técnico-jurídica básica necesaria para la prestación del servicio internacional de *Hosting*.

Concretamente en él abordaremos, en primer lugar, el impacto que la existencia y omnipresencia de Internet ha tenido en el fenómeno contractual internacional, analizando no sólo sus características técnicas, sino también su influencia en los conceptos *iusprivatistas* tradicionales (como domicilio del proveedor del servicio, residencia habitual del consumidor, declaración de voluntad manifestada por las partes en el contrato, actividades dirigidas por el empresario a un determinado país), y la lógica adaptación de éstos a la nueva

## Introducción

realidad. Intentaremos aclarar cuál ha sido y es el papel de la intervención institucional en la regulación, tanto técnica como jurídica, de la Red de redes.

En segundo lugar, analizaremos el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, centrándonos especialmente en tres ejes geográficos, los Estados Unidos y el Reino Unido por ser los precursores de este fenómeno, la Europa Occidental y España. He reducido esta parte a la mínima, pero necesaria expresión, pues sin ella habría sido, sin duda, más complejo sistematizar el desarrollo posterior de este sector y su influencia en nuestra materia.

No obstante, no hemos querido dejar de destacar los esfuerzos desplegados por Naciones Unidas a través de la Unión Internacional de Telecomunicaciones para promover una reestructuración del marco jurídico regulador desde su raíz. Hasta la fecha no se ha logrado un consenso global, aunque sí se han tomado medidas parciales que afectan a ciertas materias sectoriales, queda por tanto una ardua labor que realizar en los próximos años.

Y en tercer lugar, acometeremos la difícil tarea de determinar las repercusiones que la liberalización de las telecomunicaciones y consiguiente apertura de la libre competencia entre operadores ha tenido tanto para los proveedores de servicios de *Hosting*, mediante la modificación de los títulos habilitantes y la regulación del acceso a redes y la interconexión, como para los consumidores y usuarios en general, tras la inclusión del acceso a Internet dentro del servicio universal.

El *Capítulo II* está dirigido a estudiar el régimen jurídico general y la regulación del contrato internacional de *Hosting*. Para ello, hemos dividido la exposición en seis apartados, comenzando por ofrecer un concepto lo más aproximado posible a la realidad, dada la dinámica irrefrenable del mercado, de lo que se entiende por contrato internacional de *Hosting*, para analizar con posterioridad su naturaleza jurídica atípica, sin olvidar mencionar los principios básicos sobre los que se sustenta toda contratación en Internet, materia que ha sido sistematizada en diferentes normativas de origen diverso.

## El Contrato Internacional de Hosting

Además en este capítulo se profundizará en las características específicas de las partes que, dependiendo de si son relaciones Business to Business (B2B) o Business to Consumer (B2C), concretará el régimen jurídico aplicable en cada caso. Así por un lado tenemos al proveedor de contenidos y servicios como empresario cliente, por otra, al consumidor cliente, y finalmente al proveedor de servicios de *Hosting* como ISP de intermediación. Señalaremos, aunque brevemente, la tipología de servicios de *Hosting* existentes, aunque nuestra exposición va a ir orientada, de manera generalizada, al servicio de *Virtual Hosting* o al servicio de *Dedicated Hosting*, por ser los mas habituales en la contratación internacional.

Dada la dificultad de los tecnicismos utilizados en este tipo de contratos, he creído necesario mencionar y explicar las cláusulas que deben incorporarse a los mismos. De especial interés será el estudio de la normativa sobre protección de datos de carácter personal, dado que desde hace algunos años se está formando una conciencia mundial, y aún más, se esta creando una cultura básica sobre el denominado Derecho a la autodeterminación informativa. Considerando los últimos acontecimientos sociales y económicos, ha sido necesario analizar otros tipos de datos, como los datos de tráfico, y los datos de localización, sobretodo a raíz de la publicación de la Directiva 2006/24/CE sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicio de comunicaciones electrónicas<sup>15</sup>, sin olvidar el examen del movimiento internacional de datos en el entorno digital.

En último lugar, pero no por ello menos importante, una vez analizada la vertiente subjetiva y objetiva, nos detendremos en este capítulo II en la perspectiva espacio-temporal del contrato internacional de *Hosting*, en su desarrollo contractual atendiendo a las distintas fases de este fenómeno contractual *on line*. Expondremos, no solo las particulares modalidades de utilización de Internet para su celebración y la información que el cliente debe

---

<sup>15</sup> Directiva 2006/24/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. DO L 105 de 13 de abril de 2006.

## Introducción

recibir antes de aceptar la oferta, sino también los medios técnicos que debe ofrecer el proveedor para asegurar al cliente la privacidad, la integridad, la autenticidad y el no repudio así como la diversas modalidades de pago electrónico.

El *Capítulo III* estará dedicado al régimen jurídico conflictual del contrato internacional de *Hosting*. Las cuestiones derivadas de la determinación de la jurisdicción competente, las analizaremos en primer lugar puesto que son las que cronológicamente aparecen con anterioridad, haciendo especial hincapié en las relaciones B2B, pero sin olvidar las peculiaridades propias del contrato suscrito por un consumidor. Aunque el tema de la responsabilidad del proveedor de *Hosting* se estudiará en el capítulo siguiente, en éste abordaremos la aplicación del foro especial en materia extracontractual a las reclamaciones surgidas en el marco de los contratos internacionales de *Hosting*.

En segundo lugar, y en sede de derecho aplicable dentro de este capítulo III, centramos nuestra atención en la polémica desatada entre el principio del país de origen y el derecho internacional privado, dejando fuera de toda duda nuestra posición al respecto.

Para la concreción del derecho aplicable a estos contratos cuando la partes, en aras de esa autonomía de la voluntad, no ejercitaron su derecho a elegir la ley aplicable y estos contratos presenta carácter internacional, resulta necesario determinarlo acudiendo al Convenio de Roma<sup>16</sup>, sin olvidar mencionar las soluciones aportadas por la Propuesta de Reglamento Roma I<sup>17</sup>

Para finalizar, el *Capítulo IV* será dedicado a la responsabilidad civil extracontractual del proveedor de servicios de *Hosting*. Sin pretender un análisis en profundidad de la responsabilidad, pues ello podría ser objeto de un

---

<sup>16</sup> Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980. BOE 171 de 19 de julio de 1993.

<sup>17</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 15 de diciembre de 2005. COM (2005) 650 final.

trabajo de investigación específico, he querido acercarme a las peculiaridades que la misma puede presentar cuando hablamos del ámbito de Internet.

Efectivamente, las posibilidades, como afirma la doctrina<sup>18</sup>, pueden oscilar entre la total exoneración de las entidades prestadoras de servicios de la información intermediarias, hasta la configuración de una responsabilidad civil directa y por hecho ajeno de dichas entidades por las infracciones e ilícitos dañinos que causen los destinatarios de los servicios de la información que operan en ellas.

En este punto pretendemos acercarnos a ciertos ordenamientos jurídicos pertenecientes a los Estados más involucrados en el desarrollo de los servicios de intermediación, para centrarnos con posterioridad en las soluciones dadas por el derecho comunitario y el derecho autónomo español para los proveedores de los servicios de Hosting.

Los cambios que el tema de la responsabilidad civil extracontractual está teniendo, influida por el elemento tecnológico, repercuten en el derecho internacional privado, en el sentido de considerar, junto a la visión del lugar del daño y la función compensatoria como factores de localización de la responsabilidad civil, otras visiones del Derecho de daños que lo entienden no solo desde una función compensatoria sino también preventiva y punitiva acercándose a la idea de la responsabilidad propia de los sistemas anglosajones<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Vid., FUNDINAGA, K., “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet”, en *Revista de derecho informático*, nº 91 de febrero de 2006, pp. 1-14; Vid., PLAZA PENADES, J., “La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSICE)” en *Contratación y Comercio Electrónico*, ORDUÑA MORENO, F.J. (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 196-237; Vid., PLAZA PENADES, J., “Responsabilidad de los Proveedores de servicios de la sociedad de la información” en *Propiedad intelectual y Sociedad de la Información (Tratado OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad civil en la Red)*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 171-252.

<sup>19</sup> Vid., RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Punitive damages y orden público ¿comunitario?”, en *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos*, Tomo II, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1741-1764

## Introducción

En definitiva, el derecho internacional privado de la responsabilidad civil tiende hacia una renovación de la norma de conflicto en la que se procura una más reflexiva especificación de las conexiones y una especialización por grados de heterogeneidad<sup>20</sup>. De hecho, en la Propuesta de Reglamento Roma II<sup>21</sup>, se afirma que la conexión con el país donde se produzca el daño directo (*lex loci damni*) crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada, y corresponde también a la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva. Además, adquieren una importancia significativa la autonomía de la voluntad, bien mediante el sistema de conexiones alternativas o bien mediante su reconocimiento directo (artículo 14), y la residencia habitual común determinada expresamente o en tanto que expresión del principio de proximidad (artículo 4), lo que parece indicar una aproximación del régimen de la responsabilidad extracontractual al de responsabilidad contractual.

---

<sup>20</sup> Vid., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, specialisation, flexibilisation et materialisation des règles de Droit international privé. Cours general”, op. cit. 2000, pp. 50 y ss.

<sup>21</sup> Posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II). Bruselas, 11 de agosto de 2006, JUSTCIV 137, CODEC 531, OC 410.





## **CAPÍTULO I:**

# **LA INFRAESTRUCTURA DEL SERVICIO INTERNACIONAL DE *HOSTING***



## I- LA OMNIPRESENCIA DE INTERNET.

### 1.- EL IMPACTO DE INTERNET EN EL FENÓMENO CONTRACTUAL INTERNACIONAL

La sociedad actual ha experimentado, sobretodo en los últimos veinte años, una auténtica revolución<sup>22</sup> tecnológica. La capacidad para obtener información por medio de Internet hizo que éste se constituyera en símbolo de la convergencia entre los ámbitos de las telecomunicaciones y de la informática, habiéndose consolidado hoy como una de las principales piezas de la infraestructura mundial de las comunicaciones. Ventana abierta al exterior necesaria para estimular el desarrollo fundamental de la sociedad de la información, constituyéndose el servicio de *Hosting* como pieza clave del rompecabezas.

La idea de la sociedad de la información es compleja, engloba un conjunto de actividades industriales y económicas, comportamientos sociales, actitudes individuales y formas de organización política y administrativa, todas ellas relacionadas con la producción o el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)<sup>23</sup>. Además de los usuarios, el elemento subjetivo esencial para el desarrollo de la sociedad de la información son los ISP o *Internet Service*

---

22 El empleo del concepto "Revolución", u otros similares, para hacer referencia al fenómeno de la convergencia entre las telecomunicaciones y la informática ha sido utilizado en numerosas ocasiones por la doctrina, Vid., CERUTTI, S., "*Il contratto telematico*", Esselibre, Nápoles, 2003, pp. 15; Vid., BESSONE, M., "E-Economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di Internet?", en *Il Diritto dell'Informazione ed dell'Informatica*, 2002, pp. 43; Vid., BREESE, P., "*Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*", Vuibert, Paris, 2000, pp. 13 ss; Vid., MARINI, L., "Profili giuridici del commercio elettronico nel Diritto internazionale e comunitario", en *Diritto del commercio internazionale*, 2000, pp. 330; Vid., PACIFICO, M., "La firma digitale in prospettiva europea", en *Europa e Diritto privato*, 1998, pp. 1189.

<sup>23</sup> Vid., Exposición de motivos del Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías en España.

## El Contrato Internacional de Hosting

*Providers*, también llamados *On line service providers (OSPs)*. Son prestadores de servicios de intermediación que realizan diversas actividades, con un fin primordial, permitir que los contenidos e informaciones que circulan por la red lleguen a los destinatarios de los mismos<sup>24</sup>.

Efectivamente, el tráfico que circula por Internet es la agregación de la transmisión o circulación individual de los miles de ISP<sup>25</sup> que existen en el mundo, y que tienden a concentrar su paso en los denominados puntos neutros, donde se pueden negociar mejores condiciones con los suministradores de infraestructuras de transporte o "*Carriers*". El "*Backbone*" de Internet o red troncal, es un conjunto de infraestructuras de banda ancha basadas en fibra óptica que recorren los principales puntos de concentración de tráfico de cada continente, gestionadas por contados operadores de telecomunicaciones en el mundo<sup>26</sup>.

La rápida implantación de esta red abierta por excelencia, Internet, produjo la eclosión del fenómeno del comercio electrónico, extendiendo sus utilidades a los más variados campos y rompiendo así con las limitaciones de su nacimiento en ciertos sectores estratégicos como el militar o el de investigación.

Este fenómeno del *e-commerce* respondió a un más amplio espectro de formulaciones que, en el escenario del intercambio de datos e información, y con asistencia de la informática y de los más avanzados sistemas de comunicación

---

<sup>24</sup> En sentido genérico, el artículo 2 b) de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico define al "prestador o proveedor de servicios" como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información. Y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE), en el Anexo destinado a las definiciones, establece que "prestador o proveedor de servicios" (apartado c) es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información.

<sup>25</sup> Vid., BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, L., "La Competencia en Internet", en CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coords), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, pp, 402-441

<sup>26</sup> Vid., LLANEZA GONZALEZ, P., "*Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*", Bosch, Barcelona, 2000, pp. 37 y ss; Sobre el mismo tema, Vid., RODRÍGUEZ ILLERA, R., "Internet y Telecomunicaciones: El reparto de la cadena de valor", en CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coords), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, pp, 151-157

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

(actualmente podemos hablar de *m-commerce*, *t-commerce*, *x-commerce*), permitieron la transmisión electrónica con finalidades múltiples de intercambio y que, cuanto menos, favorecieron tanto la publicidad e información como la contratación de bienes y servicios *on line*<sup>27</sup>.

La economía globalizada y la incorporación constante de innovaciones tecnológicas<sup>28</sup> son factores que implican que actualmente el mayor volumen de la contratación electrónica sea de naturaleza internacional<sup>29</sup>.

Estas relaciones contractuales pueden ser de diferentes tipos, así por los sujetos intervinientes se conocen como B2B (*Business to Business*), B2C (*Business to Consumer*) o últimamente P2P (*Peer to Peer*) de creciente interés por su desarrollo en la red, si bien por la forma en que se perfeccionan y ejecutan las mismas pueden ser *on line* cuando toda la operación se realiza en línea a través de medios electrónicos como la adquisición de software, música, imágenes, libros o servicios en el entorno red como el *Hosting*, o también pueden ser *off line* cuando la perfección se produce electrónicamente pero la ejecución requiere de instrumentos tradicionales que proporcionan el bien o el servicio mediante la entrega o realización material de lo contratado.

Los problemas jurídicos detectados desde su implantación, debido a su carácter interdisciplinar y transversal, giran en torno a diversos temas, destacando, en primer lugar, la protección tanto de los contratantes, sean o no consumidores, como de los autores, y de los usuarios en general pero muy especialmente de los menores, y en segundo lugar, la preocupación se ha centrado en la generación de la suficiente confianza del usuario en este tipo de contratación promoviendo la

---

<sup>27</sup> Sobre el escenario del intercambio de datos, Vid., VIÑAS FARRE, R., "Intercambio electrónico de datos", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, nº1, 1991, pp. 291-294

<sup>28</sup> Vid., RAMOS SUAREZ, F., "Implicaciones jurídicas de la Tecnología Wap", en *Revista de Derecho Informático*, nº 22 de mayo de 2000, pp. 1-6

<sup>29</sup> Vid., ECHEZARRETA FERRER, M.T., "La contratación internacional en el e-commerce", en *Revista de Derecho Informático*, nº 42, enero de 2002, pp. 1-15

## El Contrato Internacional de Hosting

búsqueda constante de una mayor seguridad en la red<sup>30</sup>, y una mejor protección de los datos tanto personales como de tráfico y eludiendo la creencia generalizada de que nos movemos en un marco de irresponsabilidad e impunidad<sup>31</sup>.

Internet ha supuesto un nuevo reto para la defensa de los derechos de los que adquieren bienes y servicios a través de la red. Los contratantes electrónicos se sitúan en un escenario nuevo y desconocido con interrogantes sobre la subsistencia de normas, instrumentos y criterios tradicionales de la contratación clásica. El atractivo de acceder desde cualquier parte del mundo a los más distantes mercados, a los productos y servicios más variados se configura como un reclamo difícil de soslayar por los consumidores y usuarios.

En este sentido, se observa una verdadera eficacia en la labor normativa de organizaciones internacionales y en la labor interventora del Estado, en la determinación de un mayor número de normas imperativas, de prohibiciones, de sanciones para conseguir limitar los abusos de los empresarios que manejando las reglas del mercado imponen contratos de adhesión con cláusulas indiscutidas.

En definitiva, los instrumentos contractuales tradicionales se enfrentan a nuevos retos<sup>32</sup> característicos de la contratación en y por Internet, ingredientes como la transnacionalidad o internacionalidad, la contratación a distancia, la

---

<sup>30</sup> Vid., MALLETT-POUJOL, N., “Les enjeux juridiques de l’internet”, en *Revue Problems politiques et sociaux*, nº 893, octubre 2003, pp. 53-61; y Vid., Declaration du Conseil de l’Europe sur la liberté de la communication sur l’Internet, Strasbourg, 28 de mayo de 2003, en *Legipresse*, nº 203, agosto 2003

<sup>31</sup> Vid., MAGRO SERVER, V., “La Delincuencia informática. ¿Quién gobierna en Internet?”, en *Diario la Ley*, nº 6077, septiembre 2004, pp. 1-14

<sup>32</sup> Vid., SERRA RODRÍGUEZ, A., “El régimen jurídico de los nombres de dominio”, *Contratación y comercio electrónico*, AAVV, Orduña Moreno, FJ., (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 713 y ss; Vid., CASSANO, G., “Cybersquatting”, en *Il Diritto dell’informazione ed dell’informatica*, 2001, pp. 83 y ss; Vid., COMANDÉ, G., Y SICA, S., “*Il commercio elettronico. Profili giuridici*”, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 10 y ss; Vid., BUREAU PERMANENT DE LA CONFERENCE DE LA HAYA DE DROIT INTERNACIONAL PRIVE, Communiqué de presse: “Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé”, en *Uniform Law Review*, 1999-3, pp. 687 y ss;

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

pluralidad de intervinientes de difícil identificación<sup>33</sup> y ubicación, la inseguridad en la fiabilidad de las comunicaciones, la dificultad para que sirvan las reglas de tiempo y espacio habituales dada la instantaneidad de las comunicaciones, la ruptura de la periodicidad, la universalidad de las coordenadas espaciales que no se encuentran vinculadas a un determinado país<sup>34</sup>, todo ello puede conllevar la necesidad de un nuevo planteamiento o de una adaptación de los conceptos tradicionales de la contratación internacional y por ende del Derecho internacional privado sobre la competencia judicial internacional y el derecho aplicable a estas relaciones internacionales perfeccionadas vía Internet.

### 1.1- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INTERNET

El término Internet es una síntesis de la expresión *Interconnected Networks*, que podría traducirse literalmente como redes interconectadas. Antes de hacer referencia a la definición sobre Internet, admitida casi unánimemente por la doctrina<sup>35</sup>, es interesante mencionar las diversas ideas que siempre han estado asociadas a este término.

Por una parte, se ha dicho que es un sistema, que no un medio, de comunicación transnacional que, gracias a unos estándares comunes y usando tecnologías y redes de telecomunicación, permite el intercambio y la obtención de información mediante el uso de diversas modalidades de comunicación en línea (listas de correo, grupos de discusión de Usenet, FTP, WWW, chats, etc. ), por tanto, Internet es información<sup>36</sup>, tecnología y una red física de telecomunicación.

---

<sup>33</sup> Vid., BERNARDEAU, L., Y PACIFICO, M., "Internet et le droit des contrats: Observations d'ordre général et identification des intervenants", en *Uniform Law Review*, 1998-1, pp. 32 y ss.

<sup>34</sup> Vid., LÓPEZ GARCÍA, G., "*Modelos de comunicación en Internet*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 41-43

<sup>35</sup> Vid., ASTIEN, E., BENSOUSSAN, A., ESCRIG, B., "*Dictionnaire des Technologies, de l'information et de la communication*", Foucher, Paris, 2000, pp.128-129

<sup>36</sup> Es interesante en este sentido el primer fallo sobre la "Communications Decency Act" de 1996. The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, en el asunto "*American Civil Liberties Union, Civil Action v. Janet Reno*", Attorney General of United States, nº

## El Contrato Internacional de Hosting

Por otra parte, como infraestructura, es una red de redes que interconecta aquellas redes (*Local Area Networks* o *Wide Area Networks*) cuyos propietarios así lo deseen. Internet no descarta ningún tipo de conexión siempre que se realice observando el protocolo de interconexión de red conocido como IP (*Internet Protocol*)<sup>37</sup>.

De la combinación de todas estas ideas iniciales se aprecia que Internet es algo más que una infraestructura de comunicación transnacional. Ello quedó claramente especificado en la Resolución de 24 de octubre de 1995 del *Federal Networking Council* (Consejo Federal de Redes de los Estados Unidos)<sup>38</sup> que dio por primera vez una definición técnica, generalmente admitida, en los siguientes términos:

*“Internet hace referencia al sistema de información global que:*

*—está enlazado lógicamente por medio de un espacio único global de direcciones basadas en el protocolo de Internet (IP) o sus extensiones/continuaciones subsiguientes;*

*—es capaz de soportar comunicaciones que utilicen el conjunto TCP/IP o sus extensiones/continuaciones subsiguientes;*

*—provee, usa o hace accesible, bien de forma pública o privada, servicios de alto nivel basados en estas comunicaciones e infraestructuras relacionadas”*

---

96-963: Este primer fallo se produjo en 1996, al acordar este Tribunal de Pensilvania unas medidas excepcionales que suspendían la aplicabilidad del articulado de la CDA, que criminalizaba determinadas actividades obscenas o indecentes en Internet, por entender que la CDA suponía un atentado a la libertad de expresión consagrada por la Constitución americana. Fallo ratificado por el Tribunal Supremo de los EEUU el 26 de junio de 1997. Cuando se dictó esta sentencia, aproximadamente 9.400.000 ordenadores de *Hosting* de todo el mundo se encontraban conectados, de los cuales aproximadamente un 60% se ubicaban en los Estados Unidos

<sup>37</sup> Vid., MAS-FOVEAU, S., Y BENACHOUR-VERSTREPEN, M., *“Le commerce électronique en toute confiance. Diagnostic des pratiques et environnement juridique”*, Litec, Paris, 2001, pp. 2. Y Vid., CASTEJON MARTÍN, L. “Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de las telecomunicaciones”. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, AA VV, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999, pp 74-80

<sup>38</sup> RESOLUCIÓN de 24 de Octubre de 1995 de la Federal Networking Council (FNC). En este sentido, Vid. DELGADO KLOOS, C., y GARCIA RUBIO, C., “Historia de Internet” en *Régimen*



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

Por su parte, el Informe de la Comisión Especial sobre Redes Informáticas del Senado<sup>39</sup> comenzaba con la siguiente afirmación, más bien política que jurídica:

*“La Red es un espacio de encuentro e intercambio en libertad, sin fronteras ni límites, abierto y universal, en el que se va a desarrollar la sociedad del siglo XXI. Es la plaza pública- el ágora- de la comunidad global”.*

Todo lo anterior se podría resumir diciendo que, *“Internet es una infraestructura de telecomunicaciones, asentada en un lenguaje informático técnico, basado en un conjunto de protocolos que permiten la integración de todas las nuevas tecnologías y que, mediante el empleo de un conjunto de aplicaciones, permite acceder a una gran variedad de servicios y utilidades”.*

No es fácil determinar en estos momentos cuáles serán ni cuando se producirán los hechos determinantes en la evolución del Internet del siglo XXI<sup>40</sup>; teniendo en cuenta la velocidad a la que se vienen produciendo los cambios, es imposible deducir los elementos futuros de esta progresión. Ignoramos cuánta tecnología, lista para ser usada, está esperando salir a la luz en el momento comercial oportuno, e ignoramos cómo asimilarán las distintas culturas y sociedades este profundo cambio tecnológico.

---

*Jurídico de Internet*, Cremades, J., Fernández Ordóñez, MA., Illescas, R. (Coords), La Ley, 2002, pag. 98.

<sup>39</sup> El Senado, en su sesión plenaria de 24 de febrero de 1998, aprobó la creación de la Comisión Especial sobre Redes Informáticas, bajo la forma de comisión de estudio con la función de analizar las consecuencias políticas económicas, sociales, culturales y tecnológicas de Internet, así como la promoción de las ventajas y oportunidades que podía ofrecer el desarrollo tecnológico. El 10 de mayo del 2000 la Comisión se transformó, creándose la Comisión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento como comisión permanente no legislativa, continuadora de la labor iniciada por la Comisión de Redes informáticas.

<sup>40</sup> Vid., GARCÍA MEXÍA, P., *“Principios de Derecho de Internet”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp.38.

## 1.2-SÍNTESIS DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Brevemente queremos exponer los principales avances tecnológicos dirigidos a la creación, perfección y evolución de Internet, resaltando los más importantes logros normativos que durante ese tiempo han ido apareciendo para regular la contratación a través de la red.

Algunos autores<sup>41</sup> fijan el origen de Internet en 1969, en un proyecto experimental de la *Advanced Research Project Agency (ARPA)*<sup>42</sup> llamado ARPANET, que unía universidades y redes de ordenadores de titularidad militar, contratistas de defensa y laboratorios universitarios que realizaban investigaciones militares. El 30 de agosto de 1969, la Universidad de los Ángeles (UCLA) instaló el primer ordenador capaz de dar servicio a otros ordenadores<sup>43</sup> y a éste siguieron otros en distintas universidades.

En el mes de marzo de 1971 aparece por primera vez el signo @, cuando Tomlinson modifica el programa de correo electrónico para la red ARPANET<sup>44</sup>. En este mismo año se lleva a cabo la primera conversación *on line* o *chat* entre ordenadores.

---

<sup>41</sup> Vid., ASTIÉN, E., BENSOUSSAN, A., ESCRIG, B., “*Dictionnaire des Technologies, de l’information et de la communication*”, op. cit. 2000, pp.129; Vid., BARRIUSO RUIZ, C., “*La contratación electrónica*”, Dykinson, Madrid, 1998, pp.36; Vid., BENSOUSSAN, A., “*Internet, aspects juridiques*”, 2ªed. Hermes, Paris, 1998, pp. 29 ss; Vid., CERF, V., “How the Internet came to be”, *The Online User’s Encyclopedia*, Bernard Aboba (coord), Addison-Wesley, 1993, pp, 3.

<sup>42</sup> En 1957 Estados Unidos creó el ARPA (*Advanced Research Project Agency*) u Organismo de proyectos de investigación avanzada dentro de Ministerio de Defensa a fin de establecer su liderazgo en el área de la ciencia y la tecnología aplicadas a las fuerzas armadas. En 1963, independientemente a los trabajos de ARPA, un comité mixto industria-gobierno de Estados Unidos desarrolla el código ASCII (*American Standard Code for Information Interchange*) o Código estándar americano para el intercambio de información, que fue el paso fundamental para permitir que máquinas de todo tipo y marca intercambiasen datos entre si. Vid. HOBBS ZAKON, “*The Internet Hobbes Cronology v.4.0*” by The MITRE Corporation, 1999, pag. 2.

<sup>43</sup> Vid., HARDÍ, H., “*The History of the Net*”, School of Communications, Grand Valley State University, 1993.

<sup>44</sup> Vid., HARDÍ, L., “*The Evolution of ARPANET email*” *History Thesis*, UC Berkeley, 1994.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

En 1973 se realizan las primeras conexiones internacionales entre ordenadores a través de la red de Defensa ARPANET. Vinton Cerf y Bob Kahn publican en 1974 un documento que especifica el diseño del Protocolo de Control de Transmisión (TCP) que unifica el formato de envío de datos. Los protocolos TCP/IP como sistema de transmisión se establecen en 1982. Se comienza a utilizar el término Internet como "conectado a redes TCP/IP".

Conforme se fueron incorporando universidades, empresas y gente de todo el mundo, ARPANET pasó a llamarse "DARPA Internet", y finalmente sólo "Internet". Según se acercaba la desaparición de ARPANET, redes similares se fueron desarrollando para conectar universidades, centros de investigación y de negocios y particulares en todo el mundo. Estas otras redes incluían BITNET, CSNET, FIDONET y USENET. Finalmente, cada una de estas redes se interconectaron entre sí, permitiendo a los usuarios de cada una de ellas transmitir comunicaciones a usuarios de cualquiera de las otras.

IBM reduce el tamaño de los ordenadores y presenta en 1981 el primer ordenador personal, el PC. En 1984 Internet ya cuenta con un millar de servidores y Apple lanza al mercado el modelo Macintosh, un ordenador que supone el acceso a la informática para el gran público. Este mismo año se introduce también el Domain Name System (DNS), un sistema que normaliza el empleo de los nombres de dominio y direcciones en la Red.

En marzo de 1989, Tim Berners-Lee, un británico que trabaja en el CERN (Centre Européen de Recherche Nucleaire) escribe un documento con una propuesta de gestión de la información para distribuirla por medio de un sistema de hipertexto. Es el embrión de la World Wide Web. En 1990 ARPANET deja de existir. Ese mismo año España se conecta a la Red.

Marc Andreessen, en la universidad de Illinois y en colaboración con Eric Bina, desarrolla Mosaic en 1993, el prototipo de un navegador de Internet que permite hacer clic con el puntero del ratón para desplazarse por las páginas, sería

## El Contrato Internacional de Hosting

el futuro Netscape. La Universidad de Illinois decide facilitar gratuitamente el navegador y, de esta forma, contribuye a que, en tan sólo 18 meses, el número de internautas se triplique y la Red alcance los 20 millones de usuarios. En 1994 David Filo y Jerry Jang, dos estudiantes de la Universidad de Stanford, crean el buscador Yahoo.

En este mismo año aparece en Estados Unidos el primer informe relevante sobre comercio electrónico<sup>45</sup>, y en 1995 en el seno de la Unión Europea aparece el Informe Bangemann "Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información"<sup>46</sup>. Con anterioridad varias iniciativas comunitarias<sup>47</sup> habían intentado dar una respuesta concreta a la incidencia social del fenómeno TIC, pero no sería hasta 1999 cuando la Unión Europea, consciente de su desventaja frente a los Estados Unidos en materia de tecnologías de la información y de la comunicación<sup>48</sup>, tomara la decisión de construir la sociedad de la información global<sup>49</sup> aprobando la iniciativa "e-Europa. Una Sociedad de la Información para todos"<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> Final Report de 13 de October de 1994 del Federal Electronic Commerce Acquisition Team (EEUU), "*Streamlining procurement through electronic commerce*".

<sup>46</sup> Recomendaciones del Grupo Bangemann al Consejo Europeo, 26 de mayo de 1994. Informe sobre las medidas específicas que debían estudiar la Comunidad y los Estados miembros para el establecimiento de infraestructuras en el ámbito de la información.

<sup>47</sup> Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo: Retos y pistas para entrar en el siglo XXI, COM (93)700, Bruselas, 5 de diciembre de 1993.

<sup>48</sup> Vid. ALABAU, A., "*The European Union and its Information Society policy. On the threshold of a new European Governance*", Fundación Vodafone, Madrid, 2002, pp 55 ss. Y el INFORME "*Towards a knowledge-based Europe. The European Union and the information society*". Manuscript for information brochure for the general public European Commission. *Information Society Website*, 2002

<sup>49</sup> Con anterioridad, téngase en cuenta la Comunicación al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y social y al Comité de Regiones: "*La Sociedad de la Información: entre Corfú y Dublín. Las nuevas prioridades surgidas*", COM (96) 395 final; Comunicación del 4 de febrero de 1998 al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y social y al Comité de Regiones "*La universalización de la sociedad de la información: necesidad de reforzar la coordinación internacional*", COM (98) 50 final.

<sup>50</sup> COM (2000) 130 final. La iniciativa e-Europa engloba una serie de acciones prioritarias o planes de acción, recogidos en la Comunicación de la Comisión, de 13 de marzo de 2001 "*eEurope 2002- Impacto y prioridades*", COM (2001) 140 final; y en la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones, "*Plan de acción eEurope 2005: una sociedad de la información para todos*", COM (2002) 263 final.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

A principios de 1996, se publicó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico que fue modificada en 1998 al añadirle el art. 5 bis. En 1999 se aprueba en España el Real Decreto Ley 14/1999 sobre firma electrónica y, posteriormente, en el ámbito comunitario, se aprueba la Directiva 1999/93/CE relativa a un marco comunitario para la firmas electrónicas y la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico. En el 2001 sale a la luz la Ley modelo de la CNUDMI sobre firma electrónica.

Por Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 10 de febrero de 2000, la gestión de la asignación de nombres de dominio de segundo nivel del espacio público correspondiente a España (".es"), se atribuye al ente público Red Técnica Española de Televisión<sup>51</sup> (con anterioridad, esta función estaba atribuida al Centro de Comunicaciones CSIC, gestor así mismo de la Red IRIS).

En el 2002 se aprueban diversas Directivas<sup>52</sup>, unas en materia de Telecomunicaciones regulando el acceso a las redes y la interconexión, además del servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las comunicaciones electrónicas, son las llamadas Directivas convergentes o Telecom

---

<sup>51</sup> La entidad pública empresarial RED.es, cuyo estatuto fue aprobado por Decreto 164/2002, de 8 de febrero, tiene asignada, entre otras funciones, la de gestión de los dominios .es, y la de ejercer de Observatorio del sector de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información en España. Véase, para más información [www.red.es](http://www.red.es)

<sup>52</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; y la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Además, tenemos que añadir la Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea; el Reglamento CE 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 sobre el acceso desagregado al bucle local; y la Directiva 2002/77/CE de

## El Contrato Internacional de Hosting

2002, y otra en materia de tratamiento de datos personales y de protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. En España, como transposición de las distintas y variadas Directivas europeas, se aprueban diversas leyes, entre las que podemos destacar, la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSICE)<sup>53</sup>, la Ley 47/2002 sobre ordenación del comercio minorista<sup>54</sup>, la Ley 32/2003 general de telecomunicaciones<sup>55</sup> y la Ley 59/2003 de firma electrónica<sup>56</sup>.

En el 2004 se creó la Agencia Europea de Seguridad de redes y de la información mediante la aprobación del Reglamento (CE) 460/2004 del Parlamento europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2004. Se ha acrecentado el énfasis en las TSI (Tecnologías de la sociedad de la Información) en el 6º PM de la Unión europea con el objetivo de integrar los ordenadores y las redes en el entorno cotidiano, haciendo accesible una multitud de servicios y aplicaciones a través de interfaces de fácil utilización<sup>57</sup>.

En la actualidad se pretende conseguir la creación de un espacio único europeo de la información abordando, desde el principio, cuatro grandes retos planteados ya por la convergencia digital: aumentar la velocidad de los servicios de banda ancha, enriquecer y diversificar los contenidos, potenciar la

---

la Comisión de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>53</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. BOE de 12 de julio de 2002

<sup>54</sup> Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia y para la adaptación de la ley a diversas directivas comunitarias. BOE 304, de 20 de diciembre de 2002.

<sup>55</sup> Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. BOE nº 264 de 4 de noviembre de 2003. Corrección de errores BOE 19 de marzo de 2004

<sup>56</sup> Ley 59/2003, de 19 de diciembre de firma electrónica. BOE 304, de 20 de diciembre de 2003.

<sup>57</sup> Vid., Extracto del programa de trabajo específico “*Integración y Fortalecimiento del Espacio Europeo de la Investigación*” del Sexto Programa Marco Comunitario. [www.cordis.lu/ist](http://www.cordis.lu/ist)

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

interoperabilidad de las plataformas y la seguridad aumentando la confianza de los inversores y consumidores<sup>58</sup>.

### 1.3- CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Tradicionalmente, la doctrina jurídica viene diferenciando tres etapas o momentos importantes en la vida de un contrato internacional, a saber, la generación, la perfección y la ejecución<sup>59</sup>:

1. En la primera etapa o fase preliminar del contrato internacional, se realiza una serie de actos preparatorios, en los que las partes discuten las condiciones de la futura relación contractual, y de los que brotará el consentimiento de las partes que permitirá pasar a la siguiente fase del contrato.
2. En la etapa de perfección se produce el nacimiento de la relación contractual a la vida jurídica a raíz de un intercambio de declaraciones de voluntad emitidas por las partes, generalmente por escrito con incorporación de la firma manuscrita de ambos contratantes.
3. Finalmente, la fase de consumación comprende el periodo de cumplimiento del fin para el cual el contrato fue celebrado, bien sea la entrega del bien o la prestación del servicio<sup>60</sup>.

El *iter* contractual es básicamente diferente cuando el contrato se celebra a través de una página Web en Internet. En la primera fase, no existe intercambio de manifestaciones entre las partes, pues las ofertas deben de estar perfectamente

---

<sup>58</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones “i2010-Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo”, Bruselas a 1 de junio de 2005. COM (2005) 229 final.

<sup>59</sup> STS sala 1ª de 24 de junio de 1991, (RJA, 4578, 1991) cuando analizando un contrato de arrendamiento de obra aludió a esta tesis de las tres etapas en el proceso negocial: preparación o negociaciones previas; perfección y consumación con el despliegue de los efectos generados por el contrato.

<sup>60</sup> Vid., DE CUEVILLAS MATOZZI, I., “La oferta contractual en el comercio internacional (Un estudio a la luz del derecho uniforme y del derecho privado español)”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. pp. 61-62

## El Contrato Internacional de Hosting

detalladas en la página Web del proveedor con indicación de las características del producto o del servicio, los precios, los datos de identificación del prestador del servicio y las condiciones generales de la contratación si las hubiere.

El sujeto interesado en adquirir el producto o servicio ofertado, para poder perfeccionar el contrato, tendrá que seguir los pasos que la propia página le indica, que básicamente consistirá en cumplimentar un formulario de pedido indicando los datos personales del solicitante, el servicio escogido, y la forma de pago (si el proveedor se lo permite).

Tras esta operación, se pulsará el icono de envío de la hoja de pedido al prestador del servicio, que puede ir o no acompañada de la firma electrónica del solicitante, concluyéndose de esta forma el contrato. El prestador, a continuación, enviará, generalmente a la dirección de correo facilitada por el solicitante o mediante un mensaje SMS, la confirmación de la transacción efectuada y de su contenido.

Finalmente, la fase de consumación o ejecución se realizará *on line* si el servicio o producto adquirido así lo requiere, o *off line* si se trata de una contratación electrónica indirecta.

Todo este proceso o *iter* contractual tiene lugar en un espacio y en un tiempo virtual, en el que el conocimiento y valoración de las características técnicas<sup>61</sup> en las que se desarrolla el mismo puede ser jurídicamente determinante tanto para asegurar la confidencialidad y seguridad en las comunicaciones (cumpliendo los cuatro objetivos básicos de toda contratación *on line* a saber, privacidad, integridad, autenticidad y no repudio), como para verificar la validez de las notificaciones realizadas por medios electrónicos y acreditar el momento de la emisión y recepción del documento o *time stamping*.



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

Internet, por tanto, es un sistema de comunicación multimedia e internacional<sup>62</sup>, con tres características técnicas básicas:

### 1. *Direccionamiento único y automático:*

Internet se diseñó específicamente para ser una red descentralizada con conexiones múltiples y automáticas entre ordenadores o redes de ordenadores, capaces de transmitir datos rápidamente sin la intervención o el control humano y con la capacidad de redireccionar automáticamente las comunicaciones si uno o más de los vínculos individuales se hubiese dañado o no se encontrase disponible.

Los mensajes entre ordenadores de Internet no necesariamente viajan a lo largo de la misma ruta. Internet usa protocolos de empaquetado «*packet switching communication protocols*» que permiten que un mensaje se subdivida en pequeños paquetes que son enviados de manera independiente al destinatario y que, automáticamente, se agrupan por el ordenador que los recibe. Todos los paquetes de un determinado mensaje suelen “viajar” juntos y por la misma ruta hasta su destino. Ahora bien, si alguno de los ordenadores de la ruta que se esté utilizando en la remisión del mensaje se saturase, parte de los paquetes que lo forman podrían ser redireccionados a ordenadores menos congestionados y, a pesar de eso, el mensaje llegaría completo a su destinatario.

Para realizar todas estas funciones aparentemente simples se necesita, que a cada ordenador conectado a la red se le asigne un número único denominado dirección IP, que sirve para identificarlo del resto de los ordenadores de la Red. Los protocolos básicos de Internet sólo entienden de direcciones IP. Las direcciones IP están formadas por 32 bits,

---

<sup>61</sup> Vid., VILA SOBRINO, J.A., “Aspectos técnicos para el desarrollo de aplicaciones de comercio electrónico”, en *Comercio electrónico en Internet*, AAVV, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 49

<sup>62</sup> Vid., LLANEZA GONZALEZ, P. “*Internet y Comunicaciones Digitales. Régimen Legal de las tecnologías de la información y la Comunicación.*” Bosch, Barcelona, 2000 pp. 37 ss

## El Contrato Internacional de Hosting

agrupados en 4 bloques o bytes que se suelen representar en codificación decimal separados por un punto<sup>63</sup>.

De cara a solucionar esta cuestión, demasiado complicada para el usuario, se creó un mecanismo por el cual a cada dirección IP se le asignaba un nombre simbólico. Surgió, por tanto, la idea de crear un espacio de nombres jerárquico, que se aproximara a una estructura administrativa piramidal, y que utilizase el carácter “.” para indicar la separación entre los distintos niveles existentes en la jerarquía. Es ahí donde aparece el concepto de “dominio”, y el llamado sistema de nombres de dominio o DNS (*Domain Name System*). El DNS se construye de izquierda a derecha pasando de lo más específico a lo más genérico. El nivel más genérico, que va al final después de un punto, se denomina dominio de primer nivel y puede describir el país con dos letras (por ejemplo .es .ie .uk.....) o la función, generalmente con tres letras (.org .com .net). Los niveles intermedios se denominan subdominios y hacen referencia a los nodos<sup>64</sup> en los que se encuentra el usuario final dependiente de un dominio.

---

<sup>63</sup> ELIAS FUSTÉ, A. “Instituciones en Internet: ICANN e ISOC” en el libro “*Régimen jurídico de Internet*”, op. cit., 2002, pp.107.

<sup>64</sup> Definición de NODO: Es el punto en donde se producen dos o más conexiones en una red de comunicaciones. Realiza las tareas de conmutación de paquetes de datos entre los clientes de dicho nodo y otros nodos a los que se encuentra enlazado. No se trata de un elemento estrictamente físico, sino de una unidad funcional que exige hardware y software. Un nodo puede incluir controladores de comunicaciones, clusters, servidores, repetidores, etc. Un nodo puede tener más de un punto de acceso (Access Point o AP) dando cobertura a equipos cliente (unidos entre sí mediante cable físico o enlaces WDS -wireless distribution system-), en cuyo caso se distinguirá a los puntos de acceso (APs) que estén separados de la ubicación principal del nodo mediante letras añadidas al nombre del nodo (XXXXa, XXXXb, XXXXc, siendo XXXX el nombre del nodo). Los nodos recibirán un nombre "oficial" que le identificará en la red (único, registrado en DNS, utilizado por las herramientas de monitorización que en cada momento se utilicen). El nombre "oficial" del nodo tendrá entre 6 y 8 caracteres, siendo el primero necesariamente una letra y los dos últimos necesariamente un número secuencial desde 01 a 99. Los caracteres anteriores a estos dígitos finales identificarán la zona, localidad o región del nodo, tratando de que sean claramente orientativos de su ubicación.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

### 2. Utilización de protocolos compatibles con el protocolo de Internet (IP):

Para poder cumplir las premisas de funcionamiento básicas necesarias para la prestación de servicios *on line*, la red Internet necesita disponer de unos convenios de entendimiento entre los distintos nodos y de éstos con los ordenadores<sup>65</sup>. Estos convenios se denominan Protocolos y son un conjunto de reglas que gobiernan el formato y el significado de los mensajes, que se intercambian por entidades equivalentes, dentro de un determinado nivel de la red. Podríamos hablar de tres grandes grupos de Protocolos:

- (A) Protocolos TCP (*Transmission Control Protocol*): Está orientado a la conexión y permite que un flujo de bytes que se originan en un ordenador, se entreguen sin error en cualquier otro ordenador de la red.
- (B) Protocolos IP (*Internet Protocol*): Su función principal es el direccionamiento y la entrega de "paquetes" al punto de destino.
- (C) Protocolos de Aplicación: Incluye todos los protocolos específicos de las aplicaciones básicas de Internet. El conjunto de todos los protocolos utilizados en Internet se denomina de forma genérica Protocolos TCP/IP, que son los aceptados de forma universal por todos los usuarios de la red<sup>66</sup>, entre otros tenemos el FTP (*File Transfer Protocol*); TELNET; NFS (*Network File System*); SNMP (*Simple Network Management Protocol*) ; SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*); y HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*).

---

<sup>65</sup> Vid., GRETEL 2000. Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones. "*Convergencia, Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, Audiovisual e Internet*" Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, Madrid, 2000, Vol. I pp. 511. Actualmente las redes basadas en IP, permiten proporcionar servicios y aplicaciones que fusionan voz y datos. Sobre este tema, Vid. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, "*ITU and its activities related to Internet- Protocol (IP) Networks*", Geneva, 2004; Vid., INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, "*2001 World Telecommunication Policy Forum: IP Telephony*", Ginebra, 2001; Vid. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, "*Summary Report: IP Telephony in practice*", ITU World Telecommunication Indicators Database and country case studies, 2001;

3. *Provisión de servicios en capa de alto nivel sobre las comunicaciones e infraestructuras afectadas:*

Es necesario aclarar la diferencia entre lo que entendemos por servicio y por protocolo, como conceptos distintos que son. Un *servicio* es un conjunto de operaciones que se realizan a petición de un usuario con independencia de cómo se realizan. Un *protocolo* es un conjunto de reglas que gobiernan el formato y el significado de los mensajes para que se pueda dar un servicio. Es decir, el mismo servicio se puede dar con protocolos distintos, y que en principio, no son visibles al usuario, pero sin ellos no sería posible realizar el servicio.

La provisión de servicios y la comunicación en Internet se desarrolla mediante capas (es la llamada "*arquitectura de capas*"), cada una de ellas ofrece un servicio específico en la red y cuenta con su área de responsabilidad definida<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Vid., DREW, H., "*Redes con Microsoft TCP/IP*", Prentice Hall Iberia S.R.L. 3ª ed, Madrid 1999, pp.9.

<sup>67</sup> Vid., DREW, H., "*Redes con Microsoft TCP/IP*", op. cit. pp. 10-12. Según el modelo de referencia OSI (*Open Systems Interconnection*), podemos distinguir siete capas, y cada una de ellas ofrece un tipo específico de servicio de red: 1) *La Capa Física*: Comunica directamente con el medio de comunicación y tiene dos responsabilidades: enviar bits y recibir bits; 2) *La Capa de Enlace de datos*: Los dispositivos que pueden comunicarse a través de una red suelen denominarse *nodos*. Esta capa de enlace es responsable de proporcionar la comunicación nodo a nodo en una misma red de área local; 3) *La Capa de Red*: Para entregar mensajes cada red debe estar identificada de manera única por una *dirección de red*. Al recibir un mensaje de las capas superiores, la capa de red añade una cabecera al mensaje que incluye las direcciones de origen y destino; 4) *La Capa de Transporte*: Todas las tecnologías de red establecen un tamaño máximo para las tramas que pueden ser enviadas a través de la red. Una de las responsabilidades de la capa de transporte consiste en dividir los mensajes en fragmentos que coincidan con el límite del tamaño de la red. En el lado receptor, la capa de transporte reensambla los fragmentos para recuperar el mensaje original; 5) *La Capa de Sesión*: El control de los diálogos entre distintos nodos es competencia de la capa de sesión. Un *diálogo* es una conversación formal en la que dos nodos acuerdan un intercambio de datos; 6) *La Capa de Presentación*: Esta capa se responsabiliza de presentar los datos a la capa de aplicación. Otras funciones que también pueden corresponder a esta capa de presentación son la encriptación/ descriptación y compresión/ descompresión de datos; 7) *La Capa de Aplicación*: Esta capa proporciona los servicios utilizados por las aplicaciones para que los usuarios comuniquen a través de la red. Servicios tales como correo electrónico, acceso a archivos remotos, directorios, administración de la red, ect.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

Con esta perspectiva contractual, y la combinación de la fórmula técnico-jurídica esbozada, uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta el Derecho internacional privado contemporáneo es la adaptación y valoración de las consecuencias que, para esta disciplina, ha supuesto el proceso de contratación internacional vía Internet.

Como sabemos, lo que caracteriza a esta rama del Derecho es que la distribución de derechos y deberes entre los particulares se realiza en un entorno donde concurren otros ordenamientos jurídicos. Mientras en las relaciones privadas homogéneas el legislador nacional está en una posición de monopolio y, en consecuencia, puede elaborar la regulación normativa que considere más adecuada e imponer su cumplimiento de forma coactiva, en las relaciones privadas internacionales o heterogéneas el legislador está, por el contrario, en una situación de concurrencia normativa con otros legisladores<sup>68</sup>, cada uno de ellos con su propio derecho sustantivo y su propia organización jurisdiccional.

Pero este *status* tradicional se ha visto sacudido por las exigencias de la nueva realidad contractual introducida por Internet. Exigencias normativas a las que no han podido quedar ajenos no solo los legisladores nacionales sino también las instancias internacionales y las instituciones comunitarias.

Sin ir más lejos, en las relaciones B2C (*Business-to-Consumer*), el legislador comunitario, en materia de competencia judicial internacional, ya consideró la necesidad de ampliar la aplicación de los foros específicos de los Arts. 16-17 del Reglamento 44/2001<sup>69</sup> a los contratos suscritos a través de medios electrónicos, donde la posición de debilidad del consumidor es patente. Efectivamente, en este tipo de contratación *on line* es frecuente que el empresario

---

<sup>68</sup> Vid., VIRGÓS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., "Estado de origen vs. Estado de destino, Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, nº 251, Barcelona, noviembre 2004, pp. 3

<sup>69</sup> Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12 de 16 de enero de 2001

## El Contrato Internacional de Hosting

predisponga el contenido del contrato electrónico e inserte en el mismo una cláusula de sumisión a los tribunales del país del proveedor<sup>70</sup>.

Por otra parte, la tradicional protección conflictual otorgada por el Convenio de Roma a los contratos de consumo, partía de dos situaciones típicas, la del consumidor que se desplaza a otro Estado distinto del de su residencia habitual (no protegido por el art. 5), y la del consumidor que contrata desde el Estado donde tiene su residencia habitual o que desde ese Estado realiza los actos necesarios para la celebración del contrato promovido directa o indirectamente por el proveedor de otro Estado distinto (protegido por el art. 5).

Con la contratación a través de una página Web interactiva, la delimitación anterior resulta difícil de realizar y peligrosa. El legislador comunitario ha introducido en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 15 de diciembre de 2005<sup>71</sup> profundos cambios en este sentido, en primer lugar, ya no exige que el consumidor haya realizado los actos necesarios para celebrar un contrato en el país de su residencia habitual (condición sin sentido para los contratos concluidos vía Internet), y en segundo lugar, ha introducido en el nuevo artículo 5 la expresión “actividades dirigidas” por lo que, según la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión<sup>72</sup>, el mero hecho de que un *Website* sea accesible desde cualquier parte (sea cual sea la lengua o divisa utilizada), no basta para que sean aplicables las disposiciones protectoras del consumidor, se exige, además, que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos, por el medio que fuere.

---

<sup>70</sup> Vid., STJCE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-243/98, “*Océano Grupo Editorial y Salvat editores v. Rocío Murciano Quintero*”, Rec. 2000 I-4941, apr. 21-24; y sobre este tema, Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*”, Colex, Madrid, 2001, pp. 80 y ss.

<sup>71</sup> COM (2005)650 final

<sup>72</sup> Vid., Declaración Concertada del Consejo y de la Comisión a los art. 15 y 73 del Reglamento 44/2001 relativa a las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia.

## 2.- EL FENÓMENO INSTITUCIONAL EN LA REGULACIÓN DE INTERNET

La contratación realizada a través de Internet viene caracterizada por su carácter interdisciplinar y transversal y ello se traduce en que la regulación que ofrecen los diferentes Estados y organizaciones internacionales no suele ser cerrada, en cuanto recogida en un único cuerpo jurídico, sino que es construida en relación a los diferentes aspectos problemáticos que giran entorno a este fenómeno contractual.

Resulta esencial plantearse hasta qué punto existe la necesidad de crear normas nuevas sobre la materia vinculada a los contratos en Internet o si, por el contrario, éstas no son necesarias debido a la aplicación de normas ya existentes en materia contractual internacional, aunque eso sí, reinterpretadas o adaptadas a la nueva realidad.

En principio, ha de rechazarse la necesidad de una regulación especial, siempre y cuando que por tal se entienda una especie de código o cuerpo normativo que se apartara del tradicional derecho contractual, un cuerpo jurídico completamente nuevo<sup>73</sup> o una regulación de *status* de comerciante o consumidor exclusivamente electrónico. No obstante, sí ha de reconocerse la existencia de determinados aspectos que, debido a las específicas características del medio técnico utilizado, representan una auténtica novedad al ya preexistente derecho contractual, y en cuanto tales, no se hallan regulados por la normativa general.

---

<sup>73</sup> Vid., FRANDA, M., "Global Internet Governance", en *Governing the Internet. The Emergence of an International Regime*, Ed. Lynne Rienner Publishers, EEUU, 2001, pp 43 ss Vid., COMANDÉ, G., Y SICA, S., *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 15 y ss; Y Vid REPORT of the International Telecommunication Union "Workshop on Internet Governance", New Initiatives programme, Geneve, 2004

## El Contrato Internacional de Hosting

En este contexto suele hablarse, al menos, de dos hipotéticas soluciones<sup>74</sup>: autorregulación y regulación.

La primera de ellas se centra en la autonomía de la voluntad o libertad de las partes para establecer el contenido específico del contrato telemático, que encuentra su manifestación, en al menos, dos modalidades: a) los pactos de las partes mediante los cuales determinan el derecho aplicable al contrato, o determinadas soluciones por ellos previamente convenidas; b) los denominados códigos de conducta, mediante los cuales una de las partes, el profesional que realiza la oferta del servicio a través de Internet, se compromete en teoría unilateralmente a conceder determinadas prerrogativas más beneficiosas a favor de la otra parte, destinatario de la oferta y aceptante telemático.

La segunda de ellas hace referencia a la producción de auténticas normas de ámbito general y con fuerza vinculante, emanadas del órgano legislativo o reglamentario competente a nivel nacional o supranacional.

Si estas son *a priori* las dos posibles soluciones para resolver el problema, han de señalarse algunas reflexiones a las afirmaciones anteriores:

1. En primer lugar, la autorregulación<sup>75</sup> puede ser una respuesta, pero no por sí sola, pues no puede reemplazar a la Ley, manifestación de la voluntad

---

<sup>74</sup> Algunos autores hablan de una tercera vía que sería la No regulación. Así, la pretendida sustitución de los límites territoriales por nuevas fronteras propias de Internet, junto con la independencia atribuida a las redes en su funcionamiento y su supuesta transformación en comunidades con poder para imponer sus propias reglas, así como la creencia de que Internet es un espacio disociado del espacio físico y jurídico, ha llevado a los partidarios de la libertad y no regulación de Internet a rehusar toda intervención exterior basándose en la ineficacia de las normas legales y en la ineficacia de los Tribunales para solucionar los conflictos y problemas del mundo del ciberespacio. Vid., CHRISTIAN, P., "Trois approches de la régulation des usages" en "*Problemes politiques et sociaux. Les enjeux juridiques de l'internet*", N° 893, Paris, 2003, pp. 23 ss; Vid., SORIA, B., "Internet, ¿Anarquía contemporánea u orden medieval?", en *Revista del Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, n° 10 de 2000, pp. 2 y ss.

<sup>75</sup> Vid., RINALDI, A.H., "*The Net: User Guidelines and Netiquette*". Servicios del Usuario de Ordenadores, Universidad del Atlántico, Florida. Estas pautas de conducta, que hacen referencia especialmente al uso responsable de los distintos servicios de Internet y al desarrollo de actividades a través de la Red, se recogen en instrumentos dispares como *Códigos de conducta*, *Acceptable Use*



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

general que fija los principios generales legítimos y obligatorios para todos. Desde esta perspectiva, se puede definir la autorregulación como el medio de aplicar los principios consignados en la Ley en ambientes o actividades nuevas no previstos por la misma ley.

2. En segundo lugar, como posible respuesta a aquellos aspectos problemáticos que pudieran aparecer derivados de las novedades técnicas y de la vocación netamente internacional de este fenómeno contractual, y que no resultasen directamente contemplados en la normativa general existente, deberá realizarse un reajuste de dicha normativa mediante modificaciones que permitan ampliar el abanico de aplicaciones de la norma a la nueva realidad contractual.
3. Por último, siempre y cuando no fuera posible ni aplicar directamente la normativa preexistente, ni reinterpretarla o reajustarla, deberá acudir a la opción de la nueva regulación por las instituciones competentes.

Es desde este punto de vista, de donde parten los defensores de la Corregulación<sup>76</sup>, afirmando que esta aproximación no supone una elección entre la autorregulación o el derecho, sino que en realidad se combinan y se nutren el uno del otro. La autorregulación se ha de permitir dentro de un marco legal preestablecido.

Sentadas las bases anteriores podemos afirmar que el fenómeno institucional en la regulación de Internet debe analizarse desde una doble perspectiva: 1) Desde un punto de vista técnico, la regulación de Internet debe tener estructura en red y ser multipolar, y 2) desde un punto de vista jurídico, debe

---

*Policies, Request for Comments* (RFC 1855 sobre código de conducta o *Netiquette* en la Red), *Frequently Asked Question*....., con contenidos diferentes y elaborados por organizaciones diversas.

<sup>76</sup> Vid., BREESE, P., “*Guide juridique de l’Internet et du commerce électronique*”, op. cit. 2000, pp. 14. Y *The White Paper on Communications Reform*, publicado por el Gobierno Británico el 12 de diciembre de 2000. <http://www.communicationswhitepaper.gov.uk> afirmaba lo siguiente: “*Co-regulation refers to the situation where the regulator and the industry stakeholder work together with, typically, the regulator setting the framework to work within. It may be left to the industry stakeholders to draft detailed rules within this framework and to take responsibility for*

## El Contrato Internacional de Hosting

favorecer la participación de instancias internacionales, estatales y locales, así como de organizaciones privadas, reforzando la corregulación y la necesidad de una cada vez mayor cooperación internacional<sup>77</sup> en la materia.

### 2.1- INSTITUCIONES RELEVANTES EN LA REGULACIÓN TÉCNICA DE INTERNET

Las instituciones específicas de la Red adoptan decisiones destinadas fundamentalmente a administrar la estructura y los estándares técnicos que hacen posible el funcionamiento y desarrollo de Internet, dejando normalmente al margen las consecuencias jurídicas de las actividades desempeñadas y de las relaciones surgidas a través de este medio.

Fue a finales de los 70 cuando se constituyeron los primeros Organismos de Coordinación Internacional de Internet<sup>78</sup>, pudiendo destacarse (1) El *International Cooperation Board* (ICB; Consejo de Cooperación Internacional), para coordinar las actividades con los países europeos; (2) El *Internet Research Group* (IRG, Grupo de Investigación en Internet) para proporcionar un punto de encuentro y de intercambio de información; y (3) El *Internet Configuration Control Board* (ICCB, Consejo de Control de la Configuración de Internet) para coordinar los protocolos de los distintos servicios que se iban implantando.

---

*implementation and enforcement. Incentives for co-regulation are often in the form of strong fallback powers to the regulation” en*

<sup>77</sup> Vid. International Telecommunication Union, New Initiatives Programme “*Workshop on Internet Governance*”, Geneva, 26-27 de Febrero 2004: La Unión Internacional de Telecomunicaciones, consciente de la importancia que el tema de la regulación de Internet está alcanzando a nivel mundial, celebró, como continuación de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre Sociedad de la Información, un taller sobre la “*Gobernanza de Internet*”, en el que participaron unos 140 representantes tanto del sector público como del privado, de organizaciones internacionales, órganos estatales y de la sociedad civil. El debate se centró en la definición común de *gobernanza dura* (en forma de leyes, reglamento o normas) o de *gobernanza suave* (es decir, basada en la cooperación y coordinación), llegándose a la conclusión de que la historia de Internet ha demostrado que es mejor dejar unas cosas al sector privado y otras a los Gobiernos, afirmándose la tendencia de la Co-regulación y de la necesidad de crear vínculos dinámicos entre esos dos sectores

<sup>78</sup> Vid., GRETEL 2000. Grupo de Regulación de las Telecomunicaciones. “*Convergencia, Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, Audiovisual e Internet*” *op. cit.*, 2000, Vol. I pp. 524

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

Posteriormente, en 1983 se creó el *Internet Architecture Board* (IAB, Consejo de la Arquitectura de Internet) con una función primordial, controlar el desarrollo y la publicación de los estándares de Internet mediante una serie de documentos llamados RFC (*Request for Comments*<sup>79</sup>). El IAB, como coordinador del diseño, ingeniería y gestión de Internet, se encargaba de su funcionamiento y de la normalización de los protocolos de comunicación y de servicios. Para llevar a cabo su cometido el IAB tenía dos Comités: A) El IETF (*Internet Engineering Task Force*) para la ingeniería; y B) El IRTF (*Internet Research Task Force*) para la investigación.

En 1991 se constituyó el organismo que durante los siguientes años llegó a ser el más relevante en la coordinación de Internet, la *Internet Society* (ISOC)<sup>80</sup>, sus principales funciones estaban dirigidas a fomentar la cooperación y coordinación global de Internet, sus tecnologías de interconexión y sus aplicaciones. No obstante, la gestión del sistema de nombres de dominio y en concreto de los servidores principales raíz, estuvo reservado a la *Internet*

---

<sup>79</sup> La decisión definitiva de incorporar como estándar un RFC se realiza en el IAB considerando las recomendaciones del IETF, aunque, en todo caso, una “especificación” de un RFC debe cumplir una serie de criterios, haciéndose especial énfasis en el funcionamiento real de los mismos y en la experiencia. Estos criterios son los siguientes: ser estable; ser técnicamente conocida; haber sido experimentada en varias instalaciones independientes; tener aceptación pública; y ser considerada útil por Internet. Para llegar a ser aceptada, una “especificación” necesita cubrir una serie de pasos denominados *Standard Track*. Los pasos sucesivos implican la necesidad de consenso y verificación de su buen funcionamiento. En cada paso, el IETF debe establecer recomendaciones para el desarrollo del protocolo que tienen que ser ratificadas por el IAB. Un RFC debe permanecer como proposición de estándar durante un mínimo de 6 meses y como borrador durante 4 meses para permitir el transcurso del tiempo suficiente para su revisión y comentarios. Para que un RFC pase a la situación de borrador debe haber sido probado con éxito en al menos dos instalaciones en funcionamiento real. Sólo después de una experiencia suficiente, la “especificación” se puede elevar a categoría de estándar asignándole un número de estándar (STD) y un número RFC. Por otro lado, si un estándar queda obsoleto se le pasa a la categoría de histórico. Entre los RFC más importantes figuran los que establecen los estándares básicos para el funcionamiento de Internet como los relativos a la asignación de direcciones IP; o el RFC 1591 relativo a la estructura del sistema de nombres de dominio; y el RFC 2050 que describe las políticas de asignación de direcciones de Internet desarrolladas por IANA y su aplicación por los registros regionales, así como el RFC 1855 (*Netiquette Guidelines*) sobre los principios de la llamada *Netiquette* (*Network Etiquette*), elaborada en el marco del grupo de trabajo de la IETF sobre “uso responsable de la red”.

<sup>80</sup> Vid., ELIAS FUSTÉ, A., “Instituciones en Internet: ICANN e ISOC”, en *Régimen Jurídico de Internet*, CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coors), Madrid, la Ley 2002,

## El Contrato Internacional de Hosting

*Assigned Numbers Authority* (IANA). Durante 1998 se produjo una reorganización de Internet a nivel Internacional, proponiéndose crear una nueva organización responsable de la gestión global de la red.

La ICANN es la nueva corporación, nacida el 23 de noviembre de 1998, que sustituye a la IANA, sin fines lucrativos y con representación internacional, que se ha formado para asumir la responsabilidad de la asignación espacial de las direcciones IP, la asignación de los parámetros de los protocolos, la gestión del sistema de nombres de dominio y la gestión de los principales servidores raíz del sistema de dominios<sup>81</sup>.

### 2.2- INSTITUCIONES RELEVANTES EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE INTERNET

Hemos de resaltar el esfuerzo con el que determinadas organizaciones en el ámbito internacional tratan de resolver las nuevas cuestiones controvertidas surgidas con la llegada de la contratación a través de Internet. Sin ánimo exhaustivo sino meramente informativo, podemos destacar las siguientes actuaciones:

#### 1) Organización de Naciones Unidas

La Organización de Naciones Unidas, a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>82</sup>, adoptó dos textos fundamentales, la Ley modelo sobre comercio electrónico<sup>83</sup> y la Ley

---

pp. 113; Vid., FRANDA, M., "International Connectivity" en *Governing the Internet. The Emergence of an International Regime*, op. cit. 2001, pp. 20-41.

<sup>81</sup> Vid., KLEINWÄCHTER, W., "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance.", World Summit Information Society by International Telecommunication Union, 2003

<sup>82</sup> Sobre esta organización, Vid., VIÑAS FARRE, R., "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL-CNUDMI). Participación de España en sus actividades", en *Anuario de la Asociación de las Naciones Unidas en España*, nº 2, 1999, pp. 165-186.

<sup>83</sup> Aprobada por Resolución de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1996, con la adición del art. 5 bis (con la redacción aprobada por la Comisión en su 31º periodo de sesiones), en junio de

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

modelo sobre firma electrónica<sup>84</sup>, con el objetivo de armonizar a nivel internacional, de forma no vinculante, la normativa existente al respecto. Como resultado de los estudios y proyectos llevados a cabo por el Grupo de Trabajo IV (comercio electrónico) durante los años 2002 a 2004, el 23 de noviembre de 2005 la Asamblea General adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales<sup>85</sup>, con la finalidad de fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial cuando se utilicen comunicaciones electrónicas en la negociación de contratos internacionales.

### 2) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) viene realizando diversas actividades de todo tipo (foros, talleres, seminarios, reuniones) sobre diversas materias, todas ellas conectadas con el fenómeno de Internet y el comercio electrónico (protección de los consumidores y usuarios, seguridad en la red e infraestructuras de telecomunicaciones, fiscalidad, arbitraje, sistemas de pago, etc.), con el objetivo de intentar concienciar a la comunidad internacional de la necesidad de regular de forma global esta nueva realidad contractual digital<sup>86</sup>.

---

1998. Sobre esta Ley Modelo, Vid., GABRIEL, H.D., "The new United Status Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on electronic commerce", en *Uniform Law Review*, 2000-4, pp. 651 y ss.

<sup>84</sup> Aprobada por la Resolución de la Asamblea General de 12 de diciembre de 2001

<sup>85</sup> Resolución publicada el 9 de diciembre de 2005, A/RES/60/21, sobre la base del informe de la sexta comisión (A/60/515). Además son interesantes los trabajos del Grupo IV (comercio electrónico) de la CNUDMI tendentes a desarrollar esta Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, destacando el documento A/CN.9/571 de fecha 8 de noviembre de 2004, relativo a la labor realizada por el grupo IV durante su 44º periodo de sesiones; y el documento A/CN.9/WG.IV/WP.110 de 18 de mayo de 2004.

<sup>86</sup> Podemos señalar, a título de ejemplo, las siguientes actuaciones desplegadas en el entorno de la OCDE: OCDE-ICCP Workshop: The future of the Internet, celebrado el 14-20 de marzo de 2006 en París; OCDE Workshop on dispute resolution and redress in the global marketplace, realizado el 19-20 de abril de 2005 en Washington DC; el Forum 2003 de la OCDE de 28 y 29 abril celebrado en París, y Directrices sobre protección de los consumidores contra las prácticas comerciales

### 3) Organización Mundial del Comercio

Desde otra perspectiva, la Organización Mundial del Comercio (OMC) está analizando la forma en que se debe abordar la cuestión del comercio electrónico en Internet en el marco de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay y del mandato de la OMC, con arreglo a un programa de trabajo establecido por el Consejo General de la OMC el 25 de septiembre de 1998. En esta dirección destacan dos importantes documentos, la Declaración Ministerial de Doha de 14 de noviembre de 2001<sup>87</sup>, y la Declaración Ministerial sobre comercio electrónico de mayo de 1998<sup>88</sup>, en ambos se han acordado que se mantendrían la práctica vigente de no imponer derechos de aduana a las transmisiones electrónicas.

### 4) Otras Instituciones

Junto a la labor mencionada, hemos de destacar los trabajos de otras organizaciones internacionales que, centrados sobre particulares aspectos problemáticos del fenómeno Internet, han tenido gran relevancia en el desarrollo de este marco normativo:

A) La Conferencia de la Haya sobre derecho Internacional Privado, organización intergubernamental cuyo objetivo es la unificación del Derecho internacional privado y que en esta materia ha prestado especial atención a las cuestiones de competencia jurisdiccional y de

---

transfronterizas fraudulentas publicadas el 30 de junio de 2003; Forum Global OCDE-APEC sobre política marco para la Economía digital, de 14-17 de enero 2003, celebrado en Hawai.

<sup>87</sup> Declaración Ministerial adoptada el 14 de noviembre de 2001, en el seno de la Conferencia Ministerial celebrada en Doha durante su cuarto periodo de sesiones, 9-14 noviembre de 2001. Documento WT/MIN (01)/DEC/1 de 20 de noviembre de 2001. El programa de Doha establecía varias tareas que habían de finalizarse antes de la Quinta conferencia Ministerial celebrada en Cancún del 10-14 de 2003, pero no en todas se llegó a un acuerdo, por ello, se han mantenido diversas reuniones en 2004 y 2005 para cerrar las negociaciones, sin resultados satisfactorios, por lo que los gobiernos de los países miembros de la OMC se propusieron, de manera no oficial, concluir las negociaciones para finales del 2006.

<sup>88</sup> Declaración Ministerial adoptada el 20 de mayo de 1998, en el seno de la Conferencia Ministerial celebrada en Ginebra durante su segundo periodo de sesiones, 18 y 20 de mayo de 1998. Documento WT/MIN (98)/DEC/2 de 25 de mayo de 1998

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

ley aplicable planteadas por el comercio electrónico y las operaciones efectuadas por medio de Internet<sup>89</sup>.

B) La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que ha centrado sus trabajos en la defensa de los derechos de la propiedad industrial e intelectual y en la tutela de los nombres de dominio en Internet, destacando en este sentido su labor en la lucha contra el Cybersquatting.

C) La Cámara de Comercio Internacional (CCI), la cual ha publicado numerosas recomendaciones, destinadas principalmente a las empresas, y dirigidas a facilitar y abordar el fenómeno del comercio electrónico, y por ende de la contratación a través de Internet. Esta labor ha sido realizada desde distintos ángulos y abordando diversas materias, como la problemática de los nombres de dominio, las buenas prácticas comerciales, la transferencia de datos, el arbitraje comercial internacional, etc. Entre otras<sup>90</sup> destacamos, por estar más relacionado con nuestro tema, el GUIDEC II (*General Usage for International Digitally Ensured Commerce*), que son un conjunto de directrices destinadas a clarificar distintos aspectos de los intercambios electrónicos, con especial atención a la firma electrónica y a las autoridades de certificación, y el *ICC eTerms* 2004, o cláusulas contractuales para el comercio electrónico, que

---

<sup>89</sup> En su seno se han celebrado diversos eventos todos ellos relacionados con el comercio electrónico y el derecho internacional privado, podemos destacar la Conferencia Internacional sobre “los aspectos jurídicos de una transacción electrónica”, organizada por la Conferencia de la Haya y la Cámara de comercio internacional, y financiada con fondos europeos, celebrada el 26-27 de octubre de 2004. Y además, Vid., BUREAU PERMANENT DE LA CONFERENCE DE LA HAYA DE DROIT INTERNACIONAL PRIVE, “Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé”, en *Uniform Law Review*, 1999-3, pp. 687 y ss;

<sup>90</sup> Dentro de la importante labor realizada por la CCI en materia de comercio internacional, podemos destacar, por estar más relacionado con el aspecto digital de las transacciones: el RUU electrónico (UCP) suplemento del RUU 500 compuesto por 12 artículos, y elaborado para dar respuesta al creciente número de documentos electrónicos empleados en el comercio internacional; y el GAPEC (*Global Action Plan for electronic commerce*) de 1999, que recoge unos principios dirigidos a los gobiernos para permitir una máxima liberalización y una mínima intervención en la materia;

## El Contrato Internacional de Hosting

tienen como objetivo dotar de mayor certeza y seguridad jurídica a todo contrato que se vaya a concertar por vía electrónica.

### 5) Otras entidades privadas y públicas

Únicamente queremos llamar la atención sobre los trabajos realizados por otras entidades privadas y públicas, sobre las perspectivas de futuro y la aceleración en la disponibilidad de nuevos servicios y aplicaciones en Internet<sup>91</sup> dentro y fuera de los límites comunitarios, concretamente nos estamos refiriendo a dos avances tecnológicos:

- A) Por un lado, a la iniciativa universitaria estadounidense, Internet2<sup>92</sup>, cuyo principal objetivo es facilitar y coordinar el desarrollo, despliegue, funcionamiento y transferencia de tecnología de servicios y aplicaciones de redes avanzadas y,
- B) Por otro lado, a las nuevas tecnologías 3G-UMTS<sup>93</sup>, y las Comunicaciones Personales Móviles Mundiales por Satélite (GMPCS)<sup>94</sup>, que fomentan el Internet Móvil, segmento de

---

<sup>91</sup> Vid., Informe de ISTAG: “*Ambient Intelligence Scenarios for 2010*”. [www.cordis.lu/ist](http://www.cordis.lu/ist) ; Y Vid., WEBER, A. Y WEHN DE MONTALVO, U., “El pan, la banda ancha y el benchmarking del programa eEurope en los países candidatos”, en *The IPTS Report*, n° 77, 2003, pp. 3 y ss.

<sup>92</sup> Vid., AGUAYO, M., MORA, M.C., Y MARTINEZ, F.J., “Hacia la administración electrónica”, en *Revista de Contratación electrónica*, n° 41, 2003; Vid., LLANEZA GONZÁLEZ, P., “*Internet y Comunicaciones Digitales*”, Bosch, Madrid, 2000, pp. 49 y ss. Para más información sobre esta corriente tecnológica, [www.Internet2.edu](http://www.Internet2.edu)

<sup>93</sup> Actualmente se está pasando de la llamada segunda generación de móviles, que eran los que funcionaban con “GSM system”(tecnologías móviles digitales tanto las TDMA como la GSM y CDMA) al estándar mundial de tercera generación, que son los que funcionan con “IMT-2000 system” (estándar cuya versión europea es el UMTS). Las Telecomunicaciones Móviles Internacionales 2000 (IMT-2000) son la norma mundial para la tercera generación (3G) de comunicaciones inalámbricas, definida por un conjunto de Recomendaciones interdependientes de la UIT. Las IMT-2000 (o UMT-2000) constituyen un marco para el acceso inalámbrico a escala mundial ya que permiten conectar diversos sistemas de redes terrenales y/o por satélite. Las IMT-2000 aprovechan la sinergia potencial entre las tecnologías y sistemas móviles digitales de telecomunicaciones a favor de los sistemas fijo y móvil de acceso inalámbrico. En este sentido, puede consultarse el Informe de SELIAN, A., “*3G Mobile Licensing Policy: From GSM to IMT-2000. A comparative Analysis*”, International Telecommunication Union, 2004

<sup>94</sup> El GMPCS es un sistema de comunicaciones personales que ofrece una cobertura transnacional, regional y mundial mediante una constelación de satélites accesibles con pequeños terminales



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

mercado en continua expansión y competencia entre los operadores<sup>95</sup>, como queda reflejado en el Informe de la UIT<sup>96</sup> sobre el futuro de la sociedad de la información móvil al decir que *“The combination of mobile with Internet and IP-based technologies, and the integration of fixed and mobile technologies, raises a host of possibilities for innovative applications and new modes of interaction”*.

### 6) La Comunidad Europea.

Mención aparte merece la actividad de la Comunidad europea en este ámbito. La labor anteriormente mencionada, queda ensombrecida, comparada con los logros alcanzados por las instituciones comunitarias en la regulación de este nuevo fenómeno contractual<sup>97</sup>. Existe un enorme

---

fácilmente transportables. Los sistemas de satélite del GMPCS, geoestacionarios o no geoestacionarios, fijos o móviles, de banda ancha o de banda estrecha, mundiales o regionales, proporcionan servicios de telecomunicaciones, ya sea de telefonía fija, fax, mensajería, datos e incluso multimedia de banda ancha directamente a los usuarios. Vid INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, SECRETARY-GENERAL'S REPORT, *“Policy and Regulatory Issues raised by Global Mobile Personal Communications by Satellite (GMPCS)”*, Geneva, 2004; Y Vid. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, *“The Globalization of Telecommunication Services and Global Mobile Personal Communications by Satellite (GMPCS)”*, Geneva, 1996.

<sup>95</sup> Vid., RODRÍGUEZ YLLERA, R., “Las Comunicaciones móviles en la encrucijada regulatoria”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras de Red*, enero 2003, pp.17-26; Vid., RESEARCH ASSOCIATES, PLATAFORMA PRO-COMPETENCIA, “Estudio sobre la competencia en el mercado de los servicios de telefonía móvil”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº 14, de 2003; Vid., INFORME FORRESTER, “Internet móvil: un imperativo para los operadores”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 14 de 2003; Vid., VÁZQUEZ QUINTANA, J.M., “Internet y Telecomunicaciones: Modelos de convergencia”, en *Régimen Jurídico de Internet*, CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coors), Madrid, la Ley, 2002, pp, 254; Vid, MULAS GOMEZ, V., “El comercio electrónico a través del móvil” en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coors), Madrid, La Ley, 2002, pp. 1204-1226. Vid., DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M., “Equilibrios y problemas que Internet presenta en España”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 10, 2000

<sup>96</sup> Vid. International Telecommunication Union Strategy and Policy Unit *“Shaping the future Mobile Information Society”*, disponible en la página <http://www.itu.int/futuremobile>

<sup>97</sup> La política de la Unión Europea en relación con estas materias se basa principalmente en los siguientes elementos: 1) la política de las telecomunicaciones tiene su fundamento jurídico en el Art. 95 (armonización del mercado interior), los Arts 81 y 82 (competencia) y los Arts. 47 y 55 (derecho de establecimiento y servicios) del Tratado CE. 2) el apoyo al desarrollo en materias de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), en los Arts. 163 a 172 (investigación y desarrollo)

## El Contrato Internacional de Hosting

contingente de materiales que inciden sobre los más variados aspectos de la sociedad de la información, de la contratación electrónica y de las telecomunicaciones, a todos ellos iremos haciendo mención, con posterioridad, en los epígrafes correspondientes dentro de este trabajo, pues serán, junto a la normativa autónoma, la base de nuestro estudio.

---

del Tratado. 3) la creación de las condiciones necesarias para favorecer la competitividad de las empresas comunitarias, en el Art. 157 del Tratado. 4) el fomento de las redes transeuropeas de transporte, energía y telecomunicaciones, como establecen los Arts. 154, 155 y 156 del Tratado.

## II- EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES.

### 1- ACTUACIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La nueva realidad social, engendrada a raíz de la convergencia<sup>98</sup> acelerada entre las telecomunicaciones, la radiodifusión y la informática, requiere nuevas formas de gestión y organización de estas tecnologías (TIC) con el objetivo de asegurar el desarrollo integral del fenómeno digital internacional.

En este sentido, hemos de destacar los esfuerzos desplegados por Naciones Unidas<sup>99</sup> a través de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

---

<sup>98</sup> La Convergencia ha sido definida por la Comisión Europea como “*la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos de servicios esencialmente similares*”, Vid. COMUNICACIÓN de la Comisión titulada “Resumen de los resultados de la consulta pública relativa al Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y temas que merecen ulterior reflexión”, SEC (98) 1284, de 29 de julio de 1998; Vid. BLACKMAN, C.R.,, “Convergence between telecommunications and others media. How should regulation adapt?”, *Telecommunications Policy* vol.22, nº3 1998. Vid GREWLICH, K.W. “Access to global Networks European Telecommunications Law and Policy, *German Yearbook of International Law*, vol. 41, 1998. Según la OCDE, el concepto de Infraestructura global de la Información o convergencia supone la interconexión y la interoperatividad de toda una gama de infraestructuras, de aplicaciones y de servicios concurrentes y complementarios. Vid. OCDE/GD (97) 221, *Difusión sur le web et convergence: Implications pour l’action des pouvoirs publics*, y OCDE/GD 139 (97) “L’infrastructure mondiale de l’information et la société mondiale de l’information (GII-GIS): les politiques requises”, disponibles en <http://www.ocde.org>. Vid. EL LIBRO VERDE sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, en la perspectiva de la Sociedad de la Información, COM (97) 623, de 3 de diciembre de 1997. Vid., Informe elaborado para la Comisión por KMPG, sobre la convergencia y la digitalización KMPG (1996), Summary Report of Public Policy Issues Arising from Telecommunications and Audiovisual Convergence

<sup>99</sup> Vid., RESOLUCIÓN (A/RES/56/183) de 21 de diciembre de 2001, de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobando la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información; Y la DECLARACIÓN DEL MILENIO adoptada por 189 Estados Miembros de Naciones Unidas en el quincuagésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General celebrado en

## El Contrato Internacional de Hosting

para, en primer lugar, promover la Sociedad de la información mundial<sup>100</sup> animando a participar de forma activa tanto a organizaciones intergubernamentales como a la sociedad civil y al sector privado y, en segundo lugar, definir indicadores que midan el acceso a las TIC en los diferentes países, destacando el paquete de *Indicadores UIT-e*<sup>101</sup>, esencialmente el llamado indicador o índice de acceso digital (IAD) según el cual se evalúa la capacidad global de los particulares de un país para acceder y utilizar las nuevas TIC valorando cuatro factores fundamentales: infraestructuras, asequibilidad, conocimientos y calidad.

Sin embargo, no se habría conseguido este avance tecnológico y social sin una reestructuración del marco jurídico regulador de las telecomunicaciones desde su raíz<sup>102</sup>. La UIT, consciente de esta necesidad, propuso la reforma y actualización del Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales<sup>103</sup>

---

septiembre de 2000. Publicada por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas-DPI/2083/Rev.1-2000.

<sup>100</sup> Vid. UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, “*Declaración de Principios*”, Documento WSIS-03/Ginebra/doc/4-S y “*Plan de Acción*”, Documento WSIS-03/Ginebra/doc/5-S, Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, Diciembre 2003; También podemos destacar algunas de las aportaciones de la Unión Europea relativas a la Cumbre de la Sociedad de la información Mundial: COMUNICACIÓN de la Comisión “Hacia una asociación mundial para la sociedad de la información: perspectivas de la UE en el contexto de la Cumbre Mundial sobre la sociedad de la información (CMSI) de las Naciones Unidas. COM (2003) 271 final de 19 de mayo de 2003; y COMUNICACIÓN de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia una colaboración mundial para la sociedad de la información: Seguimiento de la cumbre de Ginebra, Cumbre mundial sobre la Sociedad de la Información (CSIM)”. COM (2004) 111 final de 17 de febrero de 2004. Es interesante el INFORME SOBRE EL INVENTARIO DE LA CMSI de 19 de octubre de 2005, realizado por la secretaria ejecutiva de la CMSI (Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/5-S).

<sup>101</sup> Vid. INFORME DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, “*Medir el acceso a la sociedad de la información y evaluar la incidencia de las TIC en los objetivos de desarrollo establecidos a escala mundial*”, Ginebra, 2003; Y Vid. INFORME DE LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, “*El Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones. Indicadores de acceso para la Sociedad de la Información*”, Ginebra, 2003.

<sup>102</sup> Vid., MUÑOZ MACHADO, S., “*Telecomunicaciones, Infraestructuras y libre competencia*”, GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 2-4.; Vid., MUÑOZ MACHADO, S., “*La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*”, Tauros, Madrid, 2000

<sup>103</sup> REGLAMENTO DE LAS TELECOMUNICACIONES INTERNACIONALES, Unión Internacional de Telecomunicaciones, (Ginebra 1989, ISBN, 92-61-03923-5). Actas Finales de la Conferencia Administrativa mundial Telegráfica y Telefónica, Melbourne 1988. (CAMTT-88). Entró en vigor el 1 de Julio de 1990.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

adoptado en la Conferencia Administrativa Mundial Telegráfica y Telefónica de Melbourne en 1988. La Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en su Resolución n° 79 (Minneapolis, 1998) encargó al Secretario General que, en consulta con el Director de la Oficina de Normalización de las Telecomunicaciones (TSB) y un Grupo de expertos, asesorasen al Consejo sobre las medidas que la UIT debería adoptar en relación con la reforma del Reglamento.

Hasta la fecha no se ha llegado a un consenso global<sup>104</sup>, aunque sí se han tomado medidas parciales que afectan a ciertas materias sectoriales como las redes ópticas, y la normalización de la tecnología de acceso a Internet, entre otras<sup>105</sup>, quedando, por tanto, una ardua tarea que realizar para que el proyecto definitivo de Reglamento pueda ser aprobado y adoptado en la próxima Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales que se prevé se convocará para el año 2007 o 2008, sobre la base de las recomendaciones que surjan de este proceso de revisión.

---

<sup>104</sup> El Grupo de Expertos en su reunión de noviembre de 1999 redactó su informe sobre la reforma del Reglamento, no llegándose a un consenso, sino que, por el contrario, se expusieron cuatro opciones para que el Consejo, en sus posteriores reuniones de 2000 y 2001 las estudiara detalladamente y tomara la decisión oportuna, comunicándoselo a la Conferencia de Plenipotenciarios que tendría que celebrarse en el 2002. La Conferencia de Plenipotenciarios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones celebrada en Marrakech en 2002, en la Resolución n° 71 adoptó el *Plan Estratégico de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2004-2007* y en su Resolución n° 121 reafirmó la necesidad de una revisión y actualización del RTI. Vid. FAHMY, M.A. "WG-ITR, Council Working Group on ITRs.", *International Telecommunication Regulations*. International Telecommunication Union, Session of the ITU Council, 2003

<sup>105</sup> Precisamente con las miras puestas en actualizar la normativa internacional sobre telecomunicaciones, la UIT ha comenzado a implementar resoluciones parciales que afectan a ciertas materias sectoriales, entre ellas, las redes ópticas (la Comisión de Estudio de la UIT responsable de las redes ópticas ha dado un paso más en la elaboración de normas que permitan a los proveedores de servicios instalar redes totalmente ópticas, al adoptar la serie G.984 de nuevas Recomendaciones que aumenta la capacidad hasta el nivel de los *Gigabit*, permitiendo ofrecer aplicaciones tales como video a la demanda, video en tiempo real, juegos en línea, VoIP, etc), especificaciones de codificación de video y DVD (la norma H.264, ratificada en el 2003, es en muchos casos hasta dos veces superior a las anteriores normas de video, en cuanto a la calidad de imagen, eficacia de compresión y flexibilidad y mayor capacidad de almacenamiento), normalización de la tecnología de acceso a la red (líneas de cobre tradicionales, xDSL, inalámbrica, metro Ethernet, satélite, CATV y tendido eléctrico) y las llamadas redes de la próxima generación, o NGN (red de paquetes capaz de utilizar tecnologías de transporte con múltiples anchos de banda y

## El Contrato Internacional de Hosting

A pesar de los intentos de la UIT en reformar y actualizar los instrumentos que regulan las telecomunicaciones a nivel internacional, los verdaderos avances en la consecución de un nuevo marco regulador se produjeron a nivel regional con los procesos de liberalización de las telecomunicaciones y consiguiente apertura del mercado a los diversos operadores interesados en la prestación de estos servicios. Se pasa, por tanto, de mercados sectoriales prácticamente autárquicos a un mundo interconectado, por medio de Internet, colmado de proveedores globalizados.

El proceso liberalizador se centró en tres polos geográficos determinados, Estados Unidos-Canadá, Europa occidental y Japón-Corea<sup>106</sup>, zonas éstas en las que se concentra el 90% de los *Backbone* de Internet pertenecientes a los

---

con una buena calidad de servicio, y en la cual las funciones relacionadas con el servicio son independientes de las tecnologías de transporte subyacentes).

<sup>106</sup> Vid., DONG HEE SHIN, "Technology convergence and regulatory challenge: A case from Korean Digital media broadcasting", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005, pp.1-4; Vid. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, "*Promoting Broadband: the Case of the Republic of Korea*", Workshop on promoting broadband, 2003, pp. 15 y ss. El líder mundial de la banda ancha es la República de Corea, valorándose en unos tres años de adelanto, con respecto a la media mundial, la adopción y uso de la banda ancha por los ciudadanos para solicitar servicios de Internet. Algunos de los tipos más comunes de tecnologías de banda ancha son los siguientes: 1) Líneas de abonado digital (DSL): Esta utiliza diferentes frecuencias para dividir los servicios de voz y datos utilizando la misma línea telefónica normalizada. Ofrece velocidades más elevadas y una calidad superior. La anchura de banda y la velocidad del servicio no varían en función del número de abonados en una zona particular; 2) Modems de cable: Las redes de cable son capaces de transportar diferentes canales por el mismo cable físico. La principal diferencia con la DSL es que todos los abonados a MODEM de cable en una zona comparten los mismos canales para enviar o recibir datos, por lo que la anchura de banda y velocidad de servicio para cada usuario depende de los usuarios vecinos que en ese momento la estén usando; 3) Cable de fibra óptica: A diferencia de las tecnologías DSL y de MODEM de cable, ambas basadas en hilos de cobre, la tecnología de cables de fibra óptica utiliza laceres para transmitir impulsos de luz a lo largo de filamentos de silicón extremadamente finos. Puesto que la luz utiliza frecuencias más altas, esta tecnología puede transportar mil veces más datos que la señal eléctrica o las ondas radioeléctricas; 4) Redes de área local inalámbricas (WLAN) y fidelidad inalámbrica (WI-FI): Las WLAN son redes de área local que utilizan ondas electromagnéticas para transmitir y recibir datos en vez de utilizar redes de hilo. El tipo más común de tecnología WLAN se conoce como fidelidad inalámbrica (WI-FI), sin embargo, WiFi es una de las diversas normas WLAN pero no es sinónimo de ésta, así de entre las otras tecnologías WLAN podemos mencionar Home RF2, HiperLAN2 y 802.11<sup>a</sup>. Y Respecto al caso de Japón, Vid INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION, "*Promoting Broadband: the Case of Japan*", Workshop on promoting broadband, 2003, pp. 20 y ss

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

operadores más importantes a nivel mundial<sup>107</sup>. De todas ellas, analizaremos tres procesos específicos, el de Estados Unidos y el Reino Unido, como principales precursores de las corrientes liberalizadoras del sector de las telecomunicaciones, el de Europa Occidental hasta el nuevo marco jurídico convergente, y terminaremos con el caso español y el marco jurídico autónomo.

Antes, no obstante, es necesario clarificar los conceptos de Telecomunicaciones y Comunicaciones electrónicas. Una definición de manual se expresaría en el siguiente sentido: "Las telecomunicaciones son la provisión de servicios de comunicaciones en la distancia por medio de señales eléctricas"<sup>108</sup>. El que la etiqueta de telecomunicaciones<sup>109</sup> se haya aplicado estrictamente a la telefonía se debe, en gran medida, a restricciones regulatorias del siglo pasado.

En Estados Unidos, país pionero de su desarrollo, hasta entrada la década de los ochenta a las compañías telefónicas se les permitía transmitir voz, pero no datos, a través de la red. La concepción restringida de las telecomunicaciones entra en crisis debido, fundamentalmente, a la innovación tecnológica que posibilita la convergencia de sectores antes separados. El fin de esta concepción restringida en el ámbito regulatorio lo marca, en Estados Unidos, la aprobación de

---

<sup>107</sup> Vid., OCDE, Working party on telecommunication and information services policies, "*Internet traffic exchange and the development of end-to-end international telecommunication competition*", mars 2002, pp. 41-51. Document DSTI/ICCP/TISP (2001) 5 final.

<sup>108</sup> Vid., FREEMAN, R.L., "*Telecommunication System Engineering*", John Wiley, New York, 1996, pp. 1 y 942

<sup>109</sup> *Telecomunicaciones*: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos. El esquema de funcionamiento de las telecomunicaciones es el siguiente: El soporte físico de la señal tiene dos partes: Una infraestructura inerte (obra civil, conductos para cables, antenas, edificios) y un elemento conductor que puede ser activado como portador de la señal (un cable, una banda de frecuencias radioeléctricas). Cuando los conductores se activan, es decir, se les suministra energía que puede ser modulada como señal, se convierten en enlaces. Un conjunto de enlaces, comunicados entre sí con sistemas de encaminamiento de la señal hacia un punto determinado, formando una red. Dentro de la red se produce el transporte de la señal. Cuando un usuario desea comunicarse con otro, tiene que iniciar una sesión específica de comunicación dentro de la red, en cuyo seno se produce la presentación de los datos (identidad del llamante y del llamado, tipo de comunicación, condiciones de facturación, ect.), normalmente a una aplicación o programa informático que, a través de los terminales utilizados, permite la comunicación.

## El Contrato Internacional de Hosting

la Ley de Telecomunicaciones de 1996, y en la Unión Europea, la extensión que el 18 de diciembre de 2001 se produce del marco normativo e institucional de las redes y servicios de telecomunicaciones al resto de redes o servicios de comunicaciones electrónicas.

En la actualidad, el concepto de comunicaciones electrónicas tiene un ámbito más restringido que el de telecomunicaciones, son una parte del concepto global. En efecto, al regular las comunicaciones electrónicas<sup>110</sup> las directivas comunitarias se refirieron a ámbitos sectoriales concretos de las telecomunicaciones, como son entre otros, la habilitación para actuar como operador, los derechos y obligaciones de los operadores, las obligaciones en materia de interconexión y acceso, la necesidad de garantizar unas prestaciones mínimas bajo el epígrafe del servicio universal y los derechos de los usuarios.

Sin embargo, la normativa española (LGT 32/2003)<sup>111</sup> sigue manteniendo el concepto de telecomunicaciones en su sentido amplio porque, además de las comunicaciones electrónicas, también regula otros aspectos sectoriales que se encuentran propiamente dentro del régimen genérico de las telecomunicaciones,

---

<sup>110</sup> *Red de Comunicaciones Electrónicas*: Los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (incluido Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada

<sup>111</sup> Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE nº 264 de 4 de noviembre de 2003). Es preciso destacar que, se dirige a regular exclusivamente el sector de las telecomunicaciones, por lo tanto se excluye expresamente de la misma, los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios; e igualmente se excluyen de su regulación la prestación de servicios sobre las redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales a través de dichas redes, puesto que son objeto de regulación en la Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. No obstante, las redes utilizadas como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva, las redes de televisión por cable y los recursos asociados, como parte integrante de las comunicaciones electrónicas, sí estarán sujetos a lo establecido por esta Ley.



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

como por ejemplo, los requisitos para la evaluación de la conformidad y puesta en el mercado de los equipos y aparatos de telecomunicaciones.

## 2- LA GESTIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ESTADOS UNIDOS Y EN EL REINO UNIDO

### 2.1-.EL PROCESO EN ESTADOS UNIDOS

Al contrario que en España y en los países de nuestro entorno, en Estados Unidos y, en general, en el mundo anglosajón, ha quedado constatada la tendencia de garantizar el interés general en determinados sectores imponiendo obligaciones de servicio público a los sujetos privados, agentes económicos, cuyo paradigma allí se conoce como "*Universal service*"<sup>112</sup>. Se limita así la intervención pública a la regulación del sector sin asumir la gestión directa de los servicios públicos, lo que trae de suyo que justo en el momento en que la liberación comienza a gestarse en la UE<sup>113</sup>, en los Estados Unidos ello es una realidad prácticamente consolidada.

En Estados Unidos, desde el principio, fue la iniciativa privada la que comenzó a desarrollar, implantar y comercializar los servicios de telecomunicaciones. Iniciativa que significó consolidar un monopolio en manos de la compañía American Telegraph and Telephone (AT&T), que adoptó ese nombre en 1899 y que prácticamente hasta la década de los cuarenta, dominó pacíficamente el mercado de las telecomunicaciones.

---

<sup>112</sup> Vid., GÓMEZ, T., "La liberalización de las telecomunicaciones", en *El Control Público de las Telecomunicaciones. Autoridades Reguladoras*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1-23

<sup>113</sup> Hasta entonces, en toda Europa se optó por una gestión pública de los servicios de telecomunicaciones, en la que la Administración no sólo asumía la regulación, sino también la explotación y gestión de las infraestructuras, la prestación del servicio e incluso el aprovisionamiento de los aparatos terminales precisos para ello, todo en un régimen de monopolio.

## El Contrato Internacional de Hosting

En el plano legislativo, las primeras normas federales datan de 1910, momento en que los servicios de telecomunicaciones superan ya las fronteras de los Estados, otorgándose competencias para la regulación de los servicios telefónicos y telegráficos a la *Interstate Commerce Comisión*, separando por primera vez la regulación y la operación de servicio de las telecomunicaciones a nivel federal. A partir de ahí, dadas las dimensiones que iba adquiriendo el sector, se aprueba la *Radio Act de 1912*, que se ocupó por vez primera del uso del espectro radioeléctrico, norma ésta posteriormente modificada en 1927 por el espectacular desarrollo de la radiofonía en esa década, creando al efecto una agencia federal, la *Federal Radio Comisión*, concebida para asumir las competencias reguladoras de esa actividad junto con la atribución de frecuencias.

A esas normas le siguió la *Communications Act de 1934*, que fue la primera que reguló globalmente el sector de las telecomunicaciones, un sector en manos privadas, y que creó la *Federal Communications Comisión (FCC)*, agencia independiente que asumió a partir de ese momento la potestad reguladora respecto de las telecomunicaciones, restringiendo a la vez las amplias concesiones con que hasta ese momento había contado la presidencia<sup>114</sup>.

Esta ley reguló el régimen jurídico de la prestación del servicio telefónico, donde se distinguía entre las empresas que ofrecían y tenían disponibles sus servicios al público (*Common Carriers*), y aquellas que lo hacían sólo a sus clientes y mediando el oportuno contrato (*Private Carriers*). A diferencia de las segundas, las primeras ejercían su actividad debiendo cumplir las obligaciones que se les imponían normativamente y que constreñían su estrategia empresarial, como la fijación de precios o la necesidad de contar con un título habilitante, quedando todo ello bajo el control de la FCC. En cuanto a los servicios de radiodifusión, se suprimió la *Federal Radio Comisión*, quedando sustituida por la FCC, a quien se le otorgaron todas las facultades precisas para administrar el

---

<sup>114</sup> Vid., GIL, O., “*Telecomunicaciones y política en Estados Unidos y España. (1875-2002)*”, Centro de investigaciones sociológicas, Madrid, 2002, pp. 5-6

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

espectro radioeléctrico, asignar frecuencias y otorgar las correspondientes licencias para el uso comercial de las emisoras.

La Ley de 1934 se ha visto modificada en repetidas ocasiones, a medida que se iba abriendo al mercado o perfeccionándose nuevos servicios. Así, es destacable la *Communications Satellite Act de 1962*, o en el ámbito del cable, la *Cable Communications Policy Act de 1984* y la *Cable Televisión Consumer Protection and Competitive Act de 1992*.

Hasta mediados de los años cuarenta, la compañía AT&T tuvo el monopolio privado de este mercado, el Departamento de Justicia la acusó de abusar de su posición dominante en el mercado de equipos telefónicos, ya que los adquiría a una empresa filial suya, lo que suponía una violación reiterada de la legislación federal antitrust contenida en la *Sherman and Clayton Antitrust Acts*<sup>115</sup> de 1890 y 1914 respectivamente. En 1956, la intervención judicial permitió que AT&T suministrara equipos a las empresas de su grupo prohibiéndole, a cambio de ello, entrar en otros mercados no regulados, esto significó iniciar una importante vía de ataque de la posición monopolística de la compañía.

Y precisamente en esa dirección trabajó la FCC, sobretodo a partir de los sesenta<sup>116</sup>, autorizando de modo progresivo tanto el establecimiento de nuevas redes como la prestación de servicios por otras empresas, lo que ocasionó una introducción y apertura progresiva de la competencia. La resolución judicial conocida como *Modification of Final Judgement* de 1982 impuso el

---

<sup>115</sup> Vid., ALDEN, J., "*Competition Policy in Telecommunications: The case of the United States of America*", Workshop on competition policy in telecommunications, UIT, Geneve, 2002, pp. 8 y ss

<sup>116</sup> En este sentido, hay que destacar las iniciativas de la FCC que se plasmaron en los llamados *Computer Inquiries*, que eran estudios que precedieron a la aprobación de normas de gran calado para la industria en las que, entre otras cosas, se clasificaron los servicios de telecomunicaciones y las redes, regulándose también la interconexión. Vid., SCOTT, M., "*The Potential Relevance to the United State of the European Union's Newly Adopted Regulatory Framework for Telecommunications*", FCC, Office of Plans and Policy, Working paper series, Julio 2002.

## El Contrato Internacional de Hosting

desmembramiento de AT&T<sup>117</sup>, que debió vender sus compañías locales, las conocidas como *Baby Bells*<sup>118</sup>, siendo concentradas en siete ámbitos territoriales distintos. Estas nuevas compañías se constituyeron en empresas con personalidad jurídica diferente, quedando autorizadas a prestar el servicio telefónico local, pero únicamente en su circunscripción, y quedando AT&T como tal autorizada a seguir ofreciendo el servicio de llamadas a larga distancia e internacionales, y a la fabricación de terminales, entre otros.

A partir de la década de los noventa, la Administración estadounidense se decide a impulsar la libre competencia en todo el sector de las telecomunicaciones<sup>119</sup>, así tras diversos proyectos de Ley que no terminaron de fraguar entre 1994 y 1995, por fin, el 8 de febrero de 1996 entró en vigor *la Telecommunications Act de 1996*<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> AT&T integraba un complejo grupo de empresas estratégicamente situadas en todos los servicios de telecomunicaciones posibles, de modo que además de controlar las llamadas de larga distancia e internacionales, monopolizaba los accesos locales, lo que se conocía como “Bell System”, y proveía además de los equipos terminales. Así, el *Modification of final Judgement* de 1982 finalizó un proceso judicial iniciado en 1974 por el Departamento de Justicia contra AT&T. Proceso que quedó bajo la jurisdicción del juez del Tribunal Federal del distrito de Columbia, Harold H. Greene, que lo culminó con un acuerdo entre las partes firmado ese año. En este sentido Vid. KELLOGG, M.K., THORNE, J., Y HUBER, P.W., “*Federal Telecommunication Law*”, Little, Brown & Company, Boston 1992.

<sup>118</sup> Vid. “*Horizontal Merger Guidelines*” U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 1992 revisado en 1997; Las empresas desmembradas de AT&T, después de varias fusiones horizontales, solo cuatro permanecían en activo a fecha de 2002: Verizon (anteriormente NYNEX Corp. And Bell Atlantic Corp.), Bellsouth Corp., SBC Communications, Inc.(anteriormente Southwestern Bell Co., Ameritech Corp., and Pacific Telesis Corp.) y Qwest Communications, Inc., (anteriormente US WEST, Inc.). Es interesante también, ver en la página de la FCC, el informe “*Application of WorldCom, Inc., and MCI Communications Corp. For Transfer of control of MCI Communications Corp to WorldCom*” CC Docket n°97-211, memorandum opinion and order, 13 FCC Red. 18025 at 18033-34.

<sup>119</sup> Se comenzó a impulsar el novedoso servicio de teléfono a través de Internet (Telephony IP), sobre este tema Vid., MICHALIS, M., “Regulation of Internet Telephony in the United States and the European Union”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2004, pp. 1-19.

<sup>120</sup> Su texto íntegro puede consultarse en Internet, en la página Web que mantiene la propia FCC: <http://www.fcc.gov>. Vid KELLOGG, M.K., THORNE, J., Y HUBER, P.W., “*The Telecommunication Act of 1996*”, Little, Brown & Company, Boston 1996; También puede consultarse BLILEY, T (US REP. COMMERCE COMMITTEE, 104 CONGRESS) “*Report on the pending Communications Act of 1995*” (promulgada como Telecommunications Act of 1996), U.S. House of Representatives, Julio

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

El principal objetivo de esta Ley era, la introducción de una competencia plena en la prestación de todos los servicios de telecomunicaciones, eliminando de modo progresivo las barreras y limitaciones que imponía la normativa anterior. Encomienda a la entidad reguladora, la FCC, un cometido novedoso, la revisión cada dos años de todas las reglamentaciones y la eliminación de aquellas que no se consideren necesarias por no fomentar la competencia entre los proveedores de servicios de la sociedad de la información<sup>121</sup>.

En cuanto al contenido de la Ley, éste se puede sistematizar en cinco importante áreas, en las que la labor de la FCC<sup>122</sup> ha tenido una importancia de primer orden: 1) los servicios telefónicos; 2) la fabricación de equipos; 3) la televisión por cable; 4) los servicios de difusión radiofónica y televisiva; y 5) Internet y los servicios informáticos *on line*. Con la puesta en práctica de la Ley del 1996, las disputas<sup>123</sup> que surgieron entre los distintos poderes y niveles de gobierno de los EEUU, pusieron de manifiesto el conflicto político existente entre las diferentes esferas de autoridad que coexistían en materia de telecomunicaciones.

---

1995; Vid., U.S. SENATE, “*Report on the Telecommunications Competition and Deregulation Act of 1995*”, Committee on Commerce, Science and Transportation, 104 Congress, Marzo 1995;

<sup>121</sup> Es interesante, en este sentido consultar, en la página del Federal Trade Commission (<http://www.ftc.gov>), los informes siguientes: U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE press release, “*US International Trade in Goods and Services*” de mayo de 2002; y U.S. DEPARTMENT OF LABOR press release, “*The Unemployment Situation*”, julio 2002.

<sup>122</sup> Es interesante consultar en la página de la FCC (<http://www.fcc.gov>) los siguientes informes: FCC PRESS RELEASE, “*Federal Communications Commission Releases data on Local Telephone Competition*”, 23 de julio de 2002; FCC WIRELINE COMPETITION BUREAU, INDUSTRY ANALYSIS AND TECHNOLOGY DIVISION, “*Local Phone Competition: Status as of December 31, 2001*”, julio 2002; FCC WIRELINE COMPETITION BUREAU, INDUSTRY ANALYSIS AND TECHNOLOGY DIVISIONS “*Trends in Telephone Service*”, julio 2002; FCC PRESS RELEASE “*Federal Communications Commission Releases Data on High-Speed Services for Internet Access*”, Julio 2002; FCC PRESS RELEASE, “*FCC Adopts Annual Report on State of Competition in the Wireless Industry*”, junio 2002; FCC 02-179 WIRELESS COMPETITION REPORT, “*Annual Report and Analysis of Competitive Market Conditions with respect to Commercial Mobile Services*”, Julio 2002.

<sup>123</sup> Entre otras, podemos destacar, las recusaciones ante los tribunales federales de algunas leyes de los Estados federados; Las recusaciones ante los tribunales federales de las condiciones establecidas por la FCC para entrar en el mercado de las llamadas de larga distancia; los problemas en el despliegue de infraestructuras alternativas dadas las diferencias de opinión en cuanto a que nivel de gobierno le corresponde la competencia en telecomunicaciones.

## El Contrato Internacional de Hosting

El marco institucional está formado por varios niveles y esferas de autoridad. Dentro de los niveles de autoridad se distingue el del Estado federal y el de los Estados federados. La relación de estos dos niveles no es jerárquica, ya que sus competencias son distintas, al nivel federal le corresponde las competencias sobre las comunicaciones entre los Estados, mientras que a los Estados federados le corresponde la regulación de las telecomunicaciones dentro de su territorio. Dentro de las esferas de autoridad se diferencian aquellas de carácter nacional, que operan en todo el Estado, y aquellas que lo hacen a nivel de cada Estado federado. Entre las primeras se encuentran, el poder legislativo, una agencia reguladora (la FCC), el ejecutivo y los tribunales. Entre las segundas se encuentran las comisiones de servicios públicos de cada Estado y el legislativo en el caso de algunos Estados.

Los tribunales federales y, en algunos casos, los de los Estados han desempeñado un papel fundamental en la regulación de la industria de telecomunicaciones estadounidense. Este papel se ha cifrado en la interpretación de la legislación de telecomunicaciones y en el control constitucional de la FCC. La revisión de las decisiones de la FCC recae directamente en las US Courts of Appeals del Distrito de Columbia<sup>124</sup>, y el control sobre ésta, en la US Supreme Court, lo que se traduce en la limitación efectiva de los casos y en un grado considerable de especialización judicial a la vez que se evitan los sobrecargados Distric Courts. En algunos Estados federados en los que la autoridad de la Public Utility Comisión se deriva directamente de la constitución estatal, es la Supreme Court del Estado en cuestión la que se ocupa directamente de los litigios<sup>125</sup>.

Por su parte, la FCC es una agencia federal independiente, una entidad administrativa que depende directamente del legislativo y no del ejecutivo, como

---

<sup>124</sup> Como ejemplo, Vid., U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit “*United States Telecom Association et al., v. FCC*”, 209 F. 3d 415 (2002).

<sup>125</sup> Vid., PROSSER, T., “*Law and the Regulators*”, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 282-283. Algunos ejemplos de litigios en la aplicación de las normas reguladoras de las telecomunicaciones : U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, “*Covad Communications Co. et al. v. Bellsouth*”.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

es ya tradicional en el Derecho norteamericano. Y aunque dentro de este tipo de entidades cabría hacer diversas clasificaciones, utilizando la más al uso podemos distinguir entre “*regulatory*” y “*executive agencies*”, incluyendo a la FCC entre las primeras ya que tiene potestades normativas expresamente otorgadas para el desarrollo directo de las previsiones de la Ley (lo que allí se conoce como *rule making*), contando con una amplia discrecionalidad al respecto.

Junto a la potestad normativa y a la función de otorgamiento de títulos habilitantes a los operadores del sector, la FCC también ostenta la potestad sancionadora<sup>126</sup> y de vigilancia inmediata o supervisión del cumplimiento de las previsiones de la Ley y de las resoluciones emanadas de la propia FCC. Por último, en cuanto entidad administrativa, sus decisiones son revisables por los Tribunales, del mismo modo que su concreta actuación se rige, además de por las previsiones del Título IV de la Ley (*Procedural and Administrative Provisions*), por la *Administrative Procedure Act de 1946*.

Conviviendo con la FCC, a nivel federal, encontramos otras entidades administrativas con funciones en materia de telecomunicaciones, aunque con menor protagonismo que ésta. Así podemos mencionar la *National Telecommunications and Information Administration*<sup>127</sup>; el *Universal Service Joint Board*; *The Justice Department* y la *Federal Trade Commission*.

---

*Corp*”, Case nº 01-16064, 299 F. ed 1272 (2002); U.S. Court of Appeals for the Second Circuit “*Law office of Curtis v. Trinko L.L.P. v. Bell Atlantic Corp*”, 294 F. 3d 307 (2002);

<sup>126</sup> Vid., RUBÍ PUIG, A., “Potestades sancionadoras de la Federal Communications Comisión en materia audiovisual”, en *INDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 331, enero 2006, pp.2-12; Vid., RIGNEY, T.J., “Avoiding Slim reasoning and Said results: A proposal for indecency and obscenity regulation in radio and broadcast television”, *55 Federal Communications law journal*, nº 297, 2003, pp. 305-314. Sobre los contenidos de las retransmisiones la FCC puede intervenir, de modo excepcional, para restringir la retransmisión de programas obscenos o violentos especialmente en horarios en los que puedan ser vistos por la infancia, así como para regular las emisiones en campañas electorales. Sobre este tema se mantiene un intenso debate en la actualidad, y puede encontrarse información sobre todo ello en las páginas web de la American Civil Liberties Union (<http://aclu.org>) y la Citizens Internet Empowerment Coalition (<http://www.ciec.org>).

<sup>127</sup> Esta entidad está adscrita al Departamento de Comercio y asesora al gobierno en materia de telecomunicaciones a nivel nacional e internacional, con la finalidad de incrementar la competitividad del sector y las inversiones. Puede encontrarse información sobre la misma en la página web <http://www.ntia.doc.gov>

## 2.2-EL PROCESO EN EL REINO UNIDO

Junto a los Estados Unidos, el otro país precursor de las corrientes liberalizadoras del sector de las telecomunicaciones fue el Reino Unido. Desde que a principios de siglo, en 1912, el gobierno británico nacionalizó todas las redes de telecomunicaciones haciéndose cargo de las mismas un Departamento ministerial, la *Post Office*, esta situación se mantuvo casi inalterada hasta la década de los ochenta. El hito más destacable hasta ese momento, fue la aprobación de la *Post Office Act de 1969*, que transformó a ésta en una corporación pública desligándose así del ministerio.

El cambio sustancial se produjo con la *British Telecommunications Act de 1981*, gracias a la cual se introdujeron diversas reformas, la primera dirigida a dividir la *Post Office* en dos entidades, una para los servicios de correos y la otra para las telecomunicaciones, asumiendo ésta última la denominación de *British Telecom* (BT), y continuando con el monopolio exclusivo de los servicios de telecomunicaciones, aunque con carácter transitorio ya que se preveía la posibilidad de que el gobierno pudiera otorgar nuevas licencias a otras compañías.

Y efectivamente, la segunda innovación fue el otorgamiento de una licencia a la empresa privada Mercury Communications Ltd. para que tuviera capacidad suficiente en orden a competir con BT en el mercado de los servicios de telefonía, ya que en lo que no fuera el servicio telefónico básico, es decir servicios de valor añadido, se concedieron también otras licencias a compañías privadas, introduciendo respecto de esos servicios un régimen abierto de competencia. Por último, otro cambio importante producido por esta ley fue la liberalización con carácter inmediato del mercado de equipos terminales.



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

Al no otorgarse más licencias, permaneciendo sólo estas dos compañías ofreciendo este tipo de servicio, se instauró lo que se denominó *Duopoly policy*<sup>128</sup>, como un medio para facilitar el tránsito del monopolio a la libre competencia y que implicaba, de inmediato, solucionar determinados problemas para su funcionamiento eficiente, entre ellos, el de la interconexión de las redes, que por aquellas fechas estaba simplemente latente en la UE.

Pero el paso más crucial hacia la liberalización lo constituyó la *Telecommunications Act de 1984*, que declaró definitivamente abolido el monopolio sobre los servicios de telecomunicaciones obligando al gobierno a transformar BT en una sociedad privada por acciones y poniendo a la venta el 51 por ciento de su capital.

Junto a ello, y como medidas más destacables que vienen derivadas de la liquidación del monopolio y la apertura a la competencia de estos servicios hemos de mencionar, primero, la instauración de un nuevo régimen jurídico para el otorgamiento de licencias a los sujetos que quisieron operar en el mercado, segundo, la instauración de normas para el control de las tarifas y, tercero, el establecimiento de concretas obligaciones de servicio público para los prestadores de servicios de telecomunicaciones como, por ejemplo, la asunción del servicio universal de telecomunicaciones, cuyo contenido se resumió, por una parte, en la obligación de atender toda demanda razonable, y por otra, en garantizar la continuidad de la prestación.

---

<sup>128</sup> El proceso de privatización iniciado por el gobierno británico afectaba a dos empresas públicas de telecomunicaciones: British Telecom., procedente de la antigua administración de telecomunicaciones del Estado y que se ocupaba de los servicios de telecomunicaciones de la metrópolis, y Cable & Wireless (CW) fuertemente arraigada en las telecomunicaciones de los territorios de ultramar. Con la participación de CW, British Petroleum y Barclays Bank se creó Mercury, que posteriormente pasaría a pertenecer íntegramente a CW. A partir de ahí se puso en marcha, bajo la tutela pública, la experiencia del duopolio para la explotación de los servicios de telecomunicación. Éste es el modelo que se tuvo en consideración por España en los primeros momentos de la liberalización de la telefonía vocal, creándose un segundo operador de telecomunicaciones a partir de la también empresa pública Retevisión, que prestaba servicio

## El Contrato Internacional de Hosting

Asimismo, se creó un regulador independiente, la *Office of Telecommunications* (OFTEL), cuya principal finalidad, y para la que se le otorga un número considerable de potestades, además de hacer efectivo el servicio universal, era la de liderar ese tránsito del régimen de monopolio a la libre competencia en el sector<sup>129</sup>.

Actualmente el sector de la telecomunicaciones en el Reino Unido está regulado por una diversidad de leyes, las dos más recientes son la *Wireless Telegraphy Act of 1998* y la *Communications Act de 2003*. Ambas tienen un especial interés pues introducen importantes reformas en la gestión del espectro radioeléctrico<sup>130</sup>. Desde el 29 de diciembre de 2003, el principal regulador responsable de la gestión del espectro ha sido la *Office of Communications* (OFCOM), la cual no sólo ha asumido las funciones de su predecesora, la *Radiocommunications Agency* (RA), sino también la de los reguladores de telecomunicaciones y de radiodifusión<sup>131</sup>.

---

portador de telecomunicaciones así como la señal de televisión. Aunque la figura del duopolio sería breve en nuestro país.

<sup>129</sup> Vid., GOMEZ, T., "La liberalización de las telecomunicaciones", op. cit. 2000, pp. 10 y ss

<sup>130</sup> Desde que el día 6 de marzo de 2000, cuando la Agencia de Radiocomunicaciones británica iniciara su subasta para la asignación de las licencias inglesas de comunicaciones móviles de tercera generación, se inició un cambio en la regulación de las telecomunicaciones móviles europeas que ha provocado una situación generalizada de inestabilidad e inseguridad en el sector. En el lapso de tiempo transcurrido desde entonces, hemos visto como se cambiaban algunos de los principios sobre los que descansaba la regulación de la telefonía móvil, los procedimientos de acceso al mercado, la valoración del espectro radioeléctrico, su fiscalidad, el grado de regulación de la actividad, etc. En el primer trimestre del año 2002 irrumpe en el continente un instrumento regulatorio novedoso de acceso al mercado móvil, la subasta del espectro radioeléctrico. Instrumento que desde un punto de vista teórico, es probablemente el más justo y transparente para distribuir un recurso escaso e imprescindible para el desarrollo de la sociedad de la información. En el año 2003 se ha visto que las consecuencias reales de tales reformas han sido desastrosas, pues los responsables de las operadoras que han participado en las subastas han elevado las cantidades ofrecidas a niveles astronómicos y han sufrido el castigo de los mercados financieros bajo la forma de bajadas enormes de sus cotizaciones y pérdidas en sus "ratings". De ahí que estas nuevas normas del 2003 modifiquen el sistema preexistente en esta materia.

<sup>131</sup> Vid. CAVE, M., "Spectrum Management for a Governing world: Case study on the United Kingdom", International Telecommunication Union, 2002, pp. 7 y ss.

### 3- LA GESTIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EUROPA OCCIDENTAL.

La historia de la liberalización del sector de la telecomunicaciones<sup>132</sup> en Europa parte de una situación legislativa e institucional bien distinta a la actual, aún no se había aprobado el Acta Única Europea, el Consejo estaba sometido al régimen de toma de decisiones por unanimidad, la Comisión carecía de competencias claras en materias industriales y el Parlamento tenía bien poco que decir en su condición de órgano consultivo no vinculante.

La Comisión superó innumerables obstáculos y se enfrentó con la política de los Estados Miembros que se mostraban claramente reticentes ante lo que se entendía una invasión de la Comisión de sus competencias, sobre todo en un área clásica como era la del servicio público<sup>133</sup>. Tanto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE) en el caso *British Telecom*<sup>134</sup>, que

---

<sup>132</sup> Vid. LÓPEZ-TAFAL BASCUÑANA, J.J., *“Las telecomunicaciones: un sector clave en las economías modernas”*, Información Comercial Española, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 20 y ss. Este autor afirma que *“el sector de las telecomunicaciones engloba el conjunto de bienes y servicios que, de forma integrada, permiten la comunicación y transmisión de todo tipo de información entre dos o más puntos distantes entre sí”*. Con la firma en Maastricht del Tratado de la Comunidad Europea de 1992, las telecomunicaciones aparecieron por primera vez reflejadas en las disposiciones comunitarias. Así, se introdujo el Título XII sobre “Redes Transeuropeas” (actual Título XV) compuesto por los artículos 129 B y ss. (actuales artículos 154 y ss del TCE).

<sup>133</sup> El sector de la telecomunicaciones estaba constituido por monopolios de carácter nacional en prácticamente todo el mundo y, desde luego, en los Estados Miembros de la entonces CEE. Durante mucho tiempo se mantuvo una creencia generalizada sobre la naturaleza monopolística inherente a algunos sectores. Dentro de esta categoría, se situaron los transportes, la energía, el agua, correos, la televisión y las telecomunicaciones.

<sup>134</sup> Vid. La DECISIÓN 82/861/CEE de la Comisión de 2 de diciembre de 1982 asunto *British Telecommunications*, (DOCE L 360 de 21 de diciembre de 1982 p. 6); y la SENTENCIA DE TJCE de 20 de marzo de 1985 asunto 41/83 *“Repubblica italiana v. Comisión”*. El origen del caso estuvo en una denuncia presentada ante la Comisión por una agencia británica privada de transmisión de mensajes contra las autoridades británicas de telecomunicaciones, como consecuencia de las prohibiciones impuestas por la empresa BT (operador nacional de telecomunicaciones) sobre el tránsito de télex entre terceros países y sobre el envío en forma de telex de mensajes recibidos por medio de enlaces de ordenadores. Las prohibiciones impuestas por BT fueron declaradas por la Comisión como abusivas, dado que: a) limitaban la actividad de los operadores en detrimento del progreso tecnológico; b) suponían una discriminación en perjuicio de dichos operadores; c) subordinaban la celebración de contratos de suministro de circuitos de telecomunicaciones a la aceptación por las otras partes de obligaciones suplementarias que no guardaban ninguna relación con los contratos. Consecuentemente, la Comisión señaló que las restricciones impuestas por BT

## El Contrato Internacional de Hosting

estableció la base de la aplicación del derecho europeo de la competencia al sector de la telecomunicaciones, como el Libro Blanco de la Comisión relativo a la plena realización del mercado interior<sup>135</sup>, aportaron un considerable impulso al programa de liberalización de la Comisión, sin olvidar la profusa jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE)<sup>136</sup> en relación con el art. 90.3 TCE (actual art. 86.3) como base jurídica para la adopción de Directivas en materia de telecomunicaciones<sup>137</sup>.

Las primeras actuaciones comunitarias en esta materia se sitúan en 1977, cuando la Comisión Europea informó de sus intenciones de analizar la situación en la que se encontraba el sector<sup>138</sup>, creando un grupo de trabajo al efecto. Como consecuencia de esta iniciativa y otras<sup>139</sup> promovidas a mediados de los setenta,

---

eran constitutiva de abusos de posición dominante con arreglo, respectivamente, a las letras c), d) y e) del art. 86 (actual 82) del TCE. El Gobierno italiano( que curiosamente no era parte implicada), apoyado por el Gobierno británico, recurrió la decisión ante el TJCE. En su Sentencia de 20 de marzo de 1985, el Tribunal desestimó en su totalidad el recurso de la República italiana, confirmando la posición de la Comisión al señalar que las normas de la competencia del TCE se aplicaban a las empresas nacionales de telecomunicaciones.

<sup>135</sup> Libro Blanco de la Comisión relativo a la plena realización del mercado interior, del 28 y 29 de junio de 1985. COM (85) 310 final de 14 de julio de 1985.

<sup>136</sup> En un primer momento, el TJCE, tal y como afirmó en su jurisprudencia *Sacchi* (STJCE DE 30 DE ABRIL DE 1974, asunto 155/73, Rec. 1974, I-409), defendió que la existencia de los monopolios no era en sí misma incompatible con las normas de los tratados, y en particular, con el principio de libre circulación de mercancías, siempre que del ejercicio de los mismos no resultara una discriminación. No obstante, a principios de los años noventa y concretamente con el sector de las telecomunicaciones, el Tribunal dio un giro de ciento ochenta grados, en cuanto a la legitimidad de los monopolios a la luz del artículo 90 del TCE (actual art. 86). El elemento clave del cambio jurisprudencial fue la sentencia emitida en relación con la Directiva sobre Terminales 88/301/CEE (STJCE DE 19 DE MARZO DE 1991, asunto 202/88 *Francia v. Comisión*. Rec. 1991, I-1223). Se impugnó la Directiva por considerar que la Comisión se había extralimitado en el ejercicio de las facultades que le confería el art. 90, y que la concesión de derechos especiales y exclusivos era perfectamente compatible con el art.90. La sentencia estimó que la Directiva era correcta y por tanto, a *sensu contrario*, incorrecta la concesión de determinados derechos singulares en materia de servicios, si bien con alcance limitado. En este sentido, STJCE DE 18 DE JUNIO DE 1991, asunto C-260/89, “ERT” Rec. 1991, I-2925; Y STJCE DE 13 DE DICIEMBRE DE 1991 asunto C-18/88, “RTT v.GB-Inno-BM, SA”, Rec. 1991 I-5941.

<sup>137</sup> Vid., LLANEZA GONZALEZ, P. “*Nuevo Marco Regulatorio de la Telecomunicaciones*” Barcelona, Bosch, 2002, pp. 32 ss.

<sup>138</sup> Sobre la situación del sector y el abuso de posición dominante, Vid., VILA COSTA, B., “*El Abuso de Posición dominante en la CEE*”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979.

<sup>139</sup> En junio de 1979, en el transcurso de la Cumbre de jefes de Estado y de Gobierno que tuvo lugar en Estrasburgo, se le encargó a la Comisión la tarea de elaborar un documento sobre la situación en la que se encontraba el sector de las telecomunicaciones. Cumpliendo con dicho mandato, la

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

la Comisión elaboró y presentó al Consejo, aunque éste la bloqueó, la primera propuesta en materia de telecomunicaciones, concretamente la Comunicación titulada “Recomendaciones acerca de las Telecomunicaciones” de septiembre de 1980<sup>140</sup>.

Por tanto, el comienzo efectivo de la política comunitaria de liberalización del sector de las telecomunicaciones tuvo su origen en noviembre de 1984, tras la adopción por el Consejo de Ministros de la CEE de dos Recomendaciones<sup>141</sup> y posterior aceptación del Acuerdo sobre “la Aprobación del Programa de Telecomunicaciones” de 17 de diciembre de 1984, por el que se puso en marcha el Plan de Telecomunicaciones propuesto por la Comisión<sup>142</sup>.

En este entorno, la firma del Acta Única Europea en 1986 y el objetivo de implantar el mercado interior tal y como venía definido en el Artículo 8 del AUE<sup>143</sup>,

---

Comisión presentó una COMUNICACIÓN en la siguiente Cumbre del Consejo de Europa, celebrada en Dublín, en noviembre de ese mismo año, bajo el título de “*European society faced with the challenge of new information Technologies. A Community reponse*”. En dicho documento la Comisión resaltó la necesidad de crear un mercado único homogéneo en materia de informática y microelectrónica.

<sup>140</sup> COMUNICACIÓN titulada “Recomendaciones acerca de las Telecomunicaciones” COM (80) 422, de 1 de septiembre de 1980. Vid, RESOLUCIÓN del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la comisión “Recomendaciones acerca de las Telecomunicaciones”, DO C 144, de 7 de mayo de 1981, pp 71-75. Y Dictamen del CES de 24-25 de febrero de 1981, DO C 138 de 9 de junio de 1981 pp.26-28

<sup>141</sup> RECOMENDACIÓN 84/549/CEE del Consejo de 12 de noviembre de 1984, relativa a la armonización en el campo de las telecomunicaciones. DO L de 16 de noviembre de 1984, pp.49; RECOMENDACIÓN 84/550/CEE del Consejo de 12 de noviembre de 1984, relativa a la primera fase de apertura del acceso a los mercados públicos de telecomunicaciones. DO L de 16 de noviembre de 1984, pp.51

<sup>142</sup> Con motivo del Consejo Europeo que tenía que celebrarse en Stuttgart, en junio de 1983, la Comisión presentó al Consejo una “Comunicación sobre las telecomunicaciones” (COM (83) 329, de 8 de junio de 1983). Debido al poco éxito de este documento, la Comisión elaboró una nueva COMUNICACIÓN en septiembre de 1983 titulada “Las Telecomunicaciones. Líneas de Acción” (COM (83) 573 final, de 29 de septiembre de 1983). Desde 1985 a 1988, la Comisión informó al Consejo a través de tres Comunicaciones relativas a la puesta en marcha del Programa de Actuaciones. Se trata de la COMUNICACIÓN sobre el estado de desarrollo de la política comunitaria de las telecomunicaciones (COM (85) 276, de 30 de mayo de 1985); la COMUNICACIÓN sobre la Política comunitaria de la telecomunicaciones (COM (86)325, de 5 de junio de 1986); el Informe sobre el estado de la aplicación de una Política comunitaria de las telecomunicaciones (COM (88) 240, de 31 de mayo de 1988).

<sup>143</sup> Sobre el tema, Vid., VILA COSTA, B., “El Acta Única Europea: Balance y perspectivas”, en *La Ley Comunidades Europeas*, junio 1986, pp. 1 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

la Comisión presentó en el mes de junio de 1987 el Libro Verde de las Telecomunicaciones<sup>144</sup>, con el que se dieron los primeros pasos en la transformación de los mercados nacionales de telecomunicaciones en un mercado único y competitivo, tanto en materia de servicios como de infraestructuras<sup>145</sup>.

El instrumento legislativo elegido para llevar a cabo este proceso de liberalización de las telecomunicaciones fue el de la Directiva<sup>146</sup>, instrumento éste no siempre pacífico<sup>147</sup> que recibió en sus inicios una fuerte contestación por parte de los Estados Miembros que veían así mermadas sus competencias. La mayor parte de las Directivas promulgadas por la Comisión fueron objeto de diferentes recursos ante el TJCE<sup>148</sup> quien, a través de su jurisprudencia, respaldó

---

<sup>144</sup> LIBRO VERDE sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones. COM (87) 290. Bruselas a 30 de junio de 1987. Versión en castellano de 16 de diciembre de 1987. Vid., MOSTESHAR, S., *“European Community Telecommunications Regulation”*, Graham & Trotman, Londres, 1993, pp.40 y ss

<sup>145</sup> RESOLUCIÓN 93/C 213/01 del Consejo de 22 de julio de 1993, relativa al informe sobre la situación del sector de las telecomunicaciones y la necesidad de que prosiga el desarrollo de este mercado. DO C 213 de 6 de agosto de 1993, p.1-3. De acuerdo con la misma la liberalización de todos los servicios de telefonía vocal había de encontrarse finalizada el 1 de enero de 1998, estableciéndose para los Estados Miembros con redes menos desarrolladas (España, Irlanda, Grecia y Portugal) un periodo adicional de cinco años máximo para que pudiesen efectuar los ajustes estructurales necesarios, así como un periodo de dos años máximo para los países con redes muy pequeñas (Luxemburgo). Y la RESOLUCIÓN 94/C 379/03 y la COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre las consultas realizadas acerca del Libro Verde de las infraestructuras de Telecomunicación y las redes de televisión por cable. Bruselas, 3 de mayo de 1995. COM (95) 158, donde se establece la liberalización de las infraestructuras.

<sup>146</sup> De acuerdo con el apartado tercero del artículo 90 (actual artículo 86) del TCE, *“la Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados Miembros directivas o decisiones apropiadas”*. Esta disposición ha facultado a la Comisión para adoptar Decisiones o Directivas, sin la intervención del Consejo o del Parlamento Europeo, para garantizar el respeto de las obligaciones que para los Estados miembros se derivan del artículo 90 del TCE. Sirviéndose de esta facultad, desde finales de la década de los ochenta, la Comisión habría aprobado un conjunto de Directivas con el objetivo de abrir a la competencia, de forma progresiva, los distintos mercados del sector de las telecomunicaciones (equipos de terminales, servicios e infraestructuras).

<sup>147</sup> Para un análisis del proceso de apertura del sector, Vid. ALABAU MUÑOZ, A. *“La Unión Europea y su Política de Telecomunicaciones. En el camino hacia la Sociedad de la Información”*, Airtel, Madrid, 1998.

<sup>148</sup> Véase entre otras las Sentencias siguientes: STJCE de 19 de marzo de 1991 *“República Francesa v. Comisión”*, asunto C-202-88, (Directiva Terminales), op. cit; STJCE de 23 de abril de 1991 *“Klaus Höfner v. Macatron GMBH”*, asunto C-41/90, Rec. 1991, I-1979; STJCE de 18 de junio de 1991 *“ERT v. DEP”*, asunto C-260/89, op. cit. ; STJCE de 10 de diciembre de 1991 *“Merci Convenzionale Porto di Genova v. Gabrielli”*, asunto C- 179/90, Rec. 1991, I-5889; STJCE de 25 de julio de 1991 *“Comisión v. Países Bajos”*, asunto C-353/89; STJCE de 13 de diciembre de 1991

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

completamente la acción de la Comisión. Tres grandes líneas de acción, esenciales para promover la competencia y acceso de los operadores de Hosting, tenemos que destacar en este momento:

### 1. *Los equipos terminales de telecomunicaciones:*

Con la Directiva 88/301/CEE<sup>149</sup> se abrió una brecha en un sector hasta entonces reservado a la soberanía de los Estados Miembros y que lo habían configurado bajo el modelo de monopolios nacionales con algunas variantes. Se fijó la obligación de los Estados Miembros de eliminar los derechos exclusivos de importación, comercialización, conexión, puesta en funcionamiento y mantenimiento de terminales de telecomunicaciones.

Por otra parte, la Directiva del Consejo 86/361/CEE del 24 de julio de 1986<sup>150</sup>, que fue reemplazada por la Directiva 91/263/CEE, introdujo el principio de reconocimiento mutuo de los procedimientos-tipo de aprobación. A ellas les siguió la Directiva 98/13/CE<sup>151</sup>, que fue derogada

---

*“Regie des Telegraphes et des Telephones v. GB-Inno”*, asunto C-18/88, op. cit.; y STJCE de 17 de noviembre de 1992 *“Reino de España y otros v. la Comisión”*, asuntos C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Directiva Servicios). La línea jurisprudencial que sentó el TJCE establecía la competencia de la Comisión para legislar en las siguientes condiciones y supuestos: a) Cuando el objetivo es eliminar o restringir los derechos exclusivos de los operadores de telecomunicaciones o los mismos operadores de telecomunicaciones, con base en el artículo 90 del Tratado; b) Cuando el Consejo ha operado una delegación de poderes legislativos a la Comisión, y c) Para actuar en prevención de comportamientos anti-competenciales de los operadores.

<sup>149</sup> Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicación. DO L 131, de 27 de mayo de 1988.

<sup>150</sup> Directiva 86/361/CEE y la Decisión 87/95/CEE, relativas, respectivamente, a la homologación de los equipos de terminales de telecomunicaciones y a la normalización en el terreno de la tecnología de la información y las telecomunicaciones. A través de estos documentos el Consejo resolvió los problemas técnicos que podían suponer un obstáculo para el mercado único de los equipos de terminales de telecomunicaciones, dejando a la Comisión la tarea de adentrarse en el terreno político. Vid., PÉREZ CHULIÁ, B., *“El régimen jurídico del sector audiovisual y de las telecomunicaciones. Un desafío para Europa”* Comares, Granada, 2002, pp. 40 y ss

<sup>151</sup> Directiva 98/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 1998, relativa a los equipos terminales de telecomunicaciones y a los equipos de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad. DO L 74/1 de 12 de marzo de 1998. Esta Directiva excluía de su ámbito de aplicación los equipos de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite construidos específicamente para ser utilizados como parte de la red pública terrestre de telecomunicación. Tal es el caso de los utilizados por la telefonía a larga distancia en el marco de la creación de infraestructuras y estaciones terrenas de seguimiento y

## El Contrato Internacional de Hosting

por la Directiva 1999/5/CE<sup>152</sup>, que estableció los requisitos que debían cumplir los aparatos de telecomunicaciones para su puesta en el mercado, debiendo el fabricante, antes de que ésta se produjera, verificar la conformidad de los aparatos con los requisitos esenciales que le sean de aplicación, incluyendo junto a ellos una declaración de conformidad, y un manual del usuario que contuviera la información precisa sobre su funcionamiento y utilización.

### 2. *Los servicios de telecomunicaciones:*

El 28 de junio de 1990, la Comisión Europea adoptó la Directiva 90/388/CEE relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones<sup>153</sup>, imponiendo a los Estados Miembros la obligación de eliminar los derechos de carácter exclusivo o especial para el suministro de tales servicios, sometiéndolos a las reglas de la libre competencia, salvo en cuatro excepciones, las comunicaciones por satélite, la telefonía móvil y la radiomensajería, la radiodifusión y la televisión, y los servicios de telefonía vocal<sup>154</sup>.

---

control de satélites. Tampoco afectaba a los derechos especiales o exclusivos relativos a las comunicaciones por satélite que los Estados miembros podían mantener de conformidad con el Derecho Comunitario.

<sup>152</sup> Directiva 1999/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad. DO L 91/10 de 7 de abril de 1999. Esta Directiva fue adaptada al derecho interno mediante la aprobación del Real Decreto 1890/2000 de 20 de noviembre.

<sup>153</sup> Directiva 90/388/CEE de la Comisión de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. DO L 192, de 24 de julio de 1990, p.9-16

<sup>154</sup> En su exposición de motivos (considerando número 18), la Directiva justificaba el mantenimiento de tales derechos en el respeto a la misión específica encomendada a los organismos públicos de telecomunicaciones, en cuanto al establecimiento y explotación de una red que proporcionara un servicio universal de telecomunicaciones, a favor de todo usuario y en cualquier ámbito geográfico de la Comunidad Europea. Asimismo, se justificaba en el hecho de que la financiación del servicio universal en ese momento todavía procedía, principalmente, del servicio de la telefonía vocal, por lo que la apertura de este sector a la libre competencia podría suponer un desequilibrio financiero entre los organismos nacionales de telecomunicaciones. No obstante, se admitió la posibilidad de que los servicios de telecomunicaciones estuviesen sujetos a una autorización, exigiéndose al respecto que dicho procedimiento fuera objetivo, transparente y no discriminatorio. Vid., DE LA QUADRA SALCEDO, T. “*Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*”, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2003, pp. 16-17.



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

La Comisión, en este momento, no se atrevió a tensar demasiado la cuerda del proceso liberalizador teniendo que esperar hasta la Directiva 96/19/CE de 13 de marzo de 1996 para la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones suprimiendo por fin los derechos especiales o exclusivos en los sectores excluidos en la anterior Directiva. Sobre este tema es interesante la STJCE de 7 de enero de 2004 "*Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España*"<sup>155</sup>.

El Tribunal de Justicia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/388/CE relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 96/19/CE, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en el artículo 4 quater de dicha Directiva, es decir, distribución del coste que supone el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal

Y la STJCE de 8 de septiembre de 2005 en los asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, relativos a "*Mobistar SA v. Municipio de Fléron*" y "*Belgacom Mobile SA v. Municipio de Schaerbeek*"<sup>156</sup>.

Se trataba de sendos litigios entablados por operadores de telefonía móvil establecidos en Bélgica (Mobistar y Belgacom). Estos dos operadores solicitaron la anulación de los impuestos establecidos por los municipios de Fléron y Chaerbeek sobre antenas, postes y torres de difusión de GSM o para antenas exteriores, respectivamente, sobre la base de los establecido en el artículo 49 CE y 3 quater de la Directiva 90/388/CE. Mediante auto TJCE de 4 de marzo de 2004, los asuntos fueron acumulados. El Tribunal de Justicia declaró que el artículo 49 CE no se oponía, primero, a que una normativa de una autoridad nacional o local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales, y segundo, a que se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los otros Estados Miembros. También declaró que las medidas de tipo fiscal no estaban comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva

---

<sup>155</sup> STJCE de 7 de enero de 2004 "*Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España*", asunto C-500/01, Rec. 2004 I-583

<sup>156</sup> STJCE de 8 de septiembre de 2005 en los asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, relativos a "*Mobistar SA v. Municipio de Fléron*" y "*Belgacom Mobile SA v. Municipio de Schaerbeek*", Rec. 2005, I-7723

## El Contrato Internacional de Hosting

90/388/CE modificada por la Directiva 96/19/CE, a no ser que favorezcan directa o indirectamente a los operadores que disfruten o hayan disfrutados de derechos exclusivos en perjuicio de nuevos operadores y a no ser que afecten de forma apreciable a la competencia.

### 3. *El acceso a la infraestructura de la red de telecomunicaciones:*

Con la aprobación de la Directiva de Oferta de red Abierta (ONP)<sup>157</sup> se reguló el derecho, de los prestadores de los servicios liberalizados, al acceso a las infraestructuras del titular de los derechos exclusivos sobre las mismas, bajo condiciones de objetividad, transparencia y no discriminación.

Se trataba, sin embargo, de una Directiva marco, desarrollada posteriormente, a través de otra serie de Directivas y Recomendaciones, que aunque recurridas en ocasiones ante el Tribunal de Justicia<sup>158</sup>, abordaron las siguientes cuestiones: las líneas arrendadas<sup>159</sup>; la transmisión de datos por conmutación de paquetes (TDCP)<sup>160</sup> y la red

---

<sup>157</sup> Directiva 90/387/CEE de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de una Oferta de una Red Abierta de telecomunicaciones (ONP). DO L 192/1, de 24 de julio de 1990.

<sup>158</sup> En materia de líneas arrendadas, Vid. STJCE de 15 de junio de 1995, asunto C-220/94, “*Comisión v. Luxemburgo*”; STJCE de 6 de julio de 1995, asunto C-259/94, “*Comisión v. Grecia*”; STJCE de 11 de julio de 1995, asunto C-266/94, “*Comisión v. España*”, todas ellas disponibles en <http://curia.eu.int>. Y en materia de Autorizaciones Vid., STJCE de 18 de enero de 2001, asunto C-488/99, “*Comisión v. Luxemburgo*”, Rec. 2001, I-607 Y en materia de Interconexión Vid., STJCE de 30 de noviembre de 2000, asunto C-384/99 “*Comisión v. Bélgica*”, Rec. 2000, I-10633.

<sup>159</sup> Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. DO L 165 de 19 de junio de 1992. El artículo 2.2 de la misma define a las líneas arrendadas como “*los sistemas de telecomunicaciones suministrados en el contexto del establecimiento, desarrollo y explotación de la red pública de telecomunicaciones que proporcionan capacidad de transmisión transparente entre los puntos de terminación de la red, sin incluir la conmutación cuando así se lo solicite*”.

<sup>160</sup> Recomendación 92/382/CEE del consejo de 5 de junio de 1992, relativa al suministro armonizado de un conjunto mínimo de servicios de transmisión de datos por conmutación de paquetes de acuerdo con los principios de la oferta de red abierta (ONP). DO L 200 de 18 de julio de 1992. Se entiende por Servicios de transmisión de datos por conmutación de paquetes a: “*la explotación comercial para el público del transporte directo de datos desde y con destino a las terminales de la red pública conmutada, que permita a cualquier usuario utilizar el equipo conectado a su Terminal para comunicar con otra Terminal*”.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

digital de servicios integrados (RDSI)<sup>161</sup>; las condiciones de acceso para los servicios de telefonía vocal<sup>162</sup>; los procedimientos de autorización y licencias en los sectores de servicios de telecomunicaciones<sup>163</sup>; la interconexión e interoperabilidad entre las redes de telecomunicaciones<sup>164</sup>; y el servicio universal de las telecomunicaciones. De entre otras muchas, queremos destacar por su proximidad geográfica la STJCE de 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-79/00

---

<sup>161</sup> Recomendación 92/383/CEE, de 5 de junio de 1992, relativa a la oferta de unos mecanismos armonizados de acceso a la red digital de servicios integrados (RDSI) y de un conjunto mínimo de funciones RDSI con arreglo a los principios de la oferta de red abierta (ONP). DO L 200 de 18 de julio de 1992. De forma paralela a la adopción de dicha Recomendación el Consejo adoptó la Resolución relativa al desarrollo de la red digital de servicios integrados (RDSI) en la Comunidad, como una infraestructura de telecomunicaciones a nivel europeo a partir de 1993. DO C 158 de 25 de junio de 1992.

<sup>162</sup> Directiva 95/62/CE relativa a la aplicación de la ONP a la telefonía vocal. DO L 321 de 30 de diciembre de 1995. En septiembre de 1996, unos meses más tarde de haberse aprobado esta Directiva, la Comisión presentó una nueva Propuesta de Directiva sobre la aplicación de la Directiva ONP a la telefonía vocal y al servicio universal de las telecomunicaciones en un entorno competitivo, COM (96) 419, de 11 de septiembre de 1996, que reemplazaría la Directiva 95/62/CE. Finalmente, sobre la base del artículo 32 de la misma, la Directiva fue reemplazada por la Directiva 98/10/CE de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo. DO L 101 de 1 de abril de 1998.

<sup>163</sup> Directiva 97/13/CE de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. DO L 117 de 7 de mayo de 1997. En la misma, se define a las Autorizaciones Generales como *“cualquier título habilitante que no exija a la empresa interesada, que recabe una decisión expresa de la autoridad nacional de reglamentación, antes de ejercer los derechos que se derivan de la autorización”*. Las autorizaciones se reservan para la prestación de servicios y el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones. También la Directiva define qué ha de entenderse por Licencias Individuales *“cualquier título habilitante concedido por una autoridad nacional de reglamentación que confiera derechos específicos a una empresa o que imponga a dicha empresa obligaciones específicas que complementen, cuando proceda, la autorización general, cuando la empresa no pueda ejercer dichos derechos hasta que se le haya comunicado la decisión de la autoridad nacional de reglamentación”*.

<sup>164</sup> Directiva 97/33/CE de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión de telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de oferta de red abierta (ONP). DO L 199 de 26 de julio de 1997. El artículo 2 de la misma define a la Interconexión como *“la conexión física y lógica de las instalaciones de redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo organismo o por otro distinto, de manera que los usuarios de un organismo puedan comunicarse con los usuarios del mismo o de otro organismo distinto o acceder a los servicios prestados por otro organismo”*. Directiva modificada por Directiva 98/61/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 1998 en lo que se refiere a la portabilidad de los números entre operadores y la preselección del operador. DO L 268/37 de 3 de octubre de 1998

## El Contrato Internacional de Hosting

relativo a “*Telefónica de España SA v. Administración General del Estado, con intervención de Retevisión SA*”<sup>165</sup>.

Se trataba de un litigio surgido entre Telefónica, organismo autorizado a prestar servicios de telecomunicaciones, y la Administración general del Estado, relativo a la conformidad con la Directiva 97/33/CE de determinadas disposiciones del Real Decreto 1651/1998 de 24 de julio que adaptó el Derecho español a la misma, y por el que se imponía ex ante ciertas obligaciones de acceso e interconexión en puntos de red al operador con poder significativo en el mercado, Telefónica alegaba que ello debía ser sólo por acuerdos entre los operadores. El Tribunal de Justicia declaró que la Directiva no se oponía a que los Estados miembros permitieran que las autoridades nacionales de reglamentación impongan ex ante a un operador que tenga un peso significativo en el mercado la obligación de facilitar a los demás operadores el acceso al bucle de abonado o de ofrecer a dichos operadores la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior de conmutación.

Tras el nuevo escenario de apertura de las infraestructuras conseguido con estas normas, parecería que lo propio a partir de entonces era, y es lo que proponemos, hablar de Acceso a redes e Interconexión y no tanto, pues ya no tiene sentido, de oferta de red abierta (ORA).

El carácter acumulativo y problemático de la normativa comunitaria llevó, probablemente, a no abandonar las iniciales conquistas, sino a añadir nuevos elementos, aunque éstos no fueran plenamente consistentes con los anteriores. Todo eso produjo una cierta inflación normativa con decenas de normas llenas de remisiones y con múltiples modificaciones que se hacía necesario reducir. Todo ello, junto a la explosión del proceso de convergencia y el desarrollo de la Sociedad de la Información (SI), propugnado tanto por instancias comunitarias<sup>166</sup> como por otras instancias a nivel internacional<sup>167</sup>, llevó a la Comisión a plantearse

---

<sup>165</sup> STJCE de 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-79/00 relativo a “*Telefónica de España SA v. Administración General del Estado, con intervención de Retevisión SA*”, Rec. 2001, I-10075

<sup>166</sup> Vid. ALABAU, A., “*The European Union and its Information Society policy. On the threshold of a new European Governance*”, Fundación Vodafone, Madrid, 2002, pp. 55 y ss.

<sup>167</sup> Vid. RESOLUCIÓN (A/RES/56/183) de 21 de diciembre de 2001, de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobando la celebración de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información. Y el INFORME SOBRE EL INVENTARIO DE LA CMSI de 19 de octubre de 2005, realizado por la secretaria ejecutiva de la CMSI (Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/5-S). Vid., US DEPARTMENT OF COMMERCE, *The National Information Infrastructure. Agenda for Action*, de 15 de septiembre de 1993.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

la necesidad de revisar el marco jurídico vigente en materia de telecomunicaciones.

Hasta este momento, la idea imperante había sido gestionar la transición a la competencia, razón por la que los esfuerzos se concentraron en la creación de un mercado competitivo y en el reforzamiento de los derechos de los operadores entrantes<sup>168</sup>. Sin embargo, el nuevo marco regulador, según la Comisión, tenía que surgir de la reflexión de que se *“había de tratar de reforzar la competencia en todos los segmentos de mercado, sobre todo en el mercado local, y había de darse respuesta a los nuevos mercados, dinámicos y básicamente impredecibles, en un entorno cuajado de operadores”*. De este modo, la Comisión presentó en noviembre una Comunicación titulada *“Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones”*<sup>169</sup>.

Las propuestas<sup>170</sup> presentadas por la Comisión se centraban, por una parte, en la regulación de las infraestructuras comunes a los sectores convergentes, y

---

<sup>168</sup> Vid., ORTIZ BRU, C., “La política Europea en materia de telecomunicaciones. Hacia la nueva sociedad de información” en *Contratación y comercio electrónico*, ORDUÑA MORENO, F.J., (Coord) Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 784 ss.

<sup>169</sup> COMUNICACIÓN de la Comisión, el Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones de 10 de noviembre de 1999 “Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones. COM (1999)539. La Comunicación fue sometida a un periodo de consultas de tres meses que finalizó el 15 de febrero de 2000, y los resultados del mismo fueron recogidos en la Comunicación de 26 de abril de 2000 titulada “Resultados de la Consulta pública sobre la Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones y las orientaciones para el nuevo marco regulador” COM (2000) 239 final de 26 de abril de 2000.

<sup>170</sup> Propuesta de Directiva sobre el servicio universal y los derechos de los usuarios respecto de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM (2000)392 de 12 de julio de 2000; Propuesta de Directiva relativa a un marco reglamentario común para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM (2000) 393 de 12 de julio de 2000; Propuesta de Reglamento relativo al desglose del acceso al bucle local, COM (2000) 394 de 12 de julio de 2000; Propuesta de Directiva relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y a las instalaciones asociadas, así como a su interconexión, COM (2000) 384 de 12 de julio de 2000; Propuesta de Directiva relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM (2000) 386 de 12 de julio de 2000; Propuesta de Decisión relativa a un marco reglamentario para la política en materia de espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea, COM (2000) 407 de 12 de julio de 2000; Propuesta de Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la

## El Contrato Internacional de Hosting

por otra, en la creación de una nueva categoría de servicios, los servicios de comunicaciones, que englobarían a los servicios tradicionales y a los nuevos que pudieran ir surgiendo. Estas propuestas fueron objeto de debates y consultas públicas, configurándose finalmente el nuevo marco regulador convergente basado en siete medidas legales<sup>171</sup> pensadas para consolidar la competencia en los mercados electrónicos de las comunicaciones en el seno de la Comunidad.

### **4- LA GESTIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN ESPAÑA.**

El monopolio existente en la práctica totalidad de los países desarrollados en materia de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones se verificó siguiendo tres modelos distintos:

1. El modelo de las llamadas PTTs, en cuya virtud la regulación estatal se confía a un organismo encuadrado en la Administración del Estado conocido como PTT (Post, Telegraph, Telephone), modelo seguido en el Reino Unido.
2. El modelo de los EEUU, donde corresponde a la iniciativa privada operar las redes, los servicios y el suministro de los equipos terminales. El poder público sólo se reserva la competencia de la regulación, del arbitraje, y de la administración del espectro radioeléctrico y,
3. El modelo seguido en España (como en el resto de Europa Occidental), donde las telecomunicaciones eran consideradas un servicio público esencial de titularidad estatal, pero cuya explotación,

---

protección de la vida privada en el sector de las comunicaciones electrónicas, COM (2000) 385 de 12 de julio de 2000.

<sup>171</sup> Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo de 2002 (Directiva Marco); Directiva 2002/20/CE de 7 de marzo de 2002 (Directiva autorizaciones); Directiva 2002/22/CE de 7 de marzo de 2002 (Directiva del servicio universal); Directiva 2002/19/CE de 7 de marzo de 2002 (Directiva de Acceso); Directiva 2002/58/CE de 12 de julio de 2002 (Directiva de protección de datos); Decisión 676/2002/CE de 7 de marzo de 2002 sobre el espectro radioeléctrico, y el Reglamento 2887/2000 de 18 de diciembre de 2000 sobre acceso desagregado al bucle local. A estos, hay que añadir otra

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

en régimen de monopolio, se atribuía a la iniciativa privada, en concreto a la Compañía Telefónica Nacional de España, que a su vez era objeto de una intensa intervención pública<sup>172</sup>.

Efectivamente, el Estado español otorgó en 1924 a la Compañía Telefónica Nacional de España la concesión del servicio telefónico, sobre la base de un contrato cuyas previsiones fueron el germen del Reglamento de 21 de noviembre de 1929. La Ley de 31 de diciembre de 1945 autorizó al Gobierno a suscribir un nuevo contrato concesional del servicio público telefónico, a cuyo amparo se convino el texto aprobado más tarde como Decreto de 31 de octubre de 1946, que vino a continuar con el propósito de la concesión de 1924, y a profundizar en la ordenación del servicio, siendo además sensible a nuevos servicios apoyados en tecnologías emergentes<sup>173</sup>.

Así, justo el mismo año en que la Comisión publicó el Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y aparatos de telecomunicación<sup>174</sup>, en España se iniciaba la etapa de limitación del monopolio, de la mano de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT), en su afán de regular unitariamente las telecomunicaciones por primera vez en nuestra historia. Esta Ley, como expresamente se declara en su Exposición de Motivos, pretendía conjugar, en difícil equilibrio, la necesidad de facilitar *“la prestación de los servicios de telecomunicación en un marco abierto a la concurrencia y a la incorporación de nuevos servicios”*, haciéndose eco de las tendencias aperturistas que comenzaban a imperar en la Unión Europea, con la

---

norma posterior la Directiva 2002/77/CE de 16 de septiembre relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>172</sup> Vid., GÓMEZ, T., “La liberalización de las Telecomunicaciones” op. cit., 2000, pp. 20 y ss; Vid., FRAILE, P., *“La retórica contra la competencia en España (1975-1975)”*, Fundación Argentaria, Madrid, 1998, pp. 202 y ss.

<sup>173</sup> Vid., CASTELLANO TREVILLA, J.L., “Servicio Universal y los Servicios obligatorios de la Ley General de Telecomunicaciones”, en J.F. MERINO MERCHÁN Y MARÍA PÉREZ UGENA, (Coords.), *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*, Madrid, Dykinson, 2000.

<sup>174</sup> COM (87) 290 final, de 16 de diciembre de 1987.

## El Contrato Internacional de Hosting

necesidad de preservar *“las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público”* (artículo 2.1).

La LOT, ordenó la regulación del dominio público radioeléctrico y estableció diversas clasificaciones de los servicios de telecomunicaciones en orden a diferenciar su tratamiento legal. Distinguió entre servicios finales<sup>175</sup>, portadores<sup>176</sup> y servicios de valor añadido<sup>177</sup>. Los dos primeros habían de ser prestados en régimen de monopolio en gestión directa o indirecta, siendo necesaria la correspondiente concesión, mientras que los servicios de valor añadido quedaban excluidos de la condición de servicio público en los términos y con las condiciones establecidas en los artículos 21 y 22 LOT.

Al objeto de incorporar las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE al ordenamiento jurídico español, se aprobó la Ley 32/1992 de 3 de diciembre modificadora de la LOT, aunque no supuso un cambio radical, residiendo su principal novedad en la liberalización total de los servicios de valor añadido, que podían prestarse ya en régimen de libre concurrencia<sup>178</sup> siendo precisa la obtención de la previa autorización administrativa.

---

<sup>175</sup> “Servicios finales de telecomunicaciones” son aquellos que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo Terminal, y que generalmente requieren elementos de conmutación, (servicio telefónico básico, el télex y el telegrama)

<sup>176</sup> “Servicios portadores de telecomunicaciones” son aquellos que proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos de terminación de red definidos.

<sup>177</sup> “Servicios de valor añadido” son los servicios de telecomunicaciones que, no siendo servicios de difusión y utilizando como soporte servicios portadores o servicios finales de telecomunicaciones, añaden otras facilidades al servicio soporte, o satisfacen nuevas necesidades específicas de telecomunicación, como, entre otras, acceder a la información almacenada, enviar información o realizar el tratamiento, depósito y recuperación de información.

<sup>178</sup> El control de las redes y de los principales servicios permitió al Gobierno de la época plantearse una política duopolística que habría de desarrollarse a lo largo de la década de los años noventa con el fin de generar un segundo operador global, alternativo a Telefónica al tiempo que se redefinía el estatuto jurídico de este operador. Esta política arrancó con la renovación del contrato de Telefónica hecho en 1991 y el Plan Nacional de Telecomunicaciones presentado a las Cortes en 1992, pasó por la reforma de la LOT en 1992 en la que ya aparece previsto un segundo operador de telefonía móvil a corto plazo, se concretó en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1994, donde además del segundo operador de móviles, se prevén los segundos operadores de televisión por cable. Con dos operadores de cable y dos operadores de telefonía móvil, solo faltaba una segunda red general de telecomunicaciones fijas a larga distancia para cerrar el cuadro diseñado por la doctrina



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

Continuando con el avance en el proceso liberalizador<sup>179</sup>, se introdujeron más modificaciones en la LOT con la aprobación de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre de telecomunicaciones por cable y la Ley 37/1995, de 12 de diciembre de telecomunicaciones por satélite, que supusieron un importante cambio respecto del esquema que sustentaba la LOT, al regular los servicios de telecomunicaciones utilizando como parámetro la infraestructura que se utilizaba para su prestación, sea cable o satélite.

El Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las Telecomunicaciones y la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones<sup>180</sup>, fruto de la tramitación de aquél como proyecto de ley y que vino a derogarlo, constituyen la antesala de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGTel)<sup>181</sup>.

De la regulación que establece esta ley debemos destacar cuatro aspectos concretos, caldo de cultivo imprescindible para la creación de una auténtica competencia en el sector de las telecomunicaciones, mediante la incorporación de nuevos operadores que compitieran entre sí y el desarrollo de nuevos y modernos servicios, como el *Hosting*:

### 1. *La administración del sector de las telecomunicaciones:*

Se llevaría a cabo en España en tres grandes niveles: el del Gobierno, el de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), y el

---

duopolística. Esta segunda red estaba llamada a ser la de Retevisión, que empezó a operar el 23 de enero de 1998.

<sup>179</sup> Es interesante leer, en este sentido, el INFORME que publicó el TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA en 1994 titulado “*Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*”. Disponible en <http://www.meh.es>

<sup>180</sup> En este contexto, destaca especialmente el RD 1912/1997, de 19 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico básico y de los servicios portadores, donde se prevé la entrada de un tercer operador a partir del 1 de diciembre de 1998, que fue UNIL.

<sup>181</sup> BOE nº 99 de 25 de abril de 1998, corrección de errores en BOE nº 182, de 8 de julio de 1998. Vid., MAYOR MENENDEZ, P., “La Nueva Ley General de Telecomunicaciones”, CALVO DIAZ, G, (Dir), en *El nuevo marco jurídico de las Telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 10 y ss

## El Contrato Internacional de Hosting

de los órganos de naturaleza consultiva o de asesoramiento (Arts 66 y ss. LGTe)<sup>182</sup>. Especialmente destacamos la labor de la CMT cuyas funciones principales se centraban en salvaguardar “*en beneficio de los ciudadanos*” la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, en velar por la correcta formación de los precios en este mercado; y en ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surgieran en el sector<sup>183</sup>.

### 2. Los llamados Títulos Habilitantes:

El artículo 7 LGTe afirmaba que “para la prestación de los servicios y el establecimiento o explotación de las redes de telecomunicaciones se requerirá la previa obtención del correspondiente título habilitante que, según el tipo de servicio que se pretenda prestar o de la red que se pretenda instalar o explotar, consistirá(...) en una autorización general o en una licencia individual”<sup>184</sup>. Ambas se inscribirán en sendos Registros Especiales dedicados a unas y otras, de carácter público y dependientes de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 8 LGTe.). Los dos Registros Especiales, junto con el procedimiento de ventanilla única a que se refiere el artículo 9 LGTe., fueron desarrollados por el Real Decreto 1652/1998, de 24 de julio.

---

<sup>182</sup> Vid., DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., “La ley general de telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española”, Revista del Derecho de la Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, nº18, 2004, pp 71-150; Vid., VIDA FERNÁNDEZ, J., “El condicionamiento de la organización administrativa de los Estados Miembros por la política comunitaria de telecomunicaciones” en *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; Vid., GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., “La comisión del Mercado de las Telecomunicaciones” en *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1-10;

<sup>183</sup> Vid., CHILLÓN MEDINA, J.M., “Funciones de resolución de controversias de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones” en *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1-20

<sup>184</sup> Vid., SORIANO GARCÍA, J.E., “Licencias individuales y autorizaciones generales en la nueva Ley General de telecomunicaciones; el cuadro general de la liberalización económica como marco preciso para lograr el cambio conceptual” en *Telecomunicaciones, Infraestructuras y libre competencia*, GOMEZ REINO Y CARNOTA, E., (Coord), Tirant lo blanch, Valencia 2003; Vid., GARCIA MASIA, P., “Internet y el derecho de las Telecomunicaciones: el régimen jurídico de acceso a la red”, en *Principios de Derecho de Internet*, Tirant Lo Blanch, 2002, Valencia.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

En estos momentos<sup>185</sup> la prestación de servicios de Internet requería la obtención de una autorización general de las denominadas “de tipo C”. La autorización general se traducía en una mera carga de notificación del inicio de la actividad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ahora bien, no sería posible iniciar la actividad hasta el momento en que se hubiera practicado la correspondiente inscripción, en todo caso en el plazo de 24 días desde la recepción de la notificación. Según establecía el artículo 13 LGTe., la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podría cancelar la inscripción registral de autorización general en caso de que el beneficiario “*incumpla de forma muy grave*” alguna de las condiciones impuestas para su otorgamiento.

### 3. *El régimen jurídico de la Interconexión y del Acceso a red:*

Conforme al artículo 22.1 de LGTe “*los titulares de redes públicas de telecomunicaciones estarán obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público que lo soliciten*”, sin perjuicio de que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones pudiera limitar esta obligación de forma temporal y en determinados supuestos.

La interconexión se materializa en forma de acuerdos de interconexión<sup>186</sup>, que se celebran libremente entre las partes, en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales, y basadas en criterios objetivos (art. 22.4 LGTe.). El régimen jurídico de la interconexión se completó con el Real Decreto 1651/1998, de 24 de

---

<sup>185</sup> Posteriormente el artículo 6 LSSICE, estableció que “*la prestación de servicios de la sociedad de la información no estará sujeta a autorización previa*”. Vid., SÁNCHEZ RODRIGUEZ, A.J., “Títulos Habilitantes para la prestación de servicios de Internet”, en *Régimen Jurídico de Internet*, JAVIER CREMADES Y OTROS, (Coords), La Ley, Madrid, 2002, pp. 312-343.

## El Contrato Internacional de Hosting

julio, por el que se desarrolló el Título II de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, aunque fue recurrido ante el Tribunal de Justicia por Telefónica de España SA en la STJCE de 13 de diciembre de 2001<sup>187</sup>.

#### 4. *El contenido del servicio universal de telecomunicaciones.*

El art. 37.1 LGTe establecía que *“Se entiende por servicio universal de telecomunicaciones, el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesible a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible”*. Además, el artículo 37.2 LGTe autorizaba al Gobierno a *“revisar y ampliar los servicios (...) en función de la evolución tecnológica, la demanda de servicios en el mercado o por consideraciones de política social o territorial”*.

En este sentido, eran numerosas las voces que solicitaban la inclusión del servicio de acceso a Internet entre los que componían la rúbrica del servicio universal<sup>188</sup>. Siguiendo estas recomendaciones, la LSSICE en su Disposición final primera modificó la LGTe e incluyó el acceso funcional a Internet dentro de la rúbrica del servicio universal<sup>189</sup>. No obstante, existían obstáculos de tipo técnico en orden a la materialización efectiva del derecho que reconoció la LSSICE a cualquier ciudadano de acceder de forma funcional a Internet a través

---

<sup>186</sup> Vid., FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones” en *Telecomunicaciones, Infraestructuras y libre competencia*, GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 1-10

<sup>187</sup> Vid., STJCE de 13 de diciembre de 2001 en el asunto C-79/00 *“Telefónica de España SA v. Administración General del Estado, con intervención de Retevisión”*, op. cit. pp. 4-6

<sup>188</sup> Vid., REVUELTA PÉREZ, I., *“Incidencia de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicio de la sociedad de la información y del comercio electrónico en el servicio universal de telecomunicaciones: la inclusión del acceso a Internet”*, Revista electrónica de la Universidad de Valencia, 2003, pp. 1-5

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

de la red pública telefónica fija<sup>190</sup>. Desde antes de la inclusión de esta prestación en el servicio universal, los poderes públicos ya habían impulsado la implantación, por parte de los operadores, de nuevas soluciones tecnológicas que permitieran un mayor ancho de banda para las comunicaciones electrónicas e incrementaran progresivamente las posibilidades de acceso y empleo de Internet en todo el territorio nacional<sup>191</sup>.

En este contexto, el nuevo marco convergente, auspiciado por la Comisión Europea, fue transpuesto al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones<sup>192</sup>, respetando plenamente, como señala su Exposición de Motivos, *“los principios reconocidos en ella, aunque adaptándolos a las peculiaridades propias del derecho y la situación económica y social de nuestro país”*<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Vid., SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, de 29 de abril de 2002, sobre abuso de posición dominante de Telefónica en el mercado de servicios de acceso a Internet. Disponible en [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es)

<sup>190</sup> Vid., HUIDOBRO MOYA, J.M., Y PASTOR LOZANO, P., *“Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones. Nueva reglamentación comentada de las ICT”*, Creaciones Copyright SL, Madrid, 2003, pp. 47 y ss; Vid., AVELLÓ, L., *“ICT’s: Infraestructuras comunes de telecomunicaciones en el interior de los edificios. Regulación”*, en *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*, VILLAR URIBARRI, J.M. (Dir.), AA.VV., Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 249-288. Hay que tener en cuenta en esta materia el Real Decreto Ley 1/1998 de 27 de febrero, y el Reglamento Regulador de las ICT que se encuentra en el Real Decreto 401/2003, de 4 de abril, según los cuales una ICT esta constituida por el conjunto de redes físicas, equipos y canalizaciones, recintos, elementos complementarios de obra civil, que permiten a los habitantes de un edificio o inmueble acceder a los diferentes servicios de telecomunicaciones ofrecidos por los operadores.

<sup>191</sup> El Real Decreto-Ley 7/2000 de 23 de junio, sobre medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, supuso un hito esencial. Esta norma impuso a partir de enero de 2001, la llamada apertura del bucle de abonado, es decir, los elementos de la red pública telefónica fija que conectan al usuario con la red general. Ello se hacía en coherencia con los términos de la Recomendación de la Comisión de 25 de mayo de 2000, y con anticipación respecto de lo previsto en el Reglamento CE 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre del 2000. Sobre este tema, Vid., VILLAR URIBARRI, J.M. *“El servicio universal de telecomunicaciones y su financiación”*, en *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*, VILLAR URIBARRI, J.M. (Dir.), AA.VV., Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 151-178

<sup>192</sup> BOE nº 264 de 4 de noviembre, corrección de errores BOE 19 de marzo de 2004.

<sup>193</sup> Vid., GARCÍA VALDECASAS SOLIS, M., Y CREMADES, J., *“Comentarios a los Artículos 1, 2 y 3”* en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dirs.), La Ley, Madrid, 2004, pp. 87 ss

## El Contrato Internacional de Hosting

Efectivamente, se pasa de una regulación asimétrica en beneficio de los operadores alternativos, a una regulación que sin llegar a ser absolutamente igualitaria o neutral, va a relajar las cargas y los controles sobre la actividad económica y comercial del operador con poder significativo en el mercado. De una minuciosa y detallada regulación del mercado de las telecomunicaciones, que establecía una prolija normativa previa a la entrada en el mercado y a la prestación de los servicios, se instaura una normativa más ágil y flexible, menos minuciosa y más adaptable a la nueva realidad convergente<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> Es interesante conocer el desarrollo y posterior transposición del Paquete Telecom. 2002 a los diferentes Estados Miembros, sirva como ejemplo el artículo de VAN OVERSTRAETEN, T., BRUYNDONCKX, B., SZAFRAN, E., Y ROUSSEAU, S., “Belgium finally adopted the Electronic Communications Act transposing the EU Telecom. Package”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005, pp. 1-9

### III- EL NUEVO MARCO REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

#### 1- IMPACTO EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE *HOSTING*.

El sector de las telecomunicaciones constituye uno de los sectores de la economía que más profundamente ha visto transformados sus pilares en un periodo relativamente breve de tiempo, pasando de un régimen basado en la existencia de derechos especiales y exclusivos, a la introducción de la libre competencia entre operadores, que se ha traducido en una libertad de opción y elección para los usuarios, en una multiplicidad de ofertas con la entrada de nuevos operadores, en una diversificación de tecnologías y servicios y en la prestación de unos servicios de mayor calidad y mejor adaptados a las necesidades de los diferentes usuarios.

El impacto que la liberalización de las telecomunicaciones ha tenido en el desarrollo de Internet y por tanto en el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información, ha sido minimizado e infravalorado, centrándose la atención, generalmente, sobre aspectos económicos o técnicos de infraestructuras o de velocidad en la conexión, y no sobre aspectos legales<sup>195</sup>.

No es el caso analizar aquí pormenorizadamente todos los cambios que se han introducido, tanto en lo normativa comunitaria como autónoma, y las razones de los mismos, pues ello exigiría un trabajo de mayor extensión, nuestra decisión aboga por centrarse en el estudio de tres materias concretas de gran importancia

---

<sup>195</sup> Vid., CARLYLE, P., “*Legal Regulation of Telecommunications: The impact on Internet Services*”, Ed. Hart Publishing, Oxford- Portland Oregon, 2000, pp. 334 ss

## El Contrato Internacional de Hosting

y relevantes consecuencias para la prestación del servicio internacional de *Hosting*<sup>196</sup>:

- Por un lado, revisaremos la nueva configuración de los títulos habilitantes que en realidad ha supuesto la desaparición de títulos específicos para la prestación de los servicios de Internet,
- Por otro lado, analizaremos la importancia de la identificación y aplicación de un adecuado régimen de apertura y acceso a redes por parte de los operadores, así como la necesidad del desarrollo de estándares de interconexión entre redes de distinta naturaleza con el fin de incentivar la competencia y garantizar la interoperabilidad y la calidad de los servicios,
- Y por último, nos referiremos a la obligación impuesta al operador designado para la prestación del servicio universal de garantizar el acceso funcional a Internet de todos los consumidores y usuarios<sup>197</sup>.

### 2- LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS TÍTULOS HABILITANTES.

El Objetivo de la Directiva 2002/21/CE<sup>198</sup> era establecer un marco único para regular la infraestructura de comunicaciones y los servicios asociados. La existencia de normas distintas para regular diferentes infraestructuras de comunicaciones y servicios asociados creaba problemas en un entorno convergente en el que los mismos servicios pueden y son transportados por cualquier clase de red, fija o móvil, por satélite o terrestre, de telecomunicaciones

---

<sup>196</sup> Vid., RAWSON, S., "Impact of new communications framework on service providers", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2003, pp. 1-12

<sup>197</sup> Vid., LAGUNA DE PAZ, J.C., "*Telecomunicaciones: regulación y mercado*", Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 41 y ss. Vid., DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J.M., "La Ley General de Telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 18 de 2004, pp. 71-150

<sup>198</sup> DIRECTIVA 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, también llamada "Directiva Marco". DO L 108/33 de 24 de abril de 2002



## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

o de televisión por cable<sup>199</sup>. La existencia de marcos reguladores distintos para las diferentes infraestructuras, podían dar lugar a situaciones regulatorias incoherentes y, por ende, como indica la Comisión en la Exposición de Motivos, *susceptibles de falsear la competencia*.

Por ello, el principio básico formulado por la Directiva 2002/20/CE<sup>200</sup> fue el de neutralidad tecnológica, de modo que se ha de someter a todos los servicios y redes de comunicaciones, con independencia del medio por el que sean proporcionados, al mismo régimen de autorizaciones generales, simplificando y armonizando las reglas y las condiciones que existían en los Estados miembros, y permitiendo a toda empresa el derecho de prestar servicios o explotar redes sin discriminación alguna, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2002/77/CE<sup>201</sup>

La Directiva se decantó por aplicar un sistema de autorización lo menos gravoso posible con el fin de estimular el desarrollo de nuevos servicios, sin exigir una decisión o un acto administrativo explícitos de la autoridad nacional de reglamentación y limitando los requisitos de procedimiento a la mera notificación<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 20 de marzo de 2003, relativa a la armonización del suministro de acceso público R-LAN a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de la Comunidad. DO L 78/12 de 25 de marzo de 2003. Según esta Recomendación en su Considerando 6 las redes radioeléctricas de área local (R-LAN) son: un medio innovador de suministro de acceso inalámbrico de banda ancha a Internet y a las redes intranet de las empresas no solo para usos privados sino también para el público en general en zonas como aeropuertos, estaciones de ferrocarril y centros comerciales. Y Vid., GONZÁLEZ, A., Y PAZ-ARES, T., “Actualidad Nuevas tecnologías”, en *Actualidad Jurídica (Uría & Menendez)*, nº 3, 2002, pp. 2 y ss, en donde ATM o Modo de transferencia asíncrono es una tecnología de transmisión de células de alta velocidad capaz de transportar tráfico de telecomunicaciones de características distintas (voz, datos, video) a través de la misma red.

<sup>200</sup> DIRECTIVA 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, también llamada “Directiva Autorización”. DO L 108/21 de 24 de abril de 2002

<sup>201</sup> DIRECTIVA 2002/77/CE de la Comisión de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. DO L 249 de 17 de septiembre de 2002.

<sup>202</sup> Vid., BENEYTO PÉREZ, J.M., “Regulación y competencia en las telecomunicaciones”, Bosch, Barcelona, 2003; Vid., MAYOR MENÉNDEZ, P., “Hacia una nueva configuración de los títulos habilitantes en la normativa reguladora de las telecomunicaciones”, en *La nueva regulación de las*

## El Contrato Internacional de Hosting

En consecuencia, la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, que incorporó estas Directivas al ordenamiento jurídico español<sup>203</sup>, suprimió definitivamente las anteriores autorizaciones generales y licencias individuales, estableciendo un régimen de actividad reglamentada, con libre entrada en el servicio bajo la obligación de notificación dirigida fehacientemente, con anterioridad al inicio de la actividad, a la CMT<sup>204</sup>, que, más o menos, viene a ser el equivalente a las anteriores autorizaciones generales, pero sin la demora inherente a la previa obtención del título habilitante.

Así, el nuevo sistema, establecido en el artículo 6 de la LGTe 2003<sup>205</sup>, es el siguiente: 1º) Cualquier persona o empresa de nacionalidad comunitaria que lo desee puede prestar servicio de comunicaciones electrónicas en España. Los de otros países estarán a lo dispuesto en los tratados internacionales o en la autorización específica que puede emitir el Gobierno; 2º) Como medida precautoria, quienes actúen en el sector deberán tener al menos una persona

---

*telecomunicaciones, la televisión e Internet*, VILLAR URIBARRI, JM., (Dir), Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 75-77

<sup>203</sup> Vid., Sentencias del Tribunal de Justicia por las que se condena a diversos Estados Miembros por no adaptación del derecho interno a lo dispuesto en las Directivas, en el plazo establecido: STJCE de 15 de diciembre de 2005, asunto C-253/04 “*Comisión CE v. República Helénica*” (No incorporación de la Directiva 2002/21/CE); STJCE de 15 de diciembre de 2005, asunto C-254/04 “*Comisión CE v. República Helénica*” (No incorporación de la Directiva 2002/20/CE); STJCE de 8 de diciembre de 2005, asunto C-33/04 “*Comisión CE v. Gran Ducado de Luxemburgo*” (No incorporación de las Directivas 2002/21/CE, 2002/22/CE, 2002/19/CE); STJCE de 14 de julio de 2005, asunto C-31/05 “*Comisión CE v. República Francesa*” (No incorporación de las Directivas 2002/20/CE, 2002/19/CE y 2002/21/CE); Disponibles todas ellas en <http://curia.eu.int>

<sup>204</sup> El trámite de notificación consistirá simplemente en la declaración por parte de una persona física o jurídica a la CMT de su intención de iniciar el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas, y la entrega de la información mínima para que la CMT pueda mantener un registro o una lista de suministradores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Sin perjuicio, obviamente, de la obligación de cumplir, en su caso, con la normativa específica sobre habilitación para el uso de recursos ajenos (ocupación de dominio público y de la propiedad privada) o considerados escasos (el espectro radioeléctrico y la numeración). Vid., VALLE, J., y SORIA, J., “*Un breve apunte sobre la nueva ley General de Telecomunicaciones*”, La Ley nº 5915, Madrid, 2003, pp. 3 y ss.

<sup>205</sup> Vid., CRESPO VITORIQUE, I., “Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas: comentarios al artículo 6” en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA, (Coords), La Ley, Madrid, 2004, pp.152 y ss.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

responsable designada en España; 3º) Antes de iniciar sus actividades deberán efectuar una notificación fehaciente a la CMT; 4º) La CMT se limitará a comprobar si los términos de tal comunicación cumplen los requisitos previstos reglamentariamente para la actividad de que se trate. Sólo en caso negativo podrá tener por no realizada la notificación, para lo que dispone de un plazo máximo de 15 días (debe pronunciarse mediante resolución expresa).

En definitiva, en la nueva regulación que la Ley establece de los títulos habilitantes, la autorización no se encuentra en un acto administrativo explícito de la Administración correspondiente, sino en la propia Ley, que por sí misma habilitará para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas con la única sujeción a lo establecido en la propia ley y en su normativa de desarrollo.

### 3- LA NUEVA REGULACIÓN DEL ACCESO A REDES Y LA INTERCONEXIÓN

La posibilidad de prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y de elección por parte del usuario está, muchas veces, supeditada a las relaciones entre los operadores de telecomunicaciones derivadas de la necesidad de acceso a redes, en particular, a la red del antiguo operador monopolista.

Se considera acceso a la red, toda puesta a disposición de terceros operadores de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de telecomunicaciones<sup>206</sup>. Se trata de un término amplio que incluye: el acceso a infraestructuras físicas; a sistemas informáticos; a elementos de red y recursos asociados que puedan requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos

---

<sup>206</sup> Vid., FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones”, en *Telecomunicaciones, Infraestructuras y libre competencia*, GÓMEZ REINO Y CARNOTA (Coord), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 4-10; Vid., CARRASCO PERERA, A., Y MENDOZA LOSANA, A.I., “Interconexión y acceso a redes”, en ARPON DE MENDIVIL, A., T CARRASCO PERERA, A., (Dir), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona 1999, pp. 527-529.

## El Contrato Internacional de Hosting

(en particular, el acceso al bucle de abonado); y a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital, entre otros aspectos<sup>207</sup>.

Hasta este momento el objetivo principal de la normativa sobre acceso e interconexión había consistido simplemente en garantizar el acceso a las redes de los antiguos monopolios nacionales de telecomunicaciones<sup>208</sup>. Una vez superado este primer desafío, la Directiva 2002/19/CE pretendió establecer un marco favorable al desarrollo de la competencia, que fomentara la creación de infraestructuras de redes competitivas y la interoperabilidad de los servicios prestados mediante dichas infraestructuras (todos los operadores de redes tienen derechos y obligaciones en lo que se refiere a los acuerdos de interconexión), garantizando al mismo tiempo que los eventuales puntos de estrangulamiento presentes en el mercado no impidan la aparición y el crecimiento de servicios innovadores que puedan beneficiar a usuarios y consumidores.

La Directiva, en su artículo 12, recogió la facultad de las autoridades nacionales de reglamentación para exigir a los operadores (teniendo en cuenta una serie de elementos como la viabilidad técnica y económica, la inversión inicial de propietario, la relación capacidad-competencia, el suministro de servicios paneuropeos) que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes e interconexión, así como las relativas a su utilización, entre otros casos, en aquellas situaciones en las que dichas autoridades consideren que, la denegación del acceso o unas condiciones no razonables, pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista o que no benefician a los usuarios finales<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> En el mismo sentido, Art. 2. de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. DO L 108/7 de 24 de abril de 2002.

<sup>208</sup> Vid., SELVADURAI, N., "The Regulation of the Information Society in the European Union", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2004, pp.2-3

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

Efectivamente, entre las diversas modalidades de acceso, ocupa un papel especialmente significativo la interconexión, y ello, porque es el instrumento que permite la comunicación entre todos los usuarios del sistema de telecomunicaciones, el acceso a los diversos servicios ofrecidos por los operadores concurrentes en el mercado y la interoperabilidad entre los servicios de voz, datos y televisión.

Desde una perspectiva puramente técnica, la interconexión es la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por los mismos o diferentes operadores, de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores<sup>210</sup>. Es un instrumento clave en el proceso de liberalización e implantación de la competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones en cuanto proporciona interoperabilidad entre redes y servicios ofrecidos por el conjunto de los operadores, independientemente de cuál sea el operador que proporciona el acceso a red<sup>211</sup>. El planteamiento adoptado por el artículo 2 b) de la Directiva 2002/19/CE es neutro con respecto a la tecnología, y define la Interconexión como:

*“la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por una misma empresa o por otra distinta, de manera que los usuarios de una empresa puedan comunicarse con los usuarios de la misma empresa o de otra distinta o acceder a los servicios prestados por otra empresa (...)”*

---

<sup>209</sup> Vid., STRIVENS, P., “New Access Conditions. A challenge to competitive Telecoms Operators and Service Providers”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2003, pp.2-4

<sup>210</sup> Vid., NIKOLINAKOS, N., POLYKALOS, S., Y KOUVELOU, D., “Bitstream Access policy in the EU Electronic Communications sector. Application of ex ante regulation and competition law”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2004, pp. 4 y ss.

<sup>211</sup> Vid., MENDOZA LOSANA. A.I., “Competencia civiles y administrativas en los conflictos de acceso a redes de telecomunicaciones. En particular los conflictos de interconexión”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 5, 2004-2, pp. 121

## El Contrato Internacional de Hosting

Así pues, no pretende instaurar normas que puedan variar con la evolución de las tecnologías, sino establecer un *modus operandi* que permita afrontar los posibles problemas del mercado cuando surjan<sup>212</sup>.

Desde una perspectiva jurídica, la relación de interconexión es una relación jurídico-privada de contenido obligacional (pues se configura como un deber y al mismo tiempo como un derecho entre operadores<sup>213</sup>, éstos estarán obligados a facilitar la interconexión si otros operadores se lo solicitan, y al mismo tiempo, tienen derecho a solicitar y obtener la interconexión de los demás), constituida bien por un contrato o acuerdo general de interconexión, libremente negociado e integrado con elemento ajenos a la voluntad privada (art. 11.2 y 3 de la Ley General de Telecomunicaciones 2003 (LGT<sub>e</sub> 2003), y en el art. 22 del Real Decreto 2296/2004<sup>214</sup>), o bien por imposición, del Ministerio<sup>215</sup> o de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), organismo público al que la Ley encomienda la salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, y en particular, la tutela del interés general en la

---

<sup>212</sup> Las comunicaciones de PLC (Power Line Communication) consisten en la transmisión y entrega de datos usando la infraestructura de la distribución de la energía (por ejemplo, eléctrica), siendo una tecnología que permite ofrecer servicios de banda ancha solucionando el problema de la llamada última milla para los servicios de banda ancha residenciales, comerciales o industriales.

<sup>213</sup> Vid., HELIODORO ALCARAZ, "Consideraciones sobre la interconexión para el servicio telefónico básico", en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4469, de 30 de enero de 1998. Se restringe la regulación de la interconexión y el acceso a las redes públicas de comunicaciones electrónicas y a sus recursos asociados, a las relaciones entre operadores de redes, excluyendo las situaciones en las que el beneficiario del acceso sea un usuario final (art. 11.1 LGT<sub>e</sub> 2003; y art. 22.1 RD 2296/2004), a diferencia de lo que ocurría en la Ley 11/1998 donde se consideraba también acceso a la red la utilización de ésta por un usuario de servicios de telecomunicaciones (art. 24.1).

<sup>214</sup> Real Decreto 2296/2004 de 10 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración. (BOE nº 314 de 30 de diciembre de 2004).

<sup>215</sup> El Ministerio puede imponer obligaciones de acceso e interconexión a los distintos operadores en tres ocasiones: a) En los procedimientos de licitación para la obtención de derechos de uso del dominio público radioeléctrico; b) Cuando sea necesario para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre datos personales y protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas; c) Cuando resulte necesario para garantizar el cumplimiento de compromisos internacionales en materia de telecomunicaciones (art. 23.2 del RD 2296/2004).

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios<sup>216</sup>. En ambos casos se ha de realizar en condiciones de transparencia, no discriminación y a precios razonables, y asegurando las comunicaciones entre los usuarios en condiciones de igualdad<sup>217</sup>.

Al margen de cual sea la fuente de constitución de la relación obligatoria, ésta es una relación jurídica- privada de trascendencia pública, elemento básico de un mercado en competencia y defensorio de la calidad de los servicios para los usuarios finales, que quieren acceder desde cualquier operador a cualquier proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas<sup>218</sup>.

Por ello, es un régimen aplicable a toda persona física o jurídica habilitada para explotar redes o prestar servicios en cualquier Estado Miembro de la Unión Europea<sup>219</sup>, la cual podrá solicitar el acceso o interconexión en España, y no necesitará llevar a cabo la notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a las que se refiere el artículo 6 de la Ley, si no explota redes ni presta servicios de comunicaciones electrónicas dentro del territorio

---

<sup>216</sup> En la nueva regulación no se menciona la facultad que la CMT se reservaba para limitar la obligación de interconexión de forma temporal y caso por caso, cuando existieran alternativas técnicas y comercialmente viables a ella, y cuando la interconexión solicitada no pudiera satisfacerse por insuficiencia o inadecuación de los recursos disponibles. En la normativa vigente la CMT puede intervenir, a instancias de parte o de oficio, sólo con el fin de fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, pero en ningún caso para limitar la obligación de los operadores de interconexión (art. 23.3 RD 2296/2004).

<sup>217</sup> Vid., DE LA CUETARA MARTÍNEZ, JM., “La ley General de Telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras de red*, nº 18, 2004, pp. 71-150; Y Vid., la SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, nº 981/2004 DE 26 DE OCTUBRE, en Recurso de Apelación entre “Telefónica de España SAU v. Tele 2 Communications Services SL”, (AC 2005, 176), por actos de competencia desleal y falsedad en la publicidad, de la segunda contra la primera.

<sup>218</sup> Vid., GRENFELL, M., “Is this the right number?. Regulatory due diligence and valuation in international Telecoms transactions: a checklist”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005, pp.2-5.

<sup>219</sup> Vid., J.H. GJRATH, S., “Interoperability revisited: How far does the duty to negotiate access and interconnection extend”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2006, pp. 2-14. Es interesante el estudio que realiza el artículo de la Dutch Telecommunications Act 2004, y negociación de acuerdos de interconexión e interoperabilidad entre operadores; Vid., DUVERNOY, C., Y DESMEDT, A., “One year with electronic communications regulatory framework: A report on

## El Contrato Internacional de Hosting

nacional, sino que simplemente se acuerda la interconexión o el acceso con otro operador nacional para dar un servicio a sus usuarios.

Así pues, inicialmente, la interconexión se ha de formalizar a través de acuerdos entre los operadores en el plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de solicitud de iniciación de la negociación, salvo prórroga convenida por las partes<sup>220</sup>. Pero, si en este plazo de cuatro meses, o en el plazo estipulado por las partes, no se ha logrado el acuerdo de interconexión, la CMT puede intervenir exigiendo que se haga efectiva la interconexión y fijando condiciones para la misma.

Su intervención sólo se producirá en última instancia cuando se hayan agotado las posibilidades de lograr un acuerdo, es decir, cuando uno de los operadores se niegue a satisfacer la solicitud de interconexión de otro operador, expresa o tácitamente; o cuando dos o más operadores, deliberadamente o por mero desinterés en la interconexión, no hayan interconectado sus redes y ello lesione los intereses públicos. En ambos casos la CMT emitirá un acto administrativo (arts. 11.4, 12, 13, 48.2 LGTe 2003 y art. 23 RD 2296/2004) en el que se exige al operador u operadores un determinado comportamiento que actualiza el deber técnico de proveer interconexión, imponiendo de manera coactiva deberes concretos de hacer, no hacer, y soportar<sup>221</sup>, es decir, en la resolución se exige la interconexión efectiva estableciendo un plazo para que las partes determinen, por la autonomía de la voluntad, la reglamentación de la

---

the results of the article 7 notification procedure”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005, pp. 2-3

<sup>220</sup> Vid., FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La comisión del mercado de las telecomunicaciones”, en *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*, DE LA QUADRA SALCEDO, T. (Coord), Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2003, pp. 66 y ss. Y Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y DE LA QUADRA-SALCEDO, T., (Coords), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, en AAVV, Civitas, Madrid, 1999.

<sup>221</sup> Vid., SANTAELLA GARCÍA ROYO, I., “Condiciones aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión. Comentarios al Artículo 12”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, CREMADES, J Y RODRÍGUEZ ARANA, J. (Coors), La Ley, Madrid, 2004, pp. 227-230



relación derivada del cumplimiento de ese deber. El incumplimiento de este deber impuesto da lugar a una infracción administrativa tipificada en la LGTe 2003.

Pero, ¿Qué ocurre si las partes han llegado a un acuerdo de interconexión pero éste es lesivo o no cubre las exigencias de los intereses en juego?, en estos casos la legislación vigente atribuye a la CMT la función de exigir la modificación de las cláusulas en atención a dos parámetros de interés general, la salvaguarda de la competencia y la interoperabilidad de los servicios. Si la CMT estima que las condiciones acordadas son lesivas para cualquiera de los intereses citados, emitirá un acto administrativo que imponga la obligación de suprimir la cláusula y establecerá un plazo para la realización de las pertinentes modificaciones<sup>222</sup>.

No obstante, y a pesar de la celebración o imposición de estos acuerdos, su ejecución no está exenta de dificultades y controversias<sup>223</sup>. El conflicto nace cuando alguno de los operadores se niega a cumplir voluntariamente aquello a lo que está obligado a tenor del acuerdo de interconexión, autónomamente celebrado, o de la resolución de la CMT en la que se impone la exigencia y en su caso las condiciones de interconexión. Las razones de esta falta de cumplimiento voluntario pueden ser variadas, unas justificadas como la ineficacia del vínculo obligatorio<sup>224</sup>, la falta de colaboración del otro operador obligado, el transcurso del plazo estipulado, pero otras carente de toda justificación y derivada del mero desinterés o voluntad rebelde al cumplimiento<sup>225</sup>. Las consecuencias más

---

<sup>222</sup> Vid., RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 5 DE FEBRERO DE 2004 (RO 2003/813) relativa al conflicto de acceso planteado por “Auna Telecomunicaciones SA” contra desarrollo del “Cable SA” en relación con la imposición de condiciones abusivas para el acceso a la red de desarrollo del Cable SA.

<sup>223</sup> Vid., BRISBY, P., “Dispute Resolution in Telecoms. The regulatory perspective”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005, pp. 2

<sup>224</sup> Vid., RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 29 DE ENERO DE 2004 (RO 2003/1785) en virtud de la cual se procede a declarar concluso el conflicto de Interconexión entre “Veo Televisión SA” y “Retevisión I, SA” por desistimiento de la primera entidad; y Vid., RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 8 DE ENERO DE 2004 (RO 2003/1604) por la que se pone fin al conflicto de interconexión entre las entidades “Telefónica de España SAU” y la operadora de telecomunicaciones “Opera SL” por desaparición sobrevenida del objeto

<sup>225</sup> Algunos ejemplos de Resoluciones de la CMT en este sentido son las siguientes: RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 15 DE JULIO DE 2004 (DT 2003/162) sobre reparto de los costes de la entidad de referencia de portabilidad; RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 29 DE ENERO DE 2004 (RO 2003/1071) por

## El Contrato Internacional de Hosting

frecuentes del conflicto pueden ser, por un lado, la falta absoluta de provisión de interconexión o su provisión de forma defectuosa, y por otra, la falta del pago de los servicios prestados<sup>226</sup>.

Los sistemas de resolución de estos conflictos privados surgidos en el ámbito de la interconexión son diversos:

- a) un procedimiento público ante la CMT cuya resolución pone fin al procedimiento administrativo y es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 14 LGTe 2003);
- b) un procedimiento arbitral ante la CMT (art. 48 LGTe 2003); y
- c) el proceso ante un órgano jurisdiccional civil, previo ejercicio por el interesado de las acciones civiles correspondientes<sup>227</sup>.

Los citados mecanismos de resolución de conflictos son concurrentes, en cuanto pueden versar sobre unos mismos hechos, pero no intercambiables. Su carácter concurrente se debe a la doble eficacia de la fuente constitutiva de la relación obligatoria de interconexión, entendida como relación privada de

---

la que se resuelve el conflicto de acceso planteado por “Comunitel Global SA” contra “Retevisión Móvil SA”; RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 18 DE DICIEMBRE DE 2003 (MTZ 2003/1356) por la que se fijan precios de interconexión de terminación de red de Telefónica Móviles España SA.

<sup>226</sup> Ejemplos de resolución de conflictos privados por la CMT son las resoluciones siguientes: 1) RESOLUCIÓN CMT DE 29 DE ABRIL DE 2002, (RO 2002/6202) sobre el conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España SAU solicitando autorización para resolver el vigente acuerdo general de interconexión con Teleconnect Comunicaciones SA por impago, y para desconectar ambas redes; 2) RESOLUCIÓN CMT DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2002, (RO 2002/7245) que resuelve el conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España SAU solicitando autorización para resolver el acuerdo de interconexión con Redes y Servicios Liberalizados SA por impago de servicios ya consumidos y para desconectar ambas redes;

<sup>227</sup> Junto a la CMT y a los órganos de la jurisdicción civil, también los órganos de defensa de la competencia (Servicio Defensa Competencia (SDC) y Tribunal Defensa Competencia (TDC)) pueden conocer de las infracciones en materia de interconexión, en cuanto éstas afecten a la competencia en el mercado, por ejemplo, constituyan abusos de posición dominante o contengan prácticas restrictivas de la competencia). En este sentido es interesante la RESOLUCIÓN DEL TDC DE 22 DE DICIEMBRE DE 2004, “*Telefónica Móviles España sobre precios aplicados a Vodafone*”, (disponible en [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es)) sobre Abuso de posición de dominio. Aplicación de precios discriminatorios a competidores. Condiciones del intercambio de tráfico entre operadores de red y Acuerdos generales de Interconexión. Acuerdo de Interconexión firmado por ambos operadores y notificado a la CMT.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

trascendencia pública<sup>228</sup>. Nada obsta para que la CMT inicie un procedimiento sancionador por incumplimiento de obligaciones derivadas de un acuerdo o resolución de interconexión y, simultáneamente, se siga ante la jurisdicción civil un proceso referente al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones civiles.

Por lo tanto, la CMT tiene la responsabilidad de resolver aquellos conflictos que puedan surgir, no solo durante la negociación, sino también durante la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión<sup>229</sup>, previa audiencia a las partes implicadas y en el plazo máximo de cuatro meses, sin perjuicio de que se puedan adoptar medidas provisionales<sup>230</sup> (con ciertos requisitos como la apariencia de buen derecho, y la necesidad y urgencia de la medida) hasta que se dicte la resolución, con el fin de garantizar la competencia efectiva y proteger el derecho de los consumidores a disfrutar de los servicios facilitados por los diferentes operadores<sup>231</sup>.

---

<sup>228</sup> Vid., MENDOZA LOSANA. A.I., “Competencia civiles y administrativas en los conflictos de acceso a redes de telecomunicaciones...”, op. cit., 2004, pp. 122

<sup>229</sup> La naturaleza de esta función de resolución de la CMT viene definida por las siguientes notas: a) Potestad administrativa de carácter instrumental, derivada de la relevancia pública de la interconexión, es decir, la CMT puede resolver conflictos privados en los que la cuestión a dirimir es el reconocimiento de pretensiones interpartes, fundadas en la existencia de un derecho subjetivo constituido por el acuerdo de interconexión; b) Su función queda limitada a relaciones interprivadas de trascendencia pública (es decir, que al menos uno de los contratantes ha de ser titular de redes públicas de telecomunicaciones u operador de servicios de telecomunicaciones accesibles al público, y que el conflicto afecte a la competencia e interoperabilidad de los servicios), por lo tanto no puede ejercer su potestad pública de resolución de conflictos en relación a cualquier contrato entre operadores, ni a cualquier controversia; c) Su intervención depende de la decisión unilateral y discrecional de uno de los contratantes, no puede imponerse con carácter obligatorio a los operadores.

<sup>230</sup> Sobre medidas provisionales, Vid., RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 29 DE ENERO DE 2004 (RO 2003/1363) por la que se resuelve el conflicto de Interconexión formulado por “Redes y Servicios Liberalizados SA” contra “Telefónica de España SAU” sobre la apertura de determinada numeración de red inteligente. La CMT adoptó medidas provisionales obligando a Telefónica a abrir la interconexión a los números asignados a Redes y Servicios Liberalizados y comunicados a Telefónica en escrito de 11 de julio de 2003, y llevar a cabo las medidas necesarias para la entrega efectiva a RSL de todas las llamadas a números 903 y 906 con destino a la red de ésta última.

<sup>231</sup> Vid., RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 18 DE MARZO DE 2003 (MTZ 2003/1386) por la que se fijan transitoriamente los precios de la interconexión de terminación de la red de Retevisión Móvil SA; y Vid., RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 18 DE DICIEMBRE DE 2003 (MTZ 2003/1357) por la que se fijan transitoriamente los precios de interconexión de terminación en la red de Vodafone España SA.

## El Contrato Internacional de Hosting

Contra la Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse con carácter potestativo, recurso de reposición ante la propia CMT en el plazo de un mes desde el día siguiente a su notificación o, directamente recurso Contencioso-Administrativo ante la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación (Art. 48.14 de LGTe 2003).

### 4- LA INCLUSIÓN DEL ACCESO A INTERNET COMO SERVICIO UNIVERSAL

La finalidad fundamental de la Directiva 2002/22/CE<sup>232</sup> fue reforzar los derechos de los usuarios finales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, en particular en lo que se refiere al servicio universal, ya que, como afirmaba la propia Comisión, *“la garantía de un acceso asequible para todos los ciudadanos a los servicios de comunicaciones necesarios para la participación en la sociedad de la Información se impone como imprescindible para asegurar una sociedad conectada y evitar la llamada fractura social entre conectados y no conectados”*. De nada hubiera servido abrir la competencia a los operadores de telecomunicaciones y proveedores de servicios de Internet, si ello no hubiera llevado su correlativo al garantizar un acceso a Internet asequible a todos los usuarios.

Con el sentido con el que lo establecía la Directiva, lo recogió la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, que incorporó tal Directiva al ordenamiento jurídico español<sup>233</sup>, en su artículo 22 al decir que *“se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica,*

---

<sup>232</sup> Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DO L 108/51 de 24 de Abril de 2002.

<sup>233</sup> El Tribunal de Justicia ha condenado a la República Helénica por incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Directiva al no adoptar las medidas legales para adaptarla al derecho

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

con una calidad determinada y a un precio asequible”, autorizando al Gobierno a “revisar y ampliar los servicios que se engloban dentro del servicio universal” en función de la evolución tecnológica, la demanda de servicios en el mercado o por consideraciones de política social o territorial<sup>234</sup>.

Bajo el mencionado concepto de servicio universal, el operador designado para la prestación de estos servicios, deberá garantizar, en los términos y condiciones establecidos por los artículos 27 y siguientes del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios<sup>235</sup>, entre otras materias<sup>236</sup>, el acceso a Internet.

Efectivamente el artículo 28 del Reglamento (y art. 22 a) de la LGTe 2003), indica que la conexión a la red telefónica pública, desde una ubicación fija<sup>237</sup>, deberá ofrecer a los usuarios, en todo el territorio<sup>238</sup>, la posibilidad de establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a

---

interno, STJCE de 15 de diciembre de 2005, en el asunto C-252/04 “Comisión CE v. República Helénica”, disponible en <http://curia.eu.int>

<sup>234</sup> Vid., GARCÍA FERNÁNDEZ, A., “Servicios Universal: comentarios a los artículos 22-24” en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dir.), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004, pp.333 y ss.

<sup>235</sup> Real Decreto 424/2005 de 15 de abril por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. (BOE nº 102 de 29 de abril de 2005). Este Reglamento desarrolla el Título III y el Capítulo I del Título II de la Ley 32/2003, a la vez que modifica otras normas vigentes reguladoras de las comunicaciones electrónicas y de las telecomunicaciones.

<sup>236</sup> Otras materias que configuran el contenido del concepto de Servicio Universal son, la puesta a disposición gratuita de una guía telefónica general; Una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en todo el territorio nacional; Facilitar la accesibilidad para las personas con discapacidad; Cobertura para efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde cualquier teléfono público marcando el número 112 u otros establecidos al efecto. Sobre este tema Vid., RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 12 DE ENERO DE 2006 (DT 2005/1731) relativa a la consulta formulada por la entidad Vodafone España SA acerca del tratamiento de Interconexión de aquellos servicios de emergencia de ámbito local que no disponen de traducción a un número geográfico en ese ámbito concreto

<sup>237</sup> Esta precisión, “en una ubicación fija” da perfecta cobertura a los supuestos de facilitación de acceso a la red telefónica a través de tecnologías no fijas (TRAC), supuestos ensayados en nuestro país en orografías complicadas como en Galicia y en Asturias

<sup>238</sup> Vid., INFORM IDATE, “Regulatory, Infrastructure and tariff aspects of electronic communications and broadband connectivity in the Outermost Regions (OR). A comparison of

## El Contrato Internacional de Hosting

Internet, con arreglo a las recomendaciones pertinentes de la serie V de la UIT-T, sin perjuicio de que se puedan utilizar otros interfaces, previa autorización del Ministerio. Esta inclusión de Internet, ya operada con la LSSICE<sup>239</sup>, exige expresamente que la conexión a dicha red se realice a velocidad suficiente<sup>240</sup>, es decir, “*la que se utiliza de manera generalizada para acceder a Internet(...) con conexión a la red mediante pares de cobre y módem para banda vocal*”, y con una calidad en la prestación del servicio adecuada.

En este sentido, el artículo 34 del Reglamento dispone que mediante orden se establecerán los niveles mínimos de calidad del servicio, ello conllevaría la asunción de un conjunto de obligaciones para los operadores de comunicaciones electrónicas y una garantía de servicio para los usuarios (art. 105 y 106 Reglamento), pues en caso de incumplimiento daría lugar a una indemnización por los perjuicios sufridos.

Efectivamente, todos estos aspectos han sido desarrollados por la Orden ministerial de 29 de marzo de 2006<sup>241</sup>, que establece un nuevo marco regulador de la calidad en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, e introduce dentro de la misma, no sólo los servicios de telefonía fija sino también los servicios de telefonía móvil y acceso a Internet. La información de los niveles de calidad que el operador se compromete a ofrecer al usuario, además de constar obligatoriamente en los contratos suscritos, deberá ser debidamente publicada en la página web, a la que se refiere el artículo 109 del Reglamento, con un apartado específico relativo a esta materia, indicando los parámetros para la

---

*current situation with that in the rest of the Community and neighbouring countries*”, December, 2005, pp. 48-69.

<sup>239</sup> Vid., CREMADES, J., Y GONZÁLEZ MONTES, J.L., “*La Nueva ley de Internet (Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la sociedad de la Información y del comercio electrónico)*”, en AA.VV, La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2003..

<sup>240</sup> Tener en cuenta la ORDEN ITC/701/2005, DE 17 DE MARZO, por la que se regulan las bases, el régimen de ayudas y la gestión y se realiza la convocatoria del programa de extensión de la banda ancha en zonas rurales y aisladas. BOE nº 69 de 22 de marzo de 2005.

<sup>241</sup> Orden ITC/912/2006, de 29 de marzo, por la que se regulan las condiciones relativas a la calidad de servicio en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. BOE nº 77 de 31 de marzo de 2006.

## La Infraestructura del Servicio Internacional de Hosting

medida de la calidad del servicio<sup>242</sup>, fácilmente localizable y con información sobre las vías de reclamación por parte de los usuarios, en su caso.

En relación con lo expuesto, y si se tiene en cuenta el carácter naturalmente oneroso del servicio universal para el operador obligado a prestarlo (Art. 36 y ss del Reglamento), resulta obvio que, los constructores de nuevas infraestructuras y los titulares de las infraestructuras alternativas existentes, debieran estar obligados a participar en su sostenimiento.

Para ello, sólo existen dos vías posible, o comparten sus cargas prestando una parte del contenido del servicio universal, o contribuyen al sostenimiento de los costes añadidos de quien lo realice. Tanto la LGTe 2003 como el Reglamento establecen que el Ministerio podrá designar uno o más operadores para que garanticen la prestación del servicio universal en todo el territorio nacional, siendo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la que determinará si procede la compensación por el coste del mismo así como la financiación de dicho coste, creándose para este fin el llamado Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal en el art. 24.3 LGTe y en los art. 50 y ss del Reglamento, y cuya gestión se confía a la CMT.

Por último, nos vemos obligados a hacer una observación, y es que la regulación del servicio universal de telecomunicaciones, y en concreto del acceso a Internet, se apoya en múltiples y variados conceptos indeterminados, debidos en gran parte a los conceptos o nociones propias de las tecnologías empleadas, y ello plantea la dificultad de la exigibilidad, por parte de los usuarios afectados, de estas prestaciones que como parte del servicio universal están configuradas como deberes para el operador y derechos para los usuarios.

---

<sup>242</sup> Como parámetros para la medida de la calidad del servicio se utilizan los definidos por el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI), que vienen recogidos en la guía ETSI EG 202 057. Para el acceso a Internet las medidas de calidad se incorporarán a partir del 1 de enero de 2007.

## El Contrato Internacional de Hosting

Por ello, y dado que, como se suele decir, sólo puede exigirse lo que está definido de forma concreta, el legislador debería delimitar de forma clara las obligaciones de los operadores (por ejemplo, control del tiempo de suministro de la conexión inicial, tiempo definido de interrupción del servicio, causas imputables a los usuarios y causas imputables al operador, límites a las desviaciones por zonas geográficas y por número de usuarios en un período determinado, etc), para que así sea más sencillo para los consumidores, y usuarios en general, reclamar su cumplimiento.



## **CAPÍTULO II**

# **RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL Y REGULACIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING**



## I- CONCEPTUALIZACIÓN

Tras el entorno creado con la existencia y omnipresencia de Internet, así como con la liberalización de las telecomunicaciones y apertura de la competencia a los diversos operadores, el derecho no podía hacer otra cosa que *juridificar* lo que la economía y la tecnología ya habían llevado a la práctica.

Ha sido un fenómeno que no solo ha dado lugar a una nueva forma de vida sino también a una nueva forma de contratación, habiendo supuesto la aparición de nuevas posibilidades de negocio y de nuevas relaciones contractuales complejas, situaciones jurídicas conflictivas de difícil delimitación. Una de ellas, es el contrato internacional de *Hosting*.

Aunque es éste un contrato de difícil definición, no obstante podemos conceptualizarlo como “aquel en virtud del cual dos partes acuerdan que una de ellas (el cliente) pueda instalar sus propias aplicaciones informáticas y contenidos en los componentes de Hardware y Software de la otra parte (el ISP) a cambio del pago del precio convenido”, es decir es aquel en virtud del cual el cliente contrata con el proveedor una serie de servicios, todos ellos vinculados a Internet, destacando como principal, el alojamiento en el servidor del ISP (o en el servidor de un tercero arrendado por el ISP) de un espacio para la página Web del usuario (denominado *Internet Presence Provider*) y, como secundario, pero directamente relacionado, el caudal de acceso o velocidad de transferencia a Internet en las condiciones de conectividad ofertadas. De esta forma se presta la infraestructura necesaria para que el sitio Web del cliente este disponible en Internet.

## El Contrato Internacional de Hosting

Además, como prestaciones adicionales, no obligatorias, algunos proveedores también suelen poner a disposición del usuario-cliente de *Hosting* diversas herramientas informáticas que le permitan acceder a los distintos servicios de Internet, así podrían ofrecer la intervención del mismo proveedor como “tercero de confianza” para acreditar la prueba de una comunicación o de un contrato electrónico; registrar la dirección (DNS) del cliente en determinados buscadores; incluir referencias ocultas en el código subyacente del sitio Web (*metatags*); ayudar a la conversión de documentos del cliente en formato HTML para su empleo en las páginas Web; así como la gestión de las respuestas a solicitudes de terceros en las páginas interactivas del usuario-cliente<sup>243</sup>.

En definitiva, el concepto aceptado, a nivel de proveedores internacionales de Internet, sobre servicios de Web Hosting<sup>244</sup> es el siguiente: “*A web hosting service is a type of Internet hosting service that provides individuals, organizations and users with online systems for storing information, images, video, or any content accessible via the Web*”.

Relacionado con lo anterior, se puede entender que son proveedor de servicios de Web Hosting: “*Web hosts are companies that provide space on a server they own for use by their clients as well as providing Internet connectivity, typically in a data center. Web hosts can also provide data center space and connectivity to the Internet for servers they do not own to be located in their data center*”

Pueden señalarse dos características comunes de este tipo de contratos, con independencia de las prestaciones adicionales concertadas:

---

<sup>243</sup> Sobre el contenido y prestaciones de los contratos informáticos, Vid., CLARIZIA, R., “Il contratto informatico”, en AAVV, a cura di S. MAZZA-MUTO, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 694 y ss; Vid., CORRIPIO GIL DELGADO, M.R., “Los contratos informáticos. El deber de información precontractual”, Comillas, Madrid, 1999, pp. 19 y ss;

<sup>244</sup> Cuando en este trabajo nos referimos a *Hosting* estamos haciendo mención del servicio de *Web Hosting*. Dentro del concepto genérico de *Web Hosting* o alojamiento de una página Web, podemos incluir el llamado *File Hosting* (alojamiento sólo de ficheros), *Image Hosting* (alojamiento de imágenes), *Music Hosting* (alojamiento de música), *Video Hosting* (alojamiento de videos y películas), o *Game Hosting* (alojamiento de juegos interactivos por Internet).

- A) Habitualmente suelen ser contratos de adhesión suscritos por medios electrónicos, toda vez que, si bien cada usuario determina contractualmente los servicios que precisa (mediante un clic en el icono correspondiente), las condiciones de prestación comunes a todos ellos son las impuestas y predeterminadas por el proveedor o ISP; y
- B) Existe una clara tendencia de los proveedores de servicios de Internet, en general, y de los proveedores de *Hosting*, en particular, a incorporar cláusulas de exoneración de responsabilidad. Tales cláusulas no son admisibles en todos los ordenamientos jurídicos; particularmente el ordenamiento jurídico español las considera inaplicables admitiendo, eso sí, el que se establezcan ciertas limitaciones<sup>245</sup> a la responsabilidad de los ISP dependiendo de la actividad que realicen.

En definitiva, y aunque las calificaciones doctrinales sobre la categoría de este tipo de contratos no son pacíficas ni unánimes<sup>246</sup>, podemos afirmar que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una normativa específica que regule este tipo de contratos internacionales de *Hosting*.

Tal circunstancia, unida a la práctica habitual de realizar la contratación de los mismos *on line*, determina que, a efectos de legislación aplicable, será preciso acudir a las disposiciones tradicionales de carácter general aplicables en todo ámbito contractual, y además, bien en atención al medio empleado, bien en atención a la naturaleza de las partes, será necesario tener en cuenta no sólo lo dispuesto por la legislación específica en el ámbito de la contratación electrónica, sino también determinadas normas especiales, tanto comunitarias

---

<sup>245</sup> Vid., SIGÜENZA HERNÁNDEZ, F.J., “Contratos de las nuevas tecnologías”, en *Contratos Mercantiles 2003-2004*, Francis Lefebvre SA, Madrid, 2002, pp. 1026

<sup>246</sup> Algunos autores consideran que este tipo de contratos no constituyen una nueva categoría contractual, Vid., MENÉNDEZ MATO, J.C., “*El contrato vía Internet*”, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 173; Vid., MORENO NAVARRETE, M.A., “*Contratos electrónicos*”, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 35. Otros por el contrario, sí que entienden que estamos ante una nueva categoría de contratos, Vid., FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “La contratación electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999 sobre firma electrónica”, en *Actualidad Civil* nº 14, abril 2000, pp527 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

como autónomas, de tutela del consumidor electrónico, que en atención a argumentos de fondo, en ocasiones alteran las prescripciones generales.

## II.-NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING

El debate suscitado acerca de la calificación jurídica como arrendamiento de servicios o de obra de los contratos informáticos dista de ser bizantino, habida cuenta de las diferentes consecuencias que lleva aparejado adoptar un criterio o el otro. De tal forma, de calificarse como un arrendamiento de servicios<sup>247</sup>, las obligaciones del proveedor serían obligaciones de medios, de tal modo que el acreedor debería acreditar el incumplimiento y además la culpa del deudor, que no se presume. Por el contrario, si se califica como arrendamiento de obra<sup>248</sup>, las obligaciones del proveedor serían de resultado, y al usuario o acreedor de la prestación de que se trate sólo le bastaría con probar el incumplimiento, de modo tal que si no se da el resultado, el deudor sólo se exonera de culpa probando el caso fortuito o la fuerza mayor.

El contrato internacional de *Hosting*, como todos los contrato informático de suministro de servicios de Internet<sup>249</sup>, no tiene una calificación jurídica uniforme, y así lo afirmó el Tribunal Supremo en su sentencia del de 12 de diciembre de 1988<sup>250</sup>, la diversidad de prestaciones en que puede consistir hace factible su asimilación o a un contrato de actividad (asimilable a su vez al

---

<sup>247</sup> Si lo calificamos así, aparecería como arrendatario el usuario cliente, mientras que el arrendador sería el prestador o ISP. El usuario contrataría buscando como finalidad el servicio o trabajo en sí, independientemente del resultado.

<sup>248</sup> En este caso, una de las partes se compromete a realizar un trabajo o resultado y la otra a pagar por esa obra un precio en dinero. El arrendador sería el proveedor y el arrendatario el usuario cliente.

<sup>249</sup> Sobre los contratos informáticos, Vid., LIPOVETSKY, S., “Les clauses limitatives de responsabilité et de garantie dans les contrats informatiques: approche comparative France/Etats Unis”, en *Petites affiches*, n° 152, 2000, pp. 20 y ss; Vid., LE TOURNEAU, P., “*Theorie et pratique des contrats informatiques*”, Dalloz, Paris, 2000;

<sup>250</sup> A propósito de los contratos informáticos, Vid., SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 12 de diciembre de 1988, (RJ 9430, 1988). El alto tribunal se pronunció sobre la contratación informática en general afirmando que no se le puede asignar una calificación jurídica uniforme.

## El Contrato Internacional de Hosting

de arrendamiento de servicios) o a un contrato de resultado, dentro del concepto genérico de arrendamiento de obra.

Usualmente, sí que podemos afirmar que, se trata de negocios jurídicos atípicos y complejos, afirmación que corrobora la jurisprudencia en numerosas sentencias<sup>251</sup>, y que presentan caracteres comunes con otros contratos lo que dificulta determinar con precisión su naturaleza jurídica.

Como hemos definido, los contratos internacionales de *Web Hosting* suelen estar orientados a la prestación del servicio clásico, el alojamiento en el servidor del ISP (o en el servidor de un tercero arrendado por el ISP) de un espacio para la página Web del usuario, y de manera colateral también se incluye el caudal de acceso o velocidad de conexión a Internet en las condiciones pactadas, a través de los medios de acceso del proveedor de servicios de *Hosting* (ya ofrezca dicho acceso directamente por sí mismo o a través de terceros), sin perjuicio, como ya hemos indicado, de poder conllevar prestaciones adicionales.

Todos estos elementos, ocupación o uso de los equipos informáticos del ISP, la conexión a Internet junto a los correspondientes servicios de mantenimiento y soporte técnico, son partes integrantes de los contratos de suministro de servicios de *Hosting*, en consecuencia, implican no sólo una actividad sino también una obligación de resultado, pero, en mi opinión, entendiendo a ésta inserta en la propia provisión del servicio, todo ello, generalmente, a cambio de un precio, por lo que, aunque algunos<sup>252</sup> lo califican como un contrato mixto, creo que razonablemente podemos afirmar que, éstos

---

<sup>251</sup> A propósito del contrato informático de Outsourcing: SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2004 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, en el Recurso de apelación interpuesto por “*Grupo Moliner Consultores SA v Motorola España SA*” (JUR 2004/245260). A propósito de un contrato mixto de servicios informáticos e instalación de equipos informáticos: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 10 de julio de 2003, en los recursos interpuestos por “*Alfa Byte SL y Grupo Consist SA*”(RJ 664, 2003)

<sup>252</sup> Vid., CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, MA., Y RODRÍGUEZ DE CASTRO, EP., “*La contratación informática, el nuevo horizonte contractual: los contratos electrónicos e informáticos*”, Comares, Granada, 2000, pp. 115 y ss.



contratos se pueden configurar jurídicamente como “*contratos atípicos de arrendamiento de servicios, bilaterales y onerosos*”.

Si bien es cierto lo anterior, en la actualidad es generalizada la suscripción de estos tipos de contratos directamente desde Internet, es decir contratación *on line*, esta afirmación, unida a la realidad de que una de las partes contratantes no participa en la formación del contenido del contrato, nos lleva a sostener que, en estos casos, estamos, además, ante “*contratos electrónicos de adhesión negociados a distancia*”.

La expresión *contrato de adhesión* hace referencia a un contrato en el que una de las partes contratantes no ha participado en la formación del contenido del mismo, sino que se ha limitado a adherirse a un contenido contractual ya fijado. En estos contratos, se debilita el poder de autorregulación de los propios intereses o libertad de establecer cualesquiera contenidos contractuales que tienen las partes, pudiendo llegar incluso a desaparecer.

El fenómeno de la contratación por adhesión plantea la reducción de la autonomía de la voluntad o la libertad de contratación a la faceta del principio de libertad contractual, es decir, a la libertad de decidir si se quiere o no contratar. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 28 de noviembre de 1997<sup>253</sup>, tras definir el contrato de adhesión, declaró que en estos contratos se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente).

De esta manera, si las cláusulas incorporadas a un contrato internacional de *Hosting* han sido predispuestas por una de las partes en el marco de su actividad profesional o empresarial y han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos<sup>254</sup>, tendrán el

---

<sup>253</sup> RAJ 8435/1997 de 28 de noviembre. Jurisprudencia que se repite en varias sentencias posteriores, por ejemplo, STS de 13 de noviembre de 1998 (RJ 863, 1998)

<sup>254</sup> Vid., BARRIUSO RUIZ, C., “*La contratación electrónica*”, Madrid, 1998, pp. 180 ss; Vid., BOCHURBERG, L., “*Internet et Commerce électronique*”, Paris, 1999, pp. 42 ss

carácter de “condiciones generales de la contratación”<sup>255</sup>, y serán nulas de pleno derecho en los supuestos contemplados por el art. 8 de la Ley de condiciones generales de la contratación (LCGC)<sup>256</sup>, es decir, si contradicen, en perjuicio del adherente, una norma imperativa o resultan abusivas<sup>257</sup>.

Es más, el artículo 5.4 de LCGC dispone que “*en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan*”<sup>258</sup> la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”.

Así, si se trata de un *contrato electrónico de adhesión* debe poder demostrarse que el destinatario, es decir el cliente, conocía lo que contrataba y las condiciones en las que lo hacía y que, previo a su aceptación, consintió o prestó su consentimiento a la contratación.

A efectos de acreditar la conformidad real de los contratantes, el oferente o proveedor de servicios de *Hosting*, debe cerciorarse del cumplimiento de los siguientes requisitos:

---

<sup>255</sup> En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., “Derecho de la contratación y condiciones generales” en *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp, 270 a 373.

<sup>256</sup> Vid, los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. BOE nº 89 de 14 de abril de 1998. Modificada por Ley 39/2002 de 28 de octubre de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores. BOE nº 259 de 29 de octubre. Y tener en cuenta también la STJCE de 9 de septiembre de 2004 “*Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España*, ( Rec. 2004 I-7999), en la que se condena a España por mala transposición de la Directiva de cláusulas abusivas al ordenamiento jurídico español

<sup>257</sup> Siempre y cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Vid., CABELLO DE LOS COBOS, L.M., “Condiciones generales de la contratación electrónica” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, la Ley, Madrid, 2001, pp. 464-502.

<sup>258</sup> La remisión que el precepto hacía a “términos que reglamentariamente se establezcan” fue cumplida mediante el RD 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se reguló la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. BOE, 313, de 31 de diciembre de 1999. La Disposición Adicional Quinta de la LSSICE ordenó al gobierno modificar dicho RD, para adaptarlo a lo dispuesto en dicha Ley.

- Que el destinatario o cliente haya tenido la oportunidad de leer y aceptar el clausulado o conjunto de cláusulas, para lo cual es conveniente ofrecerle la posibilidad de imprimirlo y, si lo desea, cortar la conexión, así como la posibilidad de almacenar y reproducir posteriormente tales condiciones contractuales;
- Que las cláusulas del contrato consten en una página de visualización forzosa ubicada antes del formulario de pedido, de modo que sea imposible realizar el pedido o servicio, consintiendo en el mismo, sin haber tenido al menos la oportunidad de leer las cláusulas del contrato de suministro de servicios de *Hosting*.
- Que se permita al destinatario o cliente, con carácter previo a prestar el consentimiento, bien abandonar, por no estar interesado en la contratación, bien acceder al formulario de pedido determinando mediante una pulsación o clic los servicios que quiere contratar.
- Y que en el formulario de pedido se incorpore un botón de aceptación por el cual el cliente declare haber leído y aceptado el clausulado, procediendo sólo en ese caso, al pulsar el botón, a perfeccionar el contrato.

El denominado "*clic-wrap contract*" o "*web-wrap contract*" es el contrato electrónico de adhesión por antonomasia en el marco del suministro de los servicios de *Hosting*. En el mismo, el perfeccionamiento del contrato, negociado a distancia<sup>259</sup>, se produce en el momento en que, leído el clausulado y cumplimentado el formulario de pedido, el destinatario o cliente pulsa el botón

---

<sup>259</sup> El artículo sexto de la Ley 47/2002 de 19 de diciembre (BOE, 304 de 20 de diciembre de 2002), que reforma la Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directiva comunitarias, modifica la Disposición Adicional primera de la LOCM y establece que en la contratación con consumidores, la normativa aprobada se aplicará también a los contratos negociados a distancia referentes a la prestación de servicios, en nuestro caso, servicios de *Hosting*. No obstante, y aunque se aplique esta normativa a este tipo de contratos celebrados por un consumidor, el artículo 38, después de la reforma de la LOCM en su apartado sexto establece que "*Cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*", dando preferencia a la normativa referente a la contratación electrónica sobre las ventas a distancia.

## El Contrato Internacional de Hosting

de aceptación o icono en la pantalla. Ello no obsta a la necesidad de que el oferente o ISP confirme la recepción de la aceptación, como así lo establece el art. 28 de la LSSICE, bien mediante otra pantalla de confirmación posterior o bien mediante un mensaje de correo electrónico o un SMS a la dirección o teléfono facilitado por el cliente.

De todo lo expuesto, podemos razonablemente entender que el contrato internacional de *Hosting* se puede calificar como un *contrato atípico de arrendamiento de servicios, bilateral y generalmente oneroso, negociado a distancia al que se adhiere el contratante mediante la utilización de medios electrónicos*”

### **III- PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE HOSTING.**

Varios son los principios básicos sobre los que se fundamenta la contratación en Internet. Bien de una manera expresa o bien mediante una tarea inductora, a partir de las disposiciones vigentes en la materia, se llega a afirmar la existencia de cinco de dichos principios aplicables al contrato internacional de *Hosting* que analizamos, afirmación que hacemos, ciertamente, sin ánimo excluyente de algún otro que pueda surgir. Los principios en cuestión<sup>260</sup>, son los siguientes:

1. Principio de la equivalencia funcional de los actos en soporte electrónico frente a los actos en soporte tradicional;
2. Principio de neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras de la contratación en Internet;
3. Principio de inalteración del Derecho preexistente sobre obligaciones y contratos;
4. Principio de exigencia de buena fe; y
5. Principio de libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto de la contratación en Internet.

#### **1- PRINCIPIO DE LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL DE LOS ACTOS EN SOPORTE ELECTRÓNICO FRENTE A LOS ACTOS EN SOPORTE TRADICIONAL.**

La afirmación de la equivalencia entre la voluntad emitida por escrito (en forma manual e incluso oral) y la emitida electrónicamente asegura a quienes usan de esta última la certidumbre de que los efectos jurídicos deseados se

---

<sup>260</sup> En igual sentido, Vid., FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “Algunas notas acerca de la contratación y el comercio electrónico”, en *Contratación y Comercio Electrónico*, coordinado por ORDUÑA MORENO, F.J., CAMPUZANO, A.B., PLAZA PENADES, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp., 240-265

van a producir y van a ser reconocidos por el ordenamiento, aun cuando no haya sido empleado ninguno de los clásicos soportes hasta ahora utilizados y reconocidos tradicionalmente de modo expreso para su declaración<sup>261</sup>.

El significado de este principio o regla de la equivalencia funcional, según consideraciones doctrinales<sup>262</sup>, se puede formular afirmando que “la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, o eventualmente su expresión oral, respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado”

Este principio ya obtuvo carta de naturaleza en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, concretamente con ocasión de las tareas de elaboración de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico<sup>263</sup> culminadas en 1996. Sin embargo, la aparición inicial y primera formulación positiva de la regla tuvo lugar con anterioridad a la culminación de los trabajos de redacción de dicha ley, se produjo, pues, en el artículo 11.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995<sup>264</sup>. Después de la Convención, la expresión típica y el principio que encerraba, fue incorporado al texto complementario de la propia Ley Modelo denominado “Guía para la incorporación al derecho interno de la LMCUCE”<sup>265</sup>. Sin llegar a formular

---

<sup>261</sup> Para un estudio detallado sobre esta equivalencia, Vid., CRUZ RIVERO, D., “Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente a la firma manuscrita”, en *Revista de la contratación electrónica*, nº 60, 2005, pp. 3-122

<sup>262</sup> Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., “La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, Pamplona, 2003, pp. 19-33

<sup>263</sup> Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico, con la guía para su incorporación al derecho interno de 1996, Naciones Unidas, NY, 1997.

<sup>264</sup> Convención de las Naciones Unidas que entró en vigor el 1 de enero de 2000. El citado precepto 11.2 establece que “la promesa podrá disponer o el garante /emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante/ emisor del documento que contenga la promesa, o algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución, de haberse emitido la promesa en forma que no sea papel, será necesaria para la extensión del derecho a reclamar el pago...”

<sup>265</sup> Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico ...op. cit.; Su publicación con el nuevo artículo 5bis (aprobado en 1998) fue en Nueva York, 1999. El artículo

expresamente el contenido de la regla, el criterio del “equivalente funcional” es ampliamente descrito en el texto de la citada guía<sup>266</sup>.

En la actualidad este principio ha quedado plenamente consagrado a nivel internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 23 de noviembre de 2005<sup>267</sup>, cuyo artículo 8.1 establece que “*No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica*”. Y el artículo 9.2 continúa diciendo que “*Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta*”.

En los últimos años este principio ha ido, lógicamente, extendiéndose a través de los principales ordenamientos jurídicos, por encontrarse en él uno de los más firmes pilares para la validación de la contratación electrónica celebrada. En Estados Unidos, desde el año 2000, el artículo 101 (a) de la “*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*”<sup>268</sup>, constituye la norma básica de incorporación del principio a escala federal.

---

5 dice así: “No se negaran efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. Cuando habla de “información” ha de entenderse toda declaración prenegocial, negocial o postnegocial efectuada por el emisor de un mensaje de datos, que se convierte en datos constitutivos de información en el sentido electrónico del término.

<sup>266</sup> La expresión “equivalente funcional” hace su aparición en la guía de la LMCUCE en términos generales a partir del epígrafe 15 y hasta el 18.

<sup>267</sup> Aprobada por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la 53ª sesión plenaria de 23 de noviembre de 2005. Documento A/RES/60/21 de 9 de diciembre de 2005. Es interesante tener en cuenta los documentos que anteceden a la redacción definitiva de esta Convención, como el Informe del Grupo de Trabajo sobre Comercio electrónico acerca de la labor realizada en su 44º periodo de sesiones, A/CN.9/571 de 8 de noviembre de 2004; o las disposiciones contenidas en el Proyecto de Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el contexto de los contratos internacionales, A/CN.9/WG.IV/WP.110 de 18 de mayo de 2004.

<sup>268</sup> 106th Congress of United States of America, *Electronic Signatures in global and National Commerce Act*, de 29 de junio de 2000.

## El Contrato Internacional de Hosting

En el ámbito comunitario encontramos la Directiva de Firma electrónica<sup>269</sup> y la Directiva de Comercio Electrónico<sup>270</sup>, que de manera específica someten tres grandes aspectos de la contratación en Internet al principio de la equivalencia funcional, se trata, por un lado, del concepto de escrito o documento escrito, por otro, de la noción de firma, y por último, del cumplimiento del eventual requisito legal o convencional de producción o presentación de documento o documentación original. Además de lo anterior, también el Reglamento (CE) 44/2001 sobre competencia judicial y reconocimiento<sup>271</sup> en su artículo 23.2 establece que *“Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”*.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, un primer reconocimiento de los efectos jurídicos del principio de equivalencia funcional, ya que no una formulación explícita del mismo, tuvo lugar en el artículo 3.1 del RDL sobre firma electrónica<sup>272</sup>. Sin embargo, la consagración de este principio en España se produjo por vía del artículo 23 de la LSSICE<sup>273</sup>, que dice:

*“1-Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos sus efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos para su validez.*

.....

*3- Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”*

---

<sup>269</sup> Directiva 1999/93/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la Firma electrónica. DO L 13/12 de 19 de enero de 2000.

<sup>270</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el Comercio electrónico en el mercado interior. DO L178/1 de 17 de febrero de 2000. En su Considerando 34 advierte que “todo Estado Miembro debe ajustar su legislación en cuanto a requisitos, y especialmente los requisitos formales, que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica”

<sup>271</sup> DO L 12 de 16 de enero de 2001.

<sup>272</sup> Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, BOE 224 de 18 de septiembre de 1999.

<sup>273</sup> BOE nº 166 de 12 de julio de 2002.



## **2- PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA DE LAS DISPOSICIONES REGULADORAS DE LA CONTRATACIÓN EN INTERNET.**

Principio que en esencia quiere decir que, las normas reguladoras del Comercio Electrónico en general y de la contratación electrónica de *Hosting* en particular, han de resultar aplicables a todos los actos y negocios jurídicos realizados electrónicamente, sin restricciones tecnológicas, es decir, las normas reguladoras no se han de referir a una concreta tecnología de entre las disponibles en el mercado, sino a todas las existentes, tanto actuales, en el momento en que se formulan, como futuras, sin necesidad de verse sometidas a modificación<sup>274</sup>.

La formulación expresa del principio de neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras de la contratación electrónica aparece en la Guía para la incorporación a los ordenamientos nacionales de la LMCUCE, concretamente el epígrafe 8 dice que *“cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo”*.

## **3- PRINCIPIO DE INALTERACIÓN DEL DERECHO PREEXISTENTE SOBRE OBLIGACIONES Y CONTRATOS**

Con este principio lo que se pretende afirmar es que las reglas, que han sido ya introducidas para disciplinar el comercio electrónico y concretamente la contratación vía Internet del *Hosting*, no implican una modificación sustancial del derecho preexistente sobre obligaciones y contratos, nacional o internacional, en el momento en que la articulación jurídica de la electrónica, como instrumento de transacciones comerciales, tiene lugar.

---

<sup>274</sup> Lo que se acaba de afirmar, se entiende en un horizonte cronológicamente razonable, las tecnologías electrónicas incipientes deben ser comprendidas por las normas en la misma medida y extensión en que lo son las tecnologías plenamente operativas al día de la aprobación de dicha norma. En este sentido, ILLESCAS ORTIZ, R., *“Derecho de la Contratación electrónica”*, Madrid, Civitas, 2001, pp, 20 y ss.

Naturalmente esta afirmación parte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y de su significación jurídica<sup>275</sup>. La reglamentación, por tanto, de las relaciones obligatorias entre los ciudadanos perfeccionadas y ejecutadas por vía electrónica, no tiene que acarrear necesariamente un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y conclusión de los contratos. O, lo que es lo mismo, tanto los elementos esenciales del negocio jurídico como la tipología contractual preexistente no sufren alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito de la contratación digital.

Sin embargo, si bien es cierto que no se pretende modificar, excepto en lo referente a la legalización del nuevo soporte, el derecho preexistente sobre obligaciones y contratos, no es menos cierto que, la generalización del uso del soporte electrónico en ciertos ámbitos empresariales y respecto de determinados contratos, ha motivado un profundo cambio en la configuración jurídica de ese derecho preexistente aplicable a unos y a otros.

#### 4- PRINCIPIO DE EXIGENCIA DE BUENA FE.

El principio de exigencia de la buena fe constituye, como principio básico de la contratación en general y, como no, de la contratación de los servicios de

---

<sup>275</sup> Parte de la doctrina considera que los contratos electrónicos no constituyen una nueva categoría contractual, simplemente se celebran sustituyendo el lenguaje tradicional, oral y escrito, por el lenguaje electrónico: Vid., MENÉNDEZ MATO, J.C., “*El contrato vía Internet*”, op. cit., 2005, pp. 173; Vid., FLORES DOÑA, M<sup>ª</sup>S., “Impacto del comercio electrónico en el Derecho de la contratación”, en *Cuadernos Mercantiles*, nº 20, 2002, pp.21 y ss.; Vid., MADRID PARRA, A., “El negocio jurídico electrónico”, en *Revista de la contratación electrónica*, nº 28, 2002, pp.26 y ss; Vid., DAVARA RODRÍGUEZ, MA., “*Manual de derecho informático*”, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 188 y ss.; PINOCHET OLAVE, R., Y GRAMUNT FOMBUENA, M.D., “*Contratos electrónicos y defensa del consumidor*”, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp.28; Vid., MATEU DE ROS, R., “El consentimiento electrónico en los contratos bancarios”, en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, nº 79, 2000, pp.8 y ss.; Vid., MORENO NAVARRETE, M.A., “*Contratos electrónicos*”, op. cit., 1999, pp. 35. Otros por el contrario, sí que entienden que estamos ante una nueva categoría de contratos, Vid., FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “La contratación electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999 sobre firma electrónica”, en *Actualidad Civil* nº 14, abril 2000, pp 527 y ss; Vid., CARRASCOSA LOPEZ, V., POZO ARRANZ, MA., Y RODRÍGUEZ DE CASTRO, EP., “*La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*”, op. cit. 2000, pp. 115 y ss.

*Hosting*, una manifestación concreta de la afirmación de la inalterabilidad del Derecho preexistente de obligaciones y contratos.

En cuanto a su reconocimiento legal, y dejando a un lado su formulación en las codificaciones decimonónicas en materia civil y mercantil, lo encontramos, por un lado, en la LMCUCE, concretamente en su artículo 3.1 conforme al cual *“en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta (...) la necesidad de promover (...) la observancia de la buena fe”*, y por otro lado, más recientemente, en la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, de 23 de noviembre de 2005<sup>276</sup>, cuyo artículo 5.1 afirma que *“En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y velar por la observancia de la buena fe en el comercio internacional”*.

En el contexto de la contratación vía Internet la exigencia de la buena fe para quienes participan en el mismo, dada la desconfianza que el nuevo entorno genera en los operadores comerciales nacionales e internacionales, debe afirmarse con más rigor si cabe que cuando se trata de un comercio tradicional, verbal o manual.

##### **5- LA NECESARIA LIBERTAD DE PACTO Y SU EJERCICIO EN EL NUEVO CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN EN INTERNET**

Al igual que el anterior, también este principio está relacionado con el postulado de la inalterabilidad del derecho preexistente sobre obligaciones y contratos con ocasión de su aplicación por vía electrónica. En la mayoría de los diferentes sistemas jurídicos existe una norma que garantiza, dentro de los límites lógicos, la libertad de contratación. Manifestación global de dicha afirmación lo constituye el artículo 1.1 de los Principios de UNIDROIT<sup>277</sup> al

---

<sup>276</sup> Documento A/RES/60/21 de 9 de diciembre de 2005.

<sup>277</sup> Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, UNIDROIT, Roma, 1995. Última versión de 2004, Rev. Dr. Unif. 2004-I, pp. 125

## El Contrato Internacional de Hosting

establecer que *“las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”*, regla ésta que no puede excluirse cuando la libertad contractual se ejercita en un entorno electrónico.

Por ello el artículo 4.1 de la LMCUCE establece que *“salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma un mensaje de datos, las disposiciones del Capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo”*<sup>278</sup>. Del mismo modo, el artículo 3 de la Convención sobre la Utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, establece que *“Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o exceptuar o modificar los efectos de cualquiera de sus disposiciones”*. En definitiva, en el contexto electrónico, la libertad de pacto queda reconocida y en su virtud las partes pueden convenir o pactar los efectos entre ellas de un modo distinto a como lo prevé la propia LMCUCE o la Convención.

Afirmación ésta con la que, según algunas tesis doctrinales<sup>279</sup>, queda patente que la utilización de un soporte electrónico no excluye la libertad contractual de manera diferente a como resultaría de llevarse a efecto por medios convencionales. No obstante, deben hacerse algunas matizaciones a esa afirmación, como así lo expuso la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>280</sup>, sobretodo teniendo en cuenta que en la mayoría de los supuestos de contratación vía Internet estamos hablando de contratos electrónicos de adhesión, por ello, más que de libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente) deberíamos hablar de libertad de contratar, es decir, la libertad de decidir si se quiere contratar o no.

---

<sup>278</sup> El Capítulo III al que se refiere el artículo 4.1 de la Ley Modelo regula las relaciones contractuales surgidas entre quienes contratan electrónicamente.

<sup>279</sup> Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., *“Derecho de la Contratación electrónica”*, Madrid, Civitas, 2001, pp 20 y ss

<sup>280</sup> RAJ 8435/1997 de 28 de noviembre. Jurisprudencia reiterada en STS de 13 de noviembre de 1998, op. cit., entre otras.

#### IV- ELEMENTOS DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE *HOSTING*.

##### 1- ELEMENTO SUBJETIVO: EL PROVEEDOR O ISP Y EL USUARIO CLIENTE O DESTINATARIO.

Las características específicas de las partes que dan nacimiento a un contrato internacional de *Hosting* van a determinar el régimen jurídico aplicable a la relación contractual creada<sup>281</sup>. Así pues, estaremos ante una relación mercantil, cuando las partes sean profesionales que intervienen dentro de su ámbito de actuación propio, con la finalidad de incorporar el servicio contratado a un proceso negocial, se trataría de relaciones B2B. Por otro lado, estaríamos ante una relación de consumo, cuando frente a una de las partes que actúa como proveedor de *Hosting* profesional se erige otra que perfecciona el contrato con la finalidad de comportarse como destinatario final sin ánimo negocial, en estos casos se trataría de relaciones B2C<sup>282</sup>.

Si bien las situaciones indicadas son las más importantes desde la perspectiva del Derecho privado, y las únicas que analizaremos en nuestro trabajo, no obstante, existen otras relaciones diferentes en atención a los sujetos participantes, como las que tienen lugar entre las empresas y las administraciones públicas (B2A), o las relaciones que podemos encontrar entre consumidores y la administración pública (C2A), o también las relaciones,

---

<sup>281</sup> Vid., SARZANA DI S. HIPÓLITO, F., “*I contratti di Internet e del commercio elettronico*”, Giuffré, Milano, 2001, pp. 19 y ss.; Otros autores no están de acuerdo con la clásica distinción entre contratos de empresarios, particulares o consumidores, Vid., LIPARI, N., “*Diritto privato e diritto privato europeo*”, en AAVV, *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Giuffré, Milano, 2002, pp. 1329 y ss.

<sup>282</sup> Vid., MENÉNDEZ MATO, J.C., “*El contrato vía Internet*”, op. cit., 2005, pp. 205-206

bastante frecuentes, entre dos particulares, calificadas como *Person to Person* (P2P)<sup>283</sup>.

En general, los ISP o *Internet Service Providers*, también llamados *On line service providers* (OSPs), son prestadores de servicios de intermediación que realizan diversas actividades cuyo fin es permitir que los contenidos e informaciones que circulan por la red lleguen a los destinatarios de los mismos<sup>284</sup>. Su servicio, por tanto, consiste en facilitar las condiciones y medios técnicos requeridos para la transmisión de los datos, sin intervenir en su elaboración ni presentación a los destinatarios.

En función de su participación en tal proceso cabe distinguir entre operadores de redes, proveedores de acceso, proveedores de alojamiento o almacenamiento, proveedores de copias temporales (actividad conocida como *caching*) y proveedores de enlaces. Ahora bien, no siempre un proveedor desarrolla una única función, en la práctica, hay ISP que son a la vez, proveedores de contenido, acceso, alojamiento y enlaces.

En la actualidad, es también frecuente que las operadoras de telecomunicaciones ofrezcan servicios de acceso y *caching*, e incluso realicen las demás actividades de intermediación<sup>285</sup>. En cualquier caso, por lo que al Derecho interesa, las obligaciones y responsabilidades las asumirán los ISP en función de la actividad que desempeñen en un momento dado, en relación a las normas que impongan tales obligaciones o que hayan resultado infringidas.

---

<sup>283</sup> Sobre las diferentes relaciones jurídicas que se pueden dar en el ámbito de Internet, Vid., MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Empresarios y profesionales en la sociedad de la información”, en *Cuadernos Mercantiles*, nº 33, Madrid, 2004, pp120 y ss; Vid., MARTÍN REYES, MA., “Servicios de la sociedad de la información: ámbito coordinado y sujetos de los mismos”, en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 41, 2003, pp. 8 y ss; Vid., MAS-FOVEAU, S., Y BENACHOUR-VERSTREPEN, M., “*Le commerce électronique en toute confiance. Diagnostic des pratiques et environnement juridique*”, op. cit, 2001, pp. 9 y ss.

<sup>284</sup> En sentido genérico, el artículo 2 b) de la Directiva sobre comercio electrónico define al “prestador o proveedor de servicios” como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información. Y la LSSICE, en el Anexo destinado a las definiciones, establece que “prestador o proveedor de servicios” (apartado c) es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información.

<sup>285</sup> Vid., APARICIO VAQUERO, J.P., “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 2, 2003-2, pp. 87-111.

Por su parte, el *destinatario*<sup>286</sup> será el beneficiario de los servicios prestados por los referidos proveedores. El destinatario puede ser de tres tipos:

- a) un usuario final, en el sentido más común del término, es decir, individuo particular demandante de información o adquirente de productos a través de la Red;
- b) otro prestador de servicios, es decir, una empresa que a través de su negocio virtual se convierte en proveedor de contenidos y es destinatario de un servicio de alojamiento y acceso en cuanto las páginas mediante las cuales ofrece sus productos y servicios sean almacenadas en servidores ajenos, contratados mediante el correspondiente contrato de *Hosting*<sup>287</sup>, y
- c) un usuario consumidor que, sin ánimo comercial, contrata el alojamiento de su página Web en un proveedor de *Hosting*, con el único objetivo de proporcionar información gratuita sobre sus preferencias o inquietudes.

Descartando al usuario final, como individuo particular, por su escasa vinculación jurídica con el objeto de nuestro trabajo, analizaremos a continuación los tres sujetos más relevantes en un contrato internacional de *Hosting*: el proveedor de contenidos o cliente-empresarial, el ISP de intermediación o proveedor de *Hosting*, y el usuario cliente-consumidor.

---

<sup>286</sup> Se ha criticado la imprecisión de la denominación “destinatario”, porque aunque la propia Ley establece en el apartado d) de su anexo que es “la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”, hay que considerar que la misma es indeterminada. Hubiera sido mejor utilizar el término usuario consumidor, usuario profesional, cliente, ect. Vid., BERCOVITZ, A., “*Apuntes de Derecho Mercantil*”, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2004, pp. 157-160

<sup>287</sup> La Directiva comunitaria define en el artículo 2 d) la figura del “destinatario del servicio” como cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible. Por su parte la LSSICE (apartado d del Anexo), al “destinatario del servicio” como la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información.

### 1.1. EL PROVEEDOR DE CONTENIDOS Y SERVICIOS

El *proveedor de contenidos y servicios* suministra la información o servicios *on line* que se transmiten a través de Internet, así como los productos, electrónicos o no, que pueden adquirir, todos los usuarios, sean consumidores finales<sup>288</sup> o no, a través de la red.

Como suministrador de contenidos, en sentido amplio, puede ser cualquier persona, física o jurídica, que ofrezca información a través de cualquier medio electrónico (ya sea página Web, email, BBS, etc.), sean dichos contenidos resultado de una elaboración propia del proveedor, o bien sean contenidos *on line* obtenidos de un tercero, pero en ese caso, con las correspondientes autorizaciones, asumiendo, en el supuesto contrario, la responsabilidad derivada por infracción de los derechos de autor.

Responsabilidad imputada, por este motivo, a estos proveedores, en numerosas resoluciones jurisprudenciales norteamericanas, como "*Playboy v. Hardenburgh*"<sup>289</sup> y "*Playboy v. Webworld*"<sup>290</sup>, entre otras, donde se consideró la puesta a disposición de obras protegidas en un sitio Web o en un BBS, para que sus clientes las descarguen desde sus terminales informáticos, como una distribución de ejemplares que generaba la responsabilidad directa del proveedor del sitio Web o del BBS por infracción del derecho de autor.

---

<sup>288</sup> Tener en cuenta el art. 25 de la Ley 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual aprobada por RD legislativo 1/1996 de 12 de abril. BOE 162 de 8 de julio de 2006. Esta Ley incluye el derecho de los autores a percibir un canon por copia privada de sus obras en el ámbito digital. En este punto es interesante tener en cuenta las aportaciones doctrinales y la interpretación jurisprudencial sobre el tema del derecho de remuneración compensatoria por copia privada y la utilización de los usuarios, individuos particulares, de los CDR-Data. Vid., MENGUAL GOMIS, O., "El derecho de remuneración compensatoria por copia privada y los CDR-data", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 4, 2004-1, pp. 149-155; En cuanto a las resoluciones jurisprudenciales destacamos: la SENTENCIA 529/2003 de la Sección séptima de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de julio de 2003 (AC 2003, 529); la SENTENCIA 173/2002 del Juzgado de primera instancia e instrucción nº 3 de Quart de Poblet, Valencia, de 21 de octubre de 2002, asunto "*Sociedad general de autores y editores v. Entidad XYZ*"; y la SENTENCIA del Juzgado de 1ª instancia nº 22 de Barcelona, de 2 de enero de 2002, asunto "*Sociedad general de autores y editores v. TraxdataIberica SL*" (TOL 209836).

<sup>289</sup> 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997).

<sup>290</sup> 991 F. Supp. 543 (N.D. Texas 1997).



Pero también, esa responsabilidad ha sido imputada al proveedor en numerosas resoluciones jurisprudenciales europeas, como la sentencia del Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*) francés en el asunto “*Le serveur administratif SA v. Erhmann and another*” de 20 de enero de 2004<sup>291</sup>, o la sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos (*HoogeRag of Netherlands*), en el asunto “*Vereniging Buma, Stichting Stemra v. KaZaA BV*” de 19 de diciembre de 2003<sup>292</sup>, sin olvidar las sentencias españolas dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga<sup>293</sup> y por el Juzgado de lo Penal de Madrid<sup>294</sup>, en todas ellas se consideró que la actividad realizada por las demandadas infringía los derechos de autor de los titulares de los mismos, al carecer de las correspondientes autorizaciones, y por ello se les juzgó responsables directos de tales actuaciones obligándoles a desistir de tal actividad, sin perjuicio de la correspondiente indemnización, y obligando al proveedor de *Hosting*, donde los proveedores de contenidos tenían alojadas sus páginas Web, a desconectar tales páginas e impedir el acceso a las mismas.

Por último digamos que, los proveedores de servicios y contenidos no aparecen específicamente regulados en la LSSICE, y por tanto su actividad ha de quedar sometida al control general del ordenamiento jurídico como cualquier otro proveedor en el ámbito tradicional *off line*<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Se trataba de una compañía que había digitalizado un diccionario, sin la correspondiente autorización de los titulares de los derechos de autor, para su reproducción a través de Internet. French Cour de Cassation, a 20 de enero de 2004. Westlaw (2004) ECC 35.

<sup>292</sup> Todos hemos oído hablar del famoso programa KaZaA, que facilitaba a los usuarios de Internet, generalmente gente joven, la obtención de música en la red a través de relaciones P2P. Supreme Court of the Netherlands, the Hague, a 19 de December de 2003. Westlaw (2004) ECDR 16

<sup>293</sup> Sentencia 53/2004 de 30 de enero de 2004, en el asunto “*Microsoft Corporation y Asociación Fonográfica y videográfica española v. Jesús María*” (JUR 2004/124649)

<sup>294</sup> Sentencia 197/2005 de 31 de mayo de 2005, en el asunto “*Weblisten SA*” (JUR 2005/135812).

<sup>295</sup> Vid., BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los Internet Service Providers (ISPs) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 5, 2004-2, pp.47.

## 1.2- EL PROVEEDOR DE SERVICIOS DE *HOSTING* COMO ISP DE INTERMEDIACIÓN

Los ISP o *Internet Service Providers de Hosting*, son prestadores de servicios de intermediación que realizan diversas actividades, siendo la principal el alojamiento en un Servidor de la página Web del destinatario cliente, con el fin de permitir que los contenidos e informaciones que contiene dicha página llegue a los destinatarios de la misma, garantizándole el caudal de acceso o velocidad de transferencia pactadas. Su servicio, por tanto, consiste en facilitar las condiciones y medios técnicos requeridos para la transmisión de los datos, sin intervenir en su elaboración ni presentación a los destinatarios.

Entre los desafíos que presenta el estudio de este elemento subjetivo fundamental del contrato internacional de *Hosting*, se encuentra el representado por la conformación de su régimen de responsabilidad, especialmente si se repara en los obstáculos con los que se enfrenta el titular del derecho vulnerado para hacer efectiva su tutela<sup>296</sup>. Sin perjuicio de su posterior estudio en un capítulo posterior, profundizando en la regulación dada por el derecho comunitario y español, creo que sería conveniente en este momento realizar un breve análisis comparado sobre la responsabilidad de estos ISP.

Con anterioridad a la existencia de normativa que regulase estos aspectos, los tribunales de los diferentes Estados inmersos en el desarrollo de la sociedad de la información, se vieron obligados a decidir, caso por caso, los asuntos sometidos, sobre la base de dos criterios fundamentales:

1. En la mayoría de los casos el proveedor de servicios es incapaz de controlar “a priori” el contenido que sus usuarios transmiten, alojan o ponen a disposición del público a través de sus servicios, por esta razón, no parecía coherente imponerles una obligación genérica de supervisar tal contenido;

---

<sup>296</sup> Vid., MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT)”, en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 13, 2003, pp. 14 y 15.

2. Si bien es cierto que los proveedores de este tipo de servicios no pueden controlar o supervisar los contenidos o actividades de sus usuarios, también lo es que sí son capaces de localizar, bloquear y, en su caso, eliminar el contenido que esté almacenado en sus servidores, por esta razón en la medida en que tengan conocimiento del carácter ilícito<sup>297</sup> del contenido deberían adoptar las medidas oportunas para impedir, de forma temporal o permanente, el acceso al mismo<sup>298</sup>.

Así, algunos de los casos judiciales más celebres sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de *Hosting* fueron: 1) "*Cubby v. Compuserve*", Estados Unidos 1991 (el tribunal no consideró responsable a Compuserve pues era un mero distribuidor del contenido del cliente); 2) "*Stratton Oakmont v. Prodigy*", Estados Unidos 1995 (el tribunal declaró responsable a Prodigy pues ejercía cierto control sobre los contenidos que se publicaban en su BBS, así además de distribuidor era también editor); 3) "*Valentin Lacambre v. Estelle Smet-Hallyday*", Francia 1998 (el tribunal declaró responsable a Valentin Lacambre y le obligó a controlar el contenido que se alojaba en sus servidores); 4) "*Lunney v. Prodigy Services*", Estados Unidos 1999 (el tribunal no declaró responsable a Prodigy pues actuó como mero intermediario de los mensajes que circularon por sus servidores); 5) "*Godfrey v. Demon Internet Ltd*", Inglaterra 1999 (el tribunal consideró responsable a Demon Internet Ltd. porque tuvo conocimiento del carácter difamatorio de los mensajes y no los eliminó de sus servidores)

La ausencia de un criterio jurisprudencial claro respecto a la posible responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, hizo temer a muchos que, el desarrollo del mercado de Internet resultara negativamente afectado ante los riesgos inherentes a la prestación de este tipo de actividades<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> Sobre los contenidos nocivos e ilícitos, Vid., RODRÍGUEZ PEREDA, K., "Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet", en *Revista electrónica de derecho informático, REDI*, nº 29, 2000, pp. 3 y ss.

<sup>298</sup> Sobre este tema, Vid., ROBERTO SOBRINO, W.A., "Responsabilidad de las empresas Proveedoras de Servicios de Internet (Information Providers)", en *Revista electrónica de Derecho Informático, REDI*, nº 25, 2000, pp. 3-10; Vid, ROBERTO SOBRINO, W.A., "Las nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet & e-Commerce y los nuevos seguros que amparan los riesgos", *Revista electrónica de Derecho Informático, REDI*, nº 32, 2001, pp. 2 y ss.

<sup>299</sup> Vid., ECIJA BERNAL, A., Y SAIZ PEÑA, C.A., "*Contratos de Internet. Modelos y Comentarios prácticos*", Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 129-163.

## El Contrato Internacional de Hosting

Así, con la finalidad de ofrecer un mínimo de seguridad jurídica a los agentes del mercado virtual, se dictaron las primeras disposiciones normativas que trataron de regular la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en general, y de los prestadores de Hosting en particular. Las normas más relevantes fueron: a) en Estados Unidos, los artículos 201 a 203 del Título III de la denominada "*Digital Millennium Copyright Act*" de 1998<sup>300</sup> (en virtud de la cual se introdujo un nuevo artículo 512 en la *Copyright Act*); b) En Europa, La Directiva de 8 de junio de 2000 sobre Comercio electrónico<sup>301</sup> y; c) En España, la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico<sup>302</sup>.

La indiferencia de la naturaleza del derecho o del interés legítimo lesionado (lesión de los derechos de la personalidad, publicidad engañosa, competencia desleal, derechos sobre bienes inmateriales) en orden a determinar el régimen de responsabilidad en virtud del cual debía de responder el ISP, resultaba del carácter horizontal<sup>303</sup> tanto de la Directiva 2000/31/CE como de la LSSICE, todo lo contrario que en el modelo norteamericano, que con la finalidad de ratificar los dos Tratados de la OMPI de 20 de diciembre de 1996 y de frenar la práctica del *webcasting* (producción y emisión de video por Internet, gracias a la tecnología de retransmisión o *Streaming*) había desarrollado un capítulo titulado "*Limitations on liability for Copyright infringement*" consagrado a la regulación de la responsabilidad de los intermediarios, si bien limitado a los ilícitos en materia de propiedad intelectual<sup>304</sup>.

---

<sup>300</sup> Digital Millennium Copyright Act, adoptada el 28 de octubre de 1998 (DMCA)

<sup>301</sup> DO L nº 178 de 17 de julio de 2000.

<sup>302</sup> BOE nº 166 de 12 de julio de 2002, Rect. BOE nº 187 de 6 de agosto 2002

<sup>303</sup> Vid., BUSTO LAGO, J.M., "La responsabilidad civil de los Internet Service Providers (ISPs) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual", op. cit. 2004-2, pp. 40-41; Vid., BUSTO LAGO, J.M., "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)", en *Tratado de Responsabilidad civil*, F. REGLERO CAMPOS, (Coord), Aranzadi, Cizur menor, 2003, pp. 1817-1903; y Vid., BUSTO LAGO, J.M., "La responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información", en *AJA*, nº 542, julio 2002, pp. 1-6.

<sup>304</sup> Sobre esta materia, son interesantes las aportaciones de los siguientes autores, Vid., KOELMAN, K.J., "Online Intermediary Liability", en *Copyright and electronic commerce (Legal Aspects of electronic Copyright management*, Ed. P.B. Hugenholtz, La Haya, 2000, pp. 7-57; Y Vid., STROWEL, A., Y IDE, N., "La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et

Aunque no fue una adopción pacífica<sup>305</sup>, el criterio seguido por la Directiva sobre Comercio electrónico en la que se libera a los proveedores de cualquier obligación de supervisar el contenido transmitido o alojado por los usuarios (art. 15.1), fue adoptado siguiendo la doctrina sentada por la Sentencia de 22 de junio de 1998 del Tribunal Supremo de EEUU, en el caso “*K. Zeran v. American Online*”<sup>306</sup>.

El alto Tribunal declaró que AOL no podía ser considerada responsable, exonerando, en consecuencia, al suministrador del *hosting* de toda responsabilidad en lo que concierne a las informaciones publicadas en su servidor comercial que emanaban de terceros. En consecuencia según el Tribunal Supremo, el proveedor de alojamiento no tenía ninguna obligación de suprimir de su servidor contenidos ajenos ilícitos, de manera que si decidía voluntariamente hacerlo, sería considerado que actuaba simplemente como un *buen samaritano*.

A diferencia de lo anterior, y con posterioridad a esa sentencia, el articulado de la “*Digital Millennium Copyright Act*”, aunque no hacía referencia expresa a esta obligación, sin embargo, sí que la mencionaba en el supuesto en que hubiera habido una notificación al proveedor del titular del derecho lesionado.

En este sentido, es de destacar cómo la *DMCA* establecía de forma detallada las condiciones en las que se podía afirmar que un proveedor de *Hosting* tenía conocimiento del carácter presuntamente ilícito del contenido puesto a disposición a través de sus servidores. Además, el contenido mínimo de la notificación de infracción de los derechos de propiedad intelectual prescindía de la necesidad de una resolución judicial o administrativa, siendo suficiente una notificación escrita del titular legítimo de los derechos de propiedad presuntamente infringidos acompañada de los elementos necesarios para identificar la obra protegida y la actividad presuntamente ilícita, salvo

---

question des hyperliens (première Partie)”, *RIDA*, nº 185, 2000, pp. 20-167.; Vid., RIBAS ALEJANDRO, J., “Legislación norteamericana sobre protección de la propiedad intelectual en Internet”, en *Circulares Landwell*, nº5010, 1999.

<sup>305</sup> El establecimiento de una obligación de verificación o de supervisión general de los contenidos ajenos fue muy discutida en el seno de la Comisión que, finalmente, se decantó por la solución pragmática de inexistencia de la obligación general de supervisión y control activo de contenidos ajenos. Vid., THOUMYRE, L., “Responsabilités sur le web: une histoire de la réglementation des reseaux numériques”, en *lex Electronica*, vol. 6, nº 1, 2000, pp. 13

<sup>306</sup> WL 524 US 937, 118 S. ct 2341 (1998)

## El Contrato Internacional de Hosting

cuando existieran datos de los que se desprendera directamente el carácter ilegal del contenido.

Efectivamente, la *Digital Millennium Copyright Act* contiene el apartado c) del nuevo art. 512 dedicado a la responsabilidad de los proveedores de servicios de *Hosting* por las infracciones de derechos de propiedad intelectual causadas por los contenidos alojados por los usuarios en las redes o sistemas del proveedor.

Dicho apartado establece que, el proveedor de servicios *no será considerado responsable* de la infracción de derechos de propiedad intelectual que traiga causa de los *contenidos alojados* por sus usuarios siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que el proveedor de servicios aporte, directamente a la oficina de propiedad intelectual (*Copyright Office*) así como a los clientes o usuarios de su servicio los datos de contacto de la persona a la que se deberán dirigir las eventuales reclamaciones o alegaciones por violación de derechos de propiedad intelectual.
2. Que el proveedor de servicios no tenga conocimiento de que el material o actividad en cuestión infringe derechos de propiedad intelectual de un tercero o que, en defecto de tal conocimiento, no existan tampoco hechos o circunstancias que revelen el carácter infractor de la actividad o contenido.
3. Que el proveedor de servicios, aun teniendo conocimiento del carácter ilícito del material o actividad o de hechos de los que se desprenda su ilicitud, tan pronto como adquiera tal conocimiento tome las pertinentes medidas para bloquear o eliminar tal contenido.
4. Que el proveedor de servicio no se beneficie directamente de la actividad presuntamente infractora.
5. Y que el proveedor de servicios actúe de forma inmediata eliminando o impidiendo el acceso al contenido presuntamente ilícito, previa recepción de una notificación escrita con el siguiente contenido:

Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

- a. La firma, manuscrita o electrónica, del titular de los derechos presuntamente infringidos o de un representante debidamente autorizado;
- b. La identificación de la obra cuyos derechos han sido presuntamente infringidos;
- c. La identificación del material o actividad que, presuntamente, infringe los derechos de propiedad intelectual en cuestión, así como los datos que razonablemente permitan su localización por el proveedor de servicios;
- d. Los datos de contacto del reclamante;
- e. Una declaración del mismo según la cual afirma que de buena fe considera que el uso del material o la actividad en cuestión, no han sido autorizados por el titular de los derechos, por su representante, ni están legalmente permitidos;
- f. Una declaración en virtud de la cual el reclamante afirme y garantice que los datos aportados junto con la notificación son ciertos.

De lo anterior se deduce que, la DMCA contempla un régimen condicional de inmunidad aplicable a los ISP de *Hosting* especialmente por infracción de los derechos de propiedad intelectual por los materiales que albergan o alojan, pero también para el resto de los ISP de intermediación, es decir, limita la responsabilidad de los proveedores de acceso que simplemente hagan posible el tránsito de las informaciones de terceros en el marco de un proceso técnico automático, así como la responsabilidad en los supuestos de *caching* y en relación con los enlaces de hipertexto.

Esta regulación tan detallada sobre el control del contenido alojado, contrasta con la contenida en la Directiva 2000/31/CE en la que se incluye simplemente el término "conocimiento efectivo", sin que se determinen

claramente los elementos necesarios para que se pueda considerar que existe tal conocimiento<sup>307</sup>.

Por su parte, la Ley española (LSSICE), se limita a hacer una breve referencia a este tema del control del contenido en su Exposición de Motivos, en una especie de quiero pero no puedo, afirmando que no se desea desincentivar el control o monitorización de los contenidos por parte de los proveedores de servicios de *Hosting*, pero por otro lado, declarando que los tribunales no deberían juzgar responsable a un proveedor únicamente en virtud de llevar a cabo procedimientos de monitorización o supervisión de contenidos.

Los fundamentos de esta postura son tanto de naturaleza económica, dado el carácter gravoso que supondría para los intermediarios la ejecución de dicha obligación de control de todos los contenidos que transmitan o alojen, como de naturaleza jurídica, porque esta obligación *general* de supervisión y control de contenidos impuesta a los proveedores de *Hosting* podría colisionar con los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y con los Art. 20.2 CE y Art.10.1 CEDH<sup>308</sup>, salvo, claro está, que sea la propia autoridad judicial o administrativa la que ordene a los proveedores de *Hosting*, para el *caso concreto*, que impidan el acceso a las páginas que contengan determinados contenidos.

Pero no de naturaleza técnica, pues en la actualidad, ya existe un modelo preparado de selección de contenidos en Internet, denominado *Plataform for Internet Content Selection*, que permite a quienes proporcionan alojamiento y acceso a la red, filtrar los contenidos, pudiendo tener lugar esta

---

<sup>307</sup> Sobre la Responsabilidad de los proveedores o ISP, Vid., ORTEGA DÍAZ, J.F., "Sitio Web y enlaces en Internet. Una reflexión desde el ámbito de la propiedad intelectual", en *Revista de Contratación electrónica*, nº 35, 2003, pp. 33-85; Vid., ASBO BAISTROCCHI, P., "Liability of Intermediary Service Providers in the Directive on electronic commerce", en *Revista Derecho vlex*, 2002, pp. 2 y ss.; y ASBO BAISTROCCHI, P., "Liability of Intermediary Service Providers in the Directive on electronic commerce", *Revista electrónica de Derecho Informático, REDI*, nº 48, 2002, pp. 2 y ss..

<sup>308</sup> Vid., GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I., "La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos", en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 6, 2000, pp. 55



supervisión en cualquier punto de la cadena de distribución, al tiempo que resultaría posible clasificar cualquier contenido presente ya en Internet<sup>309</sup>.

Finalmente, en aquellos supuestos en los que, las medidas que hayan de adoptarse en virtud de un mandamiento judicial, requieran la eficacia frente a proveedores de contenidos situados en terceros Estados, se plantearán los problemas propios del exequatur, como así ocurrió en el supuesto de la *Ordonnance en Référé* del TGI de París de 20 de noviembre de 2000, en virtud de la demanda interpuesta por la LICRA y la UEJF, que obligó al portal estadounidense Yahoo a poner filtros de software para impedir que los usuarios franceses pudiesen acceder a páginas norteamericanas de aquel servidor (ubicado en California) en las que se subastaban recuerdos de la época nazi<sup>310</sup>

### 1.3- EL CONSUMIDOR COMO USUARIO-CLIENTE

En relación al concepto de consumidor, es sabido que el mismo puede ser entendido en sentido estricto o en sentido amplio<sup>311</sup>. A pesar de la creciente tendencia restrictiva<sup>312</sup> en orden a la determinación de dicho concepto, aún hoy la legislación no es unánime en el contenido del concepto de consumidor<sup>313</sup>.

Las hipotéticas consecuencias de las divergencias entorno al concepto de consumidor pueden verse agravadas cuando éste se ve inmerso en una

<sup>309</sup> Vid., LESSIG, L., *“El Código y otras leyes del ciberespacio (Code and other laws of cyberspace, 1999)”*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 326 y ss.

<sup>310</sup> Vid., THOUMYRE, L., *“Responsabilités sur le web: une histoire de la réglementation des réseaux numériques”*, 2000, op. cit. pp. 4

<sup>311</sup> Sobre el contenido restrictivo o amplio del concepto de consumidor Vid., BOTANA GARCIA, G., Y RUIZ MUÑOZ, M., *“Curso sobre protección jurídica de los consumidores”*, MacGrawHill, Madrid, 1999, pp. 60 y ss

<sup>312</sup> En el caso de la contratación electrónica parece que la tendencia del legislador es la del recurso al concepto restrictivo de consumidor. Así, en la letra e) del Anexo de la LSSICE que contiene las definiciones que en la misma se manejan, se define al consumidor por remisión a lo dispuesto en el artículo 1 de la LGDCU, que contiene una noción restrictiva (similar a la de la Directiva sobre comercio electrónico) identificándolo como *“aquel sujeto que contrata para uso o consumo de su entorno personal o familiar, despojado de cualquier vinculación profesional, comercial o industrial”*.

<sup>313</sup> Vid., La Directiva 90/314/CE sobre viajes combinados...en la que parece entenderse incluido dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas. Vid., ESTEBAN DE LA ROSA, F., *“La protección de los consumidores en el mercado interior europeo”*, Comares, Granada, 2003.

## El Contrato Internacional de Hosting

relación contractual electrónica, como el contrato de *Hosting*, que por naturaleza tiene una clara vocación internacional, convirtiéndose, de esta forma, el consumidor, en un potencial sujeto activo del Derecho internacional privado, y por ende, amparado por las normas de especial protección del mismo<sup>314</sup>.

En este entorno electrónico, últimamente se habla de “Consumidor medio” que según el TJCE en sus últimas sentencias especialmente en materia de propiedad industrial e intelectual<sup>315</sup> es el “consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Con esta definición, la política de protección de los consumidores puede perder parte de su carácter tuitivo, ya que pueden quedar desprotegidos los consumidores menos informados o los que tengan una formación más baja, perdiendo por tanto su carácter estándar de protección de la parte más débil

El artículo 15 del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>316</sup> define al consumidor como aquella persona que celebra un contrato para “*un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional*”, deduciéndose de la jurisprudencia<sup>317</sup> sentada por el TJCE en la Sentencia de 3 de julio de 1997, asunto C-269/95, “*Benincasa v. Dentalkit Srl*”<sup>318</sup>, que dicho término sólo se refiere al consumidor final privado que no

---

<sup>314</sup> Vid., ROMERO GARCÍA MORA, G., “Perspectivas para el consumidor ante el derecho europeo de contratos”, *INC*, 2003, pp. 145 ss.

<sup>315</sup> Vid., STJCE de 7 julio de 2005, asunto C- 353/03 “*Société des Produits Nestlé SA*”(Rec. 2005 I-6135); STJCE de 14 de julio de 2005, asunto C-192/04, “*Lagardere Active Broadcast v. Société pour la perception de la rémunération équitable y Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*”, (Rec. 2005 I- 7199); STJCE de 30 de junio de 2005, asunto C-286/04 “*Eurocemex SA*”(Rec. 2005 I-5797); STJCE de 22 de junio de 1999, C- 342/97 “*Lloyd Schuhfabrik Meyer*”(Rec 1999 I-3819); STJCE de 16 de septiembre de 2004, asunto C- 329/02 “*Sat 1 v. OAMI*”(Rec. 2004 I-8317).

<sup>316</sup> DO L 12, de 16 de enero de 2001

<sup>317</sup> El Tribunal de Justicia en su jurisprudencia sobre las normas de competencia judicial internacional en materia de contratos de consumidores, y referente al concepto de consumidor, ha defendido tres cánones interpretativos: interpretación autónoma, restrictiva y teleológica. Entre otras, hemos de tener en cuenta las siguientes sentencias: STJCE de 21 de junio de 1978, en el asunto C-150/77, “*Bertrand v. Paul Ott KG*”(Rec. 1978 I-1431); STJCE de 19 de enero de 1993, en el asunto C- 89/91 “*Shearson Lehman Hutton v. TVB*” (Rec. 1993 I-139)

<sup>318</sup> REC nº 7, 1997 I-3767. Comentarios a esta sentencia pueden verse en BORRAS, A., *Revista jurídica de Cataluña*, 1998, pp. 587-590; Vid., HARRIS, J., “Jurisdiction Clauses and void

participe en actividades comerciales o profesionales, entendiendo la anterior afirmación como referida a contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privadas de un individuo sin entrar en la situación subjetiva de dicha persona, la cual puede ser consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras<sup>319</sup>.

No obstante, la determinación de cuando una persona actúa en calidad de comerciante o profesional y cuando no, puede presentar alguna dificultad en ciertas ocasiones, como así lo evidenció la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C- 464/2001 "*Johann Gruber v. Bay Wa AG*"<sup>320</sup>.

El Sr. Gruber, con domicilio en Austria, agricultor de profesión y propietario de una granja, decidió rehacer el techo de la misma, para lo cual compró a la empresa Bay Wa, domiciliada en Alemania, y que había publicitado sus productos en Austria a través de folletos, la partida de tejas que necesitaba. Aproximadamente el 62% de la granja estaba destinada a vivienda familiar y el 38% restante a pocilga y almacén de piensos. El Sr. Gruber se desplazó a Alemania para verificar la calidad de las tejas y en una conversación con el empleado de Bay Wa le comunicó que era agricultor y que quería tejar su explotación, sin precisar si el edificio en cuestión lo destinaba o no a vivienda familiar. Al día siguiente telefoneó desde Austria aceptando la oferta. Según el Sr. Gruber las tejas suministradas no eran de un color uniforme, por lo que presentó una demanda contra Bay Wa ante los tribunales austriacos. El tribunal de casación planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia

El TJCE en esta sentencia estableció que cuando una persona celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, no puede, en principio, ampararse en las disposiciones protectoras de los consumidores, pues aunque el destino del bien tenga una finalidad parcialmente privada, la persona que contrata no precisa de dicho beneficio procesal.

El resultado únicamente sería distinto y estaría justificada la protección, si el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera

---

contracts", en *European Law review*, 1998, pp. 279-285; Vid., BISCHOFF, JM., *Journal du droit international*, n° 2, 1998, pp. 581-586; Vid., BRIGGS, A., *Yearbook of European law*, 1997, pp 530-534;

<sup>319</sup> Vid., AÑOVEROS TERRADAS, B., "*Los contratos de consumo intracomunitarios*", Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 83-101

<sup>320</sup> Rec. 2005 I-439

tan tenue que pudiera considerarse marginal e insignificante, afirmación cuya prueba correspondería a la persona que pretende invocar esta protección y que sería valorada por el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

Otra cuestión es la relevancia de la apariencia con la que se contrata, es decir, si es o no relevante que el cocontratante del supuesto consumidor conozca tal condición, cuestión que cobra especial interés en los contratos electrónicos negociados a distancia<sup>321</sup>. En estos casos, los tribunales competentes deberán comprobar si la otra parte (vendedor) podía ignorar la finalidad privada de lo adquirido debido al comportamiento del consumidor (Ej. oferta aceptada vía email con logotipo de una oficina), y si es así, la buena fe de la parte vendedora estará protegida y el asunto no entraría en el ámbito de aplicación de las disposiciones de protección del consumidor<sup>322</sup>.

## **2- ELEMENTO OBJETIVO: SUMINISTRO DE LOS SERVICIOS DE ALOJAMIENTO Y CAUDAL DE ACCESO A INTERNET**

Como ya hemos apuntado, el suministro de los servicios de *Hosting*, puede conllevar un doble objeto, como principal, el alojamiento en el servidor del ISP (o en el servidor de un tercero arrendado por el ISP)<sup>323</sup> de un espacio

---

<sup>321</sup> Vid., FALLOON, M y MEEUSEN, J., “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, en *Revue critique de droit international privé*, nº 3, 2002, pp. 444; Vid., FALLOON, M., “La protection internationale de l’acheteur sur l’interréseau dans le contexte communautaire”, en *La protection des consommateurs acheteurs á distance. Analyse du droit suisse á la lumiere du droit communautaire et du droit compare*, Bruylant, Bruselas, 1999, pp. 244-267.

<sup>322</sup> Vid., AÑOVEROS TERRADAS, B., “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor”, en *Diario La Ley*, nº 6264, de 31 de mayo de 2005, pp. 3

<sup>323</sup> El tráfico que circula por Internet es la agregación del tráfico individual de los miles de ISP que existen en el mundo, que tienden a concentrar su tráfico en los denominados puntos neutros, donde se pueden negociar mejores condiciones con los suministradores de infraestructuras de transporte o “*Carriers*”. El “*Backbone*” de Internet o red troncal, es un conjunto de infraestructuras de banda ancha basadas en fibra óptica que recorren los principales puntos de concentración de tráfico de cada continente, gestionadas por contados operadores de telecomunicaciones en el mundo. Vid., BERMÚDEZ ODRIÓZOLA, L., “La Competencia en Internet”, en CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coors), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, pp. 402-441; Vid., LLANEZA GONZALEZ, P., “*Internet y comunicaciones digitales*”, op. cit., pp. 37 y ss; Sobre el mismo tema, Vid.,

para la página Web del usuario cliente (*Internet Presence Provider*) y, como secundario, el caudal de acceso o velocidad de conexión a Internet en las condiciones de conectividad ofertadas, garantizándole un determinado nivel de seguridad en las comunicaciones.

Subsidiariamente, pueden abarcar otros servicios, como el servicio de asistencia técnica o "help-desk", el suministro de herramientas accesorias de software, la gestión, actualización y mantenimiento del equipo informático, o la tramitación ante la entidad de registro competente de un nombre de dominio de segundo nivel para la página del usuario cliente, situaciones en las que el ISP sólo actúa como representante del cliente<sup>324</sup>, quien será el titular del nombre de dominio registrado y a quien vinculará el acuerdo de registro correspondiente.

En síntesis, las diversas clases de *Hosting*<sup>325</sup> suelen clasificarse en función de quién es el propietario de los servidores en los que se instalarán las aplicaciones informáticas de la plataforma on line del usuario cliente<sup>326</sup>, y del uso exclusivo o compartido de los servidores en el caso de que éstos sean propiedad del ISP. En base a estos criterios podemos distinguir:

1. *Hosting Compartido (virtual Hosting)*: Es aquel en el que el proveedor de servicios de Hosting (el ISP) es el propietario de los servidores en los cuales se instalan o alojan las correspondientes páginas Web, bases de datos y el resto de las aplicaciones informáticas o contenidos del usuario cliente, estando tales servidores ubicados en las propias instalaciones del ISP. En este tipo de Hosting el usuario cliente sólo contrata y paga el

---

RODRÍGUEZ ILLERA, R., "Internet y Telecomunicaciones: El reparto de la cadena de valor", op. cit. 2002, pp., 151-157

<sup>324</sup> Vid., RIBAS ALEJANDRO, J., "Retención de dominios por parte del PSI", en *Circulares Landwell*, nº1015, 1999, pp. 2 y ss.; Vid., DE MIGUEL ASENSIO, PA., "Derecho Privado de Internet", Madrid, Civitas, 2002, pp. 71.

<sup>325</sup> Vid., PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., "Contratos de Hosting", en *Premium.vLex.Com*, 2001, pp. 1-12; Y del mismo autor, PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., "Contratos de Hosting. Una visión general acerca de las principales cuestiones que conviene tener en cuenta al negociar este tipo de contratos", *REDI*, nº 41, 2001, pp. 1-10.

<sup>326</sup> Vid., PÉREZ SERRANO, P.L., "La formación de las empresas en el comercio electrónico", *Revista de Contratación electrónica*, nº 36, marzo, 2003, pp. 53-64

## El Contrato Internacional de Hosting

derecho a ocupar, junto a otros clientes del proveedor de servicios, una parte del espacio, memoria o disco duro de los servidores del ISP.

2. *Hosting Dedicado (Dedicated Hosting)*: Es aquel en el que el proveedor de servicios de *Hosting*, al igual que el caso anterior, es el propietario de los servidores donde se instalan las páginas Web, bases de datos y el resto de aplicaciones informáticas o contenidos del cliente, estando tales servidores ubicados en las instalaciones del ISP, pero en este caso, el usuario cliente contrata y paga el derecho exclusivo a ocupar el espacio, memoria o disco duro completo de uno o varios servidores propiedad del propio ISP, y por tanto tiene el control completo y la responsabilidad de administrarlo. El cuidado físico de la máquina y de la conectividad a Internet es tarea de la empresa o ISP de alojamiento.
3. *Servicio de Colocación o Housing*: A diferencia de los dos tipos de *Hosting*, en este tipo de servicios, que no son propiamente *Hosting*, es el usuario cliente quien es el propietario de los servidores en los que se instalan o alojan sus páginas Web, bases de datos y el resto de sus aplicaciones informáticas o contenidos, estando tales servidores ubicados en las instalaciones del proveedor de servicios de *Hosting*, siendo por tanto éste último aspecto, la ubicación e instalación de los servidores del cliente en las instalaciones del ISP, el objeto y finalidad principal de la contratación de este tipo de servicios.
4. *Hosting Revendedor (Reseller Hosting)*: Este servicio de alojamiento está diseñado para grandes usuarios o personas que venden el servicio de *hosting* a otras personas, es decir, son a la vez usuarios y proveedores de servicios de *Hosting*. Estos paquetes cuentan con gran cantidad de espacio y de dominios disponibles para cada cuenta.
5. *Hosting Virtual: (VPS, Virtual Private Server)*: En este tipo, mediante el uso de una máquina virtual, el proveedor ofrece al cliente el control de un ordenador aparentemente no compartido. Así se pueden administrar varios dominios de forma fácil y económica, además de elegir los

programas que se ejecutan en el servidor. Por ello, es el tipo de producto recomendado para empresas de diseño y programación Web.

6. *Hosting Gratuito*<sup>327</sup>: Además de lo anterior, en el mercado podemos encontrar el llamado *Hosting Gratuito*, como oferta especial dirigida a los usuarios o clientes de proveedores de acceso a Internet: Este tipo de *Hosting* tiene características propias como, la gratuidad de estos servicios, el carácter habitual de consumidor como cliente de este tipo de servicios, el carácter limitado de las prestaciones de los servicios, tales como el ancho de banda, el volumen de transferencia de datos o espacio de disco o memoria del servidor asignado, ect.

En virtud de sus necesidades (ancho de banda requerido dependiendo de la capacidad operativa exigida para la página Web alojada, sistemas de seguridad, acceso remoto al sistema, actualizaciones, ect.), y de la oferta del mercado, la parte contratante del *Hosting* elegirá el proveedor o ISP con el que contratará la provisión de este tipo de servicios, cerciorándose, antes de formalizar el contrato, del contenido de las condiciones jurídicas<sup>328</sup>, así como del contenido de las cláusulas comerciales y del suministro de los servicios del *Hosting* elegido.

Estas condiciones generales, de contenido imperativo, son ofrecidas por el proveedor generalmente en una ventana interactiva de la *Home page* del mismo. El proveedor, para controlar que efectivamente el cliente, antes de aceptar la contratación, está conforme con dichas condiciones generales, deberá insertar un icono, de obligatorio clic, donde se podrá leer:

---

<sup>327</sup> Aunque propiamente no se trate de una clase de *Hosting*, existen diversas ofertas del llamado "Hosting gratuito" de paginas Web dirigido a los usuarios y pequeños clientes de proveedores de acceso a Internet, pero que conllevan una limitación de las prestaciones de los servicios, tales como el ancho de banda, volumen de transferencia de datos o espacio de disco o memoria del servidor asignado a ese cliente.

<sup>328</sup> Vid., HERNANDO, I., "Commercial Communications and Services in the Information Society: Tax implications of Electronic Commerce", en *Information Technology Law*, Basic Study, 2000, pp. 2 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

*"Por la presente, el Cliente declara que, antes de contratar el Servicio, ha aceptado las condiciones generales del mismo y ha verificado la adecuación del Servidor, los Recursos del Sistema, los Programas Informáticos, el Ancho de Banda y, de manera más general, todo el Servicio y considera que se adapta a sus necesidades (...)"*



## **V- CLÁUSULAS TÉCNICO-JURÍDICAS QUE DEBEN SER INCORPORADAS AL CONTRATO INTERNACIONAL DE *HOSTING*.**

### **1- BREVE RELACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ESENCIALES**

Dada la naturaleza especial de este tipo de contratos, entendiéndose como contrato de adhesión electrónicos perfeccionados a distancia, sin negociación ni presencia de las partes, que permite agilizar la conclusión de contratos gracias a la celeridad del sistema, es necesario que la parte contratante del *Hosting*, ya sea profesional o consumidor, se cerciore de todas y cada una de las cláusulas incorporadas o que debieran estar insertas en el propio contrato, antes de la conclusión del mismo. Sin ánimo exhaustivo, sino meramente indicativo, relacionaremos las siguientes:

1. *Cláusula sobre el Objeto:*

Definición del tipo de *Hosting* contratado. En ocasiones los destinatarios-clientes no tienen excesivo conocimiento de los aspectos técnicos de este tipo de servicio por lo que es aconsejable una descripción detallada que refleje las coberturas que el cliente pretende.

2. *Cláusula sobre las tarifas aplicables:*

Descripción detallada de las tarifas aplicables, tanto por el alojamiento como por el acceso (no el coste telefónico) en su caso. Indicando también las alteraciones o cambios que las mismas pueden sufrir motivadas por la mayor actividad del contratante-cliente.

3. *Cláusula sobre condiciones del Hardware y el Software:*

Especificaciones del Hardware (capacidad del servidor, espacio en disco, memoria utilizada) y Software en donde van a estar alojados las aplicaciones del destinatario-cliente. Además, también se han de

especificar los servicios de mantenimiento, asistencia técnica, actualización de equipos, y sobre todo la definición de los niveles de servicio (términos y frecuencias en los que tiene lugar la actualización de contenidos, realización de copias de seguridad o “backups” de los datos almacenados en los servidores del *hosting*, etc.) con los correspondientes elementos de seguridad respecto de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal y control periódico de los mismos.

4. *Cláusula sobre Velocidad de transferencia, fiabilidad y condiciones de acceso a las aplicaciones alojadas:*

Esta cláusula se está refiriendo a la capacidad o ancho de banda de la conexión del servidor con Internet<sup>329</sup>. En caso de incumplimiento contractual en cuanto a la velocidad y condiciones del caudal de acceso impresos en el contrato, el contratante-cliente podría demandar por los perjuicios causados a su negocio. También el proveedor tendría que indemnizar al usuario cliente en el caso en que, además del servicio de alojamiento, hubiera contratado el acceso a Internet a través del proveedor de *Hosting*, como así lo estableció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2004<sup>330</sup> y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de enero de 2003<sup>331</sup>, que dijo que:

*“acreditados los gastos en concepto de facturación por llamadas telefónicas para acceso a Internet a través de otro operador(...) durante todo el tiempo que estuvo sin servicio la línea ADSL contratada con la demandada Terra Networks España SA, y en el que estuvo el demandante pagando el servicio (...) procede la condena a reponerle e indemnizarle al demandante en todos los perjuicios sufridos por el funcionamiento defectuoso de dicha línea”.*

---

<sup>329</sup> Sobre este aspecto, Vid., GARCÍA VIDAL, A., “Los contratos de Acceso a Internet”, en *Revista de contratación electrónica*, nº 6 de 2000, pp. 1-12;

<sup>330</sup> La AP condena a Terra Networks España SA ( su antecesora era Telefónica Servicios y contenidos por la Red SA) por incumplimiento contractual en cuanto a los servicios de acceso a Internet e indemnización de los perjuicios causados al cliente, en la SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, nº 226/2004 (sección 13ª), de 24 de febrero de 2004, recurso de apelación nº 380/2003, (AC 2004, 1194)

<sup>331</sup> SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA nº 30/2003, de 23 de enero de 2003, (sección 4ª), recurso de apelación nº 972/2002, (JUR 2003/165885).

5. *Cláusula sobre garantías de transición del sitio Web:*

Garantías de que a la terminación del acuerdo<sup>332</sup> entre el contratante-cliente y el ISP, la transición del sitio Web, para que sea operado y mantenido por otro proveedor de servicios ( o directamente por el propio cliente), se lleve a cabo de modo que afecte en la menor medida posible la accesibilidad del sitio por terceros y el desempeño de sus funciones.

Para lograr esto es importante que el ISP se comprometa a suministrar, a la terminación del contrato de suministro de servicios de *Hosting*, toda la información técnica relativa al funcionamiento del sitio Web (especificaciones del servidor, datos de la conexión a Internet, características de los programas utilizados si son propiedad del ISP, etc.)<sup>333</sup>. También, es necesario que el cliente, con carácter previo a la contratación, conozca los sistemas de seguridad que el proveedor emplea así como los aspectos que éstos garantizan, en especial, la confidencialidad de quien visita la página Web, y la confidencialidad de cualquier dato que pudiera quedar archivado en el servidor del proveedor de *Hosting*

6. *Cláusula sobre el modo de pago:*

Fijación de la modalidad de pago elegida o no por el contratante-cliente como contraprestación por todos los servicios. Habitualmente el proveedor, que obtiene *on line* los datos bancarios del cliente, suele establecer un pago inicial fijo en concepto de alta en el servicio y unos pagos periódicos durante la vigencia del contrato. En caso de incumplimiento, se le condenaría al pago de lo debido mas los intereses por la demora. En este sentido es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga , nº 376/2004, de 20 de mayo de 2004<sup>334</sup>, en la que la empresa BITMAILER SL proveedor de servicios de

---

<sup>332</sup> Sobre este aspecto, Vid., GARCÍA VIDAL, A., "El acceso al comercio electrónico en Internet" en, GOMEZ SEGADÉ, JA (DIR), Y FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A., (COORDS), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 102-115

<sup>333</sup> En este sentido, Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "*Derecho Privado de Internet*", 2002, op. cit, pp. 70-74

<sup>334</sup> Recurso de apelación nº 15/2004, (JUR 2004/214161)

## El Contrato Internacional de Hosting

*Hosting*, facilitó los servicios de acceso a Internet a la empresa MICROSUR INFORMÁTICA SL, ésta solicitó la baja del mismo pero durante los cinco meses siguientes (marzo-julio 2001) siguió utilizando los servicios del proveedor pero no pagó las cuotas establecidas. La sentencia condena a Microsur al pago de las cuotas no satisfechas más intereses debidos al proveedor de *Hosting*.

### 7. *Cláusula sobre cambios técnicos:*

Fijación del procedimiento para la gestión de cambios. Se refiere a cambios en las instalaciones en las que se ubiquen los servidores o en la infraestructura contratada por el cliente.

### 8. *Cláusula sobre niveles de servicio:*

Determinación de las excepciones a los niveles de servicio prefijados. Y determinación de los criterios de medición del nivel de disponibilidad efectivamente percibida por el contratante-cliente para proceder o no, en su caso, a los descuentos por periodos de indisponibilidad, dependiendo si éstos han sido causados bien por fallos en los contenidos del cliente, o bien, por operaciones de mantenimiento programadas.

### 9. *Cláusula sobre la duración de contrato y resolución anticipada:*

En principio, el contrato de *Hosting* no presenta especialidades en cuanto a las condiciones de resolución del mismo, siendo aplicables en consecuencia las causas generales de resolución o extinción de los contratos.

### 10. *Cláusula de responsabilidad técnica:*

Concreción de los niveles de responsabilidad por los elementos técnicos de red implicados. Y también, establecimiento de exenciones o limitaciones de responsabilidad por cuestiones de fuerza mayor, operaciones de mantenimiento, o fallos producidos por culpa del destinatario-cliente.

#### 11. Cláusula de responsabilidad jurídica:

Concreción de los niveles de responsabilidad por los contenidos<sup>335</sup>, actividades y titularidad de los derechos de propiedad intelectual<sup>336</sup> o de otro tipo, que el cliente aloje en su espacio. El tema de la responsabilidad de los proveedores de *Hosting*, ha adquirido una trascendental importancia y por ello hemos preferido estudiarlo en profundidad en capítulos posteriores. Baste decir en este momento que, para ello, se establece una "Política de Uso Aceptable" en la que se especifica las actividades no permitidas a los clientes que alojan su sitio Web y acceden a Internet. Los ISP, en los casos de infracción grave de esta política y de la normativa aplicable<sup>337</sup>, se hallan normalmente en disposición de reaccionar eficazmente contra quienes realizan estos incumplimientos poniendo fin a su conexión a Internet y al alojamiento de su sitio Web<sup>338</sup>.

#### 12. Cláusula sobre protección de datos:

Descripción de la política de protección de datos de carácter personal, seguida por el proveedor de *Hosting*. Sin perjuicio de analizar a continuación la protección de datos, refiriéndonos a datos que se obtengan y almacenen en los servidores del proveedor, simplemente queremos indicar aquí que, según la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2001, el proveedor de *Hosting* es, en general, el encargado de los datos alojados en su Servidor<sup>339</sup>. En el marco de la

<sup>335</sup> Vid., GARCÍA VIDAL, A., "La Responsabilidad por los contenidos ilícitos de las páginas Web ajenas con las que se establece un Link", *Revista de los Negocios*, nº 127, 2001, pp. 6 y ss.

<sup>336</sup> Un extenso estudio sobre el tema lo podemos encontrar en, CHATILLON, G., "*Le droit international de l'internet*", Bruselas, Bruylant, 2002, pp. 47-233

<sup>337</sup> Vid., LLANEZA GONZÁLEZ, P., "*Aplicación práctica de la LSSICE*", Barcelona, Bosch, 2003, pp., 30 y ss.; Vid., SANCHEZ ALMEIDA, C., Y MAESTRE RODRÍGUEZ, J., "*La Ley de Internet: Régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*", Barcelona, Servidoc, 2002, pp., 20 y ss.

<sup>338</sup> Vid., PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., "Titularidad y Protección Jurídica de los sitios Web", *Revista electrónica de derecho informático REDI*, nº43, 2002, pp., 2 y ss; Vid., PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., "Web site development and Hosting agreements", *Computers and Law*, vol.11-4, 2000.

<sup>339</sup> Vid., SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL de 21 de septiembre de 2001, recurso 510/2000, sala contencioso administrativo (JUR 2001/294008), la cual establecía que quien dispone de un servidor en el que aloja la información de un tercero, responsable del tratamiento, con el que mantiene una relación contractual, merece normalmente la consideración de

## El Contrato Internacional de Hosting

contratación *on line* del *Hosting*, donde la negociación en masa y las condiciones generales de la contratación son habituales, un instrumento adquiere una gran importancia para asegurar el cumplimiento de las normas sobre protección de datos, ese mecanismo es la llamada política de protección de datos o “política de privacidad”, normalmente disponible en línea y que debe ser aceptada por los usuarios que acceden al proveedor o a las páginas que aloja.

La manera usual de acceder a esta política, es incluyendo un icono en la página inicial o en aquellas en la que los usuarios proceden a registrarse o a aportar algún dato personal para alguno de los servicios ofrecidos, que enlaza con su redacción situada en otra página adicional, en los términos siguientes:

*“XXX garantiza la privacidad de los servicios en línea de acuerdo con las exigencias legales. Para utilizar o tener acceso a alguno de los servicios y contenidos que se incorporen en su red de propiedades, XXX podrá requerir a los usuarios ciertos datos de carácter personal. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, la recogida y tratamiento de ciertos datos de carácter personal de los usuarios se encuentran sometidos a determinadas condiciones especiales (...) que modificarán la política de privacidad. La utilización de estos servicios, al completar y enviar cualquier formulario, supone la plena aceptación de los términos y condiciones generales del proveedor en cuanto al tratamiento de sus datos (...)”.*

### **13. Cláusula sobre jurisdicción competente y legislación aplicable, o en su caso, sumisión a Arbitraje:**

Teniendo en cuenta el ámbito transnacional que subyace en toda relación a través de la red, el problema de la determinación de la jurisdicción competente y de la legislación aplicable es uno de los más arduos de clarificar. Es posible que las partes se sometieran voluntariamente a unos determinados tribunales y a la aplicación de un concreto ordenamiento jurídico, pero en caso contrario, serán las

---

encargado de los datos. Aunque más adelante trataremos este tema con más detenimiento, se ha de tener en cuenta el art. 9 y 12 de la LO 15/1999 de protección de datos de carácter personal y el Real Decreto 994/1999 de 11 de junio por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

normas de derecho internacional privado las que lo deberán determinar. Estos temas los estudiaremos con más detenimiento en el capítulo siguiente.

Por otro lado, también puede existir sumisión a arbitraje, cuestión que no se aborda en este trabajo, sin perjuicio de una breve referencia a pie de página a esta posibilidad de resolución de los conflictos derivados de un contrato internacional de *Hosting*<sup>340</sup>.

---

<sup>340</sup> Desde hace algunos años estamos asistiendo al desarrollo de estas modalidades alternativas de resolución de conflictos, las ADR o *Alternative Dispute Resolution*, dadas las ventajas inherentes a las mismas y la crisis en la eficacia de los sistemas judiciales estatales (como iniciativas anteriores podemos mencionar la creación en 1994 de una red de centros de arbitraje y mediación mercantil que se establecieron en España, Francia, Italia y Reino Unido, bajo la forma de una Agrupación europea de interés económico. Esta red llamada “Red Europea de Arbitraje y Mediación “ (REAM) o European Network for Dispute Resolution (ENDR), disfrutó en sus comienzos de financiación comunitaria). Por otro lado, las nuevas tecnologías, en especial Internet, han dado lugar a la aparición de los denominados mecanismos de resolución de controversias “on line” o ODR (*Online Dispute Resolution*) a través de Internet, y por medios electrónicos, que estructuran y permiten resolver dichas controversias en la red o a través de la Red. Concretamente respecto al arbitraje, ya sea por los medios tradicionales o electrónico, es un medio jurídico de arreglo de controversias, presentes o futuras, basado en la voluntad de las partes. Estaremos ante un arbitraje comercial internacional, como dice el art. 3 de la Ley 60/2003 de Arbitraje de 23 de diciembre (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003), cuando por el domicilio o nacionalidad de las partes, la naturaleza del litigio, el domicilio o nacionalidad de los árbitros, la localización de la institución arbitral, entre otros, se vincule el arbitraje con distintos ordenamientos jurídicos. Ahora bien, como afirma la doctrina, esta adjetivación de un arbitraje como internacional no oculta su vinculación con un determinado Estado. Se trataría de un arbitraje que es internacional en su objeto, pero que, en última instancia, no deja de aparecer localizado en un concreto país, cuyo ordenamiento jurídico procede a regularlo mediante el diseño de un conjunto de normas específicamente pensadas para gobernar el mismo. En este sentido, nuestra nueva Ley de Arbitraje de 2003 apuesta por ofrecer un marco normativo que permita y fomente en España el arbitraje comercial internacional, evitándose las ya constantes huidas de los arbitrajes internacionales a las instituciones arbitrales con sede en París, Londres, Ginebra, entre otras (El Tribunal Internacional de Arbitraje, que es el organismo de la Cámara internacional de arbitraje, en <http://www.iccwbo.org>; El Consejo Internacional de Arbitraje Comercial, que es una organización acreditada por Naciones Unidas y que realiza tanto arbitrajes como otras formas alternativas de resolución de controversias, en <http://www.arbitration-icca.org>; La Cámara Arbitral de París, en <http://www.arbitrage.org>; El Tribunal de Londres de Arbitraje Internacional. El LCIA se compone de 35 naciones miembros del mismo, y ofrece servicios de mediación y arbitraje, <http://www.lcia-arbitration.com>; Otras de menos relevancia pueden ser, El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; La Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC), establecido en 1956; El Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo, establecido en 1979; y El Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, establecido en 1985). Aún más, apuesta claramente por el fomento en el uso de las nuevas tecnologías, tanto en la conformación del convenio arbitral, como en todos los actos de comunicación, siempre con las debidas garantías de seguridad, e incluso en la emisión y comunicación del Laudo arbitral a las partes. Vid., BARRER, T., “*Information Technology and the evolution of multi-party dispute resolution processes*”, 2003, disponible en [www.ombuds.org](http://www.ombuds.org); Vid., SWING, GP.,

## 2- LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: DATOS DE SUSCRIPCIÓN, DATOS DE TRÁFICO Y DATOS DE LOCALIZACIÓN

### 2.1- ASPECTOS TÉCNICOS.

La convergencia de la utilización de sistemas de comunicación y de herramientas informáticas, elementos ambos que permiten conjugar la velocidad de transmisión con las enormes posibilidades de gestión de la información, proporcionan mayores posibilidades de tratamiento de datos de carácter personal, a la vez que aumenta las dificultades de control de los usuarios en la recogida y tratamiento de sus datos<sup>341</sup>.

Efectivamente, la interconexión a nivel mundial de las redes digitales promueve la globalización de la información, de manera que Internet constituye un medio propicio para la circulación transfronteriza de datos, lo que genera particulares riesgos respecto de los datos de carácter personal<sup>342</sup>. Entre los elementos técnicos determinantes de los significativos riesgos de recogida y tratamiento de datos, sin el consentimiento del usuario de Internet, destaca:

1. En relación con los protocolos TCP/IP, que la ruta seguida por los paquetes de información depende en cada caso de elementos

---

“Technology and Legal Practice Symposium issue: Using the internet as a resource for alternative dispute resolution and online dispute resolution”, en *Syracuse Law Review*, nº 52, 2002, pp.1217; Vid., SOLOVAY, N., Y REED, CK., “*The internet and Dispute Resolution: Untangling the Web*”, Law Journal Press, New York, 2003. Vid., VIÑAS FARRE, R., “Procesos de integración y modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil”, en *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, pp. 605-617; Vid., MANEVY, I., “*Online dispute resolution: What future?*”, 2002, disponible en [www.ombuds.org](http://www.ombuds.org); Vid., MARTIN, MS., “Keep it online: The Hague Convention and the need for online alternative dispute resolution in international business to consumer e-commerce”, *Boston University International Law Journal*, nº 20, 2002, pp.125; Vid., RULE, C., “*Online dispute Resolution for Business: B2B, e-commerce, consumer, employment, insurance and other commercial conflicts*”, San Francisco, Jossey-Bass, 2002; Vid., DAVID JA CAIRNS Y CREMADES, B.M., “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, en La Ley nº 5538, de 2002, pp. 2 y ss

<sup>341</sup> Vid., VEGA VEGA, J.A., “*Contratos electrónicos y protección de los consumidores*”, Cometa, Zaragoza, 2005, pp. 358 y ss.

<sup>342</sup> Para un elaborado análisis comparativo, Vid., BANISAR, D., Y DAVIES, S., “Global trend in Privacy protection: An International Survey of Privacy, data protection, and surveillance Law and development”, en *Journal of computer & Information law*, vol. 18, 1999, pp. 10-111



circunstanciales fuera del control de los usuarios, y que la necesidad de que la identificación de los equipos conectados a la red se lleve a cabo por medio de servidores DNS, permite en la práctica que el proveedor de *Hosting* pueda conocer todos los servidores que ha contactado un usuario así como otros datos de conexión y de localización.

2. En relación con otros protocolos, como por ejemplo HTTP (fundamental para la transmisión de ficheros de hipertexto en Internet), que permite obtener a través de los navegadores importante información acerca de los usuarios.
3. Y en relación con los llamados *cookies* (archivos de texto colocados en el disco duro del usuario para almacenar datos relativos a su interfaz con servidores de la malla mundial que pueden ser leídos desde el exterior), que hacen posible el envío sistemático, con cada petición del usuario, de un identificador único y permanente haciendo posible la elaboración de perfiles de los usuarios de la Red.

Como es de suponer, el artificio técnico empleado para hacer factible la comunicación precisa, por su propia configuración, una serie de datos sin los cuales sería técnicamente imposible la transmisión de la información y, al mismo tiempo, requiere la colaboración de terceros (los proveedores de servicios de Internet en general) ajenos a los interlocutores, para posibilitar la comunicación. A partir de tales circunstancias, es posible diferenciar tres categorías principales de datos vinculados a las comunicaciones en Internet, y por lo tanto a la contratación y utilización de los servicios de *Hosting*, sin constituir, en principio, parte del contenido intelectual que el emisor pretende transmitir al receptor:

1. Los datos obtenidos en el proceso de contratación *on line del Hosting*, llamados datos de suscripción o de abonado<sup>343</sup>;

---

<sup>343</sup> Datos de suscripción: Datos que constituyen la información personal recabada del abonado a la hora de suscribir el contrato de prestación de servicios de comunicaciones.

## El Contrato Internacional de Hosting

2. Los datos obtenidos en el proceso de navegación en la página Web alojada, llamados datos de tráfico<sup>344</sup>; y
3. Los datos obtenidos también en el proceso de navegación pero que indican la posición geográfica del usuario, llamados datos de localización<sup>345</sup>.

Por ello, resulta esencial la inclusión de la política de privacidad o de protección de datos como una de las cláusulas específicas de los contratos suscritos con los ISP o proveedores de servicios de Internet en general. Cláusula que se referirá, por una parte, al tratamiento, conforme a la normativa vigente, de los datos incorporados por el destinatario-cliente a los ficheros del proveedor en el momento de la contratación *on line* o datos de suscripción; y por otra, al tratamiento de los datos de tráfico y de localización generados por los usuarios que, al navegar, se conectan a la página Web del cliente alojada en el servidor del proveedor o ISP<sup>346</sup>.

Conforme a lo anterior, el proveedor se compromete a no aplicar, ni utilizar ni revelar los datos facilitados por el destinatario contratante con fines distintos a los que se derivan del propio contrato<sup>347</sup>, y a destruir esos datos a la terminación de la relación contractual. Y se compromete, asimismo, a no comunicar ni permitir el acceso a terceros, ajenos a la actividad propia del proveedor, a los datos personales protegidos, adoptando, actualizando y manteniendo las medidas de seguridad, organizativas y técnicas, necesarias para garantizar la confidencialidad de los datos de carácter personal impidiendo

---

<sup>344</sup> Datos de tráfico: Cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efecto de facturación de las mismas.

<sup>345</sup> Datos de Localización: Cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo Terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público.

<sup>346</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “*Derecho privado de Internet*”, ...2002, op. cit. pp. 544-546

<sup>347</sup> SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 2004, de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso administrativo, asunto “*Telefónica España SA y Telefónica Data SA v. Resolución del Director de la Agencia de Protección de datos*”. El tribunal confirmó la Resolución del agencia en la cual se condenaba a Telefónica de España SA al pago de unas multas por haber utilizado los datos de tráfico y facturación de sus clientes para la promoción comercial de los servicios de Internet de otra entidad, Telefónica Data SA, volcando los datos de sus abonados al fichero del Sistema de Información Telemarketing (SIM) sin consentimiento de los afectados

cualquier alteración, pérdida o acceso no autorizado. Todo ello sin perjuicio de lo establecido por la Directiva 2006/24/CE sobre retención de datos<sup>348</sup>.

Todos estos elementos aconsejan la aproximación al régimen jurídico de protección de datos vigente, tanto comunitario como autónomo, y sus consecuencias respecto de las actividades de los proveedores de servicios de *Hosting*.

## 2.2-ASPECTOS JURÍDICOS. PLANTEAMIENTO

La llamada “protección de datos”, entendida como la protección jurídica de las personas en lo que concierne al tratamiento de sus datos de carácter personal, o dicho de otra forma, el amparo debido a los ciudadanos contra la posible utilización por terceros, en forma no autorizada, de sus datos personales susceptibles de tratamiento, para, de esta forma, confeccionar una información que, identificable con él, afecte a su entorno personal, social, o profesional, en los límites de su intimidad, es un tema que ha adquirido enorme actualidad, y que afecta directamente a un derecho fundamental de elevado contenido.

El derecho fundamental a la protección de datos personales ha sido resultado de una paulatina construcción legislativa y sobre todo jurisprudencial (su consolidación se encuentra en la sentencia del TJCE de 20 de mayo de 2003, “*Österreichischer Rundfunk*”<sup>349</sup>), y que encontró el oportuno refrendo en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>350</sup>, configurándose, entonces, como un derecho autónomo.

---

<sup>348</sup> DIRECTIVA 2006/24/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/Ce. DO L nº 105 de 13 de abril de 2006.

<sup>349</sup> Es muy importante por su trascendencia a la hora de consolidar el derecho a la proyección de datos como un derecho autónomo, la STJCE de 20 de mayo de 2003, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, “*Österreichischer Rundfunk*” (Rec. 2003 I-4989)

<sup>350</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000.

Pero, apenas reconocido como derecho fundamental, al derecho de protección de datos se le exige su extensión y aplicación inmediatas a un nuevo mundo, el mundo virtual<sup>351</sup>.

La progresiva expansión y generalización de la tecnología digital y de las redes de telecomunicaciones, las llamadas nuevas tecnologías de la Sociedad de la Información, han supuesto una auténtica revolución en la transmisión e intercambio de todo tipo de información<sup>352</sup>. En esta situación de accesibilidad, transmisión y posibilidad de almacenamiento y tratamiento de datos e información por vía electrónica, cuyo desarrollo se prevé además ascendente dadas las enormes posibilidades que aún ofrecen las nuevas tecnologías, uno de los aspectos que siempre está presente es el de la protección de los datos personales<sup>353</sup>.

Con sólo conectarnos a la red , la maquinaria del tratamiento de datos se activa. Una vez dentro, la ecuación es bien simple, cuanto más tiempo estemos *on line* y cuanto más extensas sean las actividades que realicemos, mayor será el volumen de información personal del que dejamos rastro.

Tres grandes grupos de problemas podemos identificar ligados, directa o indirectamente, con la protección de datos personales del usuario de Internet:

1. Recopilación y tratamiento de datos personales en el entorno virtual;
2. Integridad, confidencialidad y secreto de las comunicaciones electrónicas (lo que incluye sistemas como *Echelon*, *Carnivore* y *Enfopol*);
3. Seguridad técnica de los sistemas de información y de los datos.

---

<sup>351</sup> Sobre el tema, Vid., CORRIPIO GIL DELGADO, MR., “La protección de los datos personales en Internet”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, de 15 de septiembre de 2001, pp. 2918 y ss.

<sup>352</sup> Vid., MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “Sociedad de la Información”, en *Revista de Contratación electrónica* , nº 27, 2002, pp. 3 y ss.

<sup>353</sup> Vid., DOMINGO RIPALDA, J., “El tratamiento de los datos personales en Internet”, en *Revista Electrónica de derecho informático, REDI*, nº 51, 2002, pp. 2 y ss; y también Vid., DOMINGO RIPALDA, J., “El tratamiento de los datos personales en Internet”, en *Revista vlex de Derecho de las nuevas Tecnologías*, 2002, pp. 2 y ss.

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

Aunque todos ellos son de indudable interés e importancia, nos centraremos más en el primero, tratamiento de datos personales en el entorno de Internet, del que podemos destacar, como mas importantes, tres facetas:

1. En la medida en que Internet es un *servicio de telecomunicaciones*, su uso genera datos personales sobre tráfico que, en principio, reciben una protección semejante a la otorgada por la ley a los datos de tráfico y facturación telefónica, tanto fija como móvil<sup>354</sup>, sólo que a diferencia de los anteriores, los datos de tráfico en Internet pueden referirse indirectamente al contenido de las comunicaciones;
2. Internet sirve como un canal o *medio de recopilación de datos personales*, y a su través pueden realizarse operaciones visibles de tratamiento de los mismos, (abrir una cuenta de correo electrónico, o registrarse para emplear cualquier servicio); o también, se pueden realizar un amplio conjunto de operaciones invisibles de tratamiento de datos, por lo general no consentidas, que casi siempre o supuestamente siempre, vienen implicadas por la configuración técnica de Internet<sup>355</sup>, ya que los ordenadores se pueden intercambiar<sup>356</sup> datos personales sin que medie intervención, información o consentimiento del titular de los datos;
3. Por último, Internet funciona como una *fuentes de datos de libre acceso*, sin que medie la intervención directa del interesado (guías y directorios, foros, publicaciones, prensa digital, páginas institucionales, ect.)

Efectivamente, existe, aunque el titular no lo haya consentido, una constante recopilación y tratamiento de datos personales en el entorno de la Red. La información acumulada en Internet facilita la elaboración, por parte de

---

<sup>354</sup> Vid., PICAZO SENTÍ, P., Y CHAVELI DONET, E., “El tratamiento de datos personales en el sector de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico”, *Revista vlex de Derecho de las nuevas Tecnologías*,, 2002, pp. 10 y ss

<sup>355</sup> Vid., RECOMENDACIÓN 1/1999 sobre tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware, de 23 de febrero de 1999. Documentos del Working Party sobre protección de datos, disponibles en <http://europa.eu.int>

<sup>356</sup> Vid., LESSIG, L., “*El Código y otras leyes del ciberespacio*”, op. cit. 2001, pp. 326 y ss..

## El Contrato Internacional de Hosting

ciertas empresas, de un perfil completo de la persona, el llamado “*on line profiling*” y ello sin que el internauta pueda siquiera sospecharlo, todo ello, en principio, con una triple finalidad:

- A) El diseño de la estrategia comercial, un marketing personalizado;
- B) La adopción de decisiones en ámbitos tan diversos como el mercado laboral y financiero (aplicación de las llamadas técnicas de *scoring*), prevención y represión de delitos o el control de publicaciones de contenidos nocivos, y
- C) La llamada *net classing*, es decir, la restricción del uso de los servicios de Internet basada en la adopción de decisiones individuales automatizadas que implican la previa estratificación socio-económica de los usuarios de Internet<sup>357</sup>.

Ante este panorama, un tanto desolador o no, según se vea, contamos, no obstante, con un nutrido marco normativo de referencia compuesto por normas de origen internacional, comunitario y autónomo (aunque muchas de estas normas carecen de la necesaria especificidad y tecnicidad para adaptarse a Internet), sin olvidar las normas privadas o de autorregulación.

Efectivamente, y respecto a éstas últimas, en sede de protección de datos, pronto aparecieron unas soluciones técnicas o respuestas, que provenían de las propias tecnologías de Internet, se denominaron tecnologías favorecedoras de la privacidad o *PET, Privacy Enhancing Technologies*<sup>358</sup>, las cuales han sido definidas como “*un sistema de medidas técnicas que protegen la privacidad*”

---

<sup>357</sup> Vid., FEDERAL TRADE COMMISSION, “*On line profiling: A report to Congress*”, de junio de 2000, disponible en <http://www.ftc.gov> : Según este informe, un ejemplo de estas practicas son los llamados *web-lining*, o sitios web que restringen sus servicios a usuarios con un perfil de escasas compras, o compañías que ofrecen sus servicios o productos a precios más caros a determinados grupos de usuarios.

<sup>358</sup> Vid., BORKING, J., Y RAAB, C., “Laws, PETs and other technologies for privacy protection”, en *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 2001.

*eliminando o reduciendo los datos personales que se facilitan en Internet, o impidiendo el tratamiento innecesario o no deseado de los mismos*<sup>359</sup>.”

Sin embargo, y a pesar de algunas opiniones contradictorias<sup>360</sup>, creemos que, una plataforma técnica para la protección de los datos no basta por sí sola para proteger los datos en la Red, es necesario aplicarla en un contexto de normas jurídicas que sean ejecutables y deparen a todas las personas un mínimo nivel, y no negociable, de protección<sup>361</sup>. El sistema legal de protección de datos personales en Internet se debe articular sobre el reconocimiento de un haz de derechos específicos que recojan la particular fisonomía de los riesgos que en este sector, padecen o pueden padecer, los usuarios<sup>362</sup>.

En este sentido, algunos autores<sup>363</sup>, han llegado a hablar del que se podría denominar “*Derecho virtual a la protección de datos de carácter personal*”. La base de este derecho virtual serían los principios de necesidad, proporcionalidad y adecuación, es decir, la configuración técnica de la red no debería permitir el acopio indiscriminado e invisible (e incluso también visible) de datos personales, sino sólo de aquellos que sean necesarios para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.

---

<sup>359</sup> La propia industria de Internet ha querido sumarse a esta tendencia y lo ha hecho con un proyecto de arquitectura favorecedora de la privacidad, la llamada *Plataforma de Preferencias de Privacidad (P3P)*. Esta Plataforma permite a los Web site expresar sus prácticas de privacidad en un formato estándar de modo que puedan ser leídas e interpretadas automáticamente por un *agente de software* que utiliza el usuario, pero haciéndolo todo el agente inteligente sin que el usuario precise leer esas políticas de privacidad de los sitios que visita. Vid., DICTAMEN 1/1998 SOBRE LA PLATAFORMA DE PREFERENCIAS DE PRIVACIDAD (P3P) Y NORMA DE PERFILES ABIERTA (OPS), de 16 de junio de 1998, Documentos del Working Party sobre protección de datos, disponibles en <http://europa.eu.int>

<sup>360</sup> Vid., ADKINSON, W., EISENACH, J., Y LENARD, T., “Privacy on line: A report on the information practices and policies of commercial Websites”, en *The Progress & Freedom Foundation*, Washington, 2002; y en el mismo sentido, Vid., BORKING, J., “*Proposal for building a privacy guardian for the electronic age*”, en La Haya, Kluwer, 2000, pp. 20 y ss.

<sup>361</sup> Vid., LLANEZA, P., “La protección de datos personales en el entorno Web”, en *Revista Datos personales*, nº 7, enero 2004, pp. 4 y ss.

<sup>362</sup> Vid., CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R., “*Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet*”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 30 y ss.

<sup>363</sup> Vid., OLIVER LALANA, D., “El derecho fundamental virtual a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas”, en *Diario La ley*, nº 5592, de 2002, pp. 1-10; y también, Vid., CORRIPIO GIL-DELGADO, M.R., “*Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet*”, op. cit, pp. 30 y ss..

Como veremos a continuación, varias han sido las normas<sup>364</sup> que, teniendo por objeto la protección de datos, han visto la luz en los últimos años, y todas ellas con un único objetivo, formar una conciencia mundial sobre el derecho de toda persona a la protección de sus datos, y aún más, crear una cultura básica sobre el denominado “*derecho a la autodeterminación informativa*” centrado en el concepto de que los datos no son propiedad de quien los posee o maneja, sino que los datos son propiedad de su titular, del ciudadano, y solamente él tiene derecho a decidir quién, dónde, cuándo y cómo los presenta al exterior<sup>365</sup>.

Efectivamente, en la actualidad, entre los llamados derechos de la Tercera Generación (junto al derecho a un medio ambiente sano o a la defensa de los consumidores o usuarios) destaca *el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática*<sup>366</sup>, entendidos o interpretados como el reconocimiento y garantía de un haz de facultades individuales que permiten al afectado un control y seguimiento de la información que le concierne, registrada en soportes informáticos.

Derecho por otra parte, constitucionalizado por primera vez en la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, posteriormente la Constitución Española lo recogió en su art. 18.4 aunque no con el nivel de garantías con el que aparece en el texto portugués, e incluso el Tribunal Constitucional Alemán

---

<sup>364</sup> Como orígenes de estas normas, cabría destacar, desde la RESOLUCIÓN 509, de 1968 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos, hasta la DIRECTIVAS 95/46/CE, 97/66/CE y 2002/58/CE, pasando por las RESOLUCIONES (73) 22 y (74) 29 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y, naturalmente, por el CONVENIO 108 del Consejo de Europa relativo a la “protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal” de 28 de enero de 1981.

<sup>365</sup> Vid., DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “*La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pp. 25 y ss.

<sup>366</sup> Algunos autores equiparan estas dos expresiones mientras que otros consideran que se refieren a momentos distintos del tratamiento automatizado de datos. En estos dos sentidos Vid., PEREZ LUÑO, A.E., “Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: La libertad informática”, en *ADPEP*, nº 2, de 1989/90, pp. 176 y ss.; Vid., ORTÍ VALLEJO, A., “*Derecho a la intimidad e informática. Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada*”, Granada, Comares, 1994.; Vid., LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “*Informática y protección de datos personales. Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*”, en *Cuadernos y Debates*, nº 43, Madrid, 1993, pp. 33 y ss.; Vid., VELÁZQUEZ BAUTISTA, R., “*Protección jurídica de los datos personales automatizados*”, Madrid, Colex, 1993, pp. 68 y ss.



reconoció y acuñó la expresión “derecho a la autodeterminación informativa en su Sentencia de 1983 a propósito de un recurso de amparo interpuesto contra la Ley de Censo de Población aprobada el 4 de marzo de 1982 por el Bundestag. El Tribunal dictó sentencia cautelar obligando a la suspensión provisional de la vigencia de la Ley<sup>367</sup>.

## **2.3- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL SECTOR DE INTERNET.**

### **2.3.1- Antecedentes.**

Pronto se manifestó en el ámbito comunitario la preocupación por la incidencia de las nuevas tecnologías en los derechos de las personas<sup>368</sup>, y en especial por el alcance de la informática en el ámbito de los derechos y libertades. En efecto, ya en 1973, mediante una interpelación del Parlamento Europeo al Consejo de Europa, se le instaba a explicar sobre las iniciativas y actuaciones previstas en lo que concernía a la regulación del derecho de acceso a la información personal. En 1974 se elaboró por el Parlamento Europeo un estudio<sup>369</sup>, presentado en la sesión celebrada el 21 de febrero de 1975, en el que se sentaron las bases del posterior procedimiento que culminaría, aunque mucho después, con la adopción de la Directiva sobre protección de datos.

Paralelamente a las iniciativas del Parlamento Europeo, se desarrollaron las actuaciones del Consejo de Europa<sup>370</sup> y de la OCDE<sup>371</sup>, que cristalizaron en

---

<sup>367</sup> Sobre esta sentencia, Vid., DARANAS PELAEZ, M., (Trad). “Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo”, en *BJC*, nº 33 de 1984.

<sup>368</sup> Vid., ELIAS, M.S “Situación legal de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías”, en *Revista Electrónica de Derecho Informático, REDI*, nº 32, 2001, pp, 2 y ss.

<sup>369</sup> INFORME PROVISIONAL de la Comisión jurídica sobre la protección de los derechos de la persona ante el desarrollo de los progresos técnicos en el ámbito de la informática. Documento 487/74, de 19 de febrero de 1975.

<sup>370</sup> CONVENIO 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas en lo referente al tratamiento automatizado de los datos personales. BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1985.

sendos documentos sobre la protección de datos personales, cambiando la orientación que hasta entonces se había mantenido.

Mediante Recomendación de 1981<sup>372</sup>, la Comisión urgió a los Estados a firmar y ratificar el Convenio 108 del Consejo de Europa, posponiendo la elaboración y adopción de una posible Directiva. Pero las expectativas no se vieron satisfechas por la escasa ratificación del Convenio 108 por parte de los Estados Miembros, y esto produjo un estancamiento y una paralización temporal de las iniciativas comunitarias en el ámbito de la protección de datos.

No sería, pues, hasta 1990 cuando nuevamente resurgirían con fuerza actuaciones en esta materia, concretamente la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales<sup>373</sup> y su modificación realizada mediante la Propuesta de Directiva de 1992<sup>374</sup>, en la que se presentaron significativos cambios en relación con la anterior, especialmente en dos grandes cuestiones como, la dualidad entre ficheros públicos y privados y la exigencia de notificación de los mismos. La mayor parte de las sugerencias de los Estados fueron aceptadas, como también fueron acogidas las enmiendas propuestas por el Parlamento, siendo aprobado el texto definitivo de la Directiva<sup>375</sup> en el Consejo Comunitario de 24 de octubre de 1995.

Pero, si bien la Directiva 95/46/CE fue la que fijó el marco comunitario general en materia de protección de datos personales, sus normas no agotaron la armonización comunitaria de las reglas relativas a su tratamiento.

---

<sup>371</sup> RECOMENDACIÓN de la OCDE de 23 de septiembre de 1980 sobre las Directrices de protección de la intimidad y de los flujos de datos de carácter personal a través de las fronteras.

<sup>372</sup> RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN 81/679/CEE, de 29 de julio de 1981, relativa al Convenio del Consejo de Europa sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. DO C nº 246 de 29 de agosto.

<sup>373</sup> COM (90) 314-SYN 287 y 288, de 24 de septiembre de 1990

<sup>374</sup> COM (92) 422 final, DO C nº 311, de 27 de noviembre de 1992.

<sup>375</sup> Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DO L nº 281, de 23 de noviembre de 1995.

En efecto, algunos de los aspectos más importantes que suscitaba el tratamiento de datos personales en Internet tuvieron que ser regulados, sin menoscabar la aplicación general de las normas de la Directiva 95/46/CE, en una Directiva sectorial, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de la comunicaciones electrónicas<sup>376</sup>, que derogó la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997<sup>377</sup>.

Pero los aspectos del tratamiento de datos relativos a la cooperación policial y judicial en materia penal<sup>378</sup>, a los que no le era aplicable la Directiva 95/46/CE, debido a los últimos acontecimientos terroristas, urgía que fuesen regulados a través de otro instrumento normativo.

La norma de referencia, necesaria en el acercamiento a la retención de datos, era el Convenio sobre el Cibercrimen del Consejo de Europa de 23 de noviembre de 2001, en vigor desde el 1 de julio de 2004<sup>379</sup>. Pese a las críticas iniciales, finalmente el Convenio (art 17, debidamente integrado con el 16), estableció la conservación expeditiva por los proveedores de servicios de Internet de los datos de tráfico necesarios para localizar el origen o destino de una comunicación, pero siempre a requerimiento de la autoridad competente y no con carácter sistemático<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. DO L 201/37 del 31 de julio de 2002.

<sup>377</sup> Sobre el contenido de esta Directiva, Vid., DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “*La protección de datos personales en el sector de la telecomunicaciones*”, op. cit. 2000, pp. 30 y ss. Y Vid., DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “*Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*”, Fundación Vodafone, Madrid, 2004, pp. 385 y ss.

<sup>378</sup> El 4 de noviembre de 2004, el Consejo Europeo adoptó el Programa de La Haya sobre la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DO C nº 53 de 3 de marzo de 2005). En este programa se invitaba a la Comisión a presentar propuestas antes de finales de 2005 para la aplicación del principio de disponibilidad con el fin de mejorar el intercambio transfronterizo de información policial entre los Estados Miembros. En junio de 2005, el Consejo y la Comisión adoptaron el Plan de Acción (DO C nº 198 de 12 de agosto de 2005) por el que se aplicaría el Programa de la Haya, en el que destacaba un especial interés por la protección de datos.

<sup>379</sup> Pendiente aún de ratificación por España.

<sup>380</sup> Vid., PÉREZ GIL, J., “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el Convenio sobre Cibercrimen”, en *Actualidad Penal*, nº 36, 2003, pp.897 y ss.; Vid., SÁNCHEZ

## El Contrato Internacional de Hosting

Ya el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE había habilitado la conservación de datos vinculados a la comunicación para fines específicos, con carácter accesorio a su contenido intelectual. Precepto, según la doctrina<sup>381</sup>, deliberadamente ambiguo pues resulta complicado discernir si su finalidad es permitir la conservación generalizada de ciertas categorías de datos o sólo de aquellos que se demanden por la autoridad competente. El motivo de dicha indefinición radicó en que la redacción de la Directiva se produjo simultáneamente al primer intento de armonizar, a nivel comunitario, por vía del tercer pilar, la retención de datos.

Por esa vía de armonización, se publicó el 4 de octubre de 2005 una Propuesta de Decisión Marco del Consejo<sup>382</sup> con el objetivo de mejorar la cooperación judicial y policial en materia penal, sobretudo por lo que respecta a la prevención y lucha contra el terrorismo, cumpliendo condiciones imprescindibles en el ámbito de la protección de datos. Efectivamente, la retención de los datos de tráfico, en ausencia de investigaciones en curso, se presentaba como una posibilidad ya introducida en algunos Estados Miembros<sup>383</sup> por lo que la finalidad era armonizar los aspectos básicos de esta medida.

Sin embargo, la retención, así articulada, produjo numerosas críticas, además de haber sido ya reprobada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de septiembre de 2005<sup>384</sup>, por lo que finalmente fue abandonada.

---

BRAVO, A., "El Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos: control vs. Libertades públicas", en *Diario La Ley*, nº 5528, abril de 2002, pp. 1-12;

<sup>381</sup> Vid., GONZÁLEZ LÓPEZ, JJ., "La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión europea: Una aproximación crítica", en *Diario La Ley*, nº 6456, de abril de 2006, pp. 2; Vid., LOZA CORERA, M., Y RODRÍGUEZ CASAL, C., "Nueva legislación europea en materia de protección de datos", en *Diario La Ley*, nº 5549, mayo de 2002, pp.2

<sup>382</sup> Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, de 4 de octubre de 2005. COM (2005) 475 final.

<sup>383</sup> En España la medida se hallaba prevista en el artículo 12 de la Ley 34/2002 de 11 de julio (LSSICE).

<sup>384</sup> STJCE de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, "Comisión v. Consejo", Rec. 2005 I-7879.

En efecto, la Comisión europea, renunciando al proyecto de Decisión marco, se propuso lograr la armonización en materia de retención de datos, entendiendo que la base normativa a la retención de datos debía buscarse en el Primer Pilar (art. 95 TCE) visión compartida por el Parlamento europeo, tras lo cual se iniciaron los debates entre las dos instituciones, que dieron lugar a la aprobación de la Directiva 2006/24/CE<sup>385</sup>.

Mientras tanto en España, la materia de la protección de datos ya era objeto de análisis desde mediados de los ochenta. Había comenzado a apuntarse y plantearse ante el Tribunal Constitucional (TC) los problemas derivados de un tratamiento automatizado de los datos personales, como consecuencia de la introducción en la vida social de avances técnicos e informáticos importantes que afectaban a la esfera del derecho a la intimidad<sup>386</sup>.

Así, el TC en su Sentencia 110/84<sup>387</sup> indicó que *“el reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española (...), pero el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esta protección a las intromisiones en la vida privada por cualquier medio(...)”*, acuñándose, con el tiempo, el término *“derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática”*<sup>388</sup>.

Desde la celebre STC 254/93<sup>389</sup>, hasta las no menos celebres STC 290/2000 y STC 292/2000<sup>390</sup>, han sido numerosas las ocasiones en que el

---

<sup>385</sup> DO L nº 105 de 13 de abril de 2006.

<sup>386</sup> Vid., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., “En torno a la interacción entre privacidad e Internet”, en *Revista Datos Personales*, nº 7 de enero de 2004, pp. 4 y ss.

<sup>387</sup> STC 110/84 de 26 de noviembre (RTC 1984/110)

<sup>388</sup> Vid., LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “La primera jurisprudencia sobre el Derecho a la autodeterminación informativa”, en *Revista Datos personales*, nº 1 de marzo de 2003, pp. 2 y ss.

<sup>389</sup> STC 254/93, de 20 de julio (RTC 1993/254), donde el Tribunal Constitucional ya hablaba del principio de autodeterminación informativa

<sup>390</sup> STC 292/2000 de 30 de noviembre (RTC 2000/292); y STC 290/2000 de 30 de noviembre (RTC 2000/290): Según estas sentencias, el derecho a la protección de datos atribuye a la persona un poder de disposición y de control sobre los datos personales, que se concreta jurídicamente en dos esferas: a) la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su almacenamiento y tratamiento, y sus usos posibles por terceros; y b) en

## El Contrato Internacional de Hosting

Tribunal Constitucional<sup>391</sup> se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de la libertad informática, y en todas ellas se ha significado la naturaleza especial de un derecho que se ha incorporado al elenco de bienes y derechos fundamentales de la persona<sup>392</sup>.

Efectivamente, la necesidad de limitar el uso de la informática frente a determinados derechos fundamentales o libertades públicas ya gozaba en nuestro ordenamiento de rango constitucional. La Constitución Española de 1978 dispuso en su artículo 18.4 que “ *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*<sup>393</sup>”.

Al mandato constitucional del artículo 18 se dio cumplimiento a través de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, que quedó derogada con la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter Personal<sup>394</sup> (en adelante LOPD) que es la norma fundamental del ordenamiento jurídico español en esta materia junto con lo establecido por la LSSICE<sup>395</sup>, y por la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones.

---

la facultad de conocer quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, pudiendo oponerse a esa posesión y usos, de modo que impone y atribuye a terceros deberes jurídicos que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad.

<sup>391</sup> Véase las siguientes Sentencias: STC 143/94 (RTC 1994/143); STC 11/98, de 13 de enero (RTC 1998/11); STC 94/98 de 9 de junio (RTC 1998/94); STC 134/1999 de 15 de julio (RTC 1999/134); STC 144/1999 de 22 de julio (RTC 1999/144); STC 98/2000 de 10 de abril (RTC 2000/98); STC 155/2000, de 10 de mayo (RTC 2000/155); según las cuales, la llamada libertad informática es el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención.

<sup>392</sup> Vid., PIÑAR MAÑAS, J.L., “*El Derecho fundamental a la protección de datos personales*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp, 65 y ss.

<sup>393</sup> CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “*Algunas consideraciones sobre la libertad informática y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional*”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº1, 2003, pp, 99-103

<sup>394</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre sobre Protección de datos de carácter personal. BOE 288 de 14 de diciembre de 1999. Esta Ley derogó la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. BOE 262 de 31 de octubre de 1992.

<sup>395</sup> Los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas se someten, en primer lugar, al régimen específico y sólo se recurre al general en aquellos casos en que el específico resulta insuficiente. No obstante, la distinción no siempre es evidente especialmente para los proveedores de servicios que ofertan contenidos a través de portales, que deben someterse a

### **2.3.2- Aplicación de la normativa comunitaria sobre protección de datos en el sector de Internet.**

Si bien la Directiva 95/46/CE es la que fija el marco comunitario general en materia de protección de datos personales, refiriéndose a todo acto de tratamiento, con independencia de los medios que se utilicen para llevar a cabo el mismo, sus normas no agotan la armonización comunitaria de las reglas relativas al tratamiento de estos datos, en particular, algunos aspectos importantes que suscita este tratamiento de datos personales en Internet. Éstos se encuentran regulados por la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio, cuyo artículo 3.1 establece que se ocupará del “(...) *tratamiento de los datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en las redes públicas de comunicaciones de la Comunidad*”, pero no de las redes privadas (como intranets corporativas) que se regirán por la Directiva 95/46/CE.

Aunque algunos autores<sup>396</sup> apoyan la necesidad, en materia de protección de datos, de una solución normativa unitaria, aludiendo a razones de naturaleza económica y tecnológica, sin embargo no parece que esto sea plausible dado que los problemas derivados del tratamiento de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas son específicos del medio que los genera. Por lo tanto, parece lógico que deba existir esta disgregación normativa, de forma que, los principios contenidos en la normativa general se aplicarán a todo aquel que lleve a cabo operaciones de tratamiento, sin que los preceptos sobre tratamientos específicos realizados como consecuencia de operaciones de comunicación electrónica puedan aplicarse a quien no desarrolla tal actividad y, por tanto, no se vea inmerso en dichos supuestos

---

ambas disposiciones. Vid., DICTAMEN 7/2000 del grupo de trabajo sobre la propuesta de la Comisión Europea de Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, adoptado el 2 de noviembre de 2000.

<sup>396</sup> Un tratamiento del tema lo encontramos en Vid., MESÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, JA., “*La protección de datos de carácter personal en las telecomunicaciones*”, Dykinson SL, Madrid, 2004, pp.98-100

En definitiva, la Directiva 95/46/CE contiene la normativa marco sobre protección de datos personales a escala comunitaria fijando las condiciones generales para la licitud del tratamiento de datos personales. Tiene por tanto, carácter horizontal en la medida en que resulta de aplicación a los diferentes supuestos de tratamiento de datos personales, sin perjuicio de que para algunos de ellos pueda haber reglas específicas en otras normas.

Pero, ¿Qué entiende esta normativa por tratamiento de datos?. Cuando la normativa comunitaria habla de tratamiento de datos, lo hace en un sentido muy amplio, pues comprende, de acuerdo con el artículo 2.b de la Directiva 95/46/CE *“cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión (...)”*. Dos cuestiones debemos analizar derivadas de esta definición: 1) Finalidad del tratamiento de datos; 2) Licitud de dicho tratamiento

### 1- Finalidad del tratamiento de datos

El impacto práctico de la Directiva 95/46/CE ha sido decisivo si se tienen en cuenta que, a pesar de que fue adoptada con base en el artículo 95 TCE y estar, por tanto, vinculada a la consecución del mercado interior, la aplicación de la misma no se ha limitado únicamente a situaciones que presentaran un vínculo efectivo con la libre circulación entre Estados Miembros, es decir, no solo se ha aplicado a los tratamientos de datos con fines comerciales, sino que se debía aplicar también a los tratamiento de datos con todo tipo de fines personales, y así lo estableció el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 20 de mayo de 2003<sup>397</sup>.

En este asunto el juez *ad hoc* planteó varias cuestiones prejudiciales relativas a la compatibilidad con la Directiva 95/46/CE de ciertas obligaciones de las entidades sujetas a control del Tribunal de Cuentas, de proporcionar a éste información sobre las retribuciones y pensiones

---

<sup>397</sup> STJCE de 20 de mayo de 2003, en los asuntos C-465/00, C-138/01 y C-139/01 *“Osterreichischer Rundfunk”*, op. cit.



## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

superiores a un nivel determinado, que tales entidades abonan a sus empleados y pensionistas, así como el nombre de los beneficiarios, con objeto de elaborar un informe anual para el Parlamento y para ser puesto a disposición del público en general.

El TJCE contestó que los preceptos de la Directiva no se oponían a una normativa nacional que impusiera obligaciones como las reseñadas, siempre que se demostrara que la amplia divulgación de todos esos datos era necesaria y apropiada para lograr el objetivo de buena gestión de los recursos públicos.

Ciertamente fue determinante, esa postura del TJCE, para que resultasen aplicables, con carácter general, las exigencias de la Directiva a ciertas actividades que los particulares llevaban a cabo a través de Internet, aunque careciera de finalidad comercial, siempre que implicaran un tratamiento de datos personales.

Así lo concluyó también el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 6 de noviembre de 2003<sup>398</sup>, en el sentido de que la referencia a datos personales entre los contenidos de un página Web constituye un tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales en el sentido del Artículo 3.1 de la Directiva 95/46/CE, y la actividad del responsable, relativa a la extracción y comunicación por transmisión de datos personales, destinados o no, a ser incluidos en páginas de Internet y a ser puestos por este medio a disposición de terceros, sí constituye un tratamiento de datos personales.

Esta Sentencia tuvo su origen en siete cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE planteadas al TJCE por el Göta hovrätt sueco en el marco de un proceso penal relativo a la infracción de la legislación sueca sobre protección de datos personales al publicar la acusada en su página Web, datos personales sobre varias personas que colaboraban con ella en una parroquia de una iglesia sueca

## 2- Licitud del tratamiento de datos

Para que el tratamiento de datos personales sea lícito es necesario que éste reúna dos requisitos o condiciones:

- A). Que los datos personales cumplan con los principios de calidad establecidos en el artículo 6, en resumen:
- Que sean tratados de manera leal y lícita;

<sup>398</sup> Vid., STJCE de 6 de noviembre de 2003, C- 101/01, “ *Bodil Lindqvist*”, Rec. 2003 I-12971

## El Contrato Internacional de Hosting

- Que sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos;
- Que sean adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben;
- Que sean exactos y que estén actualizados; y
- Que se conserven de forma que permita la identificación del interesado durante un periodo no superior al necesario para la consecución de los fines previstos.

B). Que el tratamiento de estos datos se sujete a las condiciones de legitimidad establecidas en el artículo 7, condiciones que, por otra parte, tienen carácter alternativo, es decir que:

- el interesado haya dado su consentimiento de forma inequívoca<sup>399</sup>, o
- que sea necesario para la ejecución de una relación contractual en la que el interesado sea parte, o
- que sea necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica, o
- que sea necesario para proteger el interés vital del interesado, o
- que sea necesario para el cumplimiento de una misión de interés público del responsable del tratamiento.

Excepcionalmente, cuando la información objeto del tratamiento sea una información especial o sensible (ideología, raza, religión, salud.....) se deberá cumplir una condición de licitud específica exigida en el artículo 8 de la Directiva.

---

<sup>399</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 12 de abril de 2005 (RJ 2005, 3280), en el asunto de “Excmo. Ayuntamiento de Santa Cristina de la Polvorosa v. Resolución del Directos de la Agencia del Protección de datos”. La Agencia sancionó al Ayuntamiento por haber cedido datos a terceros sin el consentimiento inequívoco del afectado. En el mismo sentido también fue pronunciada la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 28 de junio de 2005 (RJ 2005, 6186) en el asunto “Entidad Euroenseñanza de Formación profesional SL, v. Resolución del Directos de la Agencia de protección de datos”.

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

No obstante, la propia Directiva permite a los Estados Miembros que, dentro de los límites establecidos, precisen las condiciones en que son lícitos los tratamientos de datos personales. Por lo tanto, se ofrece a los Estados la posibilidad de prever, independientemente de las normas generales, condiciones especiales de licitud para los tratamientos de datos personales en sectores específicos y en relación con las categorías de datos especiales o sensibles. Así pues, los Estados pueden establecer garantías reforzadas para la tutela y protección de los derechos de las personas frente al tratamiento automatizado de sus datos, pero sin que ello suponga una barrera a la libre circulación de los mismos.

Precisamente las situaciones que han recibido una mayor atención, por parte de los organismos nacionales sobre protección de datos, y en defensa de la posición de los afectados por los tratamientos de estos datos, han sido las actividades llevadas a cabo a través de páginas de Internet. Y ello, por el especial riesgo de captación de un número potencialmente muy elevado de datos personales sin el consentimiento de los afectados, así como por la oportunidad de establecer el modo de proceder por los responsables de páginas Web para hacer posible la captación de datos a través de éstas con todas las garantías para los usuarios<sup>400</sup>.

Efectivamente, la preocupación por la Protección de Datos en Internet surgió de la confrontación de dos realidades, por un lado, la existencia de un rápido desarrollo de nuevas tecnologías digitales avanzadas, con el fin de facilitar la utilización de los sistemas informáticos de gestión de la información que pueden tratar un gran volumen de datos, pero por otro lado, la vigencia del derecho del titular del dato a ejercer un control, y poder decidir cuándo, dónde,

---

<sup>400</sup> Vid., DOCUMENTO DE TRABAJO sobre “Privacidad en Internet: enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea” de 21 de noviembre de 2000; Vid., la RECOMENDACIÓN relativa a determinados requisitos mínimos para la recogida de datos personales en la Unión Europea, de 17 de mayo de 2001; y las RECOMENDACIONES al sector del comercio electrónico elaboradas por la APD en el año 2001, y publicadas en 2002; Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales”, en *Diario La Ley*, nº 5964, de febrero de 2004, pp. 1-6

## El Contrato Internacional de Hosting

cómo y por quién es tratado<sup>401</sup>, es decir, derecho no sólo a la intimidad sino derecho a proteger, a su vez, algo con mayor profundidad, “la privacidad”<sup>402</sup>.

Como hemos indicado, la Directiva 2002/58/CE constituye el texto europeo de referencia en materia de protección de datos personales en el entorno de Internet, estableciendo un marco reglamentario con el fin de lograr un equilibrio entre un elevado nivel de protección de la intimidad de las personas y la libre circulación de datos personales en la UE<sup>403</sup>.

Tres cuestiones, relevantes para nuestro trabajo, vamos a destacar en este momento: 1) la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones electrónicas; 2) Los datos de tráfico; 3) Los datos de localización.

### *1- Seguridad y confidencialidad de las comunicaciones.*

El proveedor de un servicio de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, dígase un proveedor de *Hosting*, deberá adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad de sus servicios. En el caso de que exista un riesgo particular de violación de la seguridad de la red, el proveedor deberá de informar a los abonados de dicho riesgo (art. 4.2 Directiva 2002/58/CE).

En cuanto a la confidencialidad de las comunicaciones<sup>404</sup>, se prohibirán la escucha, la grabación, el almacenamiento u otros tipos de

---

<sup>401</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha individualizado en su artículo 8, el derecho a la protección de datos de carácter personal que pasa a formar parte del orden público europeo y de los derechos de sus ciudadanos. El derecho a la protección de datos de carácter personal o lo que se ha venido en llamar “derecho a la autodeterminación informativa” se concreta en las siguientes manifestaciones: derecho de información en la recogida de datos, los derechos de consulta, acceso, oposición, rectificación y cancelación, y cuando la ley no legitima el tratamiento, el consentimiento del interesado, previo a la recogida o para la cesión de datos a terceros.

<sup>402</sup> En este sentido, Vid., DUMORTIER, J., Y GOEMANS, C., “Marcos para la privacidad en el entorno de las operaciones en línea”, en *The IPTS Report*, nº 42, de marzo de 2000; y también, Vid., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “Vida privada en Internet”, en *Revista Datos personales*, nº 8 de marzo de 2004, pp. 3-10.

<sup>403</sup> Vid., SUÑÉ LLINAS, E., “Protección de datos personales en el sector de la telecomunicaciones: dos Directivas en cinco años no solucionan el agujero negro de Internet”, en *Revista Datos personales*, nº 1 de marzo de 2003, pp. 4 y ss.

<sup>404</sup> Vid., STS de 28 de marzo de 2003, en el recurso nº 81/2002 (RJ 2003, 163)

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, sin el consentimiento de éstos, salvo que tengan autorización legal para ello<sup>405</sup>. Los denominados “programas espía” (spyware, web bugs), “cookies”<sup>406</sup> o identificadores ocultos, sólo se permite su utilización para fines legítimos y con el consentimiento de los usuarios, entendiéndose, por tanto, que debe ser asequible al usuario tanto la posibilidad de autorizar dicho uso como la de rehusar que se introduzcan estos dispositivos en el ordenador del propio usuario.

### 2- Los Datos de Tráfico.

Los datos personales relacionados con los usuarios y abonados que hayan sido tratados para establecer la comunicación (es decir, datos de tráfico<sup>407</sup>), deben destruirse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de esa comunicación (art. 6.1 Directiva 2002/58/CE). El tratamiento lícito de los mismos se limita a lo necesario para llevar a cabo la facturación y el pago de las interconexiones y durante el plazo necesario para exigir el cumplimiento o impugnar la factura (art. 6.2 Directiva 2002/58/CE). Excepcionalmente

---

<sup>405</sup> Vid., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., “Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet”, Civitas, Madrid, 2004, pp. 113 y ss

<sup>406</sup> Siempre han preocupado el uso ilegal o no que se hace de estos identificadores ocultos, en este sentido, Vid., MENDOZA LUNA, A., “Los Cookies ¿amenazan a la privacidad de la información en Internet?, en *Revista electrónica de Derecho informático, REDI*, nº 30 de enero de 2001; y Vid., RAMOS SUÁREZ, F., “¿Es legal el uso de cookies?, en *Revista electrónica de derecho informático, REDI*, nº 1 de 1998, pp. 3 y ss;

<sup>407</sup> Hay que distinguir entre Datos de transmisión y Datos derivados del suministro de contenidos. Los Datos de transmisión a su vez pueden ser o *datos de tráfico* (cualquier dato personal tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de facturación) o *datos de localización* (datos tratados en una red de comunicaciones electrónicas que indican la posición geográfica del equipo terminal del usuario). Hay muchas formas de obtener información de usuario, empezando por los propios proveedores de infraestructuras de redes, incluidas las inalámbricas, o de servicios (alojamiento de página web, correo electrónico, chat...) que registran continuamente datos de los usuarios, y terminando por la propia empresa que comercializa sus servicios y productos en Internet. Datos obtenidos, por ejemplo, mediante la propia cabecera “http”, o mediante los “cookies”, correo electrónico, identificadores únicos (protocolo IPv6...), mediante la “web bugs” (no son archivos instalados en el disco duro del usuario sino programas insertos de forma invisible en una página web o un correo electrónico y que revelan a terceros datos privados de sus usuarios), y también mediante los módulos Java o JavaScript

pueden utilizarse para promocionar los servicios de telecomunicaciones de los propios operadores que los registran<sup>408</sup>.

### 3- Los Datos de Localización.

Estos se someten a un régimen más riguroso, pues el artículo 9 de la Directiva 2002/58/CE precisa que sólo pueden tratarse de forma anónima o previo consentimiento, e informado, del usuario, en la medida y por el tiempo necesarios para realizar el servicio<sup>409</sup>. La información previa alcanza el tipo de datos que se tratarán, la finalidad y duración del tratamiento y si se transmitirán los datos a terceros a los efectos de prestación de los servicios de valor añadido<sup>410</sup>. Y aun así, el usuario conserva la posibilidad de rehusar al tratamiento de forma definitiva o temporal.

El artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE, de manera un tanto ambigua, admite que los Estados miembros limiten los derechos vinculados a la confidencialidad, al uso de los datos del tráfico y de localización y a determinados aspectos de la presentación y restricción de la identificación de la línea de origen y de la línea conectada, para proteger la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública o la prevención, la investigación, descubrimiento y persecución de delitos<sup>411</sup> o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas.

Varios Estados Miembros han adoptado normas legislativas, a los efectos del artículo 15, que prevén la conservación de datos por los proveedores de servicios en Internet para la prevención y enjuiciamiento de

---

<sup>408</sup> Vid., MARROIG POL, L., "La Seguridad nacional y el Acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas", en *Diario La Ley*, nº 5799, 2003, pp. 1-26; En relación con este tema, Vid., RODRÍGUEZ LAINZ, J.J., "*Intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*", Bosch, Barcelona, 2003.

<sup>409</sup> Vid., LOZA CORERA, M., Y RODRÍGUEZ CASAL C., "Nueva legislación europea en materia de protección de datos", en *Diario La Ley*, nº 5549, de mayo de 2002, pp. 5-7.

<sup>410</sup> Vid., PRIETO ANDRÉS, A., "La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones", en *Diario La Ley* nº 5620, de septiembre de 2002, pp. 5-9.

<sup>411</sup> Delito de robo de identidad en la Red, Vid., CENTENO, C., "El futuro de la identificación electrónica: retos y oportunidades para el sector público", en *The IPTS Report*, nº 79, de noviembre de 2003, pp. 1-9.

delitos, pero estas disposiciones normativas nacionales varían considerablemente, lo que crea obstáculos en el mercado de las comunicaciones electrónicas, pues los proveedores de estos servicios deben cumplir requisitos diferentes, dependiendo de cada país, en cuanto a los tipos de datos de tráfico y localización que deben conservar, las condiciones y los periodos de conservación.

Precisamente para armonizar todas esas disposiciones de los Estados Miembros, relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para que éstos estén disponibles con fines de investigación de delitos graves, tal y como se define en cada legislación nacional de cada Estado Miembro, se ha publicado la Directiva 2006/24/CE sobre retención de datos, que analizaremos posteriormente.

### **2.3.3- Aplicación de la normativa española sobre protección de datos en el sector de Internet.**

Desde la perspectiva de la legislación española, nos encontramos, por un lado, con la Ley Orgánica 15/1999 sobre Protección de datos de carácter personal (LOPD)<sup>412</sup>, que supuso la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 95/46/CE, y por otro lado, con el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal<sup>413</sup>. Reglamento éste que contiene las normas reglamentarias que habían desarrollado a la LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD)<sup>414</sup>, con lo que aun hoy, a pesar de las numerosas remisiones que realiza la LOPD a un futuro reglamento, éste esta en fase de tramitación, basándose en las

---

<sup>412</sup> BOE nº 298 de 14 de diciembre de 1999.

<sup>413</sup> Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. BOE nº 151 de 25 de junio de 1999.

<sup>414</sup> BOE nº 262 de 31 de octubre de 1992.

aportaciones de la Agencia española de protección de datos (AEPD), no existiendo todavía un texto oficial del mismo<sup>415</sup>.

En líneas generales, la LOPD se aplicará siempre que se produzca un tratamiento de datos en Internet, con independencia de que el tratamiento lo realice un proveedor de servicios de la sociedad de la información<sup>416</sup> u otra persona física o jurídica, y se aplicará a los datos obtenidos en el suministro de contenidos en línea, bien a cargo de los titulares de páginas Web o bien a cargo de empresas de publicidad<sup>417</sup>. Lo anterior se tendrá en cuenta, no sólo para la prestación de servicios de comunicaciones al público, sino también cuando se trate de transmisiones gratuitas o a través de líneas privadas.

Pero al igual que afirmamos respecto de la normativa comunitaria, en la legislación española también se puede entender que, la LOPD es la norma general, sin perjuicio de la aplicación, a determinadas cuestiones de la protección de datos en Internet, de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y de la Ley 32/2003 General de telecomunicaciones.

En todos los casos, la normativa impone tres niveles de seguridad<sup>418</sup> en función del tipo de fichero automatizado que contenga datos de carácter personal, y como consecuencia y dependiendo del nivel de seguridad, impone

---

<sup>415</sup> Vid., ARIAS POU, M., "El futuro Reglamento de la LOPD", en *Diario La Ley*, nº 6455, de abril de 2006, pp. 1-8

<sup>416</sup> Categoría ésta conforme aparece definida en el Anexo de la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

<sup>417</sup> De los ocho millones de Internautas existentes en España, casi un 13% ha realizado alguna compra por Internet, proporcionando datos personales. Vid., RODRÍGUEZ LÓPEZ DE LEMUS, P., "Protejamos nuestros datos", en *Revista vlex de Derecho de las Nuevas Tecnologías*, 2002; Vid., RIBAS ALEJANDRO, J., "Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 9 de octubre de 2000, pp. 5-8.

<sup>418</sup> Tener en cuenta la Instrucción 1/1998 de la Agencia de Protección de Datos sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, y la Instrucción 1/2000 de 1 de diciembre de la Agencia de Protección de datos relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos.



una serie de obligaciones<sup>419</sup> a los responsables de estos ficheros. Así podemos distinguir:

- 1) Nivel de seguridad Básico: exigido a todos los ficheros que contengan datos de carácter personal;
- 2) Nivel de seguridad Medio: para los ficheros relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, servicios financieros y aquellos que permitan obtener una evaluación de la personalidad del individuo; y
- 3) Nivel de seguridad Alto: ficheros de datos relativos a la ideología, religión, creencias, origen racial, salud, vida sexual o para fines policiales.

Cuatro cuestiones debemos analizar relacionadas con la aplicación de la protección de datos al sector de Internet: 1) Licitud del tratamiento de datos; 2) Control de los datos por el titular; 3) Seguridad en la redes de comunicaciones; 4) Datos de conexión y de tráfico.

#### *1- Licitud del tratamiento de datos.*

La Ley debe garantizar el anonimato de la navegación en Internet, cuando sea posible, o por lo menos, el uso lícito de los datos personales<sup>420</sup>. Cuando hablamos de uso lícito debemos analizar dos asuntos: A) La Legitimación legal ( art. 6.2 LOPD), y B) el Consentimiento (art.6.1 LOPD).

A)- Respecto a la *Legitimación legal*, los proveedores de servicios de Hosting y los titulares de sitios Web que desarrollen una actividad comercial, pueden tratar de forma lícita los datos personales recogidos en línea, siempre y cuando tengan en cuenta que:

- A este tratamiento lícito, el titular solo puede oponerse en la medida del artículo 6.4 LOPD;
- No son personales los datos que no pueden vincularse con un sujeto identificable o los que se han disociado (art. 5.5 y 11.6);

---

<sup>419</sup> Sobre este tema, es interesante el estudio siguiente: Vid., HERRAN ORTIZ, A.I., “*El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*”, op. cit. 2004, pp. 180-323.

<sup>420</sup> Vid., LLACER MATA CÁS, M.R., “El tratamiento lícito de los datos personales en Internet”, en *Revista vlex de Derecho de las nuevas tecnologías*, 2001, pp. 3 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

- En el contexto de los actos de contratación electrónica, es lícito el tratamiento in consentido de los datos referidos a las partes de una relación comercial para dar cumplimiento a dicho negocio, pero es preciso el consentimiento para tratarlos con otros fines, como los publicitarios o para cederlos a terceros (art. 11 LOPD);
- Se ampara el uso publicitario de las guías o fuentes públicas, siempre que se confeccionen y usen de acuerdo con los imperativos legales (art. 28 y 30) y que no se vulneren los derechos del interesado; y
- También existe legitimación respecto de los datos de tráfico, los cuales deben tratarse para establecer la conexión y facturar posteriormente el servicio, si es remunerado.

B)- Respecto a la segunda cuestión, *el Consentimiento*, todo tratamiento o cesión que exceda los límites del art. 6.2 LOPD debe ser consentido<sup>421</sup>. La Ley exige (art. 3 y 5 LOPD) que el consentimiento sea libre, inequívoco (expreso, para los datos de nivel alto, y puede ser tácito para el resto, pero el silencio no se considerará como consentimiento), específico e informado (obligación de informar que afecta a los prestadores de servicios de comunicación). El responsable de los ficheros está obligado a garantizar la seguridad e integridad de los datos (art.9) y a garantizar el deber de secreto (art.10).

El principio de consentimiento se aplica a todo dato personal, y abarca la recogida, las operaciones intermedias vinculadas con la creación de perfiles<sup>422</sup> y la cesión:

---

<sup>421</sup> Vid., REBOLLO DELGADO, L., “Difusión a través de Internet de infracciones penales o administrativas, sin consentimiento de los interesados”, en *Revista Datos personales*, nº 9 de mayo de 2004, pp. 5 y ss.

<sup>422</sup> Sin embargo, la Directiva 2002/58/CE ha introducido distinciones entre los programas de espionaje en general (*spyware*, *web bugs*, identificadores ocultos) y los *cookies*. Su art. 5.1 preserva la confidencialidad de las comunicaciones y prohíbe la escucha, grabación, almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y de los datos asociados a ella por personas distintas de los usuarios sin su consentimiento (sin perjuicio del límite que representa el art. 15 y la nueva Directiva 2006/24/CE). En cuanto al uso de la red

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

En cuanto a la Cesión, hemos de tener en cuenta, que el artículo 12.1 de LOPD establece que *“no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento”*, evidentemente, el responsable del fichero (el proveedor o ISP que es quien decide la creación del fichero y su aplicación, finalidad, contenido y uso) actúa como garante de esos datos personales, y si contrata el mantenimiento de su base de datos con un tercero, esto no se considerará cesión, si reúne tres requisitos:

- que el acceso a los datos por un tercero se efectúe con la exclusiva finalidad de prestar un servicio al responsable de fichero;
- que dicha relación de servicios se encuentre contractualmente establecida;
- una vez cumplida la prestación contractual, los datos deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento.

En concreto, el artículo 12.2 de LOPD dispone que *“la realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas”*.

---

para almacenar información en el terminal del usuario o acceder a ella, la Directiva ha establecido las líneas generales y encomendado a los Estados miembros el régimen concreto de los Cookies. El art. 5.3 no parte de una prohibición expresa sino que anuncia un régimen permisivo, de todos modos, el principio sigue siendo el consentimiento informado y el derecho a negarse al tratamiento. La parte final del artículo delimita un ámbito de tratamiento lícito, sin necesidad de consentimiento: el almacenamiento o acceso técnicos para efectuar o facilitar la transmisión o en la medida de lo estrictamente necesario a fin de proporcionar a una empresa de información un servicio expresamente solicitado por el usuario o abonado.

## El Contrato Internacional de Hosting

En casos de infracción, en el que la empresa responsable del tratamiento de una base de datos pertenecientes al responsable del fichero, subcontrata la publicidad de dicha empresa con un tercero que sería el encargado del tratamiento, y no garantiza que el subcontratista recaba el consentimiento de los afectados, tratando, por tanto, datos personales sin el consentimiento del afectado, la responsabilidad recaería también sobre el responsable del tratamiento, según la Sentencia de Tribunal Supremo de 5 de junio de 2004<sup>423</sup>

A la finalización del contrato será necesario en virtud del artículo 12.3 LOPD que tales datos *"...sean destruidos o devueltos al responsable del tratamiento al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto de tratamiento"*, y el artículo 12.4 de la misma Ley establece que *"....en el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente"*. No admitiéndose, como regla general, la subcontratación, de terceras entidades, realizada por el encargado del tratamiento, salvo que, o bien el contratista del servicio actúe en nombre y por cuenta del responsable del fichero o tratamiento, o bien que se cumplan específicamente los requisitos siguientes:

- que la subcontratación estuviera prevista en el contrato suscrito entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento;
- que la empresa subcontratista constara en dicho contrato;
- que el tratamiento hecho por el subcontratista tercero se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero<sup>424</sup>

---

<sup>423</sup> STS de 5 de junio de 2004, sala de lo Contencioso administrativo (RJ 2004/5849): Diferenciación entre el responsable del fichero y el responsable del tratamiento. Posición del encargado del tratamiento.

<sup>424</sup> Informe 584/2004 de la AEPD relativo a la subcontratación de un encargado del tratamiento en tercer país que no ofrece nivel adecuado de protección.

## 2- Control de los datos por el titular.

Hemos de analizar dos asuntos relacionados con los derechos de las personas a controlar el tratamiento de sus datos: A) Derechos del titular de los datos, B) Recursos legales del titular contra las actuaciones contrarias a derecho.

A) Respecto a los derechos de que gozan los titulares de los datos, se encuentran:

- Derecho de Consulta ante el Registro General de Protección de Datos. Se trata de la posibilidad de conocer gratuitamente la existencia de tratamientos de datos personales y la identidad del responsable, mediante solicitud a la Agencia de Protección de datos o accediendo directamente a su web;
- Derecho de Acceso. El afectado tiene derecho a obtener información de sus datos personales incluidos en ficheros automatizados, la solicitud es personalísima e irá dirigida al responsable del fichero, que está obligado a contestar en el plazo de treinta días;
- Derecho de Rectificación y Cancelación. El afectado, personal y gratuitamente, puede dirigirse al responsable del fichero para que rectifique los datos erróneos o cancele todos los datos;
- Derecho de Oposición. El responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado.

B) Y respecto a los recursos legales del titular contra las actuaciones que vulneren sus derechos: Se centrarán en la Impugnación de valoraciones (art. 13 LOPD), la Tutela de los derechos ante la Agencia de Protección de Datos (art.18) y el Derecho a indemnización ante los tribunales ordinarios (art.19)<sup>425</sup>

## 3- Seguridad en las redes de comunicaciones

El artículo 34 de la Ley 32/2003 establece que los proveedores de servicios de Internet deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la

---

<sup>425</sup> Sobre este tema, Vid., ABELLAN ALBERTOS, A., "Protección penal de los datos de carácter personal y de los programas informáticos", en *Diario La Ley*, nº 5812, 2003, pp., 1-18.

## El Contrato Internacional de Hosting

protección de los datos de carácter personal conforme a la legislación vigente. Para ello deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad de su red o de sus servicios de acuerdo con los niveles de protección exigidos por la normativa correspondiente. En el caso de que exista un riesgo particular de violación de la seguridad de la red, el proveedor deberá de informar a los abonados de dicho riesgo y de las medidas a adoptar<sup>426</sup>.

### 4- Los datos de conexión y de tráfico

El artículo 12 de la LSSICE establece que los proveedores de servicios de Internet, deberán retener los datos de conexión y de tráfico generados a consecuencia de las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, por un periodo máximo de 12 meses, a solicitud de las autoridades judiciales y del Ministerio fiscal<sup>427</sup>. Los cuerpos policiales y órganos administrativos para acceder a esta información deberán someterse a los preceptos de la LOPD.

Finalmente, los datos que deben ser objeto de retención serán, la dirección IP del ordenador y el momento en que se produjo la comunicación. Para los proveedores de *Hosting*, la ley establece que deberán retener sólo aquellos datos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio. Regulación que ha quedado afectada por la publicación de la Directiva 2006/24/CE.

---

<sup>426</sup> Informe 223/2004 de la Agencia Española de Protección de datos, sobre la cesión por un operador de red a un ISP o operador de *Hosting* del número de teléfono del abonado para evitar el abuso en Internet.

<sup>427</sup> Vid., RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones”, op. cit. 2003, pp.30 y ss.; Vid., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “La administración de Justicia ante las nuevas tecnologías. Del entusiasmo a la desconfianza, pasando por el olvido”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 7, 2005

### 3- LA RETENCIÓN DE DATOS GENERADOS O TRATADOS EN COMUNICACIONES A TRAVÉS DE INTERNET

El 21 de febrero de 2006 fue adoptada la Directiva 2006/24/CE<sup>428</sup> acerca de la retención de datos de las comunicaciones electrónicas, destinada a armonizar dicha medida en el marco de la UE, y a superar los obstáculos que las nuevas tecnologías conllevan para la identificación de los autores de actos terroristas o de otros hechos delictivos. Para conseguir ese objetivo se había reclamado la conservación de los datos aparejados a las comunicaciones electrónicas, de cuyo oportuno entrecruzamiento y empleo, debía derivarse la obtención de una información adecuada para localizar, identificar o descubrir a los autores de estos delitos graves.

La finalidad esencial de la Directiva 2006/24/CE, como así establece su artículo 1.1, es *“armonizar las legislaciones de los Estados Miembros relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones, en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se define en la legislación nacional de cada Estado Miembro”*.

La Directiva finalmente, se ha decantado por la denominación *conservación de datos*, entendida ésta como conservación generalizada, es decir la imposición legal a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas del deber de conservación sistemática de ciertas categorías de datos vinculados a las citadas comunicaciones y durante un periodo de tiempo con vistas a su revelación a las autoridades competentes en relación con los fines que legalmente se determinen<sup>429</sup>.

---

<sup>428</sup> DO L nº 105 de 13 de abril de 2006. El plazo de transposición a las legislaciones de los Estados miembros, que es de 18 meses, finaliza en octubre de 2007, sin perjuicio de que, para aquellos países que lo soliciten, se les otorgue 18 meses adicionales de periodo transitorio en lo que se refiere a la retención de datos de comunicaciones en Internet (art. 15).

<sup>429</sup> Vid., GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión europea: Una aproximación crítica”, op. cit. 2006, pp.3; Vid., GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “Retención de datos de tráfico de las telecomunicaciones y proceso penal”, en AAVV, *Estudios*

Varias cuestiones referidas al contenido de la Directiva 2006/24/CE, hemos de destacar en estos momentos: 1) Datos afectados; 2) Periodo de retención; 3) Medidas de seguridad adecuadas; 4) Motivos que justifican su crítica.

### *1- Datos afectados*

Los datos relativos a las comunicaciones electrónicas afectados por la retención comprenden, tanto los de tráfico como los de localización y de abonado o usuario registrado, quedando excluido el contenido de la comunicación (art. 1).

Esta enumeración genérica se descompone, en el artículo 5, en la relación de las concretas categorías de datos que deben ser retenidos en relación con cada uno de los aspectos del proceso comunicativo (origen, destino, fecha, hora, duración, tipo, equipo, localización del equipo móvil) diferenciándose en cada caso los datos en atención a que se refieran a redes de telefonía fija, móvil o acceso a Internet, incluyendo correo electrónico y telefonía IP. Además, la retención de datos extiende su aplicación respecto de dichas categorías también a las llamadas infructuosas o perdidas que no deben ser confundidas con las llamadas sin conexión expresamente marginadas del deber de retención (art. 3).

### *2- Periodo de retención*

El periodo de retención se establece en un mínimo de seis meses y un máximo de dos años<sup>430</sup> desde la fecha de la comunicación (art. 6), si bien posteriormente se prevé que la duración máxima podrá en atención a circunstancias particulares ser ampliada por los Estados Miembros

---

*jurídicos de la Sociedad de la Información y nuevas tecnologías*. Libro con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Madrid, 2005, pp. 382-383.

<sup>430</sup> Teniendo en cuenta que en la práctica, el 85% de los datos de tráfico requeridos por la policía tienen un máximo de seis meses de antigüedad, y los datos requeridos de entre seis meses y un año se utilizan generalmente en investigaciones complejas de delitos graves.



durante un periodo limitado y con sometimiento a la decisión que la Comisión adopte al respecto tras serle notificada la medida (art. 12).

### 3- Medidas de Seguridad adecuadas

La Directiva establece unos mínimos principios de seguridad de los datos que deben ser garantizados por los Estados Miembros, orientados básicamente a asegurar la integridad de los datos (art. 7), y a asegurarse que al final de los plazos de retención, los datos se borren efectivamente, sin que se produzca ningún *Dumping* o explotación de los datos. Como garantía adicional de esta seguridad, se prevé su control por la autoridades públicas (art. 9), a que se refiere el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE. Los proveedores deben instalar el entramado técnico necesario para facilitar el acceso directo a los datos específicos y asegurarse de que solamente los miembros de su personal con responsabilidades técnicas específicas tengan acceso a las bases de datos retenidas<sup>431</sup>.

La Directiva se limita a armonizar los requisitos de la retención, dejando a cada Estado Miembro la determinación de los casos, procedimiento y condiciones en que se podrá acceder a los datos retenidos, si bien dispone que dicho acceso sólo será posible para las autoridades nacionales competentes y que deberá ser respetuoso con las exigencias de Derecho Internacional público, y en particular con el Convenio europeo de Derecho Humanos (CEDH) (art. 4).

### 4- Motivos de crítica

A mi entender, dos son los motivos de crítica fundamentales a esta Directiva, aunque hay muchos mas<sup>432</sup>.

---

<sup>431</sup> Vid., DICTAMEN del supervisor europeo de protección de datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. DO C 298 de 29 de noviembre de 2005.; En general, en cuanto a la tema del secreto de las comunicaciones en Internet, Vid., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., “*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*”, op. cit. 2004, pp. 147 y ss;

<sup>432</sup> Podemos mencionar otros como, las dificultades técnicas derivadas que serán mayores en el supuesto de compañías que operen a nivel internacional; la responsabilidad civil, administrativa e incluso penal que para los proveedores supone responder de la pérdida, alteración o

## El Contrato Internacional de Hosting

- El primero se refiere al carácter indiscriminado de la retención de datos, pues se dirige, en general, a todos los sujetos pasivos que sólo tienen en común ser usuarios de comunicaciones electrónicas. Además, se configura como una medida preventiva practicada al margen de cualquier indicio o sospecha de previa comisión de un hecho delictivo o propósito de comisión.
- El segundo hace referencia al alto coste económico<sup>433</sup> que le va a suponer a los proveedores de servicios en Internet adoptar estas medidas y cumplir con lo establecido legalmente, lo cual perjudicará la competitividad y el dinamismo del mercado, afectando a los precios dirigidos a los usuarios, y creando una barrera a la entrada de nuevos y emergentes proveedores.

### 4- LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS EN EL ENTORNO DE INTERNET.

La transferencia internacional de datos personales, de un Estado a otro, es tema de especial atención en las normas sobre protección de datos, pues todos los derechos y principios recogidos en las mismas se verían seriamente amenazados si no se estableciera un control que marcara unos límites de garantía y seguridad en la transmisión telemática o en la transferencia de los datos personales que cruzan las fronteras. El alojamiento de los datos en servidores que se encuentren fuera de la Unión europea, como Estados Unidos (EEUU), supone una transferencia internacional de datos<sup>434</sup>.

Varias cuestiones nos surgen a la hora de analizar la transferencia internacional de datos en el entorno de Internet: 1) qué debemos entender por transferencia internacional de datos, y 2) cuándo un tercer Estado ofrece un

---

destrucción de los datos; y la pérdida de confianza de los clientes en la confidencialidad de los datos

<sup>433</sup> Según los cálculos efectuados por las empresas del sector afectadas, la creación de una base de datos con todas las llamadas efectuadas y recibidas por cada usuario, incluyendo Internet, le supondrá a cada compañía unos 100 millones de euros para conseguir la infraestructura técnica adecuada y unos 50 millones de euros para su mantenimiento.

<sup>434</sup> Vid., PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., "Auditoría legal de un sitio Web", en *Noticias jurídicas*, mayo 2005, pp. 2

nivel de protección adecuado, haciendo especial hincapié en la transferencia de datos desde Estados Miembros a EEUU, concretamente en el sistema de principio de puerto seguro.

#### 4.1- CONCEPTO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS

Con la intención de dar cumplimiento a las decisiones de la Comisión Europea, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) adoptó el 1 de diciembre de 2000, la Instrucción 1/2000<sup>435</sup> en la que con una finalidad esencialmente orientativa, se establecen los criterios seguidos por la AEPD para las transferencias de datos de conformidad con la Ley Orgánica de Protección de Datos y la Directiva comunitaria.

La Instrucción 1/2000 de 1 de diciembre de 2000 de la AEPD, indica que hay que entender por *transferencia internacional de datos*, “toda transmisión fuera del territorio español, y en particular, se considerarán como tales las que constituyan una cesión o comunicación de datos y las que tengan por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero”.

El régimen del movimiento internacional de datos procede cuando el titular de un fichero al que se aplica la ley española (según el art. 2 LOPD, esta norma se basa en el principio de territorialidad, estableciendo como criterio general que, el régimen aplicable es el del país en el que se efectúa el tratamiento, en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento<sup>436</sup>), pretende exportar los datos al extranjero, bien entendido que el movimiento internacional de datos es libre entre los Estados de la UE, así sólo existe transferencia internacional de datos cuando el país de destino es un tercer país.

---

<sup>435</sup> Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre de la Agencia de protección de Datos, publicada en el BOE 301, de 16 de diciembre de 2000. Sobre este tema, Vid., GÓMEZ CASTALLO, J.D., “La autorregulación e Internet”, en GÓMEZ SEGADÉ, J.A.(Dir. ), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 450-473.

<sup>436</sup> En el mismo sentido se declara el artículo 4 de la Directiva 95/46/CE

## El Contrato Internacional de Hosting

Lo anterior, y la necesidad de conciliar los derechos de los ciudadanos con el movimiento internacional de datos, obliga a que las normas reguladoras de la materia partan de un principio general de prohibición de la transferencia a terceros Estados que no garanticen un nivel de protección adecuado (art. 33 LOPD). Ello supone que, en principio, y sin perjuicio de la existencia de supuestos excepcionales (art. 34 LOPD), la transferencia queda vedada a empresas situadas en terceros Estados cuya regulación no reconozca el núcleo básico de principios de protección de datos, salvo que consigan la correspondiente autorización del Director de la APD (ficheros de datos que deben estar inscritos en el Registro General de Protección de datos, para proceder a su autorización), que sólo podrá otorgarla si se obtienen las garantías adecuadas<sup>437</sup>.

O dicho en sentido contrario, en la regulación de las transferencias de datos entre Estados (la Directiva 95/46/CE no se refiere a transferencia entre Estados Miembros, lo que sí hacía el Convenio 108, sino a transferencias entre Estados Miembros y Estados terceros) se sigue un principio general, por el cual se establece la habilitación para las transmisiones de tales datos, pero supeditado a la existencia de ciertas condiciones de licitud recogidas en los artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE:

1. Por una parte, a la existencia y garantía de un nivel de protección adecuado en el Estado de destino<sup>438</sup>, que será evaluado teniendo en cuenta los criterios, meramente indicativos como dice el Considerando 56, que al efecto enumera el artículo 25.2 de la Directiva; y
2. Por otra parte, y en defecto de tal nivel, exige el cumplimiento de las condiciones del artículo 26.1 de la Directiva, teniendo en cuenta que, el mismo art. 26 en su párrafo 2, contempla excepciones a la norma general del párrafo primero, al reconocerle valor derogatorio de la prohibición de transferencia a

---

<sup>437</sup> En este sentido además del artículo 33 de la LOPD, encontramos la Norma 2º de la Instrucción 1/2000 de 1 de diciembre de la Agencia de Protección de Datos relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos.

<sup>438</sup> Vid., SANCHO VILLA, D., "Transferencia internacional de datos personales", en *APD*, Madrid, 2003, pp. 4 y ss.

Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

países terceros sin nivel de protección adecuado, a las garantías establecidas en cláusulas contractuales apropiadas<sup>439</sup>.

La Comisión ha impulsado la Decisión de 15 de junio de 2001 relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer estado, modificada por la Decisión de 27 de diciembre de 2004<sup>440</sup>. La Decisión facilita un medio para garantizar un nivel de protección adecuado, aunque no se propone suplantar los derechos nacionales que ya han previsto garantías contractuales, sino sólo exigir a los Estados miembros que reconozcan que las cláusulas descritas en la Decisión proporcionan una garantía adecuada. Estas cláusulas contractuales tipo están destinadas a las empresas (al ISP de *Hosting* para actualización y mantenimiento de su base de datos), sobretodo en casos de subcontratación del tratamiento, para la transferencia de datos personales de la UE a un tercer país<sup>441</sup>.

La Agencia española de Protección de datos, por su parte, también favorece la solución contractual de estas transferencias, con el fin de agilizar y generar expectativas favorables para la autorización, enumerando en la norma 5ª de la Instrucción 1/2000 los extremos mínimos que considera indicativos de un nivel de garantía adecuado<sup>442</sup>

Después de todo lo dicho, la cuestión, en este momento, es determinar si la mera obtención y difusión de datos personales a través de páginas de

<sup>439</sup> Vid., HERRAN ORTIZ, A.I., “*El Derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de protección de datos*”, op. cit. 2004, pp, 180 y ss.

<sup>440</sup> Decisión de la Comisión de 27 de diciembre de 2004 por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países. DO L 385/74 de 29 de diciembre de 2004.

<sup>441</sup> Actualmente, la solución que se encuentra en el centro de las actividades de las autoridades europeas de protección de datos en materia de transferencias internacionales de datos, son las llamadas reglas corporativas vinculantes o BCR “binding corporate rules”.

<sup>442</sup> Vid., ORTEGA GIMENEZ, A., “La transferencia internacional de datos en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal y el derecho internacional privado”, en *UAIPIT*, 2004, pp. 4 y ss.

Internet, y por tanto de ámbito mundial, es con carácter general susceptible de dar lugar o de entenderse como una transferencia internacional de datos personales<sup>443</sup>.

El TJCE en su Sentencia de 6 de noviembre de 2003, C-101/01, *Lindqvist*<sup>444</sup> contestó de forma negativa a esta cuestión, pues excluye que ese tipo de transferencias tengan lugar cuando la revelación no se produce como consecuencia del envío automático de la información a personas que no hayan buscado deliberadamente acceder a la misma, sino que sólo está a disposición de quien decida acceder a la misma mediante la realización a iniciativa propia de ciertas actividades de consulta de datos, sin embargo, sí habría comunicación de datos relevante a los efectos de los artículos 25 y 26 de la Directiva 95/46/CE si existiera una transferencia directa entre quien revela los datos y quien los recibe<sup>445</sup>.

Los antecedentes de hecho de la sentencia son los siguientes: Se presentó ante el TJCE una cuestión prejudicial por el Göta hovrätt (Suecia) sobre la interpretación de la Directiva 95/46/CE de protección de datos. El asunto principal desarrollado en un proceso penal seguido ante el tribunal de primera instancia sueco era contra la Sra. Bodil Lindqvist. La demandada fue acusada de haber infringido la normativa sobre protección de datos al haber publicado en la página web, de la que era titular, diversos datos personales sobre otras personas que colaboraban voluntariamente, junto a ella, en una parroquia de la Iglesia protestante de Suecia. El tribunal concluyó que, teniendo en cuenta el estado de desarrollo de Internet cuando se elaboró la directiva, las normas de ésta dirigidas a controlar las transferencias de datos a países terceros, no pueden aplicarse a la difusión indirecta por una persona que se encuentra en un Estado miembro de toda clase de datos personales en una página Web almacenada por un proveedor de *Hosting* que tiene su domicilio en el mismo Estado o en otro, de modo que dichos datos resultan accesibles a cualquier persona que se conecte a la Red, incluidas aquellas que se encuentren en países terceros. Sí sería aplicable si hubiera una transferencia directa.

---

<sup>443</sup> Vid., KUNER, C., “*European Data Privacy Law and Online Business*”, en Oxford University Press, 2003; También, sobre este tema, Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE”, en *UAIPIT*, 2004, pp. 1-15.

<sup>444</sup> Vid., Sentencia del TJCE de 6 de noviembre de 2003. Caso 101/01 “*Bodil lindqvist*”, Rec 2003 I-12971; Y Vid., REBOLLO DELGADO, L., “Sentencia del TJCE de 6 de noviembre de 2003. Caso Bodil lindqvist”, en *Revista Datos personales*, nº 9, de mayo de 2004, pp. 3 y ss,

<sup>445</sup> Vid., GUILLÉN CATALÁN, R., “Aplicación de la Directiva de protección de datos personales y su libre circulación en el marco de Internet. Comentario a la sentencia del TJCE, Luxemburgo (pleno) de 6 de noviembre de 2003”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº5, 2004-2, pp. 271-276.

En la afirmación del TJCE hemos de tener en cuenta una cuestión relevante, y es que el propio Tribunal manifiesta que su repuesta no contempla las operaciones realizadas por los operadores de servicios de alojamiento de páginas Web, y es precisamente en estos casos, en los que entendemos que, entre el titular de la página Web y el proveedor de esos servicios, sí existe normalmente una transmisión directa de información, susceptible, por tanto, de quedar regida por el régimen previsto en los artículos 25 y 26, si la transferencia tiene lugar a un país tercero, pero además, el proveedor presta ciertos servicios al titular, para los que ha de acceder a los datos, lo que justifica, también, su consideración como encargado del tratamiento de datos personales<sup>446</sup>.

#### 4.2- PAÍSES CON UN NIVEL DE PROTECCIÓN ADECUADA

Uno de los problemas que más ha preocupado y preocupa a los Estados, especialmente a los Estados Miembros de la Unión Europea, insertos en la globalización tecnológica desde hace años pero sobretudo en los últimos tiempos, es la posibilidad de transferencia del dato desde un Estado protector hacia otro con protección distinta, menor o inexistente. Por ello, la normativa comunitaria vigente<sup>447</sup> dispone, como principio general, la prohibición de transferencia de datos de las personas físicas a países terceros que no

---

<sup>446</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE”, op. cit, pp, 4 y ss.. Y también, MIRALLES MIRAVET, S., Y BACHES OPI, S., “La cesión de datos de carácter personal: análisis de la legislación vigente y su aplicación a algunos supuestos prácticos”, en *Diario La Ley*, de 11 de mayo de 2001, pp. 5 y ss.

<sup>447</sup> Regulación contenida fundamentalmente en las siguientes normas: DIRECTIVA 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DO L 281 de 23 del noviembre de 1995, p.31-50; DIRECTIVA 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. DO L 201/37 del 31 de julio de 2002. Esta deroga a la Directiva 97/66/CE; y REGLAMENTO (CE) 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, DO L 8 de 12 de enero de 2001.

## El Contrato Internacional de Hosting

garanticen un nivel adecuado de protección<sup>448</sup>, siendo necesaria una declaración expresa de dicha circunstancia.

La Comisión, en el ejercicio de sus competencias (art. 25.6 de la Directiva 95/46/CE), ha declarado que los países que garantizan un nivel de protección adecuado son, naturalmente, primero, los Estados miembros de la UE, y, además, Suiza<sup>449</sup>, Hungría<sup>450</sup>, Estados Unidos<sup>451</sup> y Canadá<sup>452</sup>.

---

<sup>448</sup> Vid., ARRIBAS LUQUE, J.M., “Sobre la protección adecuada en las transmisiones de datos personales desde la Unión europea a los EEUU: El sistema de principios de puerto seguro”, en *Diario La Ley*, nº 5497, del 2002, pp. 4-10. Según este autor, el que un país tercero garantice la protección adecuada no implica que disponga de normas análogas a las de la Unión Europea, como explica el Parlamento europeo en su Resolución A5-1077/2000 de 5 de julio, sino que, independientemente del tipo de protección jurídica vigente en dicho país, el titular de los datos ha de recibir una protección efectiva.

<sup>449</sup> DECISIÓN de la Comisión 2000/518/CE

<sup>450</sup> DECISIÓN de la Comisión 2000/519/CE

<sup>451</sup> DECISIÓN de la Comisión 2000/520/CE. Después de más de dos años de negociaciones entre la Comisión europea y el Departamento de Comercio de EEUU se consiguió un acuerdo, conjugando el principio de autorregulación con el respeto a los principios básicos de la legislación europea. El sistema de “puerto seguro” permitirá las transferencias hacia las empresas que voluntariamente se adhieran a los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada (los principios son: notificación o información y derecho de opción, que se aplican a la transferencia ulterior de datos(cesión), seguridad e integridad de los datos, derecho de acceso y garantías para una eficaz y real aplicación). El tráfico con ellas no requiere autorización, aunque debe acreditarse que la destinataria se encuentra entre las entidades que se han adherido a los principios y se encuentran sujetas a la jurisdicción de la *Federal Trade Commission* y el Departamento de Transporte de EEUU. Tener en cuenta también la DECISIÓN 2004/496/CE del Consejo de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la CE y los EEUU sobre el tratamiento y transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, oficina de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos; y la DECISIÓN 2004/535/CE de la Comisión de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que transfieran al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los EEUU, (DO L 235 de 6 de julio de 2004). Y el ACUERDO entre la Comunidad europea y los EEUU sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al departamento de seguridad nacional, oficina de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, (DO L 183 de 20 de mayo de 2004). El Acuerdo fue recurrido por el Parlamento Europeo, y el TRIBUNAL DE JUSTICIA EN SU SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 2006, en los asuntos C-317/04 y C-318/04 (Rec. 2006 sin publicar), ha decidido anular la Decisión 2004/496/CE y la Decisión 2004/535/CE, aunque manteniendo los efectos de ésta última hasta el 30 de septiembre de 2006, si bien no se mantendrán más allá de la fecha de la extinción del citado Acuerdo. Y finalmente la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO: Denuncia del Acuerdo entre CE y los EEUU sobre el tratamiento y la transferencia de los datos PNR por las compañías aéreas a los servicios de aduana y protección de fronteras del Ministerio americano de seguridad interior. Bruselas 16 de junio de 2006. COM (2006) 335 final.

<sup>452</sup> DECISIÓN de la Comisión de 20 de diciembre de 2001 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del consejo sobre la adecuación de la protección de datos personales conferida por la ley canadiense *Personal information and electronic documents act*. DO L 2 de



Son importantes estos acuerdos, sobretodo cuando las transmisiones se hacen en el entorno digital, pues la regulación y los mecanismos previstos por la normativa europea para transmitir datos a países sin un nivel de protección adecuado, no satisfacen las necesidades prácticas de un flujo masivo y constante de información, como por ejemplo el existente entre la Unión Europea y los EEUU, que es quizás el más relevante a los efectos del presente trabajo.

Dentro de la distribución de competencias entre la Federación de los EEUU y los Estados Federados, la *Privacy* es una de las materias concurrentes que pueden ser reguladas tanto por la Federación<sup>453</sup> como por los Estados Miembros. La característica fundamental de esta regulación, a diferencia de lo establecido por el derecho comunitario para los Estados Miembros de la UE, es que la protección de la *privacy* a nivel público y privado es distinta, es decir, el derecho constitucional a la misma<sup>454</sup> no obliga al sector privado sino sólo al público, y además, la industria norteamericana se opuso tradicionalmente a la voluntaria limitación de su derecho al uso de datos personales, en su propio beneficio y como herramienta comercial<sup>455</sup>.

Pese a ello, la irrupción de las nuevas tecnologías y la escasa protección legislativa de la *Privacy* motivó la pérdida de la confianza del consumidor norteamericano<sup>456</sup> y forzó la auto-imposición empresarial voluntaria de normas

---

4 de enero de 2002. Tener en cuenta también, la DECISIÓN de la comisión de 6 de septiembre de 2005 relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren a la Canada Border Services Agency. DO L 91 de 29 de marzo de 2006. Y el ACUERDO entre la Comunidad europea y el gobierno de Canadá sobre el tratamiento de datos procedentes del sistema de información anticipada sobre pasajeros y de los expedientes de pasajeros. DO L 82 de 21 de marzo de 2006.

<sup>453</sup> Los Estados Unidos, como Federación, son signatarios de las Directrices sobre protección de la vida privada de la OCDE de 1980, y reafirmaron su aplicabilidad, con especial referencia al comercio electrónico, en 1998.

<sup>454</sup> Reconocida sobretodo en la Cuarta y la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

<sup>455</sup> Vid., MULLIGAN, D., Y GOLDMAN, J., "The limits and the necessity of Self-Regulation: The Case for Both", en *Privacy and Self-Regulation in the information Age*, US. Department of Commerce, disponible en <http://www.ntia.doc.gov>

<sup>456</sup> El grupo Equifax suele realizar encuestas y estudios anuales sobre el estado de la *Consumer's Privacy* en los Estados Unidos, disponible en <http://www.equifax.com>

## El Contrato Internacional de Hosting

de conducta limitativas del libre uso de los datos personales, con la finalidad y la esperanza de que esto produciría una mayor captación de clientes y por tanto mayores beneficios empresariales. No obstante, esta autorregulación de los propios sectores o de las propias empresas adolecía de tres grandes problemas:

- a) La protección que conferían era muy limitada<sup>457</sup>;
- b) No existían medios efectivos para exigir la ejecución forzosa de los compromisos asumidos por cada empresa con los usuarios<sup>458</sup>; y
- c) Tampoco existían instrumentos específicos de compensación por los incumplimientos de los compromisos ni de reparación de los perjuicios que aquellos causaren a los titulares de los datos<sup>459</sup>.

En resumen, como ya hemos indicado, el sistema norteamericano confería una protección distinta a la *Privacy* según los datos personales se almacenaran en ficheros de titularidad pública (protegidos, a nivel federal, por la Constitución y, a nivel Estatal, algunos Estados (9) lo incluyeron en sus propias constituciones, otros no) o privada (tanto a nivel federal como estatal están protegidos o por las prácticas de autorregulación de las empresas o por leyes sectoriales, salvo el Estado de California que extendió la regulación imperativa de la *privacy* propia del sector público al privado. Todo ello, sin

---

<sup>457</sup> Se basaba en la técnica “*Opt-out*” (que presupone la existencia de una autorización del titular para usar y revelar información personal a menos que exista una oposición expresa del interesado), y no en la técnica “*Opt-in*” (según la cual la empresa debe solicitar a cada particular la autorización para la libre disposición de sus datos personales, y no se presupone dicha autorización previa).

<sup>458</sup> Vid., REIDENBERG, J., “Hearing the EU Data Protection Directive: Implications for the US Privacy Debate”, ante el *Subcommittee on Commerce, Trade and Consumer protection of the House Committee on Energy and Commerce* of EEUU, de 8 de marzo de 2001, disponible en <http://www.house.gov/commerce>

<sup>459</sup> Existen, no obstante, algunas acciones judiciales que aunque no específicas, si pudieran ser suficientes para esta materia, como por ejemplo: a) medidas de exigencia de responsabilidad por falsa declaración, en caso de incumplimiento por las empresas de sus compromisos de protección de la *privacy*; b) medidas del *Common law*, que prevén también acciones de particulares para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho a la intimidad, si la infracción de los compromisos implica la utilización indebida de datos personales; y c) medidas de protección de la *privacy* impuestas por diversas leyes federales y estatales que establecen indemnizaciones de los daños y perjuicios sufridos por los particulares como consecuencia de los incumplimientos de las empresas en esta materia, así la *Electronic Communications Privacy Act of 1986*; la *Telecommunications Act of 1996*, la *Consumer Credit Reporting Reform Act of 1996*, etc.

olvidar el importante papel de la jurisprudencia norteamericana en la creación de Derecho a través del llamado "precedente vinculante").

Este sistema, caótico, es lo que llevó a la Unión Europea a afirmar que "lo que caracteriza a la protección de la privacidad en los EEUU es un enfoque sectorial basado en una mezcla de legislación, reglamentación y autorregulación y que esto suponía que el ordenamiento norteamericano protegía de una manera *No adecuada* el control del particular sobre sus datos, que pueden ser libremente almacenados y cedidos"<sup>460</sup>.

Era necesario, pues, arbitrar un instrumento que sirviera de enlace entre los sistemas norteamericano y europeo, tan contrapuestos entre sí, y que garantizara el permanente y continuo flujo de información entre ambos, especialmente en el entorno de Internet. Así, tras dos años de consultas y diálogos entre la Comisión y el US Department of Commerce, se firmó el Acuerdo del Sistema de Principios de Puerto Seguro o *Safe Harbor Privacy Principles*, publicado por el US Department of Commerce el 21 de julio de 2000, y declarado como suficiente para asegurar un adecuado nivel de protección en las transferencias de datos personales realizadas desde la UE a entidades establecidas en los EEUU, mediante la Decisión de la Comisión 2000/520/CE de 26 de julio de 2000<sup>461</sup>.

#### **4.2.1- Las transferencias de datos on line de la Unión Europea a los EEUU: El sistema de principio de puerto seguro**

Técnicamente podría definirse este sistema como, un programa voluntario, basado en la auto-certificación y en la auto-evaluación, que se ofrece a las entidades de los EEUU (éstas pueden libre y voluntariamente acogerse a un código de principios), a fin de obtener, respecto de los datos

---

<sup>460</sup> Vid., en este sentido la RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO nº A5-0177/2000, y los Documentos del Grupo de Trabajo nº 15, 19, 21, 23, 27 (...), o el mismo Anexo I de la Decisión 2000/520/CE de la Comisión.

<sup>461</sup> DO L 215 de 25 de agosto de 2000.

personales recibidos desde la Unión europea, una presunción de adecuación a la protección exigida por la Directiva 95/46/CE que permite asegurar, de manera permanente, la legitimidad de las transferencias.

Así pues, el sistema permite la aprobación automática por todos los Estados Miembros de la UE de las transferencias de datos con destino a las empresas estadounidenses participantes, y dicha autorización o aprobación es única y suficiente para las transferencias entre cualquiera de los Estados de los EEUU y cualquiera de los Estados de la UE, evitándose así las especificidades propias de las legislaciones internas de cada uno de los Estados Miembros.

No obstante, la aplicación de este Sistema puede exceptuarse, cuando sea necesario para el cumplimiento de exigencias de seguridad nacional e interés público, cuando así sea establecido por disposición legal, reglamentaria o por decisión judicial, y por dispensa prevista en la Directiva o en las normas de Derecho interno de los Estados Miembros.

El Sistema<sup>462</sup> aparece configurado formalmente como un combinado de las siguientes normas:

1. Unos *Principios de "Puerto Seguro para la protección de la vida privada"* publicados por el *US Department of Commerce* el 21 de julio de 1998<sup>463</sup>. Son siete, y se entienden como mínimos para cualquier política privada de protección:

a) *Principio de Notificación (Notice)*: Establece la obligación de las entidades de informar a los particulares de los fines con los que

---

<sup>462</sup> Vid., ARRIBAS LUQUE, J.M., "Sobre la protección adecuada en las transmisiones de datos personales desde la Unión europea a los EEUU: El sistema de principios de puerto seguro", op. cit, pp, 6-10; Y Vid., ORTEGA GIMENEZ, A., "Transferencia de datos personales entre la UE y EEUU", en *IURIS, Actualidad y practica del derecho*, nº 83, la Ley, Madrid, 2004, p. 66-68

<sup>463</sup> Estos principios en su publicación iban precedidos por una Introducción que indicaba que éstos no pueden ser utilizados para suplir a las leyes europeas que transponen la Directiva 95/46/CE, y además se establecía, en un Anexo, entre otras cosas, los organismos de los EEUU reconocidos por la UE para la investigación de las quejas sobre este tema. Estos Principios son de aplicación exclusiva a las empresas norteamericanas que voluntariamente decidan su adhesión y tienen fuerza vinculante.

Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

recogen y utilizan los datos, así como los medios que éstos tienen para limitar su uso o divulgación.

- b) *Principio de Opción (Choice)*: Establece la obligación de las entidades de ofrecer a los particulares la posibilidad de decidir si su información personal puede divulgarse a un tercero o utilizarse para fines incompatibles con el objetivo inicial.
- c) *Principio de Transferencia Ulterior (Onward Transfer)*: Según el cual las entidades, para revelar información a terceros que no participen en el Puerto Seguro, deberán aplicar los dos principios anteriores, antes de proceder a tal transferencia.
- d) *Principio de Seguridad (Security)*: Establece que las entidades que colecten, mantengan, utilicen o difundan información personal tomarán todas las precauciones razonables para evitar su pérdida, su mal uso y consulta no autorizada, su divulgación, su modificación o destrucción.
- e) *Principio de Integridad de datos (Data Integrity)*: Establece que la información personal que se recabe sea únicamente la pertinente respecto a los fines con los que se utiliza.
- f) *Principio de Acceso (Access)*: Establece, salvo en algunas excepciones, el derecho de los particulares al conocimiento de la información personal que las entidades tengan sobre ellos y poder corregirla, modificarla o suprimirla si resultare inexacta.
- g) *Principio de Aplicación (Enforcement)*: Dispone la necesidad de incluir mecanismos para garantizar la conformidad de las políticas y prácticas con los principios, es decir, el establecimiento de una vía de recurso para que los interesados que se vean afectados por el incumplimiento puedan recurrir y se pueda castigar con unas sanciones a la entidad incumplidora.

## El Contrato Internacional de Hosting

2. Unas *Frequently Asked Question (FAQ)*, son quince (aunque no es una lista exhaustiva) y fueron publicadas, también, por el *US Department of Commerce* con la finalidad de proporcionar orientación a las entidades interesadas en participar en el sistema sobre la aplicación de los Principios de Puerto Seguro.
3. Y la *Decisión de la Comisión Europea 2000/520/CE*, de 26 de julio, con arreglo a la *Directiva 95/46/CE*, por la que se declara la adecuación de la protección conferida por dichos principios a los efectos de la libre transferencia de datos personales desde la Comunidad a los EEUU.

La adhesión a este sistema sólo es posible para las entidades norteamericanas en general (salvo las pertenecientes al sector público, a los sectores de las telecomunicaciones<sup>464</sup> y los servicios financieros<sup>465</sup>, y las entidades sin ánimo de lucro), pero no para las entidades europeas las cuales, no están obligadas por estos principios, ni pueden pretender, en base a los mismos, la exención de las obligaciones que se deriven de la aplicación de las normas comunitarias o de las normas internas del propio Estado miembro.

El Sistema se aplica, en general, a las transferencias de datos personales efectuadas desde la Unión Europea, independientemente de la naturaleza del emisor, y que sean recibidas por entidades norteamericanas sujetas al Sistema de Principios de Puerto Seguro. Pero esta afirmación tiene dos excepciones:

- a) No se aplicará a la captación de datos directamente de particulares en la Unión europea y por una entidad norteamericana que recurra a medios, automatizados o no, situados en territorio de un Estado Miembro, pues en este

---

<sup>464</sup> El sector de las telecomunicaciones está sujeto a la regulación de la *Federal Communications Comisión (FCC)*,

<sup>465</sup> El sector financiero está sujeto a las reglamentaciones de la *National Credit Union Administration Borrada* y de la *Federal Reserve Borrada*, que pueden dictar normas necesarias para evitar prácticas desleales y fraudulentas y crear una división independiente para tramitar las denuncias de los consumidores.

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

caso, dicha captación, estará sujeta a las disposiciones nacionales de ese Estado Miembro (art. 4 Directiva 95/46/CE);

- b) No se aplicará el Sistema de Principios a determinadas categoría de datos como: Datos conservados en archivos tratados manualmente; Datos que se remitan con fines de publicación, transmisión u otras formas de comunicación publica de material periodístico; Datos transmitidos a bancos de inversiones y sociedades de auditoria; y Datos extraídos de registros públicos e información que sea de dominio público.

Por último, indicar que en caso de mal funcionamiento del sistema<sup>466</sup>, es decir, ante los incumplimientos de las entidades norteamericanas adheridas, y en los supuestos en los que los organismos públicos y privados encargados de su vigilancia y cumplimiento, no lo hicieran o no tomaran las medidas adecuadas (tenemos que tener en cuenta que los métodos para verificar que una entidad cumple con sus declaraciones de protección son, simplemente, la autoverificación y la verificación por terceros)<sup>467</sup>, las Autoridades de los Estados Miembros de la UE competentes en materia de protección de datos pueden acordar la suspensión de las transferencias de datos, comunicándole al US Department of Commerce el alcance y motivos de la medida adoptada.

---

<sup>466</sup> Desgraciadamente la regla general es el incumplimiento, y pese a que grandes empresas como *Microsoft Corporation; Intel; Double Clic Inc; The BMW Group Inc; Hewlett Packard; Procter & Gamble Company & US affiliates, ect*, sí están adheridas al sistema, otras muchas no lo están.

<sup>467</sup> ARRIBAS LUQUE, J.M., “Sobre la protección adecuada en las transmisiones de datos personales desde la Unión europea a los EEUU: El sistema de principios de puerto seguro”, op. cit, pp. 6-10

## El Contrato Internacional de Hosting



## VI- DESARROLLO CONTRACTUAL *ON LINE* DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE *HOSTING*

El régimen jurídico de los contratos que se perfeccionan a través de Internet, y en concreto, los aspectos de dicho régimen respecto de los contratos de *Hosting*<sup>468</sup>, vinculados al empleo de redes informáticas abiertas en la formación y ejecución del contrato, conlleva un análisis más detallado de los requisitos a los que se subordina la perfección del contrato (momento y lugar), de la seguridad y prueba de estos contratos, así como del régimen posible de ejecución *on line* de las prestaciones negociales, aclarando que no menoscaba la continuidad en lo sustancial del Derecho privado preexistente<sup>469</sup>.

Basándonos en la contratación Web o en los *web wrap agreements*, típicos en la contratación del *Hosting*<sup>470</sup>, observamos que en la práctica, aún manteniendo los distintos proveedores un patrón semejante en sus Web, no existe identidad en los pasos a dar por el contratante, ni en la estructura ni en las denominaciones<sup>471</sup>. En cualquier caso, no obstante, resulta comúnmente

---

<sup>468</sup> Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., “Contratos electrónicos B2B: Creación de un marco jurídico a la carta”, en *Régimen jurídico de Internet*, 2002, pp. 551-567. Y Vid., POMBO, F., “Contratación electrónica”, en *Régimen jurídico de Internet*, 2002, pp. 1140-1175

<sup>469</sup> Sobre este tema, ILLESCAS ORTIZ, R., “Derecho de la contratación electrónica”, op. cit. 2001, pp. 46-50; Vid., PLAZA PENADES, J., “El marco jurídico de la contratación electrónica”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 4, Pamplona, 2004, pp. 19-43.

<sup>470</sup> En la praxis de la contratación del *Hosting*, la modalidad mayormente utilizada sobre la manifestación del consentimiento a la conclusión del acuerdo electrónico es la denominada “*point and clic*” típicos de los *web wrap contract*, en los que la declaración de adhesión se realiza mediante la presión de la tecla del ordenador o del ratón que nos sirva para transmitir nuestra emisión de voluntad a la contraparte que no se haya presente. Vid., VEGA VEGA, J.A., “Contratos electrónicos y protección de los consumidores”, op. cit., 2005, pp. 200; Vid., GONZÁLEZ GONZALO, A., “La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, Comares, Granada, 2004, pp. 223 y ss.

<sup>471</sup> Vid., RAUSTIALA, K., “Form and substance in international agreements”, en *American Journal of international Law, American Society of International Law*, vol. 99, nº 3, 2005, pp. 581 y 599

admitido que al menos el usuario cliente que quiere contratar debe enfrentarse con las siguientes fases:

1. Fase Precontractual: Presentación de los productos o catálogo de servicios, e identificación del proveedor.
2. Fase Contractual I: Selección y Aceptación del servicio seleccionado
3. Fase Contractual II: Obtención de los datos personales del contratante y pago del precio del servicio
4. Fase Postcontractual: La posibilidad, de que gozan los consumidores, de ejercicio de los Derechos de desistimiento y de resolución.

#### **1.- FASE PRE-CONTRACTUAL: LA *HOME PAGE* DEL PROVEEDOR DE *HOSTING***

Varias son las pautas a seguir por el usuario cliente, cuando se encuentre con la *Home Page*<sup>472</sup> del proveedor, antes de contratar un servicio de *Hosting*, se trataría de una aproximación previa para obtener el conocimiento de las condiciones o características propias del servicio que se quiere contratar. Estas actuaciones pueden llevar, o a la efectiva conclusión de un contrato o al abandono de una de las partes, el usuario cliente, con la consiguiente frustración de la relación contractual. Destacamos, las siguientes pautas:

- 1) La Identificación de la oferta comercial;
- 2) La Obtención de la Información previa que ha de proporcionar el proveedor de servicios de *Hosting* al destinatario o contratante; y

---

<sup>472</sup> En la contratación electrónica, mas importante que el Qué de la información, es el Cómo y el Dónde, por eso debemos explicar algunos conceptos básicos. La *Home page* o pagina principal es la raíz del mapa del sitio web, la pagina de referencia a la que el resto de paginas remiten generalmente mediante un icono en forma de casa, suele contener la información sobre la empresa, productos ofertas, etc. Las *páginas de paso obligado* son aquellas por las cuales quien quiera suscribir un contrato debe ineludiblemente pasar, y en ellas existe un catálogo de productos o servicios, es donde se recogen los datos personales del cliente y los datos de envío. Y las *páginas subordinadas* son aquellas páginas hiper-enlazadas a las que el cliente o internauta solo accederá si hace clic en el correspondiente botón o texto que hace de enlace. En este sentido, Vid. CLEMENTE MEORO, M., Y CABANILLAS MUGICA, S., “*Responsabilidad civil y Contratos en Internet(Su regulación en la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico)*”, Comares, Granada, 2003., pp. 130 y ss

- 3) La Constatación de la Forma que puede revestir el contrato electrónico ofrecido por el proveedor o ISP<sup>473</sup>.

### 1.1- IDENTIFICACIÓN DE LA OFERTA COMERCIAL

En el ámbito del comercio tradicional, la oferta comercial es una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar con ella un contrato. La oferta constituye, por tanto, una declaración de voluntad unilateral, recepticia, y dirigida a la formación del contrato. En el mismo sentido se expresa el artículo 2.1.2 de los Principios UNIDROIT del 2004, al decir que *“toda propuesta de celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar vinculado en caso de aceptación”*

En el ámbito de la contratación electrónica, y más concretamente respecto de los contratos denominados *web wrap agreements*, como los contratos internacionales de *Hosting*, el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales nos indica que *“Toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o mas comunicaciones electrónicas que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a presentar ofertas, salvo que indique claramente la intención de la parte que presenta la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada”*.

---

<sup>473</sup> Sobre este tema, Vid., DIAZ FRAILE, J.M., “Aspectos jurídicos mas relevantes de la Directiva y del Proyecto de ley español de comercio electrónico”, en *Contratación y Comercio electrónico*, ORDUÑA MORENO (Coord), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 77-121; Vid., FERNÁNDEZ ALBOR BATAR, A., “Aspectos fundamentales de la contratación electrónica”, en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 265-303.

## El Contrato Internacional de Hosting

Con redacción diferente, aunque con la misma finalidad, el artículo 20.1 de la Ley 34/2002, la conocida como LSSICE, establece que “*Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberá indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. En el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico y otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra –publicidad*”. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 39.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM)<sup>474</sup>, para la contratación celebrada con consumidores.

En definitiva, en todas las propuestas de contratación deberá constar inequívocamente, que se trata de una propuesta comercial, es decir, que se trata de una oferta de contrato y no de una mera comunicación publicitaria<sup>475</sup>, deberá emitirse con la intención de obligarse contractualmente, por lo que el destinatario usuario cliente debe conocer firmemente la voluntad de obligarse del oferente y, ha de ser definitiva y completa, es decir, ha de contener todos los elementos esenciales para la conclusión del contrato.

### 1.2- INFORMACIÓN PREVIA. PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El artículo 27 de la LSSICE relaciona una serie de extremos sobre los que el oferente, proveedor de servicios de *Hosting*, debe informar al destinatario de la oferta (al igual que el Art. 10 de la Directiva de comercio electrónico), construyéndose así el principio de consentimiento informado en el ámbito de la contratación electrónica<sup>476</sup>.

---

<sup>474</sup> BOE 304 de 20 de diciembre de 2002

<sup>475</sup> Vid., DE CUEVILLAS MATOZZI, I., “*La oferta contractual en el comercio internacional (Un estudio a la luz del derecho uniforme y del derecho privado español)*”, op. cit. 2005, pp.72-73; Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., “Comunicación comercial y oferta contractual electrónica: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas”, en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 40, 2003, pp. 3-23.

<sup>476</sup> Vid., RAMOS HERRANZ, I., “Obligaciones previas al inicio de la contratación electrónica (comentario al art. 27 de la LSSICE)”, en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 50, 2004, pp. 43-62

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

Principio básico en la contratación con consumidores ( Art. 4 de la Directiva 97/7/CE<sup>477</sup> y Art. 40 de la LOCM), pero que la LSSICE lo aplica a todo contratante, empresario o consumidor, basándose en la apreciación generalizada acerca del desconocimiento del medio de contratación de que se trata. La diferencia estriba, en que el legislador considera imperativa la norma relativa al deber de información previa cuando la aplica a la contratación con consumidores y dispositiva en el resto de los supuestos (Art. 27.2 a LSSICE).

En todo caso, toda la información que se suministre deberá aparecer en la pantalla de manera clara, comprensible e inequívoca (Art.40.2 LOCM) y fácilmente identificable por parte del usuario cliente, por lo que, los iconos o enlaces bajo los cuales se oculte la información, han de ser lo suficientemente expresivos del contenido al que van a hacer referencia como para no pasar desapercibidos ni inducir a error<sup>478</sup>.

La información que ha de suministrar el proveedor la podríamos clasificar de la siguiente manera:

1. *Información derivada del medio en que se desarrollará la contratación.* Se concreta en dos aspectos:

- A) Por una parte, en la necesidad de informar sobre los costes derivados del uso de una técnica de comunicación a distancia (Art. 4 de la Directiva sobre contratación a distancia y Art. 40 de la LOCM). En estos casos, no será suficiente advertir sobre el coste por minuto, sino que además se debería indicar el tiempo mínimo que necesariamente habrá de invertir el contratante para poder llegar a la perfección del contrato.
- B) Y Por otra parte, en la información relativa al desarrollo de la secuencia contractual, salvo que las partes (B2B) hayan pactado lo

---

<sup>477</sup> Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. DO L 144 de 4 de junio de 1997. Modificada por la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifica diversas directivas. DO L 271 de 9 de octubre de 2002.

<sup>478</sup> Vid., RIBAS ALEJANDRO, J., “Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet”, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 75 y ss; Vid., SINGH, M., “E-services and their role in B2C e-commerce”, en *Managing Service quality*, nº 12, 2002, pp.434-446

## El Contrato Internacional de Hosting

contrario, así según el Art. 27.1 de la LSSICE se deberá de informar: Sobre los tramites que han de seguirse para celebrar el contrato; sobre el archivo por el prestador de servicios y accesibilidad del documento en que se formalice el contrato; sobre los medios técnicos para corregir los errores sufridos en la introducción de datos; y sobre las lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

### 2. *Información relativa al plazo de validez de la oferta.*

El artículo 27.3 de la LSSICE se ocupa del plazo de vigencia de la oferta dejando en manos del oferente la fijación del mismo, y en caso de que no lo estableciere, se entenderá que la oferta esta vigente mientras el servicio sea accesible vía Web para el destinatario. Esta segunda opción obligara a los oferentes de servicios a mantener actualizada la información de su pagina Web.

### 3. *Información relativa al contenido del contrato.* Aquí tenemos que distinguir tres apartados:

A) *La existencia de condiciones generales de la contratación:* Como ya apuntamos el contrato internacional de *Hosting* es un contrato electrónico de adhesión y como la mayoría de los contratos electrónicos, tanto B2B como B2C, incluyen condiciones generales<sup>479</sup>, que representan el instrumento por excelencia de estandarización de las relaciones contractuales. En materia de condiciones generales de la contratación hemos de distinguir dos facetas:

- El control del contenido, es decir, qué condiciones se consideran ilegales o abusivas y son, por lo tanto, nulas. Especial protección otorga la normativa a los contratos electrónicos con condiciones generales suscritos con

---

<sup>479</sup> Sobre este punto, véase, DE MIGUEL ASENSIO, P.A. “*Derecho privado de Internet*”, ....2002, op. cit, pp. 368-376; Vid., CABELLO DE LOS COBOS, L.M., “*Condiciones generales de la contratación electrónica*”, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, op. cit. 2001, pp. 464-502; Y Vid., VILA COSTA, B., “*Comentario al artículo 3, al art. 10 bis y cláusulas 28 y 29 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*”, en AAVV, Arroyo Martínez, I, y Miguel Rodríguez, J., (Coords), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 37-46

consumidores. Aunque la Directiva 2000/31/CE no contiene ninguna norma relativa a la protección del consumidor en la contratación electrónica<sup>480</sup> frente a las cláusulas abusivas, no obstante, el Considerando 11 señala que será de aplicación la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas<sup>481</sup>, (adaptada al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/1998)<sup>482</sup>.

El concepto de cláusulas abusivas, según el Art. 10 bis de la LGDCU modificado por la LCGC, será *“todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato(...)”*<sup>483</sup>..

Los requisitos para declarar a una cláusula abusiva, tanto en el comercio tradicional como en el electrónico, son que:

- el contrato se haya celebrado con un consumidor;
- que contenga estipulaciones no negociadas individualmente;
- que sean contrarias a la buena fe; y

---

<sup>480</sup> Vid., MARQUEZ LOBILLO, P., “Reflexiones conceptuales a propósito de los términos comercio electrónico, contratación electrónica, contrato informático y contratación informática”, en *Revista de Derecho informático*, nº 69 de abril de 2004, pp. 1-8; Vid., LEHMANN, L.M., “El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa”, en *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

<sup>481</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DO L nº 95 de 5 de abril de 1993.

<sup>482</sup> Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. También debemos tener en cuenta el Decreto 1828/1999 de 3 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento del Registro de condiciones generales de la contratación.

<sup>483</sup> En el ámbito jurisprudencial se precisa que la determinación de la cláusula abusiva no puede producirse de forma aislada sino que requiere un juicio valorativo del contenido contractual en su conjunto, entre otras, STS de 22 de julio de 1992 (RJ 1992, 6449). Su declaración, por otra parte, no se realiza de oficio sino que debe especificarse por el adherente, entre otras, STS de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 528). Del mismo modo la cláusula abusiva tampoco puede afectar a los elementos esenciales del contrato, entre otras, STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8601). La citada limitación procede del artículo 4.2 de la Directiva de 1993, y aunque no ha sido expresamente acogido por la LCGC debe entenderse vigente conforme a las directrices básicas de nuestra ordenación económica. En este sentido, ORDUÑA MORENO, F.J., “Contratación bajo condiciones generales y contratos bancarios” en *Derecho de la Contratación y Condiciones generales*, Valencia, 2002, TOL 133834.

## El Contrato Internacional de Hosting

- que produzcan un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes.

Estas cláusulas serán sancionadas con su nulidad<sup>484</sup>, teniéndose por no puestas, pero nada dice la ley sobre qué cláusula o estipulación deberá ocupar su lugar. Posiblemente con la reforma que la Disposición Adicional quinta de la LSSICE impone respecto de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, también se podrán cubrir lagunas en materia de cláusulas abusivas como la indicada.

- El control de inclusión o incorporación, es decir, qué requisitos deben satisfacer unas condiciones generales para considerarlas aceptadas por el adherente e incorporarse así al contrato concluido.

En nuestro Derecho se presentan tres formas de incorporación de las condiciones generales y son: la puesta a disposición<sup>485</sup>, la remisión<sup>486</sup>, y la suscripción<sup>487</sup>. Para que las mismas se entiendan incorporadas al contrato es preciso que se de

---

<sup>484</sup> Sobre Nulidad de determinadas cláusulas, por considerarla abusivas, insertas en los billetes de avión, Vid., SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9, en el asunto “Organización de consumidores y usuarios de Cataluña y la OCU, vs. Iberia, Air Europa, y Spanair, Thai airways, y otros” (JUR 2005, 252966)

<sup>485</sup> La *puesta a disposición* del adherente al tiempo de contratar constituye la formalidad mínima precisa para lograr la incorporación de las condiciones generales a un contrato. En el mundo virtual, para que se pueda hablar de puesta a disposición, será necesario que éstas estén puestas de forma clara, manejable y accesibles desde la página Web, no es necesario que se incluyan en la misma página donde se desarrolla la contratación electrónica, pueden estar en una página subordinada *ad hoc* a la que se llegue mediante enlaces. Eso sí, los iconos o enlaces deben ser expresivos, e incluso llamativos, y debe estar en una página de paso obligado en el desarrollo del proceso contractual.

<sup>486</sup> La *Remisión*, es decir, que no basta con que las condiciones generales estén a disposición del adherente sino que, además, el contrato que se suscriba debe contener una remisión a las mismas. Para ello bastaría con expresar, en el momento del clic de confirmación del contrato, que este contrato se celebra sujeto a las siguientes condiciones generales, enlazando con un hipervínculo azul a la página que las contiene.

<sup>487</sup> La *Suscripción*, por su parte, es el modelo más exigente, consistiendo en que o bien las condiciones generales forman parte del cuerpo del contrato suscrito por el adherente, o bien se contienen en un documento aparte pero que también debe ser suscrito por el adherente. Para ello, la página que contiene las condiciones generales se tiene que convertir en página de paso obligado.



cumplimiento a lo que dispone la legislación vigente, concretamente el Art. 5.3 de Ley sobre condiciones generales de la contratación<sup>488</sup>, desarrollado por RD 1906/1999 de 17 de diciembre<sup>489</sup>.

El artículo 2 de este RD, entre otras cosas, exige que se remita al adherente, usuario cliente, el texto completo de las condiciones generales del contrato, cuestión esta, en mi opinión, que no ofrece problemas en la contratación electrónica pues basta con que el oferente, proveedor o ISP, deje que dicho clausulado se pueda descargar en línea<sup>490</sup>. Y en este sentido también se reafirma el artículo 27.4 LSSICE al decir que *“Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicio deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”*.

Por lo tanto la puesta a disposición a la que se refiere el artículo alude a la puesta a disposición como modo de información y no propiamente de aceptación de las condiciones generales. En el mismo sentido se declara el artículo 13 de la Convención del 2005 al afirmar que *“(...)se obligue a una parte (...) a poner a disposición de la otra parte contratante, de determinada manera, las comunicaciones electrónicas que contengan las*

---

<sup>488</sup> El Proyecto de ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, Boletín oficial de las Cortes Generales, nº 83-1 de 31 de marzo de 2006, disponible en <http://www.congreso.es>, entre otras cuestiones, adapta la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, así como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación a la sentencia del TJCE de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03 (Rec 2004 I-7999), por la que se declaró que España había incumplido lo dispuesto en la Directiva 93/13/CE.

<sup>489</sup> Es interesante el punto de vista de GARCÍA RUBIO, M.P., “La absoluta invalidez del RD 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales”, en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 326-337

<sup>490</sup> Sobre este punto véase CLEMENTE MEORO, M.E. “La protección del consumidor en los contratos electrónicos” en *Contratación y Comercio Electrónico*, Orduña Moreno (Cood), Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 367-401.

## El Contrato Internacional de Hosting

*condiciones del contrato (...)*". El incumplimiento de tal obligación está considerado como infracción grave (Art. 38.3 c) de LSSICE) sancionable con multa de 60.001 hasta 300.000€ pudiendo además llevar aparejada la publicación de la resolución sancionadora en periódicos de ámbito nacional y en Internet.

B) *La identificación del empresario proveedor o ISP de Hosting.* Completando lo que ya exigía la Directiva comunitaria (art. 5.1), la LSSICE en su artículo 10.1 obliga a suministrar información sobre los siguientes extremos: Nombre o denominación social, dirección postal y de correo electrónico así como cualquier otro dato necesario para la comunicación con el oferente proveedor; los datos de inscripción registral (Art. 9); y si la actividad que realiza el oferente necesita de autorización administrativa, los datos relativos a la misma; los datos colegiales si la actividad se refiere a profesiones reguladas, título, país donde se obtuvo, y homologación del mismo; y el NIF que le corresponda. Como complemento de lo anterior, el artículo 6.5 de dicha Convención establece que *"el mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentre en dicho país"*.

Además, el artículo 7 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, establece igualmente que *"Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deban revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas"*.

C) *Y la Identificación de los servicios ofrecidos, precio y modalidades de pago.* Con todo lujo de detalles, diría yo, dado que el servicio de

*Hosting* se basa en muchas especificaciones técnicas que el contratante puede desconocer.

#### 4. Información relativa a la existencia del Derecho de desistimiento y resolución

Es una obligación para los contratos celebrados con consumidores e irrenunciable para estos, pudiendo ejercitar tal derecho aunque la legislación aplicable al contrato no sea la española. Tal derecho consistiría en concederles un plazo para desistir del contrato sin necesidad de alegar causa alguna y sin que dicho desistimiento pueda verse penalizado de ningún modo<sup>491</sup>. Derecho previsto tanto en la Directiva sobre contratación a distancia (Art.4), como en la LOCM (Art. 40 y ss). El oferente deberá consignar información sobre este derecho, el plazo de duración del mismo, y desde que día empieza a computar, aclarando que se trata de días hábiles y que se contarán con relación al calendario del lugar en que haya de prestarse el servicio de *Hosting*.

Relacionado con lo anterior, y respecto de contratos celebrados con consumidores, encontramos dos problemas habituales:

- A) La integración publicitaria de la oferta y del contenido posterior del contrato. Es decir, y atendiendo a lo dispuesto en el Art. 8.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios<sup>492</sup>, si el servicio de *Hosting* no se ajustara a la publicidad realizada por el proveedor, se producirá un incumplimiento contractual, aun cuando las alegaciones publicitarias no estuvieran incorporadas al contrato, y los consumidores, atendiendo al principio de buena fe y al principio de prohibición de publicidad engañosa (Art. 4 de la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, General de Publicidad)<sup>493</sup>, podrían desistir o exigir lo que el oferente publicitó.

---

<sup>491</sup> Vid., CAVANILLAS MÚGICA, S., “*Los contratos electrónicos: problemas de Derecho civil relativos a su conclusión*”, Comares, Granada, 2003.

<sup>492</sup> Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>493</sup> Vid., TATO PLAZA, A., “*La publicidad en Internet*”, en *Autores, consumidores y comercio electrónico*, Colex, Madrid, 2004.

- B) Las técnicas comerciales agresivas. Atendiendo a lo establecido en los artículos 41 y 42 de la LOCM, se rechaza la posibilidad de que ante una oferta comercial del proveedor, el silencio pueda tener valor de consentimiento contractual.

### 1.3- LA FORMA DEL CONTRATO ELECTRÓNICO OFRECIDA POR EL PROVEEDOR O ISP.

Cuando hablamos de forma de los contratos electrónicos, hemos de referirnos a dos aspectos: (1), a la equivalencia funcional entre forma escrita y forma electrónica; y (2) a los llamados requisitos formales exclusivos de la contratación electrónica<sup>494</sup>, que consisten, por una parte, en el “*establecimiento de los medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles que (...) permitan identificar y corregir errores de introducción de datos, antes de realizar la contratación*”(Art. 11.2 de la Directiva); y por otra parte, “*en la producción de un acuse de recibo del pedido (...) sin demora indebida y por vía electrónica*” (Art. 11.1 de la Directiva de comercio electrónico)

Respecto a la primera cuestión, y aunque ya la analizamos a propósito del principio de equivalencia funcional, recordemos ahora que, la Directiva sobre comercio electrónico en su Considerando 34 establece que “*todo Estado miembro debe ajustar su legislación en cuanto a los requisitos que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica*”. Para ello, el artículo 9.1 de la Directiva ordena a los Estados miembros que velen y garanticen que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica. Este deber de retirar obstáculos formales implicaba, por tanto, el establecimiento de una general *equivalencia entre forma escrita y forma electrónica*, consagrada en el articulado de la LSSICE<sup>495</sup>.

---

<sup>494</sup> Vid., PERALES VISCASILLAS, M.P., “Forma del contrato” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, pags. 365-401.

<sup>495</sup> Vid., FLORES DOÑA, M. S., “*Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*”, Ed. De Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 141-161

Efectivamente, se establece con carácter general que un contrato electrónico equivale a un contrato en documento privado y por escrito, por lo que cumple las exigencias de la forma escrita y tiene los mismos efectos que la ley reconoce al documento privado<sup>496</sup>, afirmación contenida en el Art. 6 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico, en los artículos 8 y 9 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005, y en el artículo 23.3 de la LSSICE que dice que *“Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contienen en un soporte electrónico”*.

Respecto a la segunda cuestión, distinguíamos dos partes, la primera se refería a la identificación de medios técnicos para corregir errores, y referente a ello el artículo 14.1 de la Convención de 2005 establece que *“Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, esa persona o la parte en cuyo nombre ésta haya actuado, tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica en que se produjo dicho error (...)”*. Por lo tanto el proveedor, a través de los medios técnicos que estime oportunos, estará obligado a facilitar al contratante la posibilidad de corregir los errores cometidos en la contratación electrónica.

Y la segunda parte se refería al envío del acuse de recibo o confirmación posterior de la contratación realizada, esta cuestión está directamente relacionada con la obligación de información previa ( Art. 27 de la LSSICE) y de información posterior que tiene el empresario proveedor (Art. 28 LSSICE y art. 47 LOCM). Estas formalidades son esencialmente exigibles en los contratos celebrados a través de página Web (*e-commerce*), pero también en la contratación a través del móvil (*m-commerce*) y en la contratación a través de la televisión interactiva (*t-commerce*).

---

<sup>496</sup> Vid., PLAZA PENADES, J., “El marco jurídico de la contratación electrónica” op. cit. 2004, pp. 19-43.

## El Contrato Internacional de Hosting

La LSSICE, en su artículo 28.1, impone al oferente, proveedor de servicios de *Hosting*, la obligación de confirmar, al que la hizo, la recepción de la aceptación, salvo que en la contratación B2B ambos contratantes acuerden otra cosa (Art. 28.3 a). Confirmación que se puede realizar, bien mediante el envío, en el plazo de las 24 horas siguientes a la recepción, de un acuse de recibo por correo electrónico a la dirección que el aceptante haya señalado o, bien mediante un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación tan pronto como el aceptante cliente haya completado dicho procedimiento y siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario<sup>497</sup>.

En la práctica pueden ocurrir dos cosas, o que ese acuse de recibo al que alude el artículo 28 se realice mediante un mensaje de correo electrónico que se produce automáticamente<sup>498</sup> y que es recibido por el empresario cliente a los pocos minutos de haber confirmado el pedido; o que esa confirmación de la recepción del pedido se haga mediante una última y definitiva página Web, por otra parte, perfectamente archivable, donde se aluda a dicha recepción y que se presenta al usuario o cliente en muy pocos segundos una vez éste ha realizado el último clic.

---

<sup>497</sup> Vid. ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., y MORA LORENZO, C., “La Contratación electrónica”, *Diario La Ley*, nº 5730, 2003, pp. 1-8

<sup>498</sup> Estas respuesta o reacciones automáticas son producidas por los llamados AGENTES ELECTRÓNICOS O INTELIGENTES que están programados para emitir dicho acuse de recibo cuando se produce un determinado hecho o entrada de datos. Los agentes inteligentes son cada vez más empleados en la contratación electrónica, pero no solo para mandar automáticamente la recepción de la aceptación, sino también para la actualización de productos y precios en la base de datos de la página web; para la comprobación del estado del almacén del oferente y por lo tanto si puede o no hacer frente a los pedidos; la recogida y utilización de un “perfil” del usuario, incluyendo en su caso el envío y tratamiento de *cookies*, etc. Sobre este tema, Vid., CLEMENTE MEORO, M., Y CABANILLAS MUGICA, S., “*Responsabilidad civil y Contratos en Internet...*”, 2003, op. cit pp. 150 y ss

## **2- FASE CONTRACTUAL I: LA PÁGINA DE ACEPTACIÓN DEL SERVICIO SELECCIONADO Y CONSIGUIENTE PERFECCIÓN DEL CONTRATO**

Se han concentrado aquí muchos de los debates sobre la problemática particular de la contratación electrónica. La diferencia de tratamiento en los diferentes ordenamientos jurídicos ha dificultado todos los intentos por encontrar una respuesta unitaria<sup>499</sup>.

En esta fase, en la que el usuario destinatario cliente ya ha elegido el tipo de servicio de *Hosting* que va a contratar y conoce, tanto los datos del proveedor o ISP que le va a proporcionar el servicio de alojamiento de su página Web, como la información referente a las condiciones generales del contrato, varios son los temas que hemos de analizar para la buena consecución del contrato internacional de *Hosting* celebrado *on line* o *web wrap contracts*:

1. Momento de la perfección del contrato,
2. Lugar de perfección del contrato,
3. Medios técnicos de seguridad ofrecidos por el proveedor para asegurar la privacidad, integridad, autenticidad y el no repudio, y
4. Prueba del contrato internacional de *Hosting*

### **2.1- EL MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE *HOSTING* CELEBRADO *ON LINE*.**

Una vez el proveedor o ISP ha realizado su oferta, ésta tiene carácter vinculante durante el plazo de vigencia fijado para la misma. En el caso de que no haya fijado dicho plazo, se entenderá que la oferta esta vigente mientras el servicio sea accesible para el destinatario a través de la página Web del proveedor (27.3 LSSICE). En cuanto a la manifestación de la voluntad en que consiste la aceptación, existen en la red varias posibilidades (pulsar clic sobre el icono de aceptación, aceptar mediante un mensaje de correo electrónico,

---

<sup>499</sup> Vid., MENÉNDEZ MATO, J.C., “*El contrato vía Internet*”, op. cit., 2005, pp. 301 y ss. Vid., PASQUAU LIAÑO, M., “La contratación a distancia: teoría general del contrato, protección de los consumidores y armonización europea”, en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, v. III, Universidad de Salamanca, 2002, pp. 267 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

hacer una declaración oral mediante videoconferencia, ect.) que deben siempre conllevar la expresión de un consentimiento expreso y que en ningún caso permiten dar relevancia al silencio como forma de aceptación.

El contrato electrónico de servicios de *Hosting*, al igual que cualquier otro, se perfeccionará por el consentimiento de las partes, lo que se manifestará por el concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa del contrato. Esta afirmación nos lleva a tener que determinar el momento en que se produce para saber, cuál es el momento de la perfección contractual digital o desde cuándo se entiende perfeccionado este contrato electrónico<sup>500</sup>.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, aunque no contiene propiamente normas que determinen el momento de perfección, no obstante, de su artículo 15, podemos inferir que estará perfeccionado el contrato electrónico, a falta de acuerdo, desde que la aceptación (emitida electrónicamente) entra en la red de comunicación (por ejemplo, Internet), escapando ya del control del aceptante y pudiendo ser recepcionada (desde que entra en el sistema de comunicación) por el oferente o proveedor de *Hosting*, ya que desde ese momento tiene la posibilidad de conocer la aceptación aun cuando de facto no lo haga hasta un momento posterior<sup>501</sup>, salvo que habiendo designado el oferente un sistema en concreto, el mensaje o la aceptación se envíe a otro sistema, ya que entonces, el momento relevante es aquel en el que el destinatario de tal aceptación recupere el mensaje de datos.

En el mismo sentido, pero con una caótica redacción, se declara el artículo 10.1 de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales del 2005, al afirmar que “La

---

<sup>500</sup> Sobre este tema, Vid., MATEU DE ROS CEREZO, R., “¿Hay consentimiento en los contratos en masa?”, en *Cuadernos de derecho y comercio*, Consejo general del notariado, nº 42, diciembre 2004, pp. 133-176; Y Vid., MALDONADO ELVIRA, S., “Formación y Validez del contrato electrónico: Estudio comparado”, en *Revista de derecho Informático*, nº 51, octubre 2002, pp. 1-12.

<sup>501</sup> Sobre este tema, véase GARCIA MEXÍA, P., “*Principios de Derecho de Internet*”, op. cit. 2002, pp. 1-39.



*comunicaciones electrónica se tendrá por expedida en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste (...)*. Y el mismo artículo en su párrafo segundo indica que *“la comunicación electrónica se tendrá por recibida en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado(...)y si es en otra dirección(...) en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario(...)”*

La Directiva de Comercio electrónico, finalmente, no se pronunció sobre el tema de la perfección del contrato electrónico<sup>502</sup>, pese a que en algunos momentos de su tramitación sí lo hizo<sup>503</sup>.

Sin embargo, la solución ha venido de la mano de la LSSICE, que a través de su Disposición Adicional Cuarta, modificó el artículo 1262 del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio (para solventar, de paso, el problema general de la perfección del contrato en la contratación a distancia), dándoles a ambos preceptos una nueva redacción. La nueva redacción del artículo 1262 C. Civil es la siguiente:

*“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.*

---

<sup>502</sup> Sobre este tema véase, VID., PERALES VISCASILLAS, M. P., “Formación del contrato” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, op. cit. 2001, pp. 365-401; Vid. PERALES VISCASILLAS, M. P. “Publicidad y Formación del contrato”, en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 41, 2003, pp. 77-92; Y ILLESCAS ORTIZ, R., y PERALES VISCASILLAS, M. P., “*Derecho Mercantil Internacional. el derecho uniforme*”, Editorial centro de estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2003, pp. 355-359

<sup>503</sup> El artículo 11 de la Propuesta de Directiva de comercio electrónico disponía que el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio.

## El Contrato Internacional de Hosting

Mientras que el artículo 54 del C. Comercio queda redactado de la siguiente manera:

*“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.*

Desaparece, pues, la disparidad de criterios que existían entre ambos preceptos, el artículo 1262 CC (criterio de recepción de la aceptación) y el artículo 54 CCom (criterio de la emisión de la aceptación), y con ello, señalan algunos autores<sup>504</sup>, ya no se justifica la existencia de los dos artículos<sup>505</sup>. Actualmente, por lo tanto, podemos hablar de dos criterios, pero no en atención al carácter civil o mercantil de la relación contractual, sino en atención a la modalidad de la contratación:

a) Criterio general para cualquier contratación a distancia o sin presencia física de las partes, que consiste en que hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación (criterio de recepción de la aceptación) o desde que habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe;

b) Criterio previsto cuando el contrato se celebra mediante dispositivos automáticos<sup>506</sup>, expresión ambigua, pero que comprende la

---

<sup>504</sup> Vid., ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., “La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos”, en *Diario La Ley* nº 5615, de 19 de septiembre de 2002, pp. 3 y ss.; Vid., DAVARA RODRÍGUEZ, MA., “Manual de Derecho informático”, op. cit. 2002, pp. 21 y ss.

<sup>505</sup> Vid. PLAZA PENADES, J., “El marco jurídico de la contratación electrónica”, op. cit. 2004, pp. 19-43

<sup>506</sup> Se habla de Dispositivos automáticos y no de Agentes Inteligentes, cuestión importante que no ha sido atendida en el derecho europeo, aunque sí en la sección 102 de la UCITA (*Uniform computer information transactions act*) de 2002, en su artículo 107-d; o en la UETA (*Uniform electronic transaction act*) de 1999. Estas normativas sí que distinguen ambos conceptos y entienden por “Dispositivos automáticos”: una transacción celebrada o tenida lugar enteramente o en parte por vías electrónicas o mediante documentos electrónicos, en la que los actos o documentos de una o ambas partes no son revisados por una persona física en el curso ordinario de la celebración de un contrato. Y por “Agente inteligente”: un programa de ordenador o un medio electrónico o de otro modo automatizado, usado de forma independiente para dar inicio a

contratación electrónica (bien sea a través de página web, correo electrónico, o móvil), en estos casos hay consentimiento desde el momento que se manifiesta la aceptación (criterio de la emisión de la aceptación). El problema podría devenir cuando la aceptación no le llega al oferente o proveedor por razones que no le son imputables, no pudiendo conocer la emisión de tal aceptación, en estos casos la inmediatez en las transacciones electrónicas revelan como más seguro el criterio de la recepción de la aceptación por el oferente o proveedor<sup>507</sup>.

La confirmación posterior de la recepción de la aceptación no es un trámite necesario para la perfección del contrato, en los supuestos B2B, sino que simplemente cumple una función de garantía ya que da seguridad jurídica y certeza al proceso de contratación, aunque sí es una exigencia legal en la contratación B2C<sup>508</sup> cuyo incumplimiento, en vez de producir la ineficacia del contrato, implicaría la posibilidad de sanciones administrativas (art. 38.3 d) y 38.4 f) de la LSSICE), o civiles (art. 4 RD 1906/1999).

Esa confirmación de la recepción de la aceptación, lo más usual, es que se haga mediante una última y definitiva página Web, por otra parte, perfectamente archivable, donde se aluda a dicha recepción y que se presenta al usuario o cliente en muy pocos segundos una vez éste ha realizado el último clic

---

una acción o responder a documentos o actos electrónicos enteramente o en parte, sin revisión o acción de persona física.

<sup>507</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, M.E. “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 4, 2000: Este criterio de la recepción es el seguido en el BGB y en el Código Civil italiano (art. 1335), o en el artículo 18.2 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, o en el artículo 1.10 de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales 2004 (“la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida” y “se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal”)

<sup>508</sup> Vid., CLEMENTE MEORO, M.E., “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, en *Contratación y comercio electrónico*, op. cit, 2003, pp.367-401.

## 2.2.- EL LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE *HOSTING* CELEBRADO *ON LINE*

Con relación al lugar de perfección del contrato<sup>509</sup>, el artículo 29 LSSICE establece que:

*“Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.*

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

La finalidad perseguida por este precepto es favorecer a la parte más débil en el caso de contratos en los que intervenga como parte un consumidor y unificar en los contratos electrónicos de carácter mercantil la localización de todos los contratos del prestador de servicios en su lugar de establecimiento.

En principio, el artículo 29 parece excluir del ámbito de aplicación de la ley los contratos celebrados entre dos consumidores, sin participación al menos de un empresario o profesional, e incluso los contratos celebrados entre un consumidor y una persona física prestadora de servicios de la sociedad de la información con un propósito ajeno a su actividad económica. Estos casos, que ya hemos excluido de nuestro trabajo, estarían sujetos al artículo 1262 CC y excluidos de la LSSICE, con las consiguientes dificultades interpretativas a la hora de aplicarlo a la contratación electrónica.

En definitiva, respecto al lugar de perfección del contrato podemos razonablemente concluir que, para los contratos internacionales de *Hosting* en los que intervenga como parte contratante un consumidor, se presumen celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual; y para aquellos contratos internacionales de *Hosting* que han sido celebrados entre empresarios o profesionales, se presumen, salvo pacto en contrario,

---

<sup>509</sup> Sobre este tema, Vid., RODRÍGUEZ RUIZ, D., “Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia”, en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 52, 2004, pp, 37-91

celebrados en el lugar en que esté el establecimiento del prestador de servicios de *Hosting*.

### **2.3- LOS MEDIOS TÉCNICOS DE SEGURIDAD OFRECIDOS POR EL PROVEEDOR PARA LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE *HOSTING***

En la actualidad, uno de los temas mas candentes, en el ámbito de la contratación electrónica, es el de la seguridad de las transacciones<sup>510</sup>. En principio, la seguridad vendrá referida, tanto a la identificación del emisor y del receptor (el contratante debe tener la seguridad de que quien envía un mensaje, accede a una cuenta bancaria o intenta pagar un servicio contratado on line, es quien dice ser), como a la integridad del mensaje (debe asegurarse la recepción del mensaje por su destinatario sin alteraciones, evitando accesos no queridos por parte de terceros).

Básicamente, la solución a estos problemas de seguridad, ligados a cuestiones jurídicas contractuales, se puede obtener mediante cualquier expediente técnico<sup>511</sup> que sea capaz de garantizar la identidad del emisor y su confidencialidad, pero en entornos digitales compuestos por redes abiertas, como Internet, se exige mucho más, pues se tiene que garantizar cuatro principios básicos, a saber:

1. Privacidad: Asegurar que solo puede leer el contenido del documento o mensaje codificado, el remitente y el destinatario del mismo.
2. Integridad: Asegurar la detección de cualquier cambio en el contenido del documento o mensaje desde que se envía hasta que se recibe.
3. Autenticidad: Asegurar que las partes involucradas en una comunicación son quien dicen ser.

---

<sup>510</sup> Sobre la necesidad de asegurar el ciberespacio, y sobre los problemas mas frecuentes en el comercio electrónico Vid., MCCROHAN, K.F. "Facing the threats to electronic commerce", *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 18, nº2, 2003, pp. 5 y ss. Y Vid., MADRID PARRA, A., "Seguridad en el Comercio electrónico", en *Contratación y comercio electrónico*, ORDUÑA MORENO (Coord), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 125-193.

<sup>511</sup> Existen muchas técnicas capaces de asegurar algunos de los aspectos señalados como, claves de acceso personales a la red o a determinada información, tarjetas magnéticas, autenticación biométrica, números de identificación personal (...) y posiblemente otras muchas que aun no han salido al mercado.

4. No Repudio: Proporcionar un método para que ninguna de las partes involucradas pueda negar su participación en esa comunicación, es decir no repudio de origen y no repudio de recepción.

Por ello, el sistema más utilizado en Internet por todo tipo de proveedores de servicios es el de las Técnicas Criptográficas<sup>512</sup>. Estas técnicas tienen dos grandes puntos de interés, por un lado, consiguen la encriptación de mensajes para obtener su confidencialidad e integridad; y por otro lado, la criptografía garantiza la identificación de las partes y el no repudio mediante la firma digital, y en concreto, con la que utiliza una Infraestructura de Clave Publica (ICP), es decir, un cifrado de clave asimétrica.

Así, respecto al primer punto, la criptografía<sup>513</sup> es la ciencia que se ocupa de transformar mensajes en formas aparentemente ininteligibles y devolverlos a su forma original. Los sistemas de encriptación o cifrado consisten, por tanto, en que la información se “traduce” en un sistema basado en claves o algoritmos matemáticos que convierten el mensaje en ininteligible de tal forma que sólo quien conoce la “clave” o sistema de encriptación puede descifrarlo y conocer su contenido.

Los sistemas de cifrado son múltiples, pero normalmente se engloban en dos grandes grupos<sup>514</sup>:

1. Sistemas de Clave Simétrica o de clave secreta: Exigen que ambas entidades o partes compartan la misma clave común, la cual se emplea tanto para el cifrado como para el descifrado.

---

<sup>512</sup> Vid., BERTRAND, A., Y PIETTE-COUDOL, T., “*Internet et le droit*”, Presses universitaires de France, Paris, 2000, pp. 93

<sup>513</sup> La criptografía es el sistema actual más utilizado para establecer la autoría, integridad y autenticidad de un documento electrónico. Siendo el sistema informático o digital, basado en los dígitos <1 y 0>(sistema binario, correspondiente a corriente eléctrica y no corriente), cada titular tiene una fórmula matemática, que aplicada al <protocolo o abecedario> del documento lo encripta o desencripta (encifra o desencifra). Luego, por un sistema de presunciones jurídicas <iuris tantum>, el tercero de confianza (proveedor de servicios de certificación) atribuye la autoría del documento electrónico a una persona física o jurídica.

<sup>514</sup> Vid., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., “*Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*”, op. cit., 2004, pp. 176-186

2. Sistemas de Clave Asimétrica o de clave pública: Esta emplea dos claves, una "la clave privada", que solo es conocida por su dueño( e incluso puede ocurrir que ni siquiera el titular conozca la clave privada que probablemente se mantendrá en una tarjeta inteligente y se podrá acceder a ella mediante un numero de identificación personal o mediante un dispositivo de identificación biométrica), y la otra "la clave publica", que puede ser accesible para cualquiera y que está relacionada matemáticamente con la anterior.

En lo referente al segundo punto, la firma digital<sup>515</sup>, ésta se puede entender comúnmente como el conjunto de caracteres alfanuméricos resultantes de complejas operaciones matemáticas de criptografía efectuadas por un ordenador sobre un documento electrónico<sup>516</sup>. No se pretende en este punto realizar un estudio específico y en profundidad de la firma electrónica, por el contrario, nuestra finalidad es meramente instrumental, analizando los distintos aspectos de esta figura relacionados o vinculados directamente a la contratación electrónica del *Hosting*.

---

<sup>515</sup> Algunos autores hablan de firma digital o firma electrónica indistintamente, Vid., BARRAL VIÑALS, I., "El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la información", en *La regulación del comercio electrónico, Revista vlex de Derecho y nuevas tecnologías*, 2003, pp. 1-15. Mientras otros hablan de firma digital refiriéndose a la firma electrónica avanzada, Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Derecho privado de Internet", ...2002, op. cit. pp 392; En el espacio europeo la regulación de la firma electrónica es un tanto caótica, Vid., FERNANDEZ FERNANDEZ, MC., "La firma electrónica avanzada en el Derecho europeo", en *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law*, ESPIAU ESPIAU, S; VAQUER ALOY, A (Eds), Valencia, Tirant on line 559119, 2003, pp. 1-10

<sup>516</sup> En síntesis, funciona de la siguiente forma: el emisor y el receptor del mensaje tienen una clave pública y otra privada que se complementan de forma mutua ya que cualquier mensaje encriptado con la clave privada sólo puede ser descifrado con la consiguiente clave pública. La clave privada la posee, en principio, sólo su titular. El emisor encripta su mensaje (por ejemplo una aceptación contractual) con su clave privada y la envía. Cuando el receptor lee el mensaje después de haberlo descifrado con la clave pública que corresponde al emisor, sabe que proviene de él y que no ha sufrido alteración en su contenido. Ello es así porque la firma digital aparece en el documento electrónico que se recibe como una larga serie de dígitos alfanuméricos que varían de un documento a otro aún aplicando la misma clave privada ya que cifran el llamado algoritmo en función de un *Hash* que genera un resumen del documento (huella digital). La huella digital es irreversible y única. Es el *hash* lo que se cifra con la clave privada y se envía junto con el documento. El receptor deberá verificar la firma: descifrar el *hash* aplicando la clave pública del emisor, y aplicar la función *hash* sobre el texto, si ambos coinciden, se confirma la identidad y la integridad del mensaje.

## El Contrato Internacional de Hosting

Diversa es la normativa que regula esta materia, dentro del marco internacional, debemos resaltar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas electrónicas<sup>517</sup>, que en su artículo 2.a) define la firma electrónica como *“los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos”*

A nivel comunitario, destacamos la aprobación de la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica<sup>518</sup>, la cual en su artículo 2.1 define la firma electrónica como *“los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medios de autenticación”*.

La existencia de esta Directiva obligó a los Estados Miembros, que ya disponía de una normativa específica, a legislar de nuevo para ajustarla a lo dispuesto por la misma. Y eso es lo que ocurrió en España donde la Ley 59/2003 vino a sustituir al anterior Real Decreto ley 14/1999 de 17 de septiembre. La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica<sup>519</sup>, por su parte, en el artículo 3.1 define la firma electrónica como *“el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”*.

Como se puede comprobar, toda la normativa habla de la firma electrónica entendiéndola en el sentido de técnicas informáticas de autenticación de la proveniencia de un documento. La Ley regula el uso de la firma electrónica<sup>520</sup> y

---

<sup>517</sup> LEY MODELO DE LA CNUDMI sobre Firmas electrónicas con la guía para su incorporación al derecho interno, Resolución 56/80 de la Asamblea General aprobada en su 85º sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001

<sup>518</sup> DIRECTIVA 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se crea un marco comunitario para la firma electrónica. DO L de 19 de enero de 2000.

<sup>519</sup> BOE 304 de 20 de diciembre de 2003

<sup>520</sup> Según su artículo 1 regula el uso de la firma electrónica, su eficacia jurídica y el régimen aplicable a los servicios de certificación. Quedan fuera de su ámbito las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contrato y cualesquiera actos jurídicos, y asimismo no interfiere en los sistemas existentes de fe pública. Vid., ESTEVE



establece tres tipos o niveles de seguridad que poseen diferente valor jurídico y probatorio:

- A) La firma electrónica (simple), que es el conjunto de datos técnicos que permiten identificar al sujeto que firma (Art. 3.1) es decir, solo produce la identificación del firmante;
- B) La firma electrónica avanzada<sup>521</sup>, es la firma electrónica que permite la identificación del firmante y la integridad del mensaje ya que el signatario mantiene bajo su exclusivo control los medios técnicos necesarios para crearla y son atribuibles a su titular de forma única (Art. 3.2); y
- C) La firma electrónica reconocida, es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido (el que cumple los requisitos del artículo 11) y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (Art. 3.3)<sup>522</sup>. Esta tiene respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita (art. 3.4)

Efectivamente, la integridad del mensaje y la autenticidad pueden garantizarse, desde el punto de vista técnico, con la Infraestructura de Clave Pública o ICP<sup>523</sup>, pero la seguridad en el tráfico jurídico exige poder vincular al titular de la clave pública de forma inequívoca con el mensaje recibido de forma que la eventual declaración negocial que contenga sea atribuible a él de forma única. Esta seguridad puede conseguirse mediante la presencia del llamado

---

GONZÁLEZ, L., "La firma electrónica en la celebración del contrato electrónico a través de Internet entre empresas (B2B)", en *UAIPIT*, 2003, pp. 1-29.

<sup>521</sup> Algunos autores entienden que la firma electrónica avanzada es el género y la firma digital la especie, de tal forma que la primera engloba a la segunda pero la segunda sólo es una posibilidad de la primera, pues la primera queda abierta a otros posibles futuros avances tecnológicos que permitan crear otras técnicas informáticas de autenticación con las características y nivel de seguridad exigidos, Vid., DRAETTA, U., "*Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*", Giuffrè, Milano, 2001, pp.109 y ss.

<sup>522</sup> Algunos autores solo reconocen la existencia de dos tipos de firmas electrónicas, pues entienden que la firma electrónica reconocida no es más que una firma electrónica avanzada con un certificado reconocido, Vid., SANTAMARÍA RAMOS, F.J., "La firma digital y el comercio electrónico", en *Diario La Ley*, nº 6164, de enero de 2005, pp. 1-11.

<sup>523</sup> Vid., FERNÁNDEZ MEDINA PATÓN, E., MOYA QUILES, R., Y PIATTINI VELTHUIS, MG., "*Seguridad de las tecnologías de la información. La construcción de la confianza para una sociedad conectada*", AENOR, Madrid, 2003, pp. 370-375

tercero de confianza que es el que emite el certificado reconocido y que permite generar con ello lo que llamamos firma reconocida<sup>524</sup>.

El Tercero de Confianza emite un certificado, firmado electrónicamente por él mismo, en el que se vincula una clave pública a una persona determinada (Art. 6 de la Ley 59/2003). En el certificado constan, como mínimo, el algoritmo usado en la generación de la clave y la fecha en la que expira el certificado, es decir, el tiempo en el que se mantiene la validez (Art. 8), además, la ley (en sus artículos 11 y siguientes) destaca la obligación que todo prestador de servicios de certificación tiene de comprobar, y hacer constar, la identidad de quien solicita el certificado, que deberá hacerse por los medios usuales y que pueden extenderse a otros extremos como la condición de cargo público o la pertenencia a un colegio profesional.

Como vemos, la intervención de un tercero de confianza, para dar fiabilidad al sistema de firma digital, crea un nuevo formato de empresas dedicadas a las certificaciones que son los llamados Prestadores de Servicios de Certificación<sup>525</sup>. Estos intervienen en el proceso de generación de una firma digital aportando certeza acerca de la identidad del emisor y proporcionándole la infraestructura necesaria para utilizar una firma de este tipo (Art. 2).

Esta actuación se realiza en régimen de libre competencia<sup>526</sup>, sin necesidad de autorización administrativa (Art. 5 de Ley y Art. 3, 4 de la Directiva sobre firma electrónica), no obstante, el artículo 19 les exige una declaración de prácticas de certificación, además de otra serie de obligaciones (Art. 18) que se

---

<sup>524</sup> Vid., HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., "Certificados digitales, autenticación y confianza en Internet", en *Revista de la contratación electrónica*, nº 58, 2005, pp. 59-77

<sup>525</sup> La Resolución de 29 de junio de 2004 dispone la publicación del Convenio entre el Gobierno autonómico valenciano y el Consistorio de Valencia para la prestación de servicios de certificación de Firma electrónica. De esta forma, los denominados certificados digitales de identidad servirán para cualquier relación jurídica que puedan mantener los usuarios con el Ayuntamiento de Valencia. Anteriormente ya la Junta de Arbitraje de Consumo de la Comunidad Valenciana también podía expedir firmas electrónicas a los efectos solo de sus competencias, es decir, para entablar una reclamación on line ante la misma Junta Arbitral.

<sup>526</sup> El régimen de libre competencia no excluye, sin embargo, la creación de un sistema de acreditación voluntaria de los prestadores de servicios de certificación que deberán observar los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (art. 26). Su finalidad es elevar el nivel de protección del usuario.

ven incrementadas con requisitos de fiabilidad, rapidez y seguridad en el caso de que el prestador de servicios expida certificados reconocidos (Art. 20 y 21), ya que a ellos se vincula una eficacia jurídica superior de la firma digital. En caso de incumplimiento de dichas obligaciones, los prestadores responden de los daños y perjuicios causados a cualquier persona (Art. 22 y 23)<sup>527</sup>.

En la contratación internacional del *Hosting*, tiene una gran trascendencia la eficacia transfronteriza de estos certificados<sup>528</sup> emitidos por un prestador de servicios de certificación, la ley aborda este problema en su artículo 14, según el cual podemos distinguir:

1. Certificados electrónicos procedentes de prestadores de servicios establecidos en Estados miembros o Estados del Espacio Económico Europeo: En estos casos opera el principio de prohibición de restricciones y de no discriminación (art. 5), por lo que se admite su validez y eficacia.
2. Certificados electrónicos procedentes de prestadores de servicios establecidos en un Estado que no sea miembro o que no sea del Espacio Económico europeo: Si los certificados se han expedido de acuerdo con la legislación aplicable en dicho Estado, se consideraran equivalentes a los expedidos en España siempre que:
  - A) Cumplan con los requisitos de la normativa comunitaria y haya sido acreditado conforme a un sistema voluntario establecido en un Estado del EEE, o
  - B) Que el certificado este garantizado por un prestador de servicios establecido en el EEE y que cumpla con la normativa comunitaria,

---

<sup>527</sup> Sobre el contenido de esta ley, Vid., PLAZA PENADES, J., “La Ley 59/2003 de Firma electrónica”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004, pp. 157-174

<sup>528</sup> Sobre el reconocimiento de certificados y firmas electrónicas extranjeras, encontramos en el artículo 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firma electrónicas, un primer punto de partida afirmando con carácter general, que la equiparación de efectos con los certificados o firmas nacionales debe admitirse cuando los extranjeros tengan un nivel equivalente de fiabilidad; El artículo 7 de la Directiva sobre firma electrónica así como el artículo 14 de la LFE no están exentos de dificultades y contrasta, en el caso español con las soluciones dadas por otras legislaciones nacionales de Estados miembros de la UE.

## El Contrato Internacional de Hosting

- C) O que el certificado o el prestador estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad europea y terceros países u organizaciones internacionales.

Pero la identificación del emisor o del receptor mediante la firma electrónica no sólo cabe predicarse de las personas físicas<sup>529</sup>, sino también de las personas jurídicas, como así lo recoge la Ley al permitir la creación de firmas electrónicas a favor de personas jurídicas (Art. 7), dado que estas firmas se pueden atribuir a un colectivo, aunque deben quedar vinculadas a ciertas personas naturales con la facultad para utilizarlas, en nombre y representación de las personas jurídicas, y a los que responsabiliza la ley de su custodia<sup>530</sup>.

### 2.4- LA PRUEBA DEL CONTRATO INTERNACIONAL DE *HOSTING* CELEBRADO *ON LINE*

Se han producido interesantes y necesarias innovaciones en el tema relativo a la prueba de la perfección de un contrato celebrado *on line*. La relevancia radica en el posible incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato, así como en la negativa de alguna de ellas de reconocer la asunción de sus obligaciones sobre el fundamento de no haberse comprometido a ello, o incluso negar la existencia misma de dicho contrato. Con carácter general el artículo 24 LSSICE, establece que:

*“1-La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica”.*

---

<sup>529</sup> Respecto de las personas físicas, quizás, la novedad mas destacable de esta Ley sobre firma electrónica es la creación del Documento Nacional de Identidad Electrónico (Art. 15 y 16), que también servirá, probablemente, a los efectos de comprobar la identidad del firmante en la contratación electrónica. Se trata, pues, de incorporar al DNI mecanismos de identificación y verificación electrónica de la identidad personal que surtirán plenos efectos de acreditación de la identidad y que vinculará a todas las Administraciones Públicas, de forma que las firmas generadas mediante tales DNI surtirán el mismo efecto que la firma manuscrita.

<sup>530</sup> Sobre la firma electrónica para personas jurídicas, Vid., VILCHES TRASSIERRA, A., “las personas jurídicas y la firma electrónica en la Ley 59/2003”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 6, 2004-3, pp. 55-68

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

*“2-En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”*

A temor de lo indicado por el artículo precedente, hemos de distinguir dos cuestiones, que aunque relacionadas, no son similares:

- 1- Cómo probar la existencia de un contrato electrónico; y
- 2- Admisión del documento electrónico como medio de prueba en juicio.

### *1- La prueba de la existencia de un contrato de Hosting*

La prueba de la existencia y contenido de un contrato electrónico, usualmente en el mercado cotidiano, basta con que conste en un soporte duradero. Si además disponemos del correspondiente archivo firmado electrónicamente, la prueba es más fácil, acudiendo a la legislación sobre firma electrónica, como así establece el artículo 24, pero no todas las firmas electrónicas tienen el mismo valor probatorio<sup>531</sup>. Como ya se expuso en el epígrafe anterior, sólo una firma generada por un producto de firma electrónica certificada y expedida por un prestador de servicios acreditado, se presume que reúne los requisitos para que se le conceda la máxima eficacia jurídica, es decir, la de la firma manuscrita (Art.3 Ley 59/2003).

En cualquier caso, para facilitar la prueba de estos contratos la LSSICE en su artículo 25 prevé la intervención de terceros de confianza al indicar que *“Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar(...)”*.

Intervención que no sustituye ni altera las funciones de fe pública que la ley reconoce a determinadas personas, y a este respecto hemos de hacer alusión a la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de medidas fiscales,

---

<sup>531</sup> Vid. ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., y MORA LORENZO, C., “La contratación electrónica”, op. cit., 2003, pp. 1-8

administrativas y de orden social<sup>532</sup>, que contiene ciertos preceptos (106 a 115) acerca del uso de la firma electrónica por los fedatarios públicos<sup>533</sup>. La firma de estos fedatarios debe ser avanzada, poseer un certificado reconocido emitido por un prestador de servicios acreditado y ser generada por un dispositivo seguro de creación de firma.

## 2- La Admisión del documento electrónico como medio de prueba en juicio

Respecto a la segunda cuestión, además de lo establecido en el artículo 24 de la LSSICE<sup>534</sup>, la legislación procesal se muestra abierta a la admisión de documentos electrónicos como medios de prueba en juicio. No se trata solamente de que se admita un listado abierto de medios de prueba (Art. 299.3 LEC 1/2000<sup>535</sup>), sino que expresamente se alude a *“instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”* (Art. 299.2 y 384 LEC)

## 3- FASE CONTRACTUAL II: LA PÁGINA DE OBTENCIÓN ON LINE DE DATOS BANCARIOS DEL CLIENTE SOLICITANTE Y PAGO DEL PRECIO DEL SERVICIO

Una de las etapas consustanciales a todo el fenómeno contractual, pero con ciertas especificidades en la contratación negociada a distancia, es aquella en la que se tienen que producir el perfecto desarrollo o ejecución de los servicios contratados, previo pago del precio establecido por el proveedor.

Es necesario indicar que la ejecución material del servicio, si es que, como es habitual, se paga mediante el empleo de tarjeta de crédito o de débito

---

<sup>532</sup> BOE 313 de 31 de diciembre de 2001.

<sup>533</sup> Sobre este tema, Vid., RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J., “Los Registros en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº3, 2003, pp. 57-73

<sup>534</sup> En el mismo sentido encontramos el artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico; y el artículo 5.1 de la Directiva 1999/93/CE.

<sup>535</sup> Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 7 de 8 de enero de 2000. Corrección de Errores, BOE 90 de 14 de abril de 2000 y BOE 180 de 28 de julio de 2001.

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

(los datos bancarios del destinatario del servicio son cumplimentados en el momento de la confección de la hoja de obtención *on line* de datos), siempre tiene lugar con posterioridad a la corroboración de los datos y efectivo del titular de la tarjeta.

Por lo tanto, y como tradicionalmente se indica, perfeccionado el contrato, nacen las típicas obligaciones contractuales de entrega por parte del proveedor, aunque en el contrato de *Hosting* la entrega se sustituye por la apertura *on line* del espacio (para alojar la página Web del destinatario cliente) en el servidor del proveedor y la tramitación del acceso al espacio habilitado; y de pago por parte del destinatario, mediante la forma elegida de entre todas las formas de pago aceptadas por el proveedor.

### 3.1- OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR: PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE *HOSTING*.

La LSSICE solo establece la obligación, salvo pacto en contrario para las relaciones B2B, del proveedor de confirmar la recepción de la aceptación (Art. 28), dejando, por tanto, la regulación de la ejecución del contrato a la normativa del Código civil y mercantil, y en su caso, a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista<sup>536</sup>.

Confirmación que normalmente en los contratos de *Hosting* se suele hacer o bien mediante la inclusión de una última página confirmatoria en la Web del proveedor, o bien mediante la inclusión de una cláusula en la pantalla de la página Web del proveedor donde se establece que: "*Se entenderá que una solicitud ha sido aceptada cuando el solicitante reciba una confirmación de la aceptación por parte del proveedor o cuando éste active el Servicio contratado*

---

<sup>536</sup> En este sentido, Vid. GARCIA MEXÍA, P., "El marco jurídico del comercio y la contratación electrónica" en *Principios de Derecho de Internet*, Tirant on line (216281), Valencia, 2002, pp. 3 y ss; Vid. FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., "Aspectos fundamentales de la contratación en Internet" en *Comercio electrónico en Internet*, op. cit. 2001, pp. 265-303.

## El Contrato Internacional de Hosting

La especialidad que supone la provisión de un servicio *on line*, como el servicio de *Hosting*, hace que muchas de las previsiones que realiza la normativa vigente<sup>537</sup> (art. 7 Directiva 97/7/CE y 43 de LOCM), especialmente si nos referimos a contratos celebrados por consumidores, con respecto a la ejecución de un contrato electrónico, no sean aplicables al contrato internacional de *Hosting*.

En concreto y respecto al plazo de ejecución del contrato de *Hosting* por parte del proveedor, normalmente se fija de forma expresa en la oferta contractual, que la ejecución será inmediatamente posterior a la verificación del pago del precio por el destinatario cliente, y no suele aplicarse ni el plazo máximo de 30 días desde que el contratante le hubiera comunicado al proveedor su pedido (Art. 43.1 LOCM), ni lo relativo a las obligaciones del proveedor a falta de disponibilidad del servicio solicitado (43.2 LOCM), pues en los supuestos del contrato que nos ocupa, el proveedor suele anticiparse a tal eventualidad, informando en la misma página Web sobre la posibilidad de sustituir las características del servicio que ofertaba por otras similares (usualmente velocidad de conexión, ancho de banda, o espacio del servidor).

En los contratos de *Hosting*, también de forma habitual, suele incorporarse una cláusula en la que se indica bajo qué condiciones el proveedor puede denegar o rechazar cualquier solicitud de *Hosting*. La denegación de la prestación del servicio será comunicada por correo electrónico o postal a las direcciones facilitadas por el contratante de los servicios, justificando el motivo de dicha negación. Estas causas de rechazo pueden ser resumidas en las siguientes:

1. Que el proveedor o ISP comprobase que los datos suministrados por el cliente en el formulario son contrarios a la verdad o inexactos.

---

<sup>537</sup> No serán aplicables al contrato internacional de *Hosting* ni la DIRECTIVA 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171 de siete de julio de 1999), ni su ley de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, LEY 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo (BOE 165 de 11 de julio de 2003). Tanto en la Directiva, (art. 1.2 b) como en la Ley (art. 1) se alude a “bienes muebles corporales destinados al consumo privado”, y no a servicios de ejecución online.



2. Que el proveedor o ISP considerase que la solicitud formulada no se ajusta a las condiciones indicadas en el contrato o dañase la imagen corporativa del proveedor. Concretamente ello se produciría cuando los servicios que el solicitante pretende prestar a través del servidor del proveedor:
- A) fueran contrarios al orden público o a la moral,
  - B) fomentasen conductas perturbadoras o constitutivas de *mailbombing* o *spamming*,
  - C) facilitasen materiales ilícitos o ilegales,
  - D) o cualesquiera otras actividades que a juicio del proveedor de *Hosting* pudieran entenderse perturbadoras del servicio.

### 3.2- OBLIGACIONES DEL DESTINATARIO CLIENTE: PAGO DEL PRECIO

Un hecho evidente, es que la contratación electrónica requiere un sistema de pago que responda conjuntamente a las características y necesidades propias del medio en el que se desarrolla, Internet, esto es, velocidad, simplicidad, bajo coste, y sobretodo seguridad. Durante el proceso de contratación desde una página Web, los denominados *web wrap contracts*, usualmente se le va a exigir al interesado que seleccione el modo, siempre que figure más de uno, con que desea efectuar el pago del servicio<sup>538</sup>.

Efectivamente, el artículo 40.1 LOCM obliga al proveedor a mencionar, en la información previa, las formas previstas para el pago del servicio contratado. El artículo 43 LOCM permite ahora<sup>539</sup> al proveedor exigir, en cualquier caso, al consumidor pagos totales o parciales anticipados de los servicios que ha de recibir, puesto que el propio artículo 43.2 prevé que, ante la

---

<sup>538</sup> La Directiva 2000/31/Ce sobre comercio electrónico no se refiere al pago de la contraprestación de forma expresa; sin embargo, el artículo 4.e) de la Directiva 97/7/CE exige que entre la información previa a la conclusión con un consumidor de un contrato a distancia figuren las modalidades de pago. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 40.d) de la Ley de ordenación del comercio minorista.

<sup>539</sup> En la redacción anterior a la reforma realizada por la Ley 47/2002, el artículo 43.2 impedía en términos generales los pagos anticipados y solo los permitía en aquellos casos en los que el pedido se hubiese elaborado con algún elemento diferenciador para un cliente específico y a solicitud del mismo.

## El Contrato Internacional de Hosting

imposibilidad de ofrecer el servicio seleccionado y no siendo posible o deseada por el consumidor su sustitución por otro similar, el consumidor tiene derecho a recuperar las sumas que haya abonado, en un plazo máximo de 30 días (se supone que a contar desde que se le comunica la imposibilidad de ejecutar el servicio).

En el supuesto de que el proveedor no realice este abono, en el plazo previsto, el comprador podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que exceda de dicha cantidad<sup>540</sup>. Nada se dice para el caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del consumidor, por lo que deberemos acudir a lo dispuesto en el propio contrato, y en su defecto, a las normas del Código Civil para la materia (arts. 1100 y ss)<sup>541</sup>.

Así pues, de entre las distintas modalidades de pago que, de momento normalmente figuran en los contratos on line encontramos, el pago mediante cheque electrónico, transferencia bancaria y sobretodo el pago mediante tarjeta bancaria de crédito o débito, en éste último caso, será necesario indicar para que el pago se haga efectivo, el tipo de tarjeta (Visa, Mastercard, ect), su número y su fecha de caducidad<sup>542</sup>.

De todo lo anterior podemos deducir que son dos las cuestiones a resolver cuando el destinatario de los servicios de *Hosting*, una vez ha introducido los datos necesarios para la contratación, decide pagar en forma electrónica:

---

<sup>540</sup> El retorno del doble esta establecido por ley y no requiere ninguna actividad probatoria por parte del consumidor salvo la de la falta del cumplimiento de reintegro por parte del proveedor, sin embargo, para tener derecho a la indemnización deberá probar la existencia de daños derivados de la conducta del proveedor así como su cuantía (Arts. 1106 y 1107 CC)

<sup>541</sup> Vid. FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., "Régimen jurídico de la contratación en Internet" en *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001

<sup>542</sup> Vid., PARRAS ROSA, M., Y BERNAL JURADO, E., "El sistema de tarjetas de pago bancario en España y su influencia en el desarrollo del comercio electrónico", en *Estudios sobre consumo*, nº 59, 2001, pp. 23 y ss.

## Régimen Jurídico General y Regulación del contrato.

- 1- La constatación de que el proveedor, en su página Web, proporciona los medios técnicos necesarios para efectuar una comunicación segura<sup>543</sup>; y
- 2- Determinar, dentro de todos los posibles mecanismos de pago electrónicos, cuál es el que usualmente utilizan los proveedores de *Hosting*.

### 3.2.1- Mecanismos seguros de comunicación *on line* y especificaciones de seguridad

En cuanto a la primera cuestión, los medios seguros de comunicación *on line* y las especificaciones de seguridad utilizadas o propuestas para Internet, los que más fiabilidad han dado y más utilidad han prestado a la contratación por medios electrónicos son:

Advantis EDI System	Credit Cards AT&T Bell Labs	Barclaynet Barclaycard
Checkfree	Cybercash	Millicent DEC
First bank of Internet	HP's Vishnu-protocol	Internet Keyed Payment protocols (iKP)
LETSystem	SSL	Netscape Secure Courier
Open market	VISA Stored Value Card	Secure electronic payment protocol
Virtual cash	Secure transaction technology	SET- Secure Electronic Transaction

El SSL<sup>544</sup> y el SET (*Secure Electronic Transaction*)<sup>545</sup>, destacándose, éste último, como el protocolo de seguridad para transacciones en Internet con

<sup>543</sup> ES IMPORTANTE tener en cuenta que, a) algunos de los sistemas de seguridad para realizar pagos seguros en Internet, ya los llevan incorporados los navegadores mas modernos o los anteriores, pero debidamente actualizados, por lo tanto no se ha de instalar nada nuevo; b) en otros casos es el propio proveedor el que te indica o facilita en su propia página el sistema que él utiliza para realizar el pago seguro, que va normalmente conectado con una entidad financiera.

<sup>544</sup> El SSL es un protocolo de propósito general para establecer comunicaciones que proporcionan cifrado de datos, autenticación de servidores e integridad de los mensajes, pero dejaba muchas dudas sobre la autoría de los datos. Fue creado por Netscape Communication Corporation en 1994.

mayor aceptación. La confianza depositada en este protocolo está basada en quienes desarrollaron la especificación, es decir, VISA, y Mastercard, así como en las partes que componen el grupo como IBM, Microsoft, Netscape y otros.

Los pagos mediante SET sólo se podrán efectuar en los proveedores o establecimientos virtuales que ofrezcan esta seguridad, y que el destinatario lo puede saber, porque en su página Web exhiben un logotipo específico, es decir, un candado cerrado en la parte inferior del navegador.

### 3.2.2- Modalidades de pago electrónico

Respecto de la segunda cuestión, analizaremos las modalidades de pago electrónico posibles en el estado actual de la técnica (se está incorporando el

---

<sup>545</sup> En las transacciones del protocolo SET intervienen el cliente (titular de una tarjeta de crédito o débito expedido por una entidad financiera), y el proveedor que ofrece sus productos en su web a cambio del pago con tarjeta. Este debe tener con una entidad financiera un sistema de “pasarela de pagos” por el cual se procesan y autorizan las transacciones solicitadas. Cada uno de ellos dispondrá de un certificado SET y de un software específico, que se puede conseguir en una entidad financiera. El titular de la tarjeta debe tener en su ordenador una aplicación de “cartera electrónica” (*electronic wallet*), que le proporciona un lugar donde almacenar y gestionar sus certificados con el fin de comprar electrónicamente. El proveedor, por su parte, debe tener el “software de gestor” instalado en su página Web. El funcionamiento práctico de este sistema SET es el siguiente: el cliente mediante su *browser* o navegador, conecta con la página web del proveedor. A continuación, el cliente selecciona el servicio que desea adquirir y visualiza una solicitud de pedido que contiene las condiciones de adquisición del servicio. Esa solicitud de pedido podrá haber sido enviada desde el servidor del proveedor o generada por el propio software de compra del titular. El titular selecciona el medio de pago que le ofrece el proveedor, y en el caso de que seleccione el pago a través de tarjeta de crédito utilizando el SET, se abrirá su cartera electrónica. En ese momento se establece una comunicación, bajo el protocolo SET, entre el navegador del cliente y el del proveedor. El cliente o comprador, mediante su cartera electrónica envía dos documentos con información de su certificado: el pedido del servicio firmado (mensaje abierto) y una orden de pago firmada (encriptada). El proveedor recibe la transacción electrónica del titular y verifica mediante su software instalado en la página, la validez del certificado del cliente y el pedido de compra. A continuación el proveedor envía a la pasarela de pagos los datos de la transacción y los documentos encriptados con los datos del cliente. La pasarela recibe los datos (petición de autorización y datos de la tarjeta del cliente) y verifica los certificados y las firmas tanto las del cliente como las del proveedor. Descifra estos datos y solicita la autorización del pago. Si se autoriza el pago, se envía un mensaje con el número de autorización de la transacción SET al proveedor a través de la pasarela de pagos. Entonces el proveedor ya puede dar de alta los servicios contratados, realizándose el cargo en la entidad financiera emisora y el abono en la entidad financiera del proveedor.

pago a través del móvil<sup>546</sup>), propuestas o modalidades que pretenden que el pago electrónico ofrezca las mismas ventajas que el pago en dinero físico, básicamente, aceptación universal, pago garantizado, inexistencia de costes para el usuario y anonimato.

El Reglamento (CE) 2560/2001 de 19 de diciembre de 2001 sobre los pagos transfronterizos en euros<sup>547</sup> nos aporta, en el artículo 2, varias definiciones de interés para nuestro epígrafe, y así en el apartado a) nos describe lo que se debe entender por pagos electrónicos transfronterizos, concibiéndose como *“Las transferencias de fondos transfronterizas, efectuadas mediante un instrumento electrónico de pago, distintas de las ordenadas y ejecutadas por las entidades (...)”*. Y en su apartado b) lo que debemos entender por instrumento de pago electrónico, siendo *“un instrumento de pago de acceso a distancia y un instrumento de dinero electrónico que permita a su portador efectuar una o más operaciones de pago electrónico”*.

Sea cual sea la modalidad o el instrumento de pago electrónico<sup>548</sup> finalmente utilizado por el usuario cliente, el Reglamento 2560/2001 con el objetivo de mantener el buen funcionamiento del mercado interior y la confianza de los ciudadanos en la utilización del euro, estableció en su artículo 3 que con efectos a partir del 1 de julio de 2002, las comisiones cobradas por una entidad en relación con los pagos electrónicos transfronterizos en euros por un importe de hasta 12.500 euros serán iguales que las comisiones cobradas por la misma entidad por los pagos del mismo importe efectuados en euros dentro del Estado miembro en el que esté situada la entidad. Siendo a partir del 1 de enero de 2006 el importe ascendido de 12.500 euros a 50.000 euros.

---

<sup>546</sup> Sobre este tema, Vid., CAMPO PRIETO, R., Y FERNÁNDEZ GÓMEZ, E. “El sistema de pago a través del móvil”, en *Revista finanzas y contabilidad*, nº 53, Eds. Deusto, 2004, pp. 46-51.

<sup>547</sup> Reglamento (CE) 2560/2001 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 2001 sobre pagos transfronterizos en euros. DO L 344 de 28 de diciembre de 2001.

<sup>548</sup> Sobre las modalidades de pago, Vid., ALVARADO HERRERA, L., “Medios de pago”, en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 58, 2005, pp. 43-58

1- *El Dinero Electrónico*

Comenzaremos por el *Dinero Electrónico*, entendido como un valor monetario cargado y almacenado en un soporte electrónico, normalmente una tarjeta inteligente o una memoria de ordenador. La posibilidad de proceder al pago de las deudas de dinero mediante la comunicación de un mensaje de datos a partir del soporte en el que se almacena el dinero electrónico, sin necesidad de autorización de bancos ni de terceros, aproxima el dinero electrónico al efectivo.

Por lo que respecta al concepto legal de dinero electrónico<sup>549</sup>, hemos de acudir, primero, a la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997<sup>550</sup> (cuyo ámbito de aplicación se extiende a transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago diversos, además del dinero electrónico), definiéndolo en su artículo 2 como un instrumento de pago recargable en el que se carga electrónicamente un valor que permita a su titular efectuar ciertas transacciones.

Aunque más elaborada fue, sin embargo, la definición dada por la Directiva 2000/46/CE, no obstante el Reglamento 2560/2001 en el apartado d) del artículo 2 definió el instrumento de dinero electrónico como “*un instrumento de pago recargable, ya sea una tarjeta de recarga o una memoria de ordenador, en el cual se almacenan electrónicamente unidades de valor*”.

---

<sup>549</sup> Vid., MARTÍNEZ NADAL, A., “Aproximación al concepto jurídico de dinero electrónico”, en *Diario La Ley*, nº 5842, septiembre 2003, pp. 1-6

<sup>550</sup> RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN 97/489/CE, de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos. DO L 208/52, de 2 de agosto de 1997. Esta Recomendación, si bien, carece de eficacia vinculante, invita a los Estados miembros de la comunidad a tomar las medidas necesarias a fin de que los emisores de instrumentos electrónicos de pago lleven a cabo sus actividades de conformidad con sus artículos 1 a 9, que abordan básicamente dos grupos de cuestiones: transparencia de las condiciones aplicables (arts. 3 y 4) y obligaciones y responsabilidades de las partes (arts. 5-8).

Basándonos en el artículo 1.3.b de la Directiva 2000/46/CE sobre dinero electrónico<sup>551</sup>, (definición que fue copiada en el artículo 21.2 de nuestra ley 44/2002<sup>552</sup>, de transposición de esta Directiva y otras), podemos entender por tal:

*“un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor:*

- i. *Almacenado en un soporte electrónico,*
- ii. *Emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido,*
- iii. *Aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor”*

La Directiva 2000/46/CE prevé un régimen de supervisión para las entidades de dinero electrónico menos gravoso que para los bancos. Por una parte, establece la aplicación de exigencias que operan para las entidades de crédito (autorización previa, gestión sana y prudente, control de la identidad de los accionistas), pero por otro, exime a las “entidades de dinero electrónico”<sup>553</sup> de la aplicación de numerosas normas de las

---

<sup>551</sup> DIRECTIVA 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades. DO L 275 de 27 de octubre de 2000.

<sup>552</sup> LEY 44/2002, DE 22 DE NOVIEMBRE, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. BOE 281, de 23 de noviembre de 2002. Dedicó su capítulo IV al “Impulso al empleo de técnicas electrónicas”, y el dinero electrónico está regulado en el artículo 21.

<sup>553</sup> “ENTIDAD DE DINERO ELECTRÓNICO” pueden ser, en primer lugar y en virtud del punto 5 del anexo 1 de la Directiva 2000/12/CE, las entidades de crédito, las cuales pueden emitir y gestionar medios de pago, incluido el dinero electrónico, así como desarrollar tales actividades en todo el territorio comunitario, estando sujetas a reconocimiento mutuo y al sistema global de supervisión cautelar que se les aplica de conformidad con las Directivas Bancarias europeas. Pero, además, en segundo lugar, puede ser también una empresa o cualquier otra persona jurídica distinta de una entidad de crédito, tal y como se define en la letra a) del párrafo primero del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2000/12/CE, que emita medios de pago en forma de dinero electrónico. Sin embargo, el artículo 1.4 de la Directiva 2000/46/CE, de dinero electrónico, impone a los Estados miembros la obligación de prohibir a las personas o empresas que no sean entidades de crédito, el ejercicio de la actividad comercial de emitir dinero electrónico. En definitiva, concluimos diciendo que, “entidades de dinero electrónico” pueden ser tanto entidades de crédito, como otro tipo de empresas, pero que la actividad de “emitir” dinero electrónico queda reservada solo a las entidades de crédito; las entidades de dinero electrónico (sean o no entidades de crédito) pueden realizar actividades comerciales distintas de la emisión de dinero electrónico, como por ejemplo, el almacenaje de información en el soporte electrónico en nombre de otras empresas u organismos públicos o la prestación de servicio financieros o no financieros estrechamente ligados a la actividad de emisión. Nuestra Ley 44/2002, por el contrario, parece que sólo reconoce, en el artículo 21, la posibilidad de erigirse en entidades de dinero electrónico a las entidades de crédito, considerándolas como una clase de entidad de crédito. En este sentido, Vid., PLAZA PENADES, J., “Contratación electrónica y pago

## El Contrato Internacional de Hosting

directivas bancarias (Directiva 2000/12/CE), y además, establece un régimen mas favorable con respecto al capital inicial y los fondos propios permanentes (art. 4)<sup>554</sup>.

Como contrapartida se imponen a las entidades no bancarias proveedoras de servicios de dinero electrónico restricciones a su actividad comercial y de inversión (art. 1 y 5). Nuestra Ley 44/2002, por el contrario, parece que sólo reconoce, en el artículo 21, la posibilidad de erigirse en entidades de dinero electrónico a las entidades de crédito, considerándolas como una clase de entidad de crédito y sujeta a su normativa

Para dar confianza al portador de dinero electrónico, la Directiva prevé que el emisor está obligado durante su validez a reembolsarle el valor nominal en las condiciones estipuladas claramente en el contrato, que podrá fijar un límite máximo para el reembolso, no superior a diez euros (art. 3 de la Directiva y art. 21.8 de la Ley). Las modalidades de Dinero Electrónico mas utilizadas en Internet son:

- *Efectivo electrónico específico para Internet (e-Cash)*: Existen diversas plataformas innovadoras, entre las mejores calificadas encontramos a *Digicash*<sup>555</sup>, y a *Cybercash*<sup>556</sup>.

---

electrónico.(en el derecho nacional e internacional)” en *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003;

<sup>554</sup> Tener en cuenta las modificaciones que en este sentido podría introducir La PROPUESTA DE DIRECTIVA del Parlamento europeo y del consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2000/12/CE y 2002/65/CE, de 1 de diciembre de 2005. COM (2005) 603 final. La iniciativa a favor de un mercado de pagos integrado y eficiente es una de las medidas fundamentales de la agenda comunitaria de Lisboa y supone una contribución esencial para el crecimiento y el empleo, además de coincidir con los recientes objetivos comunitarios en materia de mercados financieros.

<sup>555</sup> Plataforma lanzada por una empresa holandesa. El dinero esta constituido por una aplicación informática que reside en el ordenador personal del usuario y que puede irse gastando en los comercios que lo acepten. El dinero es acuñado billete por billete en monedas de curso legal. Las transacciones se realizan ante la permanente presencia on line del banco emisor, lo que le permite detectar de forma inmediata cualquier irregularidad y hacer los pagos al comerciante de forma instantánea. El banco emisor numera los billetes de forma aleatoria de manera que no es posible asociar un billete a una cuanta corriente. Los billetes van protegidos por firma digital del comprador y con ello, obtener una gran inmunidad contra fraudes.

<sup>556</sup> Esta plataforma exige también la instalación de una aplicación informática en el ordenador de los participantes, pero esta vez sin billetes, sino a través del llamado billeteo electrónico (transformación del dinero en electrónico mediante un mensaje electrónico, con series de dígitos, que se corresponden con unidades electrónicas de diferentes importes validadas con



- *Monederos electrónicos*: Son tarjetas prepago que contienen un fondo de pago materializado en un chip que tienen incorporado, en el que se almacenan elementos o unidades de valor que previamente se han incorporado con cargo a la cuenta propia o mediante su carga con efectivo, y siempre por un importe determinado que permite ir pagando hasta que dicho importe se agote, pudiendo ser recargable o desechable. Están diseñadas para pequeños pagos en efectivo, y cada vez serán más habituales en la sociedad de la información. Estas tarjetas inteligentes pueden ser de uso único (tarjetas telefónicas) o múltiple, éstas son aceptadas por terceros diversos y sirven para pagar múltiples categorías de productos y servicios. Exige que el cliente tenga un lector que envía los datos al servidor de pago, que la autentica y requiere al cliente para que valide el pago pulsando sobre un icono y descuenta el importe del monedero electrónico del cliente sumándolo a la del proveedor.

## 2- El Cheque electrónico

La segunda modalidad de pago electrónico es el *Cheque electrónico o e-check*. El cheque electrónico sustituye el talonario de cheques tradicional por un documento electrónico que incluye el contenido legal mínimo de todo cheque y la firma digital del librador, quedando sujeto además al pago de los impuestos y aranceles pertinentes. En España, la validez de cualquier documento electrónico mercantil con función de giro fue reconocida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 3 de noviembre de 1997<sup>557</sup> y aparece recogida en el artículo 76.3.c).2 del Reglamento general del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados aprobado por el RD 828/1995 de 29 de mayo<sup>558</sup>.

---

certificados digitales), asociado a diversas tarjetas de crédito virtuales y/o cuantas corrientes bancarias, en las que se puede ingresar también dinero, perdiendo su condición de electrónico, y restándose dicha cuantía de lo almacenado en el ordenador.

<sup>557</sup> (RJ 1997, 8251)

<sup>558</sup> Vid. PLAZA PENADES, J., “Contratación electrónica y pago electrónico (en el derecho nacional e internacional)” op. cit., 2003, pp, 71 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

Ahora bien, las dificultades para poner en práctica la existencia del cheque electrónico ha dado lugar a la falta de consolidación y a un uso prácticamente inexistente. Para su relanzamiento, se han arbitrado dos proyectos, uno nacido en el ámbito americano, el proyecto FSTC (*Financial Services Technology Consortium*), se basa en una tarjeta inteligente para insertar en un ordenador con un programa ad hoc, dicha tarjeta permitirá emitir y enviar el cheque electrónico al tenedor; y otro en el ámbito europeo, el proyecto MANDATE II (*Managing and administrating negotiable documents and trading them electronically*), se basa en la sustitución del papel por un elemento preparado para funcionar electrónicamente conocido como *DOC-Carrier*, y la utilización de la firma electrónica, conservando las mismas características de título valor ejecutivo.

### 3- Las Tarjetas Electrónicas

La tercera modalidad de pago electrónico a tener en cuenta son las *Tarjetas Electrónicas*, siendo por excelencia la modalidad más utilizada para el pago de los servicios de *Hosting* contratados *on line*. Son el instrumento de pago, actualmente, más utilizado en Internet, si bien se pueden emplear para transferir fondos sin que necesariamente su función sea la de efectuar un pago.

En el ámbito de la contratación electrónica en Internet, se utilizan tanto tarjetas de débito como de crédito, cuyo soporte es virtual, prescindiéndose del plástico, y utilizando no la tarjeta en sí, sino su número, el cual puede ir acompañado de una clave de identificación personal o cifrado<sup>559</sup> o con una firma electrónica de mayor o menor nivel

---

<sup>559</sup> A fin de aumentar la seguridad se ha optado por ofrecer también, tarjetas virtuales para su uso exclusivo en redes abiertas como Internet, VISA, por ejemplo, ofrece el TPV Virtual, que es una aplicación que permite el pago de tarjetas de crédito y débito por las compras realizadas a través de Internet, empleando un sistema de seguridad cifrado de los más utilizados, como son el protocolo SSL (*Secure Sockets Layer*) y sobre todo, el protocolo SET (*Secure Electronic Transaction*). En general, se considera que una transacción por Internet es segura si se cumplen los siguientes cuatro requisitos: a) Identificación del comprador y del vendedor; b) Se asegura la integridad de la información que se intercambia; c) Se asegura la confidencialidad; d) se garantiza el no rechazo. Vid., MADRID PARRA, A., "Seguridad en el comercio electrónico" en *Contratación y Comercio electrónico*, op. cit. 2003, pp. 125-193

de seguridad. Frente al pago con tarjeta, sin utilizar firma electrónica, donde el proveedor conoce los datos de la tarjeta, en el pago con certificado no los llega a conocer. El usuario hace el pedido, que firma electrónicamente, el proveedor tiene acceso a los datos relativos al objeto del pedido, pero no a los de la tarjeta. Los datos de la tarjeta son remitidos al banco del proveedor, bien por éste o directamente por el usuario. Si el emisor de la tarjeta es otra entidad, el banco del proveedor solicita la autorización de dicho emisor, que también se emite con su correspondiente firma electrónica<sup>560</sup>.

En cuanto a los efectos del pago con tarjeta de crédito sin firma electrónica, el artículo 46 de la LOCM le reconoce al consumidor la posibilidad de anular los cargos efectuados en su tarjeta de crédito con ocasión de un uso indebido o fraudulento de la misma. Pero, el artículo 46.2 LOCM también, prevé el supuesto de que sea el consumidor quien intente el fraude, en cuyo caso, si con posterioridad a la anulación del cargo correspondiente se demostrase que la contratación fue efectivamente realizada por el consumidor titular de la tarjeta (y siempre que la anulación no se corresponda con el ejercicio del derecho de desistimiento o de la resolución del contrato) quedará el consumidor obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hayan podido ocasionar al proveedor<sup>561</sup>.

#### 4- La Transferencia electrónica de fondos

Por último, debemos mencionar la *Transferencia electrónica de fondos*. La importancia de esta figura ha aumentado de forma considerable en los últimos años, debido en gran medida a los avances tecnológicos que han fomentado su utilización como instrumento de pago electrónico a través

---

<sup>560</sup> Vid., RICO CARRILLO, M., "El dinero electrónico y la ley financiera", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 40, 2003, pp. 91-109; Vid., RICO CARRILLO, M., "El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 3, 2000, pp. 3 y ss; RAMOS HERRANZ, I., "Medios de pago electrónicos" en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001, pp. 541-561

<sup>561</sup> VEGA VEGA, J.A., "Contratos electrónicos y protección de los consumidores", op. cit., 2005, pp. 307; Vid., MORENO NAVARRETE, M.A., "Derecho-e. Derecho del comercio electrónico", Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 126.

## El Contrato Internacional de Hosting

de Internet. Quien adquiere un producto o utiliza servicios a través de Internet puede proceder a su pago dando a una entidad de crédito la instrucción incondicional de ejecutar una transferencia para que los fondos correspondientes se abonen en una cuenta del beneficiario<sup>562</sup>.

Ahora bien, toda entidad deberá comunicar, cuando corresponda, a cada cliente que lo solicite el código de identificación bancaria (BIC) de la entidad y el número internacional de cuenta bancaria (IBAN) del cliente. El cliente deberá, a petición de la entidad que ejecute la transferencia transfronteriza, comunicar a ésta el número IBAN del beneficiario y el código BIC de la entidad del beneficiario. Si el cliente no comunica las informaciones antes mencionadas, la entidad podrá exigirle comisiones adicionales, que deberán ser debidamente informadas al cliente (art. 5 Reglamento 2560/2001)

La mayor parte de las transferencias se han venido realizando a través del Sistema Nacional de compensación electrónica que está regulado por el Real Decreto 1369/1987 de 18 de septiembre<sup>563</sup>, completado con innumerables circulares del Banco de España. Con la aprobación de la Directiva 97/5/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997, sobre transferencias internacionales, el sistema legal se completó al transponer dicha Directiva al ordenamiento jurídico español

---

<sup>562</sup> Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados Miembros de la UE (BOE 88, de 13 de abril de 1999), que establece obligaciones mínimas de las entidades que realicen tales transferencias y la consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Ley que realizó la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/5/CE del Parlamento europeo y del consejo, de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas (DO L , de 14 de febrero de 1997). Esta Directiva tuvo muy en cuenta las disposiciones de un texto elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): la ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito (Viena, 1992); la Ley modelo a su vez había recibido una notable influencia del artículo 4 a) de *Funds Transfers of Uniform Commercial Code estadounidense (1989)*.

<sup>563</sup> Este RD ha quedado completado con las Ordenes de 29 de febrero de 1988 (BOE de 8 de marzo de 1988), y de 20 de febrero de 1990 (BOE de 22 de febrero de 1990). Y ha de tenerse en cuenta también la Ley 41/1999 de 12 de noviembre sobre sistema de pago y liquidación de valores (BOE 272, de 13 de noviembre).

por medio de la Ley 9/1999 de 12 de abril sobre régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión europea<sup>564</sup>.

#### 4- FASE POST- CONTRACTUAL: DERECHOS DE DESISTIMIENTO Y RESOLUCIÓN.

En la contratación celebrada entre un proveedor de *Hosting* y un consumidor, destacan por su importancia y su carácter irrenunciable, los derechos de desistimiento y resolución<sup>565</sup>, aunque estos derechos, atendiendo a la interpretación conjunta de los artículos de la ley 47/2002, también serían predicables de las relaciones B2B, sólo que en estos casos, el profesional que contrata con el proveedor, podría mediante declaración expresa, renunciar a ellos<sup>566</sup>.

El Derecho de Desistimiento fue consagrado por la Directiva 1997/7/CE y recogido por la LOCM en su artículo 44, según el cual el (comprador) usuario contratante podrá:

- desistir libremente del contrato,
- sin penalización alguna y sin indicación de los motivos, aun cuando los servicios se ajusten realmente a la oferta.
- durante un plazo mínimo de siete días hábiles, plazo que se calculará a partir del día de celebración del contrato o desde la apertura del espacio de *Hosting* (según la Directiva, desde la prestación del servicio), y será la ley del lugar donde se ha prestado el servicio la que determine qué días han de tenerse por hábiles,
- siempre que se haya cumplido el deber de información posterior a la celebración del contrato que impone el artículo 47 LOCM, y

<sup>564</sup> BOE 88, de 13 de abril de 1999.

<sup>565</sup> Vid., POILLOT, E., "L'acquis communautaire et le droit de retractation", en *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, nº 4, 2005, pp.1017-1030; Vid., BRECCIA, U., "Prospettive nel diritto dei contratti", en *Revista Critica di Diritto Privato*, 2001, pp. 161 y ss

<sup>566</sup> Vid., MENÉNDEZ MATO, J.C., "El contrato vía Internet", op. cit., 2005, pp. 221.

## El Contrato Internacional de Hosting

- el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho.

Como ya hemos indicado, este Derecho de Desistimiento se configura en el artículo 48 LOCM como un derecho básico e irrenunciable de los consumidores, y por tanto, serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor una penalización por ello o la renuncia al ejercicio del mismo<sup>567</sup>.

Junto al derecho de desistimiento, la LOCM reconoce al usuario contratante un Derecho de Resolución en el caso de que el proveedor no haya cumplido con los deberes de información que prevé la Ley. Derecho éste que podrá ejercitar, por esa sola causa, en el plazo de tres meses a contar desde aquel en que se inició la prestación del servicio. Si la información a que se refiere el artículo 47 se facilita durante el citado plazo de tres meses, el periodo de siete días hábiles para el desistimiento empezará a correr desde ese momento. Cuando el usuario contratante ejercite alguno de estos derechos, el proveedor estará obligado a devolver las sumas abonadas anticipadamente, sin retención de gastos.

---

<sup>567</sup> Sobre el tema, Vid., CAMACHO CLAVIJO, S., “El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002 de 19 de diciembre de reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista), en *Diario La Ley*, nº 6466, abril 2006, pp. 1-11.

**CAPÍTULO III**  
**RÉGIMEN JURÍDICO CONFLICTUAL**  
**DEL**  
**CONTRATO INTERNACIONAL DE**  
**HOSTING**





## I- PLANTEAMIENTO.

El alcance transfronterizo de Internet, la facilidad de la contratación entre ausentes y la deslocalización característica de las actividades en la Red, no solo facilita que la contratación entre proveedores de servicios de *Hosting* y sus clientes pueda revestir carácter internacional, sino que también determina que cuando concurre esa circunstancia, resulte especialmente incierta la determinación de los tribunales competentes para resolver las eventuales controversias, así como la concreción del régimen jurídico aplicable al contrato<sup>568</sup>.

Es habitual en los contratos internacionales de servicios de *Hosting* que entre las condiciones generales elaboradas por los proveedores figuren cláusulas atributivas de la competencia y de elección de ley aplicable, normalmente a los tribunales y al ordenamiento jurídico del lugar de la sede del proveedor<sup>569</sup>.

En principio, y sin perjuicio del distinto tratamiento que se le otorga cuando se trata de relaciones B2C, nuestro ordenamiento admite la operatividad, dentro de amplios márgenes, de ambos tipos de cláusulas, que son expresión del ámbito reconocido a la autonomía de la voluntad en la contratación

---

<sup>568</sup> Vid., BALLARINO, T., “La compétence internationale et le droit applicable au contentieux du commerce électronique”, en *RDIPP*, 2002, pp. 19-32

<sup>569</sup> Vid, STONEY, M.A., y STONEY, S., “The problems of jurisdiction to e-commerce. Some suggested strategies”, in *Logistics Information Management*, Vol. 16, nº 1, 2003. Como ejemplo de cláusula de determinación de la jurisdicción competente y de la ley aplicable en un contrato electrónico transnacional podemos destacar la siguiente: “*This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of USA. All aspects of all actions brought relating to the subject-matter of this Agreement shall be governed by USA laws. The parties hereto hereby consent to the exclusive jurisdiction and venue of the Courts of USA for any action that may be brought in connection with this Agreement*”.

## El Contrato Internacional de Hosting

internacional y resultan instrumentos privilegiados para dotar de cierto nivel de seguridad jurídica a las transacciones internacionales.

Ahora bien, en defecto de sumisión o atribución de la competencia judicial internacional, la determinación del tribunal nacional competente ante el que se harían valer los derechos de cada una de las partes, a partir del encuadramiento o no del litigio en el ámbito de actuación de cada uno de ellos, se hará con arreglo a los foros previstos por la normativa aplicable, en concreto, el Reglamento 44/2001<sup>570</sup>, instrumento básico, y en su caso, cuando éste no sea aplicable, el Convenio de Bruselas de 1968<sup>571</sup> (aplicable en la actualidad, una vez resuelto el caso danés<sup>572</sup>, sólo a los territorios franceses de ultramar), o el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988<sup>573</sup> o la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>574</sup>.

De la misma forma, cuando la partes, en aras de esa autonomía de la voluntad, no ejercitaron su derecho a elegir la ley aplicable al contrato y estos contratos presentan carácter internacional, resulta necesario determinar cuál sería la ley aplicable en virtud del artículo 4 del Convenio de Roma<sup>575</sup> para las relaciones B2B o del artículo 5 para las relaciones contractuales celebradas con un consumidor, aunque a corto plazo será sustituido por el Reglamento

---

<sup>570</sup> DO L 12 de 16 de enero de 2001

<sup>571</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Protocolo anejo. Hechos en Bruselas el 27 de septiembre de 1968. DO C 189, de 28 de julio de 1990.

<sup>572</sup> El Consejo ha aprobado la firma de un Acuerdo con Dinamarca relativo a la aplicación del Reglamento 44/2001: Decisión 2005/790/CE del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma en nombre de la Comunidad de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 299 de 16 de noviembre de 2005. Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 299 de 16 de noviembre de 2005. Y Decisión 2006/325/CE del Consejo de 27 de abril de 2006 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 120 de 5 de mayo de 2006.

<sup>573</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988. BOE 251 de 20 de octubre de 1994. Corrección de errores, BOE 8 de 10 de enero de 1995.

<sup>574</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder judicial. BOE 157, de 2 de julio de 1985

<sup>575</sup> Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980. BOE 171 de 19 de julio de 1993.

comunitario Roma I<sup>576</sup>. Se trata de contratos complejos en los que la identificación de la prestación característica puede resultar, a veces, complicada o cuanto menos controvertida, lo normal es presumir que el país que presenta los vínculos más estrechos con el contrato es el país de la sede del proveedor que suministra los servicios de *Hosting*, concretamente, y aunque lo estudiaremos con más detenimiento en páginas posteriores, el art. 4.1 b) de la Propuesta de Reglamento indica que será “la ley del país en que el prestador del servicio tenga su residencia habitual”.

No obstante, y no creo que sea por casualidad, la práctica jurisprudencial, cuando hablamos en general de contratos B2B relativos a Internet, tiende a resolver, después de analizar los posibles vínculos, que la ley aplicable a estos contratos es la ley del país de la sede del tribunal (*lex fori*)<sup>577</sup>.

Antes, sin embargo, de centrarnos en el estudio de la normativa indicada tanto para la determinación de la competencia judicial como para la concreción de la ley aplicable, conviene hacer referencia, aunque sea de una manera breve, al sistema de competencia judicial internacional y derecho aplicable existente en el derecho internacional privado norteamericano, y ello porque se considera que ha ejercido una gran influencia en la configuración actual del derecho continental en esta materia<sup>578</sup>.

En el campo de la competencia judicial podemos distinguir entre el supuesto general del foro del domicilio del demandado, donde no surgen problemas de asunción de competencia, y los supuestos en los que, a falta de domicilio, la atribución de la competencia se ha de hacer en base a unos mínimos contactos:

---

<sup>576</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas a 15 de diciembre de 2005. COM (2005) 650 final.

<sup>577</sup> Vid., SENTENCIA DE LA HIGH COURT OF JUSTICE, Chancery division, de 7 de abril de 2004, en el asunto “*Apple Corps Limited v. Apple Computer, Inc*”.

<sup>578</sup> Vid., STERIO M., “The globalization era and the conflict of law: What Europe could learn from the United States and Viceversa”, en *Cardozo Journal of International and comparative law*, vol. 13 n° 1, 2005, pp. 162-186

## El Contrato Internacional de Hosting

1)- Supuestos de *General Jurisdiction*: Los tribunales de un *State* norteamericano tienen competencia general si el demandado, persona física, tiene su domicilio en dicho *State*, o si el demandado, persona jurídica, se ha constituido con arreglo a las leyes de dicho *State*, o si tiene en dicho *State* su administración central<sup>579</sup>.

2)- Supuestos de *Specific Jurisdiction*: La regla aparece formulada, en principio, de forma muy simple, a saber, los tribunales de un *State* no pueden declararse competentes, en relación a un sujeto no domiciliado en el mismo, si no existen los llamados "contactos mínimos" (*Minimum contacts test*) del caso con el *State* en cuestión<sup>580</sup>.

La jurisprudencia norteamericana<sup>581</sup> debate fuertemente sobre cuáles deben de ser esos mínimos contactos, y aunque no existe un consenso claro sobre la cuestión, sin embargo algunos supuestos son pacíficamente admitidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como casos en los que concurren esos mínimos exigidos, como por ejemplo, cuando existe sumisión tácita de las partes a los tribunales de un *State* concreto; o cuando el demandado realiza sus actos de comercio en dicho *State*; o cuando éste se corresponde con el lugar donde se ha verificado el daño, en los casos de responsabilidad extracontractual; o cuando dicho Estado se corresponde con el lugar o mercado donde se ha introducido el producto<sup>582</sup>.

En el campo del Derecho aplicable, la tesis más difundida en Estados Unidos es la de que cada empresa, haya o no insertado una cláusula de

---

<sup>579</sup> Vid., CHECA MARTÍNEZ, M., "Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano", *RDIPP*, nº 3, 1998, pp. 521-556, esp. 526-527; Vid., HAY, P., "Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law", en *RCADI*, 1991, vol. 226, pp. 281-412, esp. 309-310

<sup>580</sup> Vid., PETERSON, C.H., "Private international law at the end of the twentieth century: progress or regress?", *AJCL*, 46, 1998, pp. 198 y ss;

<sup>581</sup> Por ejemplo en la Sentencia TS USA de 1987, en el caso "*Asahi metal industry Co. v. Superior Court*", 480 US 102, 107 S. CT. 1026

<sup>582</sup> Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "*Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*", Comares, Granada, 2004, pp. 83 y ss

elección de ley aplicable en el contrato, debe quedar sujeta al Derecho del país donde tiene su sede y desde el que comercia con el resto del mundo, todo ello, por supuesto, con la finalidad de potenciar el libre comercio, especialmente el comercio electrónico de las grandes firmas norteamericanas, lo contrario según esta corriente de opinión, supondría un atentado contra la soberanía de los Estados Unidos.

No obstante, en los últimos años se está propugnando un cambio de estrategia<sup>583</sup>, quizás por la presión de la comunidad internacional, y por la influencia de la globalización electrónica, la cual conlleva el incremento del comercio internacional y por tanto la colisión y aplicación extraterritorial de diversos ordenamientos jurídicos.

Tal y como está la situación actual, resulta muy difícil, y a veces imposible, ejecutar, en suelo norteamericano, una sentencia dictada por tribunales extranjeros que de alguna forma limitara la sobredicha libertad de comercio o, en otras ocasiones, la libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda de la Constitución de USA, como por ejemplo, la sentencia de 29 de septiembre de 2005 del US District for the Southern District of New York<sup>584</sup>

El tribunal negó la ejecución en USA de una sentencia dictada por un tribunal francés que condenaba a una sociedad norteamericana que disponía de un *website* visible en Francia en el que se mostraban fotografías de modelos de alta costura cuyos diseños estaban protegidos por el Derecho francés. El tribunal norteamericano estimó que la difusión de este material estaba protegida por la libertad de expresión e información recogida en la Constitución federal de USA<sup>585</sup>.

---

<sup>583</sup> En materia de conflicto de leyes se han presentado en EEUU novedosas teorías o modelos como el de Lea Brilmayer's (teoría política del conflicto de leyes) y la de Andrew Guzman's (teoría económica del conflicto de leyes). Vid., STERIO M., "The globalization era and the conflict of law: What Europe could learn from the United States and Viceversa", op. cit., 2005, pp. 162-186

<sup>584</sup> Sentencia del Tribunal del Distrito Sureste de Nueva York de 29 de septiembre de 2005, "*Sarl Louis Ferand Intern. v. Wenfinder Inc.*" (WL 406 F. Supp. 2d 274, (2005))

<sup>585</sup> Relacionado con este tema, Vid., Sentencia del TGI de París, de 22 de noviembre de 2000, en el asunto "*Licra v. Yahoo*". La venta de objetos pro-nazis a través de páginas Web visibles en Francia esta sujeto al Derecho Francés, y por tanto penalizado. La sentencia francesa debía ejecutarse en Estados Unidos pues se dirigía contra Yahoo, empresa californiana, para que

## El Contrato Internacional de Hosting

---

cerrara ciertas *webpages* visibles en Francia, pero el tribunal americano no dicto la ejecución: Sentencia del Tribunal de Distrito de California de 2001 “*Yahoo Inc. v. La ligue contre le racisme et l’antisemitisme*”,(WL 169 F. Supp. 2d 1181 (ND Cal 2001)). Vid., MUIRWATT, H., “Yahoo!, cyber-collision of cultures: Who regulates?”, en *Michigan Journal of International law*, nº 24, 2003, pp. 673-684; Vid., LAPRÉS, DA., “L’exorbitante affaire Yahoo!”, en *JDI Clunet*, 2002, pp. 975-999.

## II- LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING.

La ordenación de la competencia judicial internacional en el sistema español en el orden civil y mercantil no está exenta de ciertas dificultades iniciales. La razón es que los órganos jurisdiccionales españoles, bien en atención a las circunstancias del proceso (domicilio del demandado) o bien a las materias objeto del litigio, así como a los Estados partes en la ordenación convencional o comunitaria, están llamados a aplicar varios regímenes legales que, en diversos extremos, poseen un contenido distinto<sup>586</sup>.

Ahora bien, todas las normas de competencia judicial internacional del sistema español de derecho internacional privado son consecuencia del desarrollo, entre otros, de tres principios constitucionales y comunitarios básicos, en esencia, 1) El principio de tutela judicial efectiva, 2) El principio de seguridad jurídica, y 3) El principio de defensa de los valores materiales del derecho privado contenidos en la Constitución y en el Derecho comunitario<sup>587</sup>.

Tales principios, como ha subrayado la doctrina<sup>588</sup>, comportan una triple exigencia para el sector de la competencia judicial internacional, así, por un

---

<sup>586</sup> Vid., ABARCA JUNCO, A.P., “*Derecho Internacional Privado*”, Vol.1, Colex, 2003, pp. 401; Vid., ESPINAR VICENTE, J.M., “*El Derecho Procesal civil Internacional*”, Madrid, La Ley, 1988; Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en la CEE y en Derecho español”, en *Instituto de Estudios Administrativos. Cuadernos de Administración pública*, nº 7, Madrid, 1977.

<sup>587</sup> Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*”, op. cit, 2004, pp. 87 y ss.

<sup>588</sup> Vid., OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, C., “En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del *Forum non conveniens* en el derecho español”, *AEDIP*, nº 1, 2001, pp. 425-434; Vid., CHECA MARTÍNEZ, M., “Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano”, op. cit. 1998, pp. 528-529; Vid., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “¿Cabén reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 121-136; Vid., AMORES CONRADI, M.A., “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil, art. 22 LOPJ”, en *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 124-125.

lado, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica exigen que el derecho internacional privado permita a las partes prever razonablemente la competencia o incompetencia, en su caso, de los tribunales de los Estados conectados con el caso; por otro lado, los particulares deben gozar del derecho de acudir a los tribunales de un Estado cuando ello sea necesario para satisfacer un valor jurídico del sistema, generalmente de rango constitucional o comunitario<sup>589</sup>, como el de protección del consumidor, parte contratante débil; y por último, los particulares tienen derecho a obtener de las autoridades públicas de un Estado, resoluciones públicas ejecutables, es decir, la tutela judicial efectiva exige, en el plano internacional, que se pronuncien decisiones susceptibles de ejecución y que se eviten las llamadas decisiones claudicantes o inejecutables<sup>590</sup>.

A pesar de lo anterior, y teniendo en cuenta que los contratos internacionales de *Hosting* son contratos electrónicos de adhesión, hemos de afirmar que no existen reglas de competencia judicial internacional específicas para las actividades y operaciones realizadas íntegramente en Internet<sup>591</sup>, si bien tiende a promoverse a nivel internacional una reforma procesal que facilite el desarrollo de mecanismos judiciales rápidos para garantizar una tutela judicial efectiva en este contexto<sup>592</sup>.

El artículo 18 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico impone a los Estados Miembros la obligación de velar porque las actividades de los servicios de la sociedad de la información puedan ser objeto de recursos

---

<sup>589</sup> Vid., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et materialisation des règles de droit international privé”, en *RCADI*, 2000, vol. 287, pp. 384-389; Vid., G.A.L. DROZ., “Regards sur le droit international privé comparé”, en *RCADI*, 1991, vol. 229, pp. 55-56;

<sup>590</sup> Vid., DE MAEKELT, T.B., “*Teoría general del derecho internacional privado*”, Academia de ciencias políticas y sociales, Caracas, 2005, pp. 381 y ss; Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*”, op. cit. 2004, pp. 90

<sup>591</sup> Vid., VAN OVERSTRAETEN, T., “Droit Aplicable et Jurisdiction competente sur Internet”, en *RDAI/IBLJ*, nº 3, Bruxelles, 1998, pp. 373-397; Vid., DRAETTA, U., “*Internet et commerce électronique en droit international des affaires*”, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 195-222

<sup>592</sup> Son interesante en esta materia los trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, Vid., CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNACIONAL PRIVÉ, “*L’impact d’internet sur le projet sur les jugements: nouvelles pistes de reflexion*”, Document préliminaire nº 17 de fevrier 2002



judiciales eficaces que permitan adoptar, en el plazo más breve posible y por procedimientos sumarios, medidas dirigidas a resolver la trasgresión alegada y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados<sup>593</sup>.

Asumiendo que el instrumento básico en la actualidad para la determinación de la competencia judicial en los conflictos derivados de los contratos internacionales de *Hosting*, es el Reglamento 44/2001 en los casos en los que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro de la Comunidad Europea, podemos distinguir, para clarificar nuestro trabajo, dos supuestos:

- 1) Determinación de la competencia judicial internacional en supuestos contemplados por el Reglamento 44/2001; y
- 2) Determinación de la competencia judicial internacional en supuestos NO contemplados por el Reglamento 44/2001.

Respecto del primer grupo de supuestos, la determinación de los criterios de asunción de competencia judicial internacional por el sistema jurisdiccional comunitario y la distribución de la competencia judicial entre sus tribunales, responde a los intereses y principios que inspiran la regulación del tráfico jurídico internacional en el foro comunitario<sup>594</sup>. En virtud de ello, el objetivo general del Reglamento es facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea, pues las sentencias adoptadas por sus órganos, los jueces nacionales, surten efectos en la Comunidad europea gracias al procedimiento establecido en el Capítulo III del propio Reglamento<sup>595</sup>.

---

<sup>593</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, PA., “*Derecho privado de Internet*”, 2002, op. cit. pp. 447-448; Vid., ECHEZARRETA FERRER, MT., “La contratación internacional en el E-commerce”, op. cit. 2002, pp.1-15

<sup>594</sup> En general sobre las normas de competencia judicial internacional establecidas en el Reglamento 44/2001, entre otros, Vid., FERNANDEZ ROZAS, J.C., Y SANCHEZ LORENZO, S., “*Derecho Internacional privado*”, Civitas, Madrid, 2004, pp. 98 y ss; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional privado*”, Vol. I, Comares, 2004, pp. 81 y ss; Vid., VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., “*Derecho procesal civil internacional*”, Madrid, Civitas, 2000, pp. 190 y ss.

<sup>595</sup> Sobre este tema, Vid., ESPINAR VICENTE, J.M., “Competencia judicial y Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el ámbito de la Comunidad Europea”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al Prof. D. Manuel Díez*, Pérez González, M., (Coord), 1993, pp. 865-898

## El Contrato Internacional de Hosting

Por otra parte, y complementario a ese objetivo general, se puede afirmar que el objetivo particular de este Reglamento es reforzar la posición jurídica de los operadores económicos domiciliados en el territorio comunitario, pues son ellos los que contribuyen al desarrollo económico de la Comunidad<sup>596</sup>. El sistema articulado por el Reglamento garantiza la tutela judicial efectiva de estas personas, pues por un lado, sólo pueden ser demandadas en virtud de los foros establecidos en el Reglamento 44/2001 (art. 3), ninguno de los cuales tiene un carácter exorbitante; y por otro, si el demandado permanece en rebeldía, el tribunal controlará de oficio su competencia (art. 26.1)<sup>597</sup>.

Cuando en cambio, el domicilio del demandado se encuentra en un tercer Estado, salvo en los supuestos tasados por el propio Reglamento (competencias exclusivas o elección expresa o tácita del foro), el legislador comunitario estima que la conexión de la situación con la Comunidad no es, en principio, suficiente para proyectar sus intereses sobre la regulación de la situación, por esa razón, la competencia judicial internacional se determina a partir de las normas de producción interna (art. 4).

Pero éste no es el único objetivo particular del Reglamento, pues el legislador comunitario también persigue favorecer los intereses del comercio internacional, introduciendo el principio de autonomía de la voluntad, explícita e implícita, en el art. 23 y 24, así las partes en un contrato internacional de *Hosting* pueden elegir el tribunal competente para conocer de los litigios que se deriven del mismo, aportando la seguridad y la previsibilidad jurídicas, tan necesarias en este sector, para la realización de transacciones comerciales internacionales.

---

<sup>596</sup> Sobre las reglas en materia de competencia judicial, el informe siguiente hace una distinción muy clara dependiendo de que las partes en litigio tengan o no su domicilio dentro de la Comunidad Europea, Vid., JENARD, P., “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968”, DO C 189 de 28 de julio de 1990, pp. 134. Y Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Y DESANTES REAL, M., “Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa”, en *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, RODRÍGUEZ IGLESIAS Y LIÑAN NOGUERAS (Dir.), Granada, Civitas, 1993, pp. 1047-1166.

<sup>597</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Derecho Internacional privado”, op. cit. 2004, pp. 94 y ss.

Todo ello, sin olvidarse de asegurar un alto nivel de protección de los intereses de los consumidores, y así en los artículos 15 a 17, el Reglamento establece una serie de reglas de competencias especiales destinadas a facilitar y proteger el acceso de estos usuarios a la justicia.

Por último, sobresale un objetivo adicional que el legislador comunitario quiso alcanzar con este Reglamento, y es eliminar las diferencias que existen entre las normas sobre competencia judicial en los Estados miembros<sup>598</sup>. Así y de acuerdo con el Art. 65 TCE, base jurídica del Reglamento 44/2001, los instrumentos en este ámbito (cooperación judicial) que tengan una repercusión transfronteriza se adoptarán “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”. Ello es necesario no sólo para permitir el establecimiento de un sistema simplificado de reconocimiento y ejecución de resoluciones, sino también para evitar disfuncionalidades en el mercado interior<sup>599</sup>.

Respecto del segundo grupo, supuestos no contemplados por el Reglamento, los tribunales españoles, se podrán declarar internacionalmente competentes de acuerdo con los Convenios internacionales bilaterales (por ejemplo, con El Salvador y con Rumania, entre otros) o multilaterales, en los que España sea parte, por sí sola o como miembro de la CE (Convenio de Bruselas de 1968, para las relaciones con los territorios franceses de ultramar, como hemos indicado una vez sea resuelto el caso danés, y el Convenio de Lugano de 1988, para las relaciones con Islandia, Noruega y Suiza, aunque hemos de adelantar que su estudio no será pormenorizado dado que las soluciones aportadas por el CL son y serán prácticamente idénticas a las del Reglamento 44/2001 en los puntos que a nuestro estudio interesan<sup>600</sup>), o de

---

<sup>598</sup> En este sentido se declara el Considerando 2º del Reglamento 44/2001.

<sup>599</sup> Sobre el mercado interior europeo, Vid., VILA COSTA, B., “Identidad europea y mercado interior: un modelo constituyente”, en *Revista Española de Derecho europeo*, nº 2, abril 2002, pp. 14-36

<sup>600</sup> El Reglamento fue el resultado de la actualización del Convenio Bruselas finalizado en 1999, y que se llevó a cabo por un grupo de trabajo conjunto CE-Estados Lugano, además de otras instituciones comunitarias, precisamente con el fin de que los dos textos (comunitario y europeo) fueran idénticos. El texto del Convenio de Lugano actualizado va a ser idéntico al del

acuerdo con las normas establecidas por sus leyes internas, Art.22 de la LOPJ de 1985<sup>601</sup>.

En todo este esquema general, son diversas las vías de atribución de competencia judicial a nuestros órganos jurisdiccionales en litigios originados como consecuencia de un contrato internacional de *Hosting*:

1. En primer lugar, la atribución de competencia puede darse *por obra de la autonomía de la voluntad de las partes*, manifestada de forma expresa o tácita.
2. En segundo lugar, la atribución de la competencia pueda darse en virtud de diversos *foros de carácter objetivo* para los litigios derivados de contratos internacionales de *Hosting*, que son, por un lado, el foro general del domicilio del demandado (en España), art. 2; y por otra parte, además de aquella alternativa y a elección del actor, ya que ambos foros son concurrentes, también son competentes los órganos jurisdiccionales designados por alguno de los foros del Art. 5, básicamente, el foro especial del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, o el *forum delicti commissi* para las reclamaciones extracontractuales surgidas en el marco de un contrato internacional de *Hosting*<sup>602</sup>.

A la hora de llevar a cabo el análisis de los supuestos enunciados, es preciso tener presente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>603</sup>, pues gracias a ella nos aseguramos una interpretación uniforme de las disposiciones del Reglamento 44/2001.

---

Reglamento, porque el texto de éste fue pactado y aprobado por la CE y los Estados Lugano, suponemos que, después del Dictamen del TJCE 1/2003 de 7 de febrero de 2006 sobre competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo CL, éste será adoptado en breve.

<sup>601</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder judicial (BOE 157, de 2 de julio de 1985). Sobre el Artículo 22 de la LOPJ, Vid., AMORES CONRADI, M., “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: el art. 22 de la LOPJ”, op. cit. 1989, pp. 113-156;

<sup>602</sup> Vid, ABARCA JUNCO, A.P., “*Derecho Internacional Privado*”, op. cit, pp. 402 y ss..

<sup>603</sup> En cuanto instrumento comunitario, el TJCE tiene competencias interpretativas sobre el R. 44/2001 (arts. 68 y 234 TCE) lo que asegura una aplicación uniforme de las disposiciones de dicho Reglamento. También las tenía respecto del Convenio de Bruselas en virtud del Protocolo

Asimismo la coherencia del sistema resulta garantizada por el recurso mayoritario al método de la noción autónoma, es decir, los conceptos y nociones empleados en sus disposiciones tienen un significado propio y exclusivo en el marco del Reglamento, en detrimento del método de la remisión a los Derechos internos<sup>604</sup>.

No obstante, hemos de tener en cuenta dos precisiones, la primera referente a que, aunque la mayoría de las sentencias existentes, hasta el momento, se refieren al Convenio de Bruselas, sus conclusiones, en general, son válidas para interpretar las disposiciones del Reglamento, a salvo ciertas de sus reglas de competencia que han sufrido modificaciones importantes, como el art. 5.1<sup>605</sup>; y la segunda precisión se centra en la imposibilidad de predicción, cuando muchas de las resoluciones del TJCE fueron adoptadas, de las innovaciones tecnológicas que iban a caracterizar o caracterizan a la sociedad de la información, así como las nuevas circunstancias que iban a rodear al comercio internacional actual, por lo que son escasas las resoluciones que tienen en cuenta este nuevo enfoque tecnológico.

---

relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Luxemburgo el 3 de junio de 1971 (DO C 189, de 28 de julio de 1990)

<sup>604</sup> Sobre el tema de la interpretación por el TJCE y el método utilizado, Vid., DESANTES REAL, M., “El Convenio de Bruselas (competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y el TJCE: criterios de interpretación y orientaciones metodológicas”, en *La Ley, Comunidades Europeas*, año 9, suplemento 34, de 29 de abril de 1988, pp. 1-11.

<sup>605</sup> Sobre las modificaciones introducidas, Vid., G.A.L DROZ, Y GAUDEMONT-TALLON, H., “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”, en *Rev. Crit. Droit int. Privé*, vol. 90, 2001, pp. 601-652; Vid., BERAUDO, J.P., “Le Règlement CE du Conseil du 22 septembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, en *JDI*, 2001, pp. 1033-1084

**1- DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS CONTEMPLADOS POR EL REGLAMENTO 44/2001.**

La competencia judicial internacional de nuestros tribunales en litigios derivados de los contratos internacionales de *Hosting*, se rige por distintos instrumentos normativos, aunque la normativa básica es el Reglamento 44/2001<sup>606</sup>. A tenor de la misma, los tribunales españoles podrían ser competentes, en los siguientes supuestos:

1.º Con carácter exclusivo, cuando exista acuerdo de sumisión del litigio a su favor, bien de modo expreso (art.23), bien de modo tácito (art. 24 ). Podemos entender que el acuerdo de sumisión abarca sólo la relación concreta a la que se refiere, no las relaciones accesorias a la anterior (contratos accesorios), por razones de seguridad jurídica y previsibilidad, y así fue admitido por la sentencia de 12 de noviembre de 2004 of English High Court, Queen's Bench Division, Technology and Construction Court, en el asunto "*British Sugar PLC v. Fratelli Babbini di Lionello Babbini & Co. SAS and Others*"<sup>607</sup>. Sin embargo, resulta controvertido, como veremos, si estos acuerdos cumplen con los requisitos de validez necesarios para desplegar efectos cuando su celebración se ha llevado a cabo por medios electrónicos utilizando la modalidad *web-wrap contracts*.

2.º Cuando el demandado tuviere su domicilio en España (art. 2). Aunque esta cuestión la analizaremos posteriormente, baste ahora decir, que se trata de una norma de competencia judicial imperfecta que puede ocasionar conflictos positivos o negativos de domicilio.

---

<sup>606</sup> Sobre los antecedentes del Reglamento existe una abundante bibliografía tanto nacional como extranjera, baste citar como referencia a IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Y DESANTES REAL, M., "Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa", en *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, RODRÍGUEZ IGLESIAS Y LIÑAN NOGUERAS (Dir), Civitas, 1993, pp. 1047-1166; y sobre el Reglamento propiamente también existen abundante bibliografía, en general, Vid., FERNANDEZ ROZAS, J.C., Y SANCHEZ LORENZO, S., "*Derecho Internacional privado*", Civitas, Madrid, 2004, pp. 98 y ss; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "*Derecho internacional privado*", 2004, op. cit, pp. 95 y ss

<sup>607</sup> Westlaw international (2005) I.L.Pr. 20.

3.º Además, también pueden ser competentes los tribunales españoles, si son designados por alguno de los foros especiales del art. 5. De los contratos internacionales de *Hosting* se pueden derivar reclamaciones en las que sea aplicable el foro en materia de obligaciones contractuales del apartado 1 del art. 5, es decir, cuando sea España el país en el que “hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda” (art. 5.1), o también se pueden derivar reclamaciones en las que sea aplicable el foro en materia de obligaciones extracontractuales del apartado 3 del art. 5, circunstancia que exigirá analizar la aplicación del *forum delicti commissi*.

#### 1.1- LAS CLÁUSULAS ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING.

La Cláusula atributiva de competencia o cláusula de sumisión o acuerdo de elección del foro<sup>608</sup> suele venir predispuesta en las condiciones generales de un contrato *web-wrap de hosting*, típico contrato electrónico de adhesión. La predisposición de estas cláusulas de elección de foro por los proveedores de *Hosting* les permite concentrar todos los posibles litigios ante un único tribunal, generalmente el de su domicilio.

El contenido de estas condiciones generales puede aparecer en la misma página principal del proveedor o en la página de aceptación del contrato, es decir, donde se encuentra el icono en el que se debe hacer clic para aceptar, o incluso, se pueden incluir en una página independiente y diferente a la que, los clientes que lo deseen, pueden acceder a través de un

---

<sup>608</sup> El artículo 3 del Convenio sobre los acuerdos de elección de foro, concluida por la Conferencia de la Haya el 30 de junio de 2005, define el “acuerdo exclusivo de elección de foro” como el acuerdo concluido por dos o más partes que es conforme con los requisitos establecidos por el apartado c) y designa, con la finalidad de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir entre ellos respecto a una relación jurídica concreta, sea a los tribunales de un Estado, sea a un tribunal específico, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal. Es interesante tener en cuenta los trabajos previos a esta Convención, en el *Documento de trabajo n° 49 de diciembre de 2003* y el *Anteproyecto de Convención sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro de 26 de diciembre de 2004*, disponible en <http://hcch.e-vision.nl>

hipervínculo. La cláusula de sumisión y el resto de condiciones generales se entenderán aceptadas desde el momento en que el cliente ha *cliqueado* o pulsado en el icono que dice “aceptar” o el icono que dice “Leído y aceptado”.

El acuerdo o cláusula de sumisión es un pacto entre las partes de una relación jurídica en cuya virtud estas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencias de ciertas obligaciones asumidas por las partes. La autonomía de la voluntad es el criterio básico que hace posible que las partes adopten estos acuerdos de elección de foro<sup>609</sup> y encuentra acogida en la redacción de dos artículos del Reglamento 44/2001, concretamente, tal sumisión puede realizarse mediante acuerdo expreso (art. 23) o mediante acuerdo tácito, a través de una actitud que denota la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de un determinado país (art. 24).

No obstante, a la hora de regular los convenios atributivos de competencia, el artículo 23 establece una serie de requisitos o condiciones para que los acuerdos contemplados puedan desplegar todos sus efectos, con una doble finalidad, por un lado, aportar seguridad jurídica a las transacciones internacionales, y por otra, proteger al contratante débil, el consumidor, y así el artículo 23.5 y el 17 limitan la validez de estos acuerdos cuando una de las partes tiene la condición de consumidor.

### 1.1.1- Las cláusulas de sumisión expresa.

El art. 23, que es el precepto que regula la sumisión expresa aplicable en contratos internacionales de *Hosting*, favorece los intereses del comercio internacional, dado que por un lado, las cláusulas de elección de foro permiten a los contratantes someter sus controversias a los tribunales que se adapten

---

<sup>609</sup> Vid., SCHULZ, A., “*Une note sur leurs rapports avec une future convention de la Haye sur les accords exclusifs d’élection de for*”, Doc. Prel. N° 31, de junio de 2005.



mejor a sus intereses<sup>610</sup>, y por otro, incrementan la seguridad jurídica que reclaman las transacciones internacionales, pues eliminan la incertidumbre sobre la jurisdicción competente que se origina por la conexión del contrato internacional con varios ordenamientos, especialmente en las transacciones entre empresas que contratan *on line*, básicamente en Internet, desde países que pueden resultar muy lejanos<sup>611</sup>.

De entre los requisitos exigidos por el Reglamento y el TJCE para que la cláusula atributiva de competencia despliegue plenos efectos, resultan de especial importancia dos: a) requisitos espaciales, es decir, que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado Miembro; y b) requisitos formales, que se cumplan las condiciones de forma establecidos por el art. 23. Dentro de éstos, el que presenta mayores problemas para su cumplimiento en el ámbito de Internet, es el de que estos acuerdos de elección de foro se celebren por escrito.

#### 1.1.1.1- Requisitos Espaciales de las cláusulas de sumisión expresa

Efectivamente, el Reglamento 44/2001 en su artículo 23.1 exige que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado Miembro.

Las partes, si se adapta mejor a sus intereses, pueden pactar la exclusión del efecto derogatorio<sup>612</sup>, acudiendo a los tribunales que pudieran resultar competentes de acuerdo con el foro general o con el foro especial previsto en el Reglamento. El art. 23, a diferencia del anterior art. 17 CB, ha

---

<sup>610</sup> Vid., GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., “*Las Cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del derecho*”, REDI 1998-2, pp. 93-103; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional privado*”, 2004, op. cit., pp. 103 y ss

<sup>611</sup> Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*”, op. cit. 2001, pp., 46 y ss. Y Vid., JAYME, E., “*Le Droit International privé du nouveau millénaire; la protection de la personne humaine face á la globalisation*”, en *Rec. De Cours.*, vol. 282, 2000, pp. 9-40.

<sup>612</sup> El tribunal elegido será el único competente, salvo acuerdo en contrario de las partes, para conocer de los eventuales litigios, sin necesidad de que dicho tribunal presente un vínculo concreto o un elemento objetivo de conexión con la relación contractual (efecto prorrogatorio), y derogará la competencia de los demás tribunales de los Estados miembros que pudieran resultar competentes de no existir el acuerdo, quedando obligados a respetar la competencia atribuida al primero (efecto derogatorio).

incluido en el apartado primero una coetilla que reza así “Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes” <sup>613</sup>. De esta misma opinión se manifestó el TJCE en su Sentencia de 16 de marzo de 1999, en el asunto “*Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa v. Hugo Trumpy SpA*”<sup>614</sup>.

Si no se cumple esta condición (art. 23.3), es decir, que los dos contratantes estén domiciliados en un tercer Estado, el Reglamento se limita a regular el efecto derogatorio del acuerdo, “*los tribunales de los demás Estados Miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o tribunales designados hubieren declinado su competencia*”, en atención a sus normas de producción interna o convencional.

De las anteriores afirmaciones se puede deducir que, el art. 23 R. 44/2001 establece una serie de condiciones para que los acuerdos contemplados en el Reglamento puedan desplegar sus efectos, es decir, sólo se aplicaría:

- 1) Si alguna de las partes en el acuerdo, ya sea el demandante o ya sea el demandado, se hallare domiciliada en un Estado Miembro de la UE;
- 2) Si el pacto de sumisión expresa atribuye competencia a los tribunales de un Estado Miembro sujeto al Reglamento

Respecto de la primera condición, *si alguna de las partes en el acuerdo, ya sea el demandante o ya sea el demandado, se hallare domiciliada en un Estado Miembro de la UE*, el Reglamento, así, pone de manifiesto el interés de la Comunidad Europea por beneficiar la posición jurídica de las personas

---

<sup>613</sup> Vid., G.A.L DROZ, Y GAUDEMONT-TALLON, H., “La Transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’execution des décisions en matière civile et commerciale”, 2001, op. cit. pp. 641; y Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*Derecho Internacional privado*”, 2004. op. cit. pp. 112 y ss.

<sup>614</sup> Vid., STJCE de 16 de marzo de 1999, C-159/97, “*Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa v. Hugo Trumpy SpA*”, Rec 1999, I-1636 y ss.

domiciliadas en territorio comunitario en detrimento de aquellas que no lo están<sup>615</sup>.

Pero, ¿en qué momento debe apreciarse el domicilio de las partes?. Ante el silencio de la norma, podemos optar por dos posiciones perfectamente aplicables a los contratos internacionales de *Hosting*. La mayor parte de la doctrina<sup>616</sup>, se inclina por el momento en el que se concluye el pacto de sumisión. Efectivamente, si ambas partes están domiciliadas en el territorio de algún Estado Miembro en el momento de redacción del pacto de sumisión, el art. 23 es siempre aplicable. Por lo tanto, aunque en el momento del litigio ya no estén domiciliadas en dicho territorio, el art. 23 sigue siendo aplicable. De este modo se refuerza la seguridad jurídica y se evitan fraudes que podrían surgir mediante dos cambios artificiosos de domicilio. No obstante, por otro lado, otro sector doctrinal<sup>617</sup> entiende que, también puede aplicarse el art. 23 en los supuestos en que, en el momento de conclusión del pacto de sumisión, ninguna de las partes estuviera domiciliada en ningún Estado miembro, pero sí lo están en el momento de inicio del proceso.

Así pues, ¿qué ocurre cuando hay un acuerdo de sumisión entre partes no domiciliadas en un Estado miembro de la UE, a favor de un tribunal de un Estado miembro, por ejemplo España? En este caso, el artículo 23.3 establece una regla de competencia judicial negativa, es decir, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia, o dicho de otra forma, el tribunal designado por las partes deberá juzgar, con arreglo a sus normas de DIPr de origen estatal, si el acuerdo de sumisión a su favor es válido o no lo es. Sólo en este último caso, los demás tribunales de los demás Estados Miembros podrán, si disponen de un foro de competencia previsto en sus propias normas de DIPr nacionales (art. 4.1), entrar a conocer del caso.

---

<sup>615</sup> Vid., LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, A., “*Contratos Internacionales de Software*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 109 y ss.

<sup>616</sup> Vid., GOTHOT, P., Y HOLLEAUX, D., “*La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*”, La Ley, Madrid, 1986; y Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*”, 2001, op. cit. pp. 47 y ss.

<sup>617</sup> CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional privado*”, op. cit. pp. 102 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

En cuanto a la segunda condición, *si el pacto de sumisión expresa atribuye competencia a los tribunales de un Estado Miembro en el sentido del Reglamento 44/2001*, de acuerdo con el art. 23, las partes pueden designar a un tribunal en concreto o bien a los tribunales de un Estado en su conjunto, como así lo afirmó el TJCE en su Sentencia de 17 de enero de 1980, en el asunto *Zelger v. Salitrini*<sup>618</sup>. En el primer caso, estaríamos ante un convenio atributivo de competencia judicial “perfecto”, es decir, que designa directamente el tribunal nacional territorialmente competente. En el segundo caso, se trataría de un convenio atributivo de la competencia judicial “imperfecto”, es decir, tan sólo determina el sistema jurisdiccional estatal cuyos tribunales deben conocer el litigio, y la determinación del órgano jurisdiccional territorialmente competente debe realizarse de acuerdo con las normas procesales de ese Estado destinadas a distribuir la competencia material y territorial interna.

Puede plantearse un problema si, designados competentes los tribunales de un Estado, el Derecho Procesal de dicho país no dispone de criterios para, en dicho caso, especificar el concreto tribunal competente. Ello no haría nula la sumisión expresa, pues ésta se ajusta a lo exigido por el art. 23. Habrá que buscar criterios ulteriores para individualizar el concreto tribunal competente, como por ejemplo, la elección del tribunal concreto por parte del demandante.

Y ¿qué ocurre cuando se produce el supuesto contrario, es decir, cuando una de las partes, el demandante, está domiciliada en un Estado miembro, pero el acuerdo de sumisión se realiza a favor de un tercer Estado, por ejemplo, EEUU?. El Reglamento carece de disposiciones para regular la *derogatio fori* a favor de un tribunal de un tercer Estado, el Reglamento no otorga efectos a los acuerdos de elección de foro a favor de tribunales de terceros Estados, por lo tanto, si la demanda es presentada ante los órganos judiciales de un Estado miembro, y el demandado se persona para impugnar su competencia, se podría entender que, el órgano jurisdiccional del Estado

---

<sup>618</sup> Vid., STJCE DE 17 de enero de 1980, C-56/79, “*Zelger c. Salitrini*”, (Rec. 1980 I- 89): Según establece el tribunal en esta Sentencia no es necesario que exista un vínculo entre el litigio y el órgano jurisdiccional designado.

miembro ante el que se ha presentado dicha demanda, por ejemplo, el tribunal español, fijará la admisibilidad o validez del acuerdo y sus efectos derogatorios de la competencia del tribunal español, atendiendo a los criterios de atribución de la competencia regulados en el ordenamiento jurídico del foro, y, si esa sumisión es válida, con arreglo a dichas normas, entonces los tribunales españoles se declararán incompetentes<sup>619</sup>.

Por último, el acuerdo de elección de foro puede tener un carácter “obligatorio” u “opcional”. La primera posibilidad significa que las partes no podrán presentar la demanda más que en los tribunales designados en el acuerdo, y en este sentido se pronunció el TJCE en su sentencia de 24 de junio de 1981, en el asunto *Elefanten Schuh v. Jacqmain*<sup>620</sup>. La segunda posibilidad viene autorizada por el art. 23.1 cuando establece que la competencia del tribunal elegido por las partes será exclusiva, “salvo pacto en contrario” de las partes, es decir, las partes pueden elegir unos tribunales como competentes sin que el acuerdo despliegue efectos derogatorios para ninguna de ellas, por lo tanto, las partes podrían presentar la demanda ante otros tribunales que pudieran resultar competentes de acuerdo con el Reglamento, de no existir el convenio atributivo.

A tenor de lo anterior, varias son las modalidades de atribución de la competencia por las partes a los órganos jurisdiccionales de uno o varios Estados, entre ellas, a los efectos de los contratos internacionales de *Hosting*, podemos destacar:

1.º-El acuerdo expreso de sumisión, realizado por las partes, puede referirse a litigios que hubieran surgido, o a litigios que pudieran surgir, pero siempre con ocasión de esa determinada relación jurídica. Sería, por tanto, nula la cláusula pactada en relación a “toda divergencia” que

---

<sup>619</sup> En este sentido, los tribunales españoles han negado eficacia a la *derogatio fori*, cuando el demandado está domiciliado en España, en base a que, la existencia de un acuerdo de elección de unos tribunales extranjeros se considera un fraude procesal, táctica destinada a dilatar la resolución del litigio. Vid, entre otras, SAP de Barcelona de 30 de julio 2002 (AC 2002/1673); SAP de Zaragoza de 3 de abril de 2001 (AC 2001/1067); SAP de Badajoz de 23 de marzo de 2001 (AC 2001/2243).

<sup>620</sup> En este sentido, Vid. STJCE de 24 de junio de 1981, asunto 150/80, “*Elefanten Schuh v. Jacqmain*” (Rec. 1981, I-1671 y ss).

## El Contrato Internacional de Hosting

podiera surgir entre las partes con independencia de la relación jurídica de que se trate.

2ª -Las partes pueden designar el tribunal o tribunales que estimen por conveniente, sin que sea necesario que exista un vínculo entre el litigio y el órgano jurisdiccional designado<sup>621</sup>

3ª -Las partes pueden someter el litigio a tribunales de Estados distintos al mismo tiempo, atribuyendo a cada órgano jurisdiccional el conocimiento de controversias distintas que nacen de la relación jurídica de *Hosting* (en ocasiones estas operaciones se han de ejecutar en diferentes Estados al mismo tiempo). En estos casos, el juez debe interpretar la cláusula de sumisión para fijar su alcance objetivo<sup>622</sup>.

### 1.1.1.2- Requisitos Formales de las cláusulas de sumisión expresa

El artículo 23.1, para que el acuerdo expreso de elección de foro sea válido, exige unos requisitos formales. Todo ello con una doble finalidad, por una parte, asegurar una verdadera e inequívoca existencia de la voluntad y consentimiento de las partes en orden a la elección del tribunal competente, como así lo afirmó el TJCE en su sentencia de 12 de mayo de 2005, en el asunto "*Société financière et industrielle du Peloux v. Axa Belgium e.a*"<sup>623</sup>., y por otra, proporcionar seguridad a las legítimas expectativas de las partes<sup>624</sup>.

---

<sup>621</sup> En este sentido, Vid. STJCE 17 enero 1980, C-56/79, "*Zelger v. Salitrini I*", (Rec. 1980, I-89 y ss).

<sup>622</sup> Determinación del alcance objetivo de la cláusula de sumisión expresa, Vid., STJCE 14 diciembre 1976, "*Colzani v. Rüwa*", (Rec. 1976 I-1831 y ss); STJCE 10 de marzo del 1992, asunto C-214/89, "*Powell Duffryn v. Wolfgang Petereit*" (Rec. 1992 I-1745 y ss); Vid. Comentario a esta última Sentencia realizado por GAUDEMANT TALLON, H., "Comentario a la STJCE 10 de marzo del 1992, asunto C-214/89, *Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit*", en *Revue de Droit Internationale Privé* 1992, pp. 535 ss; y Vid., BORRAS A., "Comentario a la STJCE 10 de marzo del 1992, asunto C-214/89, *Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit*", en RJC 1992, pp 1121 ss

<sup>623</sup> DO C 182/4, de 23 de julio de 2005, en el asunto C-112/03 sobre competencia en materia de contratos de seguros: Según el alto tribunal una cláusula atributiva de competencia no puede oponerse al asegurado beneficiario de este contrato que no haya *aceptado expresamente* dicha cláusula y tenga su domicilio en un Estado contratante distinto al Estado en que tenga su domicilio el tomador del seguro y el asegurador.

<sup>624</sup> VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., "*Derecho procesal civil internacional*", op. cit., 2000, pag. 207.

En efecto, el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: 1) Por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o bien, 2) En una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; o, 3) En el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

Así pues, la primera posibilidad nos habla de *forma escrita o forma verbal con confirmación escrita*. La noción de “acuerdo por escrito” ya era interpretada en el ámbito del Convenio de Bruselas por el TJCE<sup>625</sup> que declaró que no serían válidos los acuerdos de sumisión a tribunales, contenidos en unas condiciones generales de la contratación a las que no remitiese expresamente el contrato. Además, también de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE<sup>626</sup>, para otorgar validez a los acuerdos de elección de foro, el juez competente no debe albergar dudas sobre la existencia de consentimiento entre las partes expresado de manera clara y precisa, asegurándose de que la cláusula no ha podido pasar desapercibida para una de las partes<sup>627</sup>.

Tradicionalmente el TJCE ha considerado que para que el cumplimiento de esas condiciones quedase garantizado, no solo era necesario que el acuerdo de elección de foro se consignase por escrito, sino que se precisaba que el consentimiento de las partes se manifestase de forma escrita, mediante

<sup>625</sup> Vid. STJCE de 14 de diciembre de 1976, “*Colzani...*”, *op. cit.*

<sup>626</sup> Vid., STJCE de 16 de marzo de 1999, C-159/97, “*Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa v. Hugo Trumpy Spa*”...*op. cit.*

<sup>627</sup> Sobre la exigencia de consentimiento entre las partes expresado de manera clara y precisa, pero sin necesidad de formulismos rituarios Vid., la SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN, nº 28/2003 de 10 de febrero (AC 2003, 354), en el asunto entre *Matinex SA (apelante) y Bisaza SA (apelada)*: Las partes realizaron un pacto de sumisión expresa a favor de los Tribunales de Vicenza (Italia); una de ellas alega que no hubo conocimiento cierto de esa sumisión expresa; el Tribunal una vez estudiado el caso alega que “Ha quedado acreditado que el contrato fue examinado con suficiente antelación a su firma (8 meses) habiendo llegado incluso la recurrente a remitir un borrador, por lo que resulta evidente que esa falta de voluntad interna que se aduce no puede tener virtualidad alguna, siendo evidente el conocimiento que se tuvo de la sumisión a favor de los Tribunales de Vicenza”. Por otra parte, la SENTENCIA DE LA AP DE CANTABRIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1999 (AC 1999, 2341), Y LA SENTENCIA DE LA AP DE MADRID DE 10 DE JULIO DE 2000 (AC 2000, 4363), ambas rechazan la necesidad, en el ámbito de la contratación internacional, de emplear formulismos rituarios para que se entienda que la cláusula de sumisión contiene renuncia clara y terminante al fuero propio.

la firma manuscrita. En atención a esta jurisprudencia se ha sostenido que ciertos acuerdos de elección del foro incluidos en contratos internacionales celebrados en Internet carecían de validez<sup>628</sup>.

Se puede afirmar que el Reglamento en su art. 23.2 ha alterado esta posición mantenida por el TJCE pues, en el ámbito de los contratos internacionales celebrados por Internet, como es el caso del *Hosting*, sí sería válido, pues se considera hecho por escrito, el acuerdo atributivo de competencia efectuado por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero del acuerdo. Con este precepto se acepta la teoría de la “equivalencia funcional”<sup>629</sup> de los acuerdos electrónicos frente a los manuscritos, ya contemplada en el art. 6 de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1996 sobre comercio electrónico, y recientemente en los artículos 8 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 23 de noviembre de 2005<sup>630</sup> y en el artículo 3 c) de la Convención sobre los acuerdos de elección de foro de 30 de junio de 2005<sup>631</sup>.

Concretamente las cláusulas de sumisión incluidas en los contratos *web-wrap de Hosting* concluidos por el usuario destinatario del servicio, directamente accediendo a la *web site* del PSI, y pulsando el icono aceptar, sólo se podrán considerar válidas, según lo dispuesto por el art. 23.2, si efectivamente hay una transmisión por medios electrónicos en ambos sentidos, es decir, que tanto las condiciones generales del contrato como la cláusula de

---

<sup>628</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*Derecho Internacional privado*”, 2004. op. cit. pp. 112 y ss; Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “*Derecho privado de Internet*”, ...2002, op. cit. pp. 451-453.

<sup>629</sup> Es interesante el estudio realizado sobre la equivalencia funcional por, RIVERO CRUZ, D., “Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente a la firma manuscrita”, en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 60, 2005, pp. 3-122; Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., “La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica” en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Pamplona, 2003, pp. 19-33

<sup>630</sup> Resolución de la Asamblea general A/RES/60/21, publicada el 9 de diciembre de 2005.

<sup>631</sup> Convención sobre los acuerdos de elección de foro concluida por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado el 30 de junio de 2005. Su artículo 3 c) establece dos modalidades formales de celebración de un acuerdo de elección de foro: a) por escrito; b) o por otro medio de comunicación que proporcione información accesible para un uso o consulta posterior



sumisión puedan estar disponibles y en un registro duradero no sólo en el servidor del PSI sino también en el ordenador del cliente destinatario del servicio.

La mera puesta a disposición o visualización de las condiciones en la *web site* del PSI no resulta suficiente para cumplir con el requisito del art. 23.2, pues en ese caso, sólo el proveedor tendría un registro duradero de las condiciones y del acuerdo de sumisión suscrito por el cliente, sin que éste pueda corroborar, en un momento posterior, lo aceptado. Así pues, o bien el cliente destinatario, una vez aceptado o en un momento anterior, puede imprimir o guardar en su ordenador las condiciones generales de la contratación, sobretodo a efectos de prueba, o bien el PSI se las envía por e-mail en un momento posterior, sino es así, esta cláusula de sumisión no se podrá considerar válida<sup>632</sup>.

También a efectos de prueba, la exigencia imperativa de forma escrita ha ido unida al requisito de la firma manuscrita del aceptante. Sin embargo, como indican los últimos trabajos doctrinales en la materia y los últimos Convenios aprobados en el 2005<sup>633</sup>, no se debe exigir que el acuerdo de elección de foro esté firmado (firma manuscrita) por las partes para probar su existencia, aunque a efectos de obtener más seguridad, la firma tradicional se podría sustituir por la firma electrónica avanzada<sup>634</sup>, unida a los mecanismos de seguridad que para las transacciones electrónicas debe facilitar el proveedor o ISP de *Hosting*.

---

<sup>632</sup> Vid., VERBIEST, T., Y WERY, E., “*Le droit de l'internet et de la Societe de l'information*”, Bruselas, Larcier, 2001, pp. 477; En sentido contrario, es decir, este requisito no resulta exigible, FERNANDEZ MASIA, E., “Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 5, 2003, pp. 17

<sup>633</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 23 de noviembre de 2005 y la Convención sobre los acuerdos de elección de foro de 30 de junio de 2005

<sup>634</sup> Vid., MARTINEZ NADAL, A., “Firma electrónica, certificados y entidades de certificación. La nueva ley 59/2003, de firma electrónica”, en *Revista de contratación Electrónica*, nº 47, 2004, pp.73-103; Vid., PLAZA PENADÉS, J., “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”, en *Revista de contratación electrónica*, nº 26, 2002; Vid., MARTÍNEZ NADAL, A., “*La Ley de firma electrónica*”, Madrid, Civitas, 2000; Vid., MARTÍNEZ NADAL, A., “*Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*”, Madrid, Civitas, 2001 ; Vid., DOMÍNGUEZ GRAGERA, ML., “Normativa aplicable a la firma electrónica (Directiva 99/93 y Real Decreto Ley 14/1999)”, en *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002.

## El Contrato Internacional de Hosting

Cuestión diferente es que, en estos convenios de atribución de competencia celebrados mediante mecanismos electrónicos a través de los acuerdos *web-wrap*, las personas (clientes) no están identificadas de antemano pues se celebran en redes abiertas y puede que sean personas no habituadas a la contratación en este tipo de medios, y, además, el interlocutor del PSI es normalmente un “agente electrónico”<sup>635</sup>, lo que nos puede llevar a dudar sobre si efectivamente el cliente antes de celebrar el contrato ha leído y aceptado con conocimiento efectivo la cláusula de elección de foro.

Sobretudo llegamos a esta duda cuando las condiciones generales se encuentran ubicadas en una de las páginas del sitio Web de difícil localización, y diferente a aquella en la que se lleva a cabo la tramitación del contrato. Creo que para asegurar el conocimiento efectivo del acuerdo de atribución de competencia, debe figurar de manera visible, en la página de tramitación del contrato (página de aceptación del servicio solicitado y de obtención de los datos del destinatario), un hipervínculo de acceso directo a las condiciones generales, y que no se pudiera concluir el contrato sin haber accedido previamente a esa página de las condiciones generales.

Por último, simplemente señalar que, en la UCITA norteamericana, también se admite la utilización de convenios atributivos de competencia, siempre que no lleven a resultados irrazonables e injustos para una de las partes<sup>636</sup>. La validez e incorporación de estas cláusulas al contrato no están

---

<sup>635</sup> Los efectos jurídicos de los mensajes de datos emitidos por este agente electrónico son atribuidos a la persona responsable de la producción de los mismos, es decir, a la persona o empresa en cuyo nombre estos mensajes son emitidos y bajo cuyo control el programa informático del agente opera. Conclusión avalada por el Art. 13.2.b) de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre comercio electrónico, donde se viene a equiparar, en la medida de lo posible, el tratamiento legal del agente electrónico al otorgado al representante persona física; Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., “*Derecho de la contratación electrónica*”, op. cit., 2001; Vid., WEITZENBOECK, EM., “Electronic Agents and the formation of contracts”, en *IJLT*, vol. 9, nº 3, 2001, pp. 204-234

<sup>636</sup> Vid., UCITA, sección 110. Contractual Choice of Forum: a) The parties in their agreement may close an exclusive judicial forum unless the choice is unreasonable and unjust”. Para conocer el proceso hasta llegar a esta sección, Vid., BOSS, A., “The jurisdiction of commercial law: Party autonomy in choosing applicable law and forum under proposed revisions to the uniform commercial code”, *International Lawyer*, vol. 32, nº4, 1998, pp. 1067-1113

sujetas a condiciones diferentes de las que se aplican al resto de cláusulas de la transacción. El acuerdo puede venir recogido de forma autónoma o formando parte de unas condiciones generales. Con carácter general, para que sea válido resulta necesaria una manifestación del consentimiento que reúna las condiciones de la Sección 112: *“el destinatario debió conocer el contenido de la condición o debió tener la oportunidad de revisar su contenido antes de aceptarlo o de llevar a cabo una conducta de la cual se puede inferir que la contraparte podrá entender que existe aceptación”*<sup>637</sup>. Y en la sección 211 referida a los *web wrap agreements* establece que para que la manifestación del consentimiento sea conforme a la sección 112, las condiciones deben estar disponible para su consulta en la *web site* del proveedor, el cual no debe impedir que los usuarios la descarguen o la impriman. Dichas condiciones pueden estar predispuestas en la propia pantalla donde se debe otorgar el consentimiento o bien pueden venir establecidas en otra página a la que se accede a través de un hipervínculo claramente identificable.

La segunda y tercera posibilidad que nos proporciona el Reglamento, sin gran trascendencia para los contratos internacionales de *Hosting*, queda redactada en el siguiente sentido *“O en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; O, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”*

El afán de no obstaculizar la expansión de la industria y del comercio conlleva que, en los contratos entre empresas, se admita la validez de las cláusulas de elección de foro si el destinatario, aunque no pueda revisar el clausulado, debió prever que se incluía dicho acuerdo de elección de foro, bien por el tipo de contratación de que se trataba y que ya había realizado antes, o bien por la consolidación de esta práctica comercial en el sector considerado.

---

<sup>637</sup> Vid., UCITA, sección 112. Manifesting assent, opportunity to review. El Comentario oficial de la UCITA incluye una lista ejemplificativa de situaciones en las que el aceptante puede entender que el ofertante entenderá el contrato como aceptado entre las que se incluye el supuesto de los *web wrap agreements*.

## El Contrato Internacional de Hosting

En todo caso, el juez debe comprobar la existencia del uso que las partes conocieren o debieren conocer y que en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes, en los contratos del mismo tipo, en el sector comercial considerado, acreditando que las partes siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar esta clase de contratos<sup>638</sup>

Lo habitual, dada la frecuencia con la que se contrata, modifica o anulan este tipo de contratos, y dada la diversidad de usuarios o destinatarios, tanto personas físicas como jurídicas, que celebran este tipo de acuerdos, es que los proveedores de servicios de *Hosting* incluyan en las condiciones generales del contrato esta cláusula atributiva de competencia siempre a favor del mismo tribunal, que suele coincidir con el del domicilio del ISP. El destinatario en estas ocasiones, para que esta cláusula de elección de foro sea válida, debe no sólo conocer las condiciones generales del contrato en las que están inmersas<sup>639</sup>, sino también debe poder recibir o descargar las mismas en su ordenador, pues no sería suficiente la remisión expresa a unas condiciones generales que se ofrecen en una página Web de Internet, dado que el acceso a esta página puede ser obstaculizado involuntaria o voluntariamente y dado que resulta muy fácil que el proveedor, dueño de la página, la modifique de manera fraudulenta.

Por otra parte, el proveedor cumple con su obligación al ofrecer al destinatario la posibilidad (en las condiciones ya indicadas) de tener un conocimiento efectivo del acuerdo de elección de foro. Si el destinatario hace uso o no de esa posibilidad, entra dentro de su deber de diligencia. Tal y como establece el TJCE, corresponde a la parte contratante desplegar una normal

---

<sup>638</sup> En este sentido, Vid. STJCE de 16 de marzo de 1999, C-159/97, "*Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa v. Hugo Trumpy SpA*", op. cit.; y STJCE de 20 de febrero de 1997, C- 106/95, "*MSG v. Les Gravieres Rhenanes*", (Rec. 1997 I-911).

<sup>639</sup> El artículo 10.2 de la Directiva 2000/31 y nuestra LSSICE exigen a los proveedores de servicios en Internet la puesta a disposición de todas las condiciones generales con anterioridad a la celebración de un contrato electrónico, obligación que también afecta a las cláusulas de sumisión que estén incluidas en esas condiciones.

diligencia a la hora de tomar conocimiento de las condiciones generales de la contratación<sup>640</sup>.

### 1.1.2- La sumisión tácita de las partes

Las partes, en los litigios sobre los que tienen libre disposición de sus derechos, pueden elegir tácitamente los tribunales estatales ante los que litigar. Se considera que existe sumisión tácita, de acuerdo con el art. 24, cuando el demandante presenta una demanda ante el tribunal de un Estado miembro, y la comparecencia del demandado ante ese tribunal no tiene por objeto impugnar su competencia judicial. La sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior, que quedaría sin efecto<sup>641</sup>.

Para que no exista sumisión tácita, la impugnación de la competencia del tribunal ante el que se presenta la demanda debe realizarse de acuerdo con las normas procesales del Estado del foro<sup>642</sup>. Además, el Tribunal de Justicia<sup>643</sup> estableció que, la comparecencia del demandado para impugnar la competencia del tribunal, acompañada de manera subsidiaria de una defensa del fondo, no significa sumisión tácita al tribunal, siempre que ésta última se presente al mismo tiempo o en un momento posterior a la declinatoria.

Teniendo en cuenta que este foro de competencia, para los contratos internacionales de *Hosting*, no presenta problemas diferentes de los que aparecen para el resto de contratos internacionales, baste por ello, con terminar diciendo que aunque no lo diga explícitamente el art. 24, resulta independiente para su aplicación que, el domicilio de las partes se halle o no en

---

<sup>640</sup> Vid., KAUFMANN- KOHLER, G., "Choice of courts and choice of law clauses in electronic contracts", en AAVV, *Aspects juridiques du commerce électronique*, Zurich, Schultess, 2000, pp. 32 y ss

<sup>641</sup> Sobre este tema existe una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia, baste como botón de muestra las siguientes: STJCE de 7 de marzo de 1985, en el asunto C- 48/84 "*Spitzley v. Sommer*". Rec. 1985 I-787; STJCE de 24 de junio de 1981, asunto C-150/80, "*Elefanten Schuh v. Jacqmain*". Rec 1981 I-1671;

<sup>642</sup> En España la impugnación debe hacerse en el momento y de acuerdo con los cauces procesales previstos en el art. 64 de la LEC 1/2000.

<sup>643</sup> Vid., STJCE de 7 de marzo de 1985, en el asunto C- 48/84 "*Spitzley v. Sommer*" *op. cit.*; Y STJCE 22 de octubre de 1981, asunto C-27/81 "*Rohr v. Ossberger*". Rec. 1981 I-2431

## El Contrato Internacional de Hosting

el territorio de un Estado miembro<sup>644</sup>, opinión ésta compartida también por el TJCE en numerosas sentencias<sup>645</sup>, en las que afirmaba que la sumisión tácita opera sea cual fuere el domicilio de las partes.

Esto, no obstante, no significa que el tratamiento de los proveedores de *Hosting* domiciliados en la comunidad o fuera de ella sea el mismo, pues como ya hemos visto, el Reglamento favorece claramente a las partes domiciliadas en los Estados miembros. Efectivamente, el artículo 26.1 R. 44/2001 establece que presentada una demanda ante el tribunal de un Estado miembro, si el demandado está domiciliado en la Comunidad, el órgano judicial está obligado a declararse de oficio incompetente si su competencia no pudiera estar fundada en otros foros previstos por el propio Reglamento. La disposición, sin embargo, no dice nada de aquellos supuestos en los que el demandado no está domiciliado en la Comunidad, en este caso, no existe la protección del art. 26 y se decidirá de acuerdo con las reglas internas del foro, aunque en todo caso, el demandado estará protegido en la fase del reconocimiento y ejecución.

### 1.2- APLICACIÓN DEL FORO DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE *HOSTING*.

De acuerdo con el artículo 2.1 R. 44/2001 “*las personas domiciliadas en un Estado Miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado*”. La determinación del concreto órgano jurisdiccional competente se hará conforme al Derecho procesal del Estado en cuestión. Además, el artículo 3.1 establece que estas personas podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado Miembro en virtud de las reglas establecidas en las Secciones 2 a 7 del Capítulo II del Reglamento, es decir la demanda también puede presentarse ante cualquiera de los tribunales señalados por los foros especiales o los foros de protección.

---

<sup>644</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*Derecho Internacional privado*”, op. cit., 2004, pp. 118 y ss.

<sup>645</sup> Entre otras, Vid., STJCE de 13 de julio de 2000, C- 412/98, “*Group Josi Reinsurance Company SA v. Universal General Insurance Company UGIC*”, (Rec 2000 I-5925)

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

Los primeros están inspirados en criterios de proximidad o de buena administración de la justicia, mientras que los segundos están destinados a proteger a la parte débil de la relación. Dejando aparte los foros especiales por conexidad procesal (art. 6), y los foros de protección, concretamente los referidos a consumidores los estudiaremos posteriormente, reviste una especial relevancia, por ser el que presenta mayores posibilidades de ser aplicado, el foro especial en materia contractual del art.5.1. La domiciliación del demandado en un Estado miembro actúa como condición de aplicabilidad de este foro especial, como analizaremos a continuación.

El foro del domicilio del demandado en un Estado miembro del Reglamento 44/2001 opera con independencia de cuál sea la materia objeto del litigio, de ahí que se le conozca como “foro general”. Sin embargo, este foro no opera si el litigio es objeto de foros de competencia exclusiva (art. 22 R. 44/2001), o existe sumisión de las partes a tribunales de otros Estados, pero en este último supuesto, sí resultaría aplicable el foro del domicilio del demandado si el convenio atributivo de competencia no reúne los requisitos formales y espaciales establecidos por el art. 23, puesto que en tal caso, el acuerdo no desplegaría los efectos esperados.

En general, los objetivos del Reglamento al establecer la competencia judicial internacional en la Comunidad Europea a partir del domicilio del demandado, se pueden concretar en los siguientes:

- A) Por una parte, aportar a todas las operaciones internacionales cierta seguridad jurídica, pues las partes, ante la ausencia de un convenio atributivo de competencia, tienen la posibilidad de conocer, con la suficiente antelación, qué tribunales pueden resultar competentes;
- B) Por otra parte, garantizar el derecho a una tutela judicial efectiva de las personas domiciliadas en la Comunidad Europea con lo que se refuerza su posición jurídica. Estas personas sólo pueden ser demandadas en atención a los foros establecidos en las secciones 2 a 7, con independencia de su nacionalidad, y además de acuerdo con el art. 26, los tribunales nacionales están obligados a verificar de

## El Contrato Internacional de Hosting

oficio su competencia y la regularidad de la notificación de la demanda; y

- C) Por último, otorga ventajas a ambas partes, el demandante ve protegido su derecho ya que este foro le permite una rápida ejecución de la sentencia (pues el patrimonio del demandado suele encontrarse en el Estado donde éste posee su domicilio), y el demandado puede organizar una adecuada defensa procesal en su propio país.

El problema fundamental con el que nos encontramos es el del concepto material de domicilio. El Reglamento no pudo ni quiso imponer un concepto válido a estos efectos, tal vez, debido a las profundas diferencias existentes entre los Derechos nacionales al respecto y el carácter idiosincrásico de la institución<sup>646</sup>, sin embargo, sí contiene ciertas reglas, para las personas jurídicas, reglas que establecen una noción autónoma de domicilio, y que nos permitirán fijar el mismo.

Así, para las personas físicas, es el art. 59 el que dispone que para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el juez aplicará su ley interna<sup>647</sup>, y si el demandado está domiciliado en otro Estado miembro el tribunal aplicará la ley de dicho Estado. Para evitar que exista un posible conflicto negativo de domicilio, hubiera bastado introducir en el art. 2, como criterio subsidiario al del domicilio, el de la residencia habitual del demandado en un Estado miembro, criterio, por otra parte, utilizado en los trabajos más recientes de la Conferencia de la Haya<sup>648</sup>.

---

<sup>646</sup> Sobre el concepto de domicilio en las relaciones internacionales, Vid., GUZMÁN LATORRE, D., *“Tratado de derecho internacional privado”*, Editorial jurídica de Chile, 2003, pp. 199 y ss; Vid., INFORME JENARD, op. cit. pp. 136; Vid, CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *“Derecho internacional privado”*, 2004, op. cit. pp. 115 y ss.

<sup>647</sup> En el caso de España, el art. 40 del CC establece que “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”

<sup>648</sup> El artículo 4.2 de la Convención de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, habla de residencia y no de domicilio: “Aux fins de la presente Convention, une entité ou personne autre qu’une personne physique est réputée avoir sa résidence dans l’Etat (...)”



## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

Por otro lado, respecto a las personas jurídicas, el art. 60 dispone que, se entenderá que, una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en aquel Estado miembro en donde se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central; o c) su centro de actividad principal. Esta disposición supuso un cambio respecto de la norma contemplada en los Convenios de Bruselas y Lugano (art. 53), que establecía que el domicilio de las personas jurídicas se determinaba a partir de la ley señalada por la norma de derecho internacional privado del foro.

Esta posibilidad de utilización de un criterio triple de domicilio de la persona jurídica, refuerza, en los contratos internacionales de *Hosting*, la tutela judicial efectiva de las partes, pues en el caso de que no cumplan con sus obligaciones, la contraparte dispone de la posibilidad de demandar en varios países con base en este artículo 2, evitándose toda posibilidad del llamado "Forum Non Conveniens"<sup>649</sup>.

Si se presentara la demanda en varios países a la vez, produciéndose un conflicto positivo de domicilio de personas jurídicas, para determinar qué tribunales estatales deben conocer, se acudirá a las reglas de la litispendencia internacional, según la cual tendrá preferencia los tribunales estatales ante los que se interpuso la demanda en primer lugar.

Si por el contrario, se produce un conflicto negativo, es decir no se cumplen ninguno de los criterios establecidos en el art. 60, es porque la empresa, persona jurídica, no está domiciliado en un Estado Miembro o la vinculación de la situación con el territorio del Reglamento 44/2001 es mínima, en consecuencia, los tribunales de los Estados Miembros no podrán declararse competentes en atención a este foro general del art. 2, aunque podrán hacerlo en atención a sus normas de producción interna, en España, art. 22 LOPJ.

---

<sup>649</sup> Vid GAUDEMONT TALLON, H., "Droit privé et Droit communautaire: quelques reflexions", *RMUE*, n° 437, abril 2000, pp. 228-242; Vid GAUDEMONT TALLON, H., "Las cláusulas atributivas de competencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en AAVV, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa. Ponencias del coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo*, Luxemburgo, 1991", Pamplona, 1993, pp. 141 y ss.

## El Contrato Internacional de Hostíng

La localización del domicilio de las partes puede resultar complicada cuando, como es habitual, se trata de contratos internacionales de *Hosting* celebrados *on line* a través de la página Web del proveedor o ISP. Y ello porque, en primer lugar, las direcciones virtuales (direcciones IP, nombres de dominio, URL, direcciones de correo electrónico...) que permiten a los ordenadores conectados a Internet transmitir o descargar la información almacenada en los servidores u otros ordenadores no se corresponden con localizadores geográficos, no permiten determinar, en la mayoría de las ocasiones, el Estado donde está localizado el ordenador en el que se contiene esa información y a partir del cual el ISP lleva a cabo su actividad. Y en segundo lugar, que el ordenador-servidor a partir del cual el ISP ofrece sus servicios de *Hosting* esté localizado o situado en un determinado Estado, no implica que el domicilio de ISP se encuentre también en ese mismo Estado. La localización del establecimiento del ISP es totalmente independiente de la ubicación del servidor a partir del cual aquél ofrece sus servicios en Internet<sup>650</sup>.

Tanto las normas de DIPr comunitarias como las convencionales y autónomas, no nos solucionan este problema, por lo que para paliar esta laguna deberemos acudir a normas de otros sectores, en concreto las referidas a la contratación a distancia y, sobre todo, a la prestación de servicios de la sociedad de la información. Concretamente, la Directiva 31/2000 de Comercio electrónico y nuestra LSSICE analizan en su articulado el lugar donde se entienden establecidos los proveedores de servicios de Internet<sup>651</sup>.

De acuerdo con el art. 2 b) y c) de la Directiva se entiende que el prestador de servicios de Internet estará establecido en aquél Estado donde *“ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación*

---

<sup>650</sup> Vid., FAUVARQUE-COSSON, B., “Le droit international privé classique á l’épreuve des réseaux”, en *Le droit international de l’internet*, G.CHANTILLON (Dir), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 55-70

<sup>651</sup> Vid., FALLON, M., Y MEEUSEN, J., “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé”, op. cit., 2002, pp. 435-490; Vid., REQUEJO ISIDRO, M., “La ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la prestación transnacional de servicios en el seno del EEE”, en *REDI*, 2003-II, vol. LV, pp. 795-818.

*estable y por un periodo de tiempo indeterminado*". De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, dicho lugar será aquel en el que el prestador tiene su centro de actividades en relación con ese servicio en particular, como lo declara la sentencia de 5 de junio de 1997, "*VT4 Ltd. v. Vlaamse Gemeenschap*" o la sentencia de 25 de julio de 1991, "*The Queen v. Secretary of State for transport y Factortame*"<sup>652</sup>.

La Directiva no otorga ninguna relevancia a la localización del Ordenador-Servidor, y ello para evitar conductas fraudulentas de los prestadores de servicios de Internet en general, y por supuesto los ISP de *Hosting*, que pueden establecer el mismo en un tercer Estado evadiendo así la aplicación del Derecho comunitario. Por lo tanto a la hora de determinar el domicilio del demandado en un contrato internacional de *Hosting* celebrado *on line*, se deberá atender al lugar físico donde está establecido el proveedor de *Hosting*.

Para conocerlo se podría acudir a mecanismos técnicos, pero sobretudo a obligaciones de identificación impuestas por la ley, en concreto el artículo 5.1 de la Directiva 31/2000 y los artículos 9 y siguientes de la LSSICE. Estos cuerpos legales obligan a los prestadores de servicios de Internet a hacer accesible a los usuarios de forma fácil, directa y permanente, una serie de datos entre los que destacan el nombre del proveedor y la dirección geográfica donde está establecido, lo que permitirá determinar donde se encuentra el domicilio del demandado para poder presentar la demanda. Por su parte, la identificación del destinatario, usuario cliente del contrato internacional de *Hosting*, debe venir facilitada por los datos que el proveedor de *Hosting* solicita al destinatario que quiere contratar uno de sus servicios a través de la web en el mismo proceso de tramitación *on line* del contrato<sup>653</sup>.

---

<sup>652</sup> Vid., STJCE de 5 de junio de 1997, C- 56/96, "*VT4 Ltd. v. Vlaamse Gemeenschap*", (Rec. 1997, I-3134 ss); STJCE de 25 de julio de 1991, C- 221/89 "*The Queen v. Secretary of State for transport y Factortame*", (Rec 1991, I-3905 ss).

<sup>653</sup> Vid., VERBIEST, T., Y WERY, E., "*Le droit de l'internet et de la societe de l'information*", *op. cit.*, 2001, pp. 473.

## El Contrato Internacional de Hosting

Por su parte, la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico trata el tema del establecimiento de los ISP en los artículos 2 y siguientes. Cuestión importante porque determina, por tanto, si sus actividades están o no sujetas a la legislación española y, si le es o no aplicable el régimen de responsabilidad establecido por la misma. Tratándose de ISP no españoles, la LSSICE establece una distinción según que el ISP proceda o no de un Estado de la UE o del Espacio Económico europeo.

Basándonos en estos artículos, que analizaremos con más detenimiento en el capítulo siguiente, podemos afirmar que, a efectos de localizar el domicilio del proveedor en España, la Ley nos indica que se entenderá, según el artículo 2.1, que un ISP está establecido en España cuando, tenga fijada su residencia o domicilio social en territorio español y dicho lugar coincida con aquél en que esté centralizada efectivamente la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. Si ambos lugares son distintos, prevalecerá el del lugar en que se desarrolle la gestión o dirección. No sirve como criterio para determinar el establecimiento en España, el uso de medios tecnológicos situados en territorio español para la prestación o el acceso al servicio, según establece el artículo 2.3 de la Ley.

Como hemos podido observar, nuestra LSSICE tampoco otorga relevancia a la localización del servidor del proveedor o ISP, la razón reside en la necesidad de evitar conductas fraudulentas de los ISP, destinadas a evadir la aplicación de nuestro Derecho nacional que les puede resultar muy exigente, y eso mediante el establecimiento de sus *web sites* en ordenadores-servidores localizados en terceros Estados de legislaciones menos exigentes<sup>654</sup>.

Estando así las cosas, los problemas para localizar el domicilio del demandado cuando se contrata el *Hosting* por Internet se reduce a los supuestos en los que, al suscribir un contrato, ciertos de sus elementos (un nombre de dominio geográfico determinado, utilización en exclusiva del idioma

---

<sup>654</sup> Vid., CATCHPOLE, J., "The regulation of electronic commerce: A comparative analysis of the issues surrounding the principles of establishment", en *IJLT*, vol. 9, nº 1, 2001, pp. 1-20.

de un país, referencias a sedes, agencias o sucursales que en realidad no tienen personalidad jurídica, ect) pueden provocar la apariencia de que el domicilio de una de las partes está localizado en un Estado en donde en realidad no lo está. En tales casos la doctrina<sup>655</sup> considera que la persona que ha creado la apariencia debe correr con los riesgos que ésta genera, por lo que si la demanda se presenta ante los tribunales del domicilio ficticio, éstos deberían poder declararse competentes. Del mismo modo, si dicho domicilio ficticio está en un tercer Estado, aunque el domicilio real (que llega a ser conocido con posterioridad a la interposición de la demanda), esté en algún Estado miembro de la UE (o Estado contratante del CB o CL), los tribunales nacionales podrían declararse competentes de acuerdo con las reglas de competencia judicial de producción interna (art. 4).

### **1.3- APLICACIÓN DEL FORO ESPECIAL EN MATERIA CONTRACTUAL A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE *HOSTING*.**

Como se evidencia en el art. 5.1 a) del Reglamento 44/2001, estos foros se califican de especiales, en relación con el foro general del domicilio del demandado, por dos razones, primero, por el hecho de atribuirse la competencia judicial en atención a circunstancias vinculadas con la materia objeto del litigio, y segundo, por la proximidad fáctica de las mismas a los tribunales de un Estado determinado.

De acuerdo con el artículo 5.1 a) del Reglamento 44/2001, con carácter alternativo a los tribunales del domicilio del demandado, también resultan competentes para conocer de una demanda en materia contractual, "*los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda*". Para ello, como indica el propio artículo, será necesario que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro y se le demande en otro Estado miembro. El foro especial del art. 5.1, al contrario

---

<sup>655</sup> Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "*Conflictos ....*", 2001, op. cit. pp. 40-41

## El Contrato Internacional de Hosting

que el art. 2, como afirma la doctrina<sup>656</sup>, es una norma de competencia directa, en cuanto designa, directamente, los tribunales territorialmente competentes sin necesidad de acudir a las normas de competencia interna. No obstante, estos foros no poseen un carácter imperativo para el demandante, sino meramente dispositivo o facultativo.

Varias cuestiones se suscitan tras la lectura de este art. 5.1 R. 44/2001: a) ¿qué debe entenderse por materia contractual?; y b) ¿cuál es la obligación que sirve de base a la demanda?; y por tanto, ¿cuál es el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda?.

Respecto a la primera cuestión, el *concepto de materia contractual*, es una noción autónoma y propia del Reglamento 44/2001 (no debe recurrirse a una noción específica de cada uno de los ordenamientos nacionales), y aunque realmente, el TJCE<sup>657</sup> nunca ha llegado a definirla materialmente, se entiende que la materia contractual debe comprender los litigios derivados de relaciones libremente asumidas entre las partes, por tanto, litigios derivados del contrato internacional de *Hosting* que voluntariamente suscribieron las partes, ello excluiría los casos de reclamaciones de terceros, o los casos dudosos que se encuentran fronterizos entre las obligaciones contractuales y las no contractuales, como así lo entendió la STJCE de 17 de septiembre de 2002, en el asunto "*Tacconi v. Heinrich Wagner*"<sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> En general sobre el foro de competencia del art. 5.1, Vid., VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., "*Derecho procesal civil internacional*", 2000, op. cit., pp. 102-109; Vid., VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J. "El convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma. Art. 5.1.i), 21, 24, 27.2" en BORRAS, A., (ed.) *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 77-137; Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., "*Derecho Internacional Privado*", 2004, op. cit. pp. 540 y ss

<sup>657</sup> Vid., STJCE de 8 de marzo de 1988, C-9/87, "*SPRL Arcado c. SA Haviland*", Rec. 1988, I-1539 ss; Vid., STJCE de 27 de septiembre de 1988, C-189/87, "*A. Kalfelis c. Schroder*", Rec. 1988, I-5565 ss.

<sup>658</sup> Vid. La STJCE de 17 de septiembre de 2002, C- 334/00, "*Tacconi v. Heinrich Wagner*", Rec. 2002, I-7357. El Tribunal afirmó que "la acción mediante la cual se invoca la responsabilidad precontractual del demandado está comprendida en la materia delictual o cuasidelictual, en el sentido del art. 5.3 CB". Vid., BERTOLI, P., "Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce Della sentenza Fonderie Meccaniche Tacconi", en *Rev. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2003, pp. 109-135.

Respecto a la segunda cuestión, el TJCE ha interpretado en numerosas ocasiones este precepto en el marco del Convenio de Bruselas<sup>659</sup>. Así, por “obligación que sirve de base a la demanda” debía entenderse, según el TJCE, aquella que justifica el *petitum* del actor y cuyo incumplimiento genera los remedios contractuales solicitados<sup>660</sup>, es decir, la llamada obligación litigiosa. En el caso de que fueran varias las obligaciones que son objeto de reclamación en la demanda, resultará competente el tribunal del lugar donde deba cumplirse la obligación principal. Por tanto, *lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda*, se debería entender según el TJCE en sus famosas sentencias de 6 de octubre de 1976, “*De Bloos v. Bouyer*”<sup>661</sup> y la de 6 de octubre de 1976 “*Tessili v. Dunlop*”<sup>662</sup>, el establecido por las partes en su contrato para el cumplimiento de la obligación y, en su defecto, el que determine el Derecho aplicable al contrato según las normas de DIPr del tribunal que este conociendo del litigio, como así fue declarado recientemente en la sentencia dictada por el Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court) de 16 de diciembre de 2003<sup>663</sup>.

Esta solución, no obstante, levantó numerosas críticas<sup>664</sup> por varias razones, en primer lugar, porque era una solución económicamente poco conveniente pues cuando la obligación incumplida era la del pago del precio pactado, el lugar del pago adquiriría una fuerte relevancia, lo cual no se

---

<sup>659</sup> Entre otras comúnmente conocidas, Vid., STJCE de 6 de octubre de 1976, C-14/76, “*De Bloos v. Bouyer*”, Rec. 1976, I-1497 ss; STJCE de 15 de enero de 1987, C-266/85, “*Shevanai v. Kreischer*”, Rec. 1987, I-239 ss.; STJCE de 29 de junio de 1994, C-288/92, “*Custom made v. Stawa Metalbau*”, Rec. 1994, I-2913 ss.

<sup>660</sup> Vid., VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J., “El Convenio de Bruselas...”, op. cit. pp. 90

<sup>661</sup> Vid., STJCE de 6 de octubre de 1976, C-14/76, “*De Bloos v. Bouyer*”, Rec. 1976, I-1497 y ss

<sup>662</sup> Vid., STJCE de 6 de octubre de 1976, C-12/76 “*Tessili v. Dunlop*”, Rec. 1976, I-1473 y ss.

<sup>663</sup> Sentencia del Bundesgerichtshof (German Federal Supreme Court) de 16 de diciembre de 2003, Case X1 ZR 474/02, Westlaw 2005 I. L. Pr. 14. Determinación de la jurisdicción competente en base al art. 5.1 CB y en base a la jurisprudencia seguida por el TJCE, para conocer de un litigio sobre el impago de un cheque. Será el lugar de cumplimiento, en defecto de pacto, el que venga establecido por el Derecho aplicable al contrato según las normas de DIPr del tribunal del foro.

<sup>664</sup> Entre otros, Vid., CARBALLO PIÑEIRO, L., “Obligaciones de no hacer y competencia judicial internacional”, *La Ley*, nº 5543, 30 de abril de 2002, pp. 1-4; Vid., HEUZE, V., “De quelques infirmes congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, *Rev. Crit. Droit Privé*, vol. 89, nº 4, 2000, pp. 595-639

estimaba justo por algunos, dado que el lugar del pago podía tener una escasa trascendencia dentro de la estructura general de la operación contractual; y en segundo lugar, porque era una solución jurídicamente compleja, pues averiguar el lugar de ejecución de la obligación exigía la consulta de las reglas de DIPr. del país cuyos tribunales conocían del asunto<sup>665</sup>. El TJCE<sup>666</sup>, pese a estas críticas, ha seguido aplicando esta línea en sus últimas sentencias<sup>667</sup>.

En la práctica, la jurisprudencia del TJCE sobre este art. 5.1 del CB ha sido objeto de una aplicación<sup>668</sup> más o menos defectuosa por los tribunales nacionales<sup>669</sup>, circunstancia que supone un menoscabo en la uniformidad necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, la tutela judicial efectiva de las personas domiciliadas en los Estados miembros, y la seguridad jurídica que reclaman las transacciones comerciales internacionales

Para solucionar la complejidad de esta cuestión, el Reglamento 44/2001 introdujo una importante modificación al *forum executionis*, respecto de la redacción que contenía el Convenio de Bruselas, al incorporar un apartado b) del art. 5.1, en el que se establecen sendas nociones autónomas del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda en los contratos de compraventa de mercaderías (lugar donde han sido o debieren ser entregadas las mercaderías) o de prestación de servicios (lugar del Estado

---

<sup>665</sup> Especialmente cuando la ley aplicable era la de un país tercero y el lugar de cumplimiento no estaba en un Estado miembro.

<sup>666</sup> Vid., STJCE de 28 de septiembre de 1999, C-440/97, “*Group Concorde c. Captain of the ship Suhadiwarno and others*”, Rec. 1999, I-6324 ss; y STJCE de 5 de octubre de 1999, C-420/97, “*Leathertex c. Bodetex BVBA*”, Rec. 1999, I-6779 ss.

<sup>667</sup> Vid. REQUEJO ISIDRO, M., “Tessili y Concorde, De Bloos y Leathertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: un Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas fiel a si mismo, veintitrés años después”, *La Ley*, 2000-I, D-7, pp. 1549-1554.

<sup>668</sup> Un ejemplo de aplicación nacional de la jurisprudencia del TJCE lo encontramos en la SENTENCIA DE LA AP DE MURCIA, Nº 313/2001 DE 18 DE JUNIO (AC 2001, 1695), en el recurso de apelación nº 141/2001. Una empresa alemana, Binder GmBh, Co., niega la existencia de un contrato con una empresa española, Marin Gimenez Hnos. SA, la cual ha demandado a la anterior por incumplimiento contractual. En primera instancia se determina la competencia de los Tribunales alemanes para conocer de este asunto, pero en apelación la audiencia en base a la jurisprudencia del TJCE, sobre el art. 5.1CB, una vez verificado la validez del contrato, declara competentes a los tribunales españoles de Caravaca de la Cruz.

<sup>669</sup> Vid., ANCEL M.E., “Nota a las Sentencias de la Cour de Cass de 8 de febrero, 30 de mayo, 27 de junio, 16 de mayo, 20 de junio y 11 de julio de 2000”, en *Rev Crit. Droit Privé*, vol. 90, nº 1, 2001, pp. 158-163.



miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios)<sup>670</sup>, es decir, se incorporan unas llamadas reglas especiales del apartado b), frente a la tradicional regla general del apartado a)<sup>671</sup>.

La dificultad fundamental que se plantea en los *contracts performed entirely online*, como el *Hosting*, es la derivada de lo complejo que puede resultar la determinación del lugar de ejecución cuando éste no ha sido específicamente determinado por las partes. Lo que sí queda claro es que, con independencia del objeto de reclamación, la *obligación que sirve de base a la demanda* es en todo caso la *prestación del servicio de Hosting* y ninguna otra como, por ejemplo, el pago del precio. De esta manera, la competencia judicial para conocer de cualquier reclamación en materia contractual derivada del contrato internacional de *Hosting* se concentra en un mismo tribunal. Con ello se elimina el problema de la multiplicidad de foros competentes en un mismo contrato, que se derivaba de la solución anterior (el tribunal competente dependía de la obligación presuntamente incumplida), y que atentaba contra el principio de seguridad jurídica<sup>672</sup>.

La cuestión referida al lugar de cumplimiento de la obligación, es decir, *lugar de prestación del servicio de Hosting*, puede haber sido pactado por las partes en el contrato (si existe una cláusula en las condiciones generales que así lo indique), en tal caso, el acuerdo deberá ser considerado válido por el Derecho aplicable de acuerdo con las normas de DIPr del foro, básicamente el Convenio de Roma, y además, no debe designar un lugar de cumplimiento ficticio que no se corresponda con la realidad del contrato.

---

<sup>670</sup> Sobre el nuevo Art. 5.1 del Reglamento, Vid., TAKAHASHI, K., “*Jurisdiction in matters relating to contract: Art. 5 (1) of the Brussels Convention and Regulation*”, ELR, Vol. 27, 2002, pp. 530-550

<sup>671</sup> Antes de la entrada en vigor del Art. 5.1 del Reglamento, el TJCE consideraba que para aquellos supuestos en los que la localización del lugar de cumplimiento de la obligación era difícil o imposible, por ejemplo, en supuestos de obligaciones de no hacer, la solución del art. 5.1 del Convenio no era aplicable. Vid. STJCE de 19 de febrero de 2002, C-256/00, “*Besix c. WAGAB y Plafog*”, Rec. 2000, I-1473 ss: el supuesto concreto trataba sobre el incumplimiento de una obligación de actuar de manera exclusiva con la otra parte y a no vincularse con terceros.

<sup>672</sup> Vid., TAKAHASHI, K., “*Jurisdiction in matters relating to contract: Art. 5 (1) of the Brussels Convention and Regulation*”...2002, op. cit. pp, 540-550

## El Contrato Internacional de Hosting

En este sentido debe recordarse que cuando dicho pacto en realidad encierre una elección de los tribunales competentes, resultarán exigibles los requisitos de forma del art. 23 R. 44/2001<sup>673</sup>. No obstante, si el lugar pactado por las partes es un Estado tercero donde no se aplica el Reglamento, se ha de volver a la solución tradicional, es decir, cobra relevancia el lugar en el que hubiere sido o debiera ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda, y se entiende por tal obligación la que ha sido presuntamente incumplida, siempre que dicho lugar se concrete en un país al que se le aplique el Reglamento. Para precisar este lugar, hay que recurrir a una Ley estatal, determinada por las normas de DIPr del país cuyos tribunales conocen del asunto.

El problema aparece cuando las partes no han establecido cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación o lugar de prestación del servicio, supuesto demasiado habitual en el *Hosting*, así para determinar este lugar, se tiene que resolver previamente la cuestión del alcance de la noción autónoma del *forum executionis*<sup>674</sup> para los contratos de prestación de servicios. Existen dos posturas doctrinales al respecto:

- A) De acuerdo con la primera, que denominaremos “tesis de la noción autónoma extensa”<sup>675</sup>, la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación debe realizarse, exclusivamente, a partir de las circunstancias de hecho que rodean al contrato. Esta es la postura sostenida por la Comisión Europea en la Exposición de Motivos que acompaña al Reglamento. En ella se explica que esta disposición está destinada a realizar una designación pragmática del lugar de cumplimiento, basándose

---

<sup>673</sup> Vid., STJCE de 20 de febrero de 1997, C-106/95, en el asunto “*MSG v. Les Gravieres Rhenanes*”, Rec. 1997, I-911 y ss.; Vid., MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Algunas consideraciones respecto de los Art. 5.1 y 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968”, en *La Ley*, nº 4296, de 27 de mayo de 1997;

<sup>674</sup> Vid., DROZ G.A.L. Y GAUDEMONT-TALLON, H., “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Reglement de Conseil concernant la competente judiciaire, la reconnaissance et l’execution des decisions en matiere civile et commerciale”, en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, Vol. 90, 2001, pag. 601-652

<sup>675</sup> Vid., LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, A., “*Contratos Internacionales de Software*”, op. cit., 2006, pp. 156 y ss; Vid., TAKAHASHI, K., “*Jurisdiction...*”, op. cit. pp. 537; Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “*Derecho ....*”, 2002, op. cit. pp. 458.

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

en un criterio factual<sup>676</sup>, y evitando con ello la remisión a las reglas de DIPr del Estado cuyo tribunal conozca del asunto.

- B) Sin embargo, de acuerdo con la segunda postura, que llamaremos “tesis de la noción autónoma estricta”<sup>677</sup> cuando las partes no han pactado en el contrato el lugar de ejecución de la obligación, éste deberá determinarse de acuerdo con el Derecho designado por las normas de DIPr del Estado del foro<sup>678</sup>.

Parece desprenderse que, la interpretación más ajustada, al menos para la regulación de los contratos internacionales de *Hosting*, es la teoría de la noción autónoma extensa, puesto que, por una parte, es una solución fácil de aplicar para los jueces nacionales, evidencia un estrecho vínculo con los hechos del proceso y evita la multiplicidad de foros competentes, y por otra parte, incrementa la previsibilidad y seguridad jurídica para las partes, salvaguardando a su vez la tutela judicial efectiva de las personas domiciliadas en la Comunidad Europea.

No obstante, la configuración de estos supuestos nos puede conducir, en principio, a localizar el lugar de ejecución de estas obligaciones (básicamente alojamiento de pagina Web) donde se encuentra físicamente el ordenador-servidor del PSI, solución no muy acertada puesto que la ubicación de este Ordenador-Servidor de alojamiento puede resultar totalmente aleatoria y por completo desconocida e imprevisible para el destinatario cliente, además de inestable dado que es muy sencillo desplazar dicho servidor de un país a otro.

---

<sup>676</sup> Se basa en que los términos “el lugar del Estado Miembro en el que, *según el contrato*, ...” no deben interpretarse exclusivamente como el lugar de cumplimiento *pactado* por las partes en el contrato, sino también como el lugar de cumplimiento que se deriva del contrato *considerado en su conjunto*.

<sup>677</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOA GONZÁLEZ, J., “*Conflicto...*”, op. cit. pp. 50 y ss.

<sup>678</sup> Esta interpretación puede fundamentarse en dos razonamientos: a) los términos “según el contrato...” deben ser interpretados como *según el lugar pactado en el contrato* y, en su defecto, debe entenderse que la presunción no resulta aplicable; o bien, b) puede entenderse que los términos “según el contrato...” obligan al juez a determinar el lugar de entrega de acuerdo con los elementos de hecho del contrato, pero cuando esto no sea posible deberá acudir a la solución tradicional.

## El Contrato Internacional de Hosting

En tales circunstancias, la solución que podría resultar más ecuánime sería la de considerar, como lugar de ejecución, el lugar donde se encuentre el establecimiento del proveedor o ISP que guarde una relación más estrecha con la operación de *Hosting* o, en caso de no poder determinar esta relación, el lugar donde se encuentra su establecimiento principal, y en su defecto, su lugar de residencia habitual. Esta solución es la recogida en el art. 15.4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico; en el art. 6.1.6 de los Principios de la UNIDROIT<sup>679</sup>; así como en el art. 7:101 de los Principios de Derecho europeo de contratos<sup>680</sup>, y en el artículo 6 de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

Otra cuestión diferente se suscita si la prestación de servicios de *Hosting* la realiza el proveedor en más de un Estado, con más de un establecimiento, pues en estos casos ¿donde se considera que es el lugar de prestación de los servicios?. El dilema que se nos presenta supone o bien optar por uno de los lugares en los que se cumple la obligación, o bien dejar de aplicar el art. 5.1 b) y acudir al art. 5.1 a). La jurisprudencia del TJCE en estos casos no parece aceptar la primera opción sino que se decanta por acudir a la segunda. Y esa parece ser la tendencia del Reglamento, de acuerdo con la letra c) del art. 5.1. Así, en aquellos supuestos a los que no resulte aplicable la letra b), la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación se realiza a partir de la regla general de la letra a). Esta solución obliga a los tribunales nacionales a aplicar la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia, es decir, hay que recurrir a las normas de DIPr del país cuyos tribunales conocen del asunto<sup>681</sup>.

Para estos supuestos de difícil encuadre, se debería favorecer una interpretación extensiva de las nociones autónomas del apartado b), y restringir al máximo el ámbito material del apartado c), pues la aplicación de la regla

---

<sup>679</sup> Rev. Dr. Unif, 2004-I, pp 157

<sup>680</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, PA., “*Derecho privado de Internet*”, op. cit. pp. 460-461

<sup>681</sup> Vid. STJCE de 28 de septiembre de 1999, C-440/97, “*Group Concorde v. Captain of the ship Suhadiwarno and others*”, Rec. 1999, I-6324 ss; STJCE de 5 de octubre de 1999, C-420/97, “*Leathertex v. Bodetex BVBA*”, Rec. 1999, I-6779 ss.

general tradicional del apartado a), como la práctica judicial ha puesto de manifiesto, resulta especialmente difícil para los tribunales nacionales<sup>682</sup>.

Así las cosas, fue el propio TJCE, en su sentencia de 19 de febrero de 2002 en el asunto “*Besix v. WABAG*”<sup>683</sup>, el que optó por no aplicar el art. 5.1 y aplicar el art.2. CB, solución perfectamente adaptable al ámbito del Reglamento. Así, y aunque no lo diga expresamente en el fallo, el TJCE otorga argumentos para entender que el *forum executionis* no resultará aplicable a las obligaciones de hacer que deben ser cumplidas en más de un Estado o sin limitaciones geográficas, por lo que parece que no hay más remedio que admitir la inaplicación de este foro, en cuanto no puede determinarse qué tribunal presenta la conexión más estrecha con el litigio, y no se puede hacer coincidir la competencia judicial con el lugar efectivo de cumplimiento de la obligación litigiosa.

En estos casos, únicamente puede determinarse la competencia aplicando el criterio general de competencia previsto en el Art. 2 R. 44/2001, siempre y cuando se encuentre en el territorio de un Estado miembro.

STJCE de 19 de febrero de 2002, “*Besix v. WABAG y Plafog*”: La Cour d’Appel de Bruselas presenta una cuestión prejudicial al TJCE sobre la aplicación del art. 5.1 CB al litigio seguido entre la sociedad belga Besix SA y las sociedades alemanas WABAG y Plafog, en relación con la indemnización de daños y perjuicios que Besix reclamaba a las sociedades alemanas por el incumplimiento de una cláusula de exclusiva del contrato suscrito entre ellas, mediante el cual se comprometieron a presentar una oferta conjunta en el marco de un contrato público y a no vincularse con otras empresas (obligación de no hacer). No obstante, Plafog incumplió esta cláusula participando con una empresa finlandesa en el mismo concurso para el contrato público. El TJCE respondió a la cuestión planteada diciendo que No era posible aplicar la regla de competencia especial en materia contractual del art. 5.1 CB, en el supuesto de que no se pueda determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, porque la obligación contractual controvertida consiste en un compromiso de no hacer que no contiene ninguna limitación geográfica y que puede o debe ser cumplida en múltiples lugares. En tal caso

<sup>682</sup> Vid., DROZ G.A.L. Y GAUDEMONT-TALLON, H., “*La transformation...*”, op. cit. pp. 630 y ss.

<sup>683</sup> Vid. STJCE de 19 de febrero de 2002, “*Besix v. WABAG y Plafog*”, Rec. 2002, I-1473 ss. Comentario a la misma de CARBALLO PIÑEIRO, L., “Competencia judicial y obligación consistente en compromiso de no hacer” en *Diario La Ley*, nº 5534, del 2002, pp. 1-7; Vid., CARBALLO PIÑEIRO, L., Nota a la Sentencia “*Besix v. WABAG y Plafog*”, en *REDI*, 2002-2, pp. 853-860; Y También, GAUDEMONT-TALLON, H., Nota a la Sentencia “*Besix v. WABAG y Plafog*”, en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, vol. 91, 2002, pp. 577-594.

## El Contrato Internacional de Hosting

únicamente puede determinarse la competencia aplicando el criterio general previsto en el art. 2 CB

### **1.4- APLICACIÓN DEL FORO ESPECIAL EN MATERIA EXTRA CONTRACTUAL A LAS RECLAMACIONES SURGIDAS EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE *HOSTING*.**

Para determinar la competencia judicial internacional en el ámbito de la responsabilidad no contractual en el sector de Internet hay que tener en cuenta varios datos: a) se trata de ilícitos respecto de los cuales es muy difícil precisar en qué territorio y de qué país se han verificado, porque realmente se presentan a la vez en una pluralidad de países; y b) aunque está muy difundida la idea de que la mayor parte de los ilícitos verificados a través de Internet son ilícitos penales, esto no siempre es así, también es posible hablar de responsabilidad civil extracontractual.

Básicamente, las reclamaciones no contractuales surgidas en el marco de los contratos internacionales de *Hosting* se suelen limitar a las infracciones derivadas del tratamiento automatizado de datos de carácter personal que realiza el propio proveedor de servicios de *Hosting*, puesto que, las reclamaciones derivadas de infracciones de la propiedad intelectual y de infracciones de los derechos de la personalidad, rara vez se presentarán en este ámbito, salvo que el proveedor de *Hosting* haya participado o participe en el contenido de la página Web alojada en sus Servidores.

De acuerdo con el artículo 5.3 del R. 44/2001, los tribunales competentes para conocer en materia delictual y cuasidelictual son los del “*lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*”. La elección del foro corresponde al demandante en el momento de presentar la demanda, no obstante, debemos tener en cuenta que, según jurisprudencia reiterada del TJCE<sup>684</sup>, las excepciones al foro general del domicilio del demandado deben ser interpretadas restrictivamente. El objetivo de protección

---

<sup>684</sup> Vid, entre otras, STJCE de 17 de junio de 1992, asunto C-26/91 “*Jacob Handte v. Mecano Chimiques*”, Rec. 1992, I-3967 y ss

de la seguridad jurídica perseguido por el Reglamento exige que las reglas de competencia del artículo 5 no puedan ser aplicadas analógicamente, de manera que rijan en otros casos, además de los previstos en dicho artículo<sup>685</sup>.

El alcance material del foro establecido por el artículo 5.3 R. 44/2001 viene subordinado a la interpretación de los conceptos “materia delictual o cuasidelictual” y al de “lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el hecho dañoso”. Ambos conceptos han sido objeto de una interpretación autónoma por el TJCE<sup>686</sup>.

El concepto autónomo de *materia delictual o cuasidelictual* incluye todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la materia contractual<sup>687</sup> (entendiéndose como aquella situación en la que existe un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra), incluyendo también las acciones preventivas, como así se deriva de la expresión “pudiera producirse el hecho dañoso” del artículo 5.3 y de la interpretación que viene efectuando el Tribunal de Justicia de hecho dañoso<sup>688</sup>. Se afirma, por tanto, que el artículo 5.3 tiene carácter residual, solamente se aplicará cuando una obligación no esté incluida en el ámbito del artículo 5.1, y exista una conexión particularmente estrecha entre la acción y el órgano jurisdiccional de un Estado distinto del Estado del domicilio del demandado<sup>689</sup>.

---

<sup>685</sup> Vid., ESLAVA RODRÍGUEZ, M., “El *locus delicti commissi* en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, en *Informática y Derecho*, nº 34, 2002, pp. 15-38.

<sup>686</sup> Vid., STJCE de 27 de septiembre de 1988, C-189/87, en el asunto “*A. Kalfelis v. Schroder*”, Rec. 1988, I-5565 y ss. Vid., STJCE de 30 de noviembre de 1976, en el asunto C-21/76, “*Bier v. Mines de Potase d’Alsace*”, Rec. 1976, I-1473 y ss.

<sup>687</sup> Entre otras sentencias que delimitan qué debe incluirse o no en el concepto de materia delictual o cuasidelictual, Vid., STJCE de 5 de febrero de 2004, “*DFDS Torline A/S v. SEKO*” Rec. 2004 I-1417; Vid., STJCE de 27 de octubre de 1998 “*La Reunion Européenne SA et autres v. Spliethoff’s BevrachtingsKantoor BV et autre*” Rec.1998 I-6511; Vid., STJCE de 26 de marzo de 1992, “*Reichert v. Dresnert Bank*” Rec. 1992 I- 2149;

<sup>688</sup> Vid., STJCE de 1 de octubre de 2002 en el asunto “*Verein fur Konsumenteninformation v. K.H.Henkel*” Rec. 2002 I- 8111, según la cual este tipo de acción tiene por objeto exigir la responsabilidad delictual o cuasidelictual del demandado como consecuencia de la obligación extracontractual que incumbe al comerciante de abstenerse, en sus relaciones con los consumidores, de realizar determinados comportamientos que el legislador reprueba.

<sup>689</sup> Vid., ESLAVA RODRÍGUEZ, M., “Obligaciones extracontractuales”, en *Derecho Internacional Privado*, CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.,(Dirs), vol. II, 2005, pp. 686 y ss.

La concreción del foro del *lugar del hecho dañoso* reviste algunas dificultades cuando éste se ha producido en el ámbito de Internet, pues se puede tratar, por una parte de ilícitos a distancia, es decir, supuestos de disociación en el espacio del lugar de hecho generador y del lugar del daño<sup>690</sup>, y por además, de supuestos de plurilocalización de daños, es decir, aquellos en los que los daños están localizados en el territorio de varios Estados.

Tradicionalmente se ha interpretado que el lugar del hecho dañoso es tanto aquel en el que se genera el hecho causante del daño cuanto aquel en el que se sufren los efectos del hecho dañoso<sup>691</sup>, o se verifica el resultado lesivo, siendo el demandante el que decidirá ante qué tribunales interponer la correspondiente demanda. O dicho de otra manera, en el ámbito de Internet, serán competentes los tribunales del país en el que se ha procedido a introducir el contenido ilícito en Internet (el lugar donde radica el servidor que aloja el *website* es indiferente), o los del país desde el que se ha accedido al contenido ilícito vertido en Internet<sup>692</sup>.

Ahora bien, el Tribunal de Justicia introdujo, en su sentencia *Fiona Shevill*<sup>693</sup>, una precisión de gran importancia, que se puede aplicar al ámbito de nuestro estudio, al afirmar que cuando los efectos del hecho dañoso se dejan sentir en más de un Estado, los tribunales de cada uno de esos Estados podrán conocer exclusivamente de la reclamación referida a los daños verificados en su territorio. En cambio, si la demanda se presenta ante los

---

<sup>690</sup> Vid., FUENTES MAÑAS, J.B., “Determinación de la competencia judicial internacional en los ilícitos a distancia sobre derechos de autor en Internet”, *RCEA*, 2003, pp. 119-147.

<sup>691</sup> Vid., STJCE de 30 de noviembre de 1976, en el asunto C-21/76, “*Bier v. Mines de Potase d’Alsace*”, Rec. 1976, I-1473 y ss.

<sup>692</sup> Vid., ORTEGA GIMENEZ, A., “la transferencia internacional de datos de carácter personal y el derecho internacional privado”, en *Diario La Ley*, nº 6237, de abril de 2005, pp. 1-9.

<sup>693</sup> Vid., STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-689/93, “*Shevill, Ixora, Trading Inc, Chequepoint SARL, Chequepoint internacional Ltd v. Presse Alliance*”, Rec. 1995, I-415 y ss. Se presentó una demanda por Fiona Shevill, con domicilio en Gran Bretaña, y otras tres sociedades mercantiles, contra Press Alliance, con domicilio en Francia, por la publicación de un artículo de prensa distribuido en varios Estados miembros en los que se involucra a los demandantes con una red de tráfico de estupefacientes.



órganos jurisdiccionales del Estado donde se originó el hecho dañoso, la demanda podrá abarcar los daños globales derivados del ilícito<sup>694</sup>.

No obstante, a tenor de las afirmaciones anteriores, debemos hacer varias precisiones, derivadas del carácter incierto de Internet:

A) *La determinación del país de introducción de los datos en Internet.*

Éste puede ser un trabajo arduo y a veces imposible de delimitar. Para evitar ese resultado negativo, a veces, la jurisprudencia ha propuesto identificar el país del hecho causal no necesariamente con el país desde el que se han introducido los datos en Internet, sino con el país donde se ha producido la creación de la página Web, o también con el país del domicilio de presunto responsable, y así lo defendió la Cour de Cassation en su sentencia de 9 de diciembre de 2003 en el asunto "*Sociedad Champagne Louis Roederer v. Castellblanch*"<sup>695</sup>. Sin embargo, esta última interpretación conduciría a hacer internacionalmente competentes a los tribunales del domicilio del demandado, que por otra parte ya lo son, y haría que el artículo 5.3 R. 44/2001 perdiese toda su utilidad impidiendo que se pudiese abrir un foro próximo al litigio y alternativo al foro del domicilio del demandado.

Por otra parte, si la introducción de los contenidos ilícitos tienen lugar en un espacio no sometido a la soberanía estatal, ya sea marítimo o aéreo, puede entenderse que el hecho causal ha tenido lugar en el país del abanderamiento, matrícula o registro del buque o aeronave.

---

<sup>694</sup> Vid., LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, A., "*Contratos Internacionales de Software*", op. cit., 2006, pp. 197 y ss; Vid., PALAO MORENO, G., "La aplicación de la regla *forum delicti commissi* (el art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968) en supuestos de difamación por medio de prensa", en *Noticias de la Unión europea*, n° 141, 1997, pp. 75 y ss; Vid., SÁNCHEZ SANTIAGO, J., Y IZQUIERDO PERIS, JJ., "Difamar en Europa: las implicaciones del caso Shevill", en *RIE*, 1996, pp. 153 y ss.

<sup>695</sup> Vid., SUQUET CAPDEVILA, J., "Internet, marcas y competencia judicial internacional: ¿O la superación de la regla *forum delicti commissi*?", en *Diario La Ley*, n° 6073 de julio de 2004, pp. 1-13

B) *La determinación del país donde se verifica el resultado dañoso.* Esta también puede ser una tarea complicada, y para resolverla se han propuesto tres posibles soluciones:

- Solución basada en la Accesibilidad: Según ciertos autores<sup>696</sup>, el resultado dañoso se puede verificar en todos los países del mundo, por dos razones, primero porque Internet tienen alcance universal y, segundo, porque bastará con que el contenido transmitido por Internet sea accesible en un país para que se estime que produce daños en dicho país<sup>697</sup>. Estas afirmaciones conllevan como consecuencia que, todos los tribunales de los países comunitarios serían competentes ex artículo 5.3, y además, como este foro del lugar del hecho dañoso se recoge en la mayoría de los sistemas estatales de Derecho internacional privado, resulta que los tribunales de todos los países del mundo serían competentes en virtud del *Forum delicti commissi*. Ahora bien, los tribunales de un país sólo serían competentes para conocer de los daños sufridos en dicho país, siguiendo la interpretación propuesta por el TJCE<sup>698</sup>. Esta solución es poco práctica pues supondría que la presunta víctima debería viajar por todo el mundo interponiendo demandas.
- Solución basada en la Focalización: Según estos autores<sup>699</sup>, sólo se puede hablar de daños o verificar el resultado dañoso en los países a los que el responsable del contenido difundido por Internet dirige o focaliza su actividad, por ello es necesario

---

<sup>696</sup> Vid., HUET, A., “Nota a Sent Cour Cassation Francia 9 diciembre de 2003, *Castellblanch*”, en *JDI Clunet*, 2004, pp. 872-879; Vid., VIVANT, M., “L’informatique dans la theorie générale du contrat”, en *Dalloz Chr.*, nº 15, 1994, pp. 117 y ss; Vid., CERINA, P., “Contratti internazionali di informatica e legge applicabile: prime considerazioni”, en *Dir, Inform.* 1994, pp. 405-425; Vid., LAGARDE, P., “Le nouveau Droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 de juin de 1980”, en *Rev. Crit. Droit, Int, Privé*, vol. 80, 1991, pp. 287 y ss.

<sup>697</sup> Vid., la Sentencia de la Cour de Cassation de 9 de diciembre de 2003 en el asunto “*Sociedad Champagne Louis Roederer v. Castellblanch*”

<sup>698</sup> Vid., STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-689/93, “*Shevill, Ixora, Trading Inc, Chequepoint SARL, Chequepoint internacional Ltd v. Presse Alliance*”, Rec. 1995, I-415 y ss

<sup>699</sup> Vid., CACHARD, O., “La Regulation internationale du marché électronique”, *LGDJ*, Paris, 2002, pp. 62 y ss.

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

distinguir entre *website* dirigidos (permiten adquirir productos o servicios sólo en esos países), y *website* no dirigidos (usualmente páginas de mera información o páginas que restringen la adquisición de servicios o productos a determinados países excluyendo a todos los demás), entendiéndose que en estos últimos no cabría hablar realmente de hecho dañoso pues no iba dirigido a dicho país.

- o Solución basada en el llamado foro electrónico general: Cierta doctrina<sup>700</sup> propone que para los ilícitos extracontractuales verificados en Internet, sea cual sea el o los países en los que se verifica el resultado dañoso, el art. 5.3 R 44/2001 otorgaría competencia judicial internacional por los daños producidos en el mundo entero, a los tribunales del país del domicilio o residencia habitual o principal establecimiento del demandante y presunta víctima.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos razonablemente entender que, efectivamente el demandante puede elegir entre el foro del hecho y el foro del daño, pero que si la determinación del país de introducción de los datos en Internet, es ilocalizable, la solución que favorecería más al actor y víctima, y la más lógica, es la de poder interponer la correspondiente demanda ante los tribunales de su domicilio. Solución ésta que no sólo ha sido bien acogida por la jurisprudencia norteamericana<sup>701</sup>, sino que además concentraría los litigios en un solo tribunal y potenciaría el *favor actoris*.

---

<sup>700</sup> Vid., GINSBURG, JC., "The private International law of copyright in an era of technological change", en *RCADI*, vol. 273, 1998, pp. 243-405.

<sup>701</sup> Sentencia del Tribunal supreme del Estado de New Jersey, en el asunto "*Blakey v. Continental Airlines Inc*", WL 992 F. Supp 731, 736 n°3 (DNJ 1998).

### 1.5- FOROS DE COMPETENCIA EN CONTRATOS INTERNACIONALES DE *HOSTING* CELEBRADOS POR CONSUMIDORES.

La protección de los intereses económicos de los consumidores constituye un objetivo general del Derecho comunitario, establecido en el artículo 153 TCE. En materia de competencia judicial internacional, el legislador comunitario consideró que la protección del derecho a una tutela judicial efectiva de los consumidores requería el establecimiento de foros distintos (arts. 16-17 Reglamento 44/2001)<sup>702</sup> a los establecidos por la normativa general, para facilitar así su acceso a la justicia. Es más, su aplicación a los contratos suscritos a través de medios electrónicos, como el *Hosting*, donde la posición de debilidad del consumidor es patente, resulta indispensable<sup>703</sup>.

Efectivamente, en este tipo de contratación *on line* es frecuente que el empresario predisponga el contenido del contrato electrónico e inserte en el mismo una cláusula de sumisión a los tribunales de su país<sup>704</sup>. Eso le permite ofrecer productos a precios competitivos, pues disminuye costes, algo que beneficia a los consumidores. Pero, al mismo tiempo, supone una carga enorme para el consumidor, que para recuperar cifras monetarias moderadas debería litigar ante tribunales extranjeros, algo de lo que al final, desiste. Por esa razón se ha abierto un gran debate a nivel comunitario sobre la necesidad de crear o fomentar el uso de mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias en el campo del comercio electrónico y se ha alentado a los Estados Miembros a adaptar su legislación en este sentido<sup>705</sup>.

---

<sup>702</sup> DO L 12 de 16 de enero de 2001

<sup>703</sup> Vid., FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos de consumidores por vía electrónica: una necesaria coordinación”, en *Gaceta Jurídica*, nº 219, junio 2002, pp. 61-73; FERNANDEZ MASIÁ, E., “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001”, en *Estudios sobre consumo*, nº 63, 2002, pp. 9-25; Vid., GILLIES, L., “A review of the new jurisdiction rules for electronic consumer contracts within the European union”, en *JILT*, nº 1, 2001;

<sup>704</sup> Vid., STJCE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-243/98, “*Océano Grupo Editorial y Salvat editores v. Rocío Murciano Quintero*”, Rec. 2000 I-4941, (pp. 21-24); y sobre este tema, Vid., GUILLEMARD, S., “Le cyberconsommateur est mort, vive l’adhérent”, *JDI Clunet*, 2004, pp. 7-61; Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*”, op. cit., 2001, pp. 80 y ss.

<sup>705</sup> Por ello, hoy en día han surgido mecanismos alternativos de resolución de controversias de consumo como son los ADR (Alternative Dispute Resolution), y los ODR (*on line dispute*

Así pues, para reforzar esa tutela judicial efectiva de los consumidores en general, y de los consumidores electrónicos en particular, el artículo 16 R. 44/2001 asegura que, con independencia de la existencia en el contrato de una cláusula de elección de foro, el consumidor siempre va a poder litigar en el país de su residencia habitual. Ahora bien, para que estas normas resulten aplicables y así evitar estas “cláusulas de sumisión a la fuerza”<sup>706</sup>, que perjudican al consumidor, parte débil de la relación jurídica, y cuya validez está muy limitada por el artículo 17, es necesario que el contrato de *Hosting* reúna una serie de elementos subjetivos y objetivos establecidos en el artículo 15 del Reglamento 44/2001<sup>707</sup>.

#### 1.5.1- Elementos subjetivos que deben concurrir en un contrato internacional de *Hosting* celebrado por consumidores.

El art. 15.1 del Reglamento limita la aplicación de las normas especiales de los artículos 16 y 17 a los contratos celebrados “por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”, estableciendo con ello una noción autónoma de consumidor<sup>708</sup>, con la finalidad de acreditar la posición de debilidad del consumidor en la

---

*resolution*), en los que se ofrece una mediación o un arbitraje *on line* a los empresarios y consumidores que desean contratar por medios electrónicos. Entre otras, Recomendación de la Comisión (98/257/CE), de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DO L 115 de 14-4-1998, p.31) y la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DO L 109 de 19-4-2001). Vid., LOPEZ TARRUELLA, A., “Cross border disputes on Online Consumer Contracts in the European union: the Brussels Convention, the Brussels regulation and the role of alternative dispute resolution systems”, en *Journal of network industries*, vol. 2, nº 2, 2001, pp. 231-266;

<sup>706</sup> Vid, STONEY, M.A., y STONEY, S., “The problems of jurisdiction to e-commerce. Some suggested strategies”, in *Logistics Information Management*, Vol. 16, nº 1, 2003.

<sup>707</sup> Vid., STJCE de 16 de marzo 2006, C- 234/04, en asunto “*Kapferer v. Schlank & Schick GmbH*” Rec. 2006 sin publicar, Vid., STJCE de 27 de abril de 1999, C- 99/96, “*Hans Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek*”, Rec, 1999, I-2277 y ss; Vid., STJCE de 3 de julio de 1997, C- 269/95, “*Benincasa v. Dentalkit*”, Rec, 1997, I-3767 y ss; Vid., STJCE de 19 de enero de 1993, C- 89/91, asunto, “*Shearson Lehmann Hutton v. TVB*” Rec. 1993, I-139;

<sup>708</sup> Vid., RODRÍGUEZ BENOT, A., “Delimitación de la noción de consumidor en la contratación internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968”, en *La Ley*, 1997, pp. 1651-1660.

relación contractual internacional. Aunque ya hemos analizado en párrafos anteriores la noción de consumidor, varias precisiones debemos hacer en este momento:

- A) Una de las partes del contrato ha de ser un consumidor y la otra un profesional. No puede beneficiarse de los foros de competencia especiales, dado que falta el desequilibrio contractual entre las partes, el consumidor que ha adquirido el producto o servicio de una persona que no actuaba en el marco de su actividad profesional, es decir, se excluyen las relaciones C2C (*consumer to consumer*).
  
- B) El consumidor únicamente podrá prevalerse de estas normas de competencia cuando sea él mismo el que ejercita la acción judicial. Estos foros de competencia no son aplicables cuando la acción la ejercita una asociación de consumidores en nombre del consumidor o cuando se presenta un acción colectiva. En estos casos el TJCE<sup>709</sup> afirma que las asociaciones no han celebrado contratos de consumo con profesionales y que el objeto del proceso no va referido a un contrato sino a una materia no contractual como es la declaración general de ilicitud de ciertas condiciones generales de la contratación.

### **2.5.2- Elementos Objetivos que deben concurrir en un contrato internacional de *Hosting* celebrado por consumidores.**

Para que el consumidor se pueda beneficiar de la protección en materia de competencia judicial establecida por los artículo 16 y 17, es necesario que se trate de alguno de los contratos previstos en el art. 15, letras a), b), o c) del Reglamento 44/2001. Los contratos internacionales de *Hosting* celebrados por un consumidor, dado que son contratos de servicios y no de compraventa de mercaderías<sup>710</sup>, reunirán dichos requisitos cuando el proveedor ejerciere

---

<sup>709</sup> Vid., STJCE de 19 de enero de 1993, asunto C-89/91 "*Hutton*" *op. cit.*; y STJCE de 1 de octubre de 2002, "*Henkel*" *op. cit.*

<sup>710</sup> Brevemente digamos que la noción de mercaderías excluye los bienes inmuebles. La aplicación de las normas especiales de jurisdicción a las compraventas a plazos se justifica en que este tipo de transacciones ligan al consumidor con el profesional hasta que ha podido

actividades comerciales en el Estado de domicilio del consumidor o dirigiere tales actividades, por cualquier medio, a dicho Estado o a varios Estados Miembros comprendido éste último.

Por lo tanto se tratara de supuestos encuadrados en el apartado c) del artículo 15 *“En todos los demás casos, siempre que la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades”*.

A los contratos que reúnen las condiciones establecidas por el art. 15.1c) se les denomina contratos celebrados por *consumidores pasivos*, en cuanto es el profesional o proveedor el que se dirige al Estado donde está domiciliado el consumidor para ofrecerle sus servicios. En cambio reciben la calificación de contratos celebrados por *consumidores activos* aquellos en los que es el consumidor el que acude al proveedor en busca del servicio que comercializa<sup>711</sup>, en estos casos, no será de aplicación el régimen de especial protección previsto por el Reglamento, sino que resultarán aplicables las normas generales (en materia contractual) de los artículos 23, 2, y 5.1 del Reglamento 44/2001.

Con este artículo 15.1 c) se superan los problemas derivados de las nuevas técnicas de comercialización derivadas de las nuevas tecnologías, pues

---

concluir el pago de los plazos adeudados. En estos casos, resultan irrelevantes las circunstancias que rodearon la conclusión del contrato, es decir, si fue el consumidor o el profesional el que se desplazó al Estado del domicilio de la otra parte, si la contratación fue precedida de publicidad o oferta especialmente realizada, si fue celebrado por medios electrónicos o por medios tradicionales. La situación de dependencia que este contrato genera para el consumidor es suficiente justificación para activar estas normas de protección.

<sup>711</sup> Sobre la distinción en el marco del Reglamento, Vid., FERNÁNDEZ MASIA, E., “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001”, op. cit., 2002, pp. 13; Para algunos autores la distinción no resulta justificada en cuanto que la necesidad de asegurar un alto nivel de protección existe para ambos tipos de consumidores puesto que su posición en el contrato es igualmente débil, Vid., BATALLA TRILLA, A., “Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario”, en *Diario La Ley*, nº 6001, de abril de 2004, pp. 4; y Vid., DE MATOS, A.M., “Consumption transfrontière: d’un espece cloisonné á un espace judiciare européen”, en *Rev. Eur. Droit Cons.* 2000, pp. 159.

## El Contrato Internacional de Hosting

se evita cualquier referencia a los actos que realiza el consumidor, en algunos casos de difícil o imposible localización en el espacio<sup>712</sup>, sino que se centra en las actividades comerciales del profesional y su intención de penetrar en el mercado del Estado donde está domiciliado el consumidor<sup>713</sup>. La nueva redacción dada por el Reglamento, elimina los problemas interpretativos que ofrecía el art. 13.3 del Convenio de Bruselas y de Lugano para los contratos de consumo transfronterizos en Internet<sup>714</sup>.

Para beneficiarse de esta especial protección, el Art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001 exige que concurren, *alternativamente*, cualquiera de estas dos circunstancias:

- 1- Que el proveedor o profesional *ejerciere actividades comerciales o profesionales* en el Estado de domicilio del consumidor. Se trata del criterio *Doing Business*, importado del DIPr. norteamericano, y serán competentes los tribunales del Estado donde, normalmente, realicen actividades comerciales los proveedores (mercado natural del proveedor, verificado mediante contrataciones en dicho país, sucursales, agencias...). El empresario proveedor crea una situación de "comercialización normal en un país", por lo que acepta y es razonable que sea demandado en dicho país<sup>715</sup>;
- 2- Que el proveedor o profesional *dirigiere sus actividades comerciales* a dicho Estado miembro de domicilio del consumidor o a varios Estados miembros comprendido este último. Es el criterio del *Stream-of-Commerce*, también procedente del DIPr. norteamericano<sup>716</sup>, y serán

---

<sup>712</sup> Puede haber supuestos muy variados como lugar de localización física del servidor, lugar desde donde se emite la oferta on line, lugar donde se gestiona la página web de contratación, ect. Sobre este tema, Vid., ÁLVAREZ GONZALEZ, S., "Comercio electrónico: Competencia judicial internacional y Ley aplicable", en AAVV, GOMEZ SEGADE, JA (DIR), Y FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A., (COORDS), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pp. 428 ss

<sup>713</sup> FERNÁNDEZ MASIA, E., "Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001", op. cit. 2002, pp. 14

<sup>714</sup> Vid., STONE, P., "Internet Consumer Contracts and European private international law", en *Information and communications technology law*, vol. 9, 2000, pp.10 y ss.

<sup>715</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "*Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*", op. cit., 2001, pp. 85

<sup>716</sup> Vid., WAGSTAFF, T., "Personal jurisdiction in Cyberspace and the Stream of Commerce", en *The Cyberspace Law Review*, 2000.



competentes los tribunales del Estado a cuyo mercado “se dirige” el proveedor mediante actos comerciales concretos (mercado de conquista). Es el empresario proveedor el que desea asaltar comercialmente un mercado, acepta el riesgo y ha de ser demandado en ese mercado de conquista<sup>717</sup>.

STJCE de 11 de julio de 2002<sup>718</sup>: El Sr. Gabriel, nacional austriaco con domicilio en Viena (Austria), recibió en su domicilio privado y en sobre cerrado varias comunicaciones personalizadas procedentes de Schlank & Schick, sociedad alemana con domicilio social en Lindau (Alemania) que se dedica a la venta por correo de mercancías tanto en Austria como en Francia, Bélgica y Suiza. Estas comunicaciones les indicaban a Sr. Gabriel que había ganado en un sorteo un premio en metálico, y que para recibirlo sólo tenía que solicitarlo mediante un formulario y simultáneamente adquirir ciertas mercancías (por un importe de 200 Ats) que ofrecía dicha sociedad en un catálogo que también le había sido enviado. El Sr. Gabriel cumplimentó debidamente y envió a la sociedad alemana los documentos pertinentes para reclamar el pago del premio y realizó el pedido de artículos del catálogo por un importe superior al requerido. La sociedad le entregó las mercancías pero no el premio. Como consecuencia de ello, el Sr. Gabriel decidió ejercitar una acción jurisdiccional contra la sociedad alemana. El TJCE consideró que se trataba de una acción en materia de contratos de consumo y sujeta a los foros de especial protección, por lo tanto el Sr. Gabriel pudo interponer su acción ante los tribunales austriacos.

La noción de *actividades dirigidas* introducida por el Reglamento que parece coincidir, aunque con una imperfecta adaptación, con el término norteamericano del *Targeting*, es un concepto abstracto que, por sí solo y sin ulterior precisión normativa, deja un amplio margen de interpretación. Si bien nadie duda de la inclusión de los contratos celebrados previo envío de publicidad u oferta por correo o por *email* del proveedor al consumidor, más problemático resulta la calificación de los contratos celebrados a partir de una oferta realizada en un *Website*, es decir, ¿en qué supuestos deberá entenderse que un proveedor ha dirigido sus actividades, a través de su *Website* al Estado miembro del domicilio del consumidor en aras de considerar a éste como

---

<sup>717</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional Privado*”, Vol. II, Comares, Granada, 2005, pp. 555

<sup>718</sup> Vid., STJCE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, “*Rudolf Gabriel v. Schlank & Schick GMBH*” Rec. 2002 I-6367. Aunque esta sentencia se dictó en el marco del Convenio de Bruselas de 1968, sus conclusiones son perfectamente aplicables al contexto del Reglamento 44/2001.

legitimado para interponer una demanda contra la misma ante los tribunales de su propio domicilio?.

Varias interpretaciones<sup>719</sup> se han propuesto para precisar el concepto de *actividades dirigidas en el contexto de Internet*. A modo de principio general, y salvo indicaciones en contrario, un sitio Web en Internet se reputa dirigido a todo el mundo. Pero, no todo *website* accesible en un país comporta actividades comerciales o profesionales dirigidas a dicho país, el alcance de esta página Web puede ser limitado mediante una mención expresa, introducida en forma de *disclaimers* o notas informativas, que anuncie los Estados que desea incluir y los que desea excluir de su ámbito de actuación, o bien, mediante el establecimiento de mecanismos técnicos que limiten de facto la posibilidad de contratar a los consumidores residentes en determinados Estados.

Ante la oleada de críticas que despertó la redacción de este artículo en la industria del comercio electrónico internacional<sup>720</sup>, dado que parecía imponerse a los proveedores de servicios que contrataran con consumidores a través de páginas Web la carga de litigar en el extranjero con sujeción a todas las jurisdicciones de los Estados miembros, el Consejo y la Comisión se vieron obligados a emitir una Declaración concertada, en fecha 24 de noviembre de

---

<sup>719</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional Privado*”, op. cit., 2005, pp. 556, 557; Vid., BATTALLA TRILLA, A., “Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario”, op. cit., 2004; Vid., CACHARD, O., “La Regulation internationale du marché électronique”, op. cit., 2002, pp. 62

<sup>720</sup> Parece indudable la conveniencia de contar con una regulación a escala internacional que sirviera de marco normativo general en materia de competencia judicial e hiciera frente a las necesidades derivadas del comercio electrónico, cuya dimensión es por naturaleza internacional. Sin embargo la dificultad de integración del enfoque europeo y americano sobre las cuestiones de jurisdicción competente ha producido el fracaso de los intentos que han surgido en este sentido. Vid., CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (Hague Conference on private International law), “*Aspects juridiques d’une transaction commerciale électronique*”, EU2004.NL; Vid., ALVAREZ GONZALEZ, S., “Comercio electrónico: competencia judicial internacional y ley aplicable”, op. cit, 2001, pp. 421 ss; y Vid., VON MEHREN, A., “La redaction d’une convention universellement acceptable sur la competente judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conference de la Haye peut-il aboutir?”, en *Revue critique de droit international privé*, 90, 2001, pp.85 ss.

2000<sup>721</sup>, según la cual, la publicación de una página Web comercial en Internet no significa que, automáticamente, el empresario se lance a la conquista de todos los mercados del mundo, “*para que el art. 15.1c resulte aplicable, no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado Miembro de domicilio del consumidor(...), sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades (...) teniendo en cuenta que la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente (determinante)*”.

Por lo tanto, todo proveedor que dispone de un *website* interactivo visible en un país y que incita a la contratación a distancia en ese determinado Estado, si recibe pedidos procedentes de ese país, pedidos que son aceptados por el proveedor, está desplegando “*actividades dirigidas*” a ese Estado y en caso de conflicto el consumidor puede verse protegido por las normas especiales de competencia judicial, de los art. 16 y 17 del Reglamento.

Sin embargo, si el *website* tiene *disclaimers* o declaraciones limitando la oferta a un número determinado de Estados y excluyendo los otros, si un consumidor del Estado excluido contrata con este empresario o proveedor a través de esa página Web, no estaría cubierto por la protección que confieren los artículos anteriores, ya que estaríamos ante un consumidor activo y le serían aplicables las normas generales del Reglamento en materia contractual<sup>722</sup>.

Tampoco gozarían de la especial protección que le confiere el Reglamento, los supuestos en los que, aunque interviene un consumidor, en realidad nunca ha llegado a celebrarse formalmente un contrato, como el caso

---

<sup>721</sup> El Consejo y la Comisión se vieron obligados a emitir una “Declaración Concertada a los art. 15 y 73 del Reglamento 44/2001 relativa a las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia”. El objetivo era servir a los tribunales nacionales para saber en qué supuestos puede considerarse que estamos ante contratos celebrados en Internet por consumidores pasivos. Vid., BORRAS, A., “*Legislación básica de Derecho internacional privado*”, Barcelona, Tecnos, 2003, pp. 156-157 (nota al pie)

<sup>722</sup> Vid., FERNÁNDEZ MASIA, E., “*Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001*”, op. cit. 2002, pp.18

## El Contrato Internacional de Hosting

de la STJCE de 20 de enero de 2005<sup>723</sup> o de la STJCE de 16 de marzo de 2006<sup>724</sup>.

La Sra. Engler domiciliada en Austria, recibió un correo, dirigido a ella personalmente, de la empresa Janus Versand domiciliada en Alemania. Esta empresa se dedicaba a la venta por correspondencia. El correo que recibió la Sra. Engler contenía un bono de pago cuya formulación y contenido le hizo creer que había ganado un premio en metálico. Pero junto al bono también le enviaron un catálogo de los productos que la empresa alemana vendía. La Sra. Engler rellenó el bono de pago tal y como le indicaban y lo remitió a la empresa pero no hizo ningún pedido de productos. La empresa se negó a pagar el premio y la Sra. Engler interpuso un acción judicial ante los tribunales austriacos. El TJCE, en contestación a las cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas, entendió que no se podía aplicar la protección especial en materia de contratos de consumidores porque no había habido ningún contrato, sino que de lo que se trataba era de una acción de naturaleza contractual (art. 5.1) pues al enviar la promesa de premio a nombre del consumidor sin que éste lo solicitara, esto constituye una obligación libremente asumida por el vendedor y por tanto asimilable a una obligación contractual.

STJCE de 16 de marzo de 2006: Litigio entablado por la Sra. Kapferer, nacional austriaca domiciliada en Hall in Tirol (Austria), y Schlank & Schick GMBH, sociedad alemana de venta por correo con domicilio social en Alemania, sobre una acción que pretende que se condene a ésta a entregar a la primera un premio por cuanto, en un envío nominal que le dirigió la citada sociedad, ésta había dado la impresión a la Sra. Kapferer de que había obtenido un premio. No quedó probado que la demandante realizara ningún pedido, cuestión imprescindible para poder hablar de contrato de consumo, por lo que el tribunal desestimó las pretensiones de la Sra. Kapferer.

---

<sup>723</sup> Vid., STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02 "*Petra Engler v. Janus Versand GMBH*" Rec. 2005 I- 481, aunque esta sentencia se dictó en el marco del Convenio de Bruselas de 1968, la solución adoptada por el Tribunal es perfectamente aplicable en el ámbito del Reglamento 44/2001. Sobre este tema, Vid., AÑOVEROS TERRADAS, B., "Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor", op. cit. 2005, pp. 5-6

<sup>724</sup> Vid., STJCE de 16 de marzo de 2006, C- 234/04, en asunto "*Kapferer v. Schlank & Schick GmbH*", Rec. 2006 sin publicar. Comentario a esta sentencia lo encontramos en MICHNEL ALVAREZ, MA., "La Exclusión de la promesa de premio del ámbito de aplicación de las normas sobre consumidores en R. 44/2001. Comentario STJUE /Kapferer/16 de marzo 2006", en *La Ley* nº 6494 de 31 de mayo de 2006, pp. 2 y ss.

### 1.5.3- Foros especiales de competencia aplicables a los contratos internacionales de *Hosting* celebrados por consumidores.

En el supuesto de que el contrato cumpla con los requisitos impuestos por el Art. 15 del Reglamento 44/2001, y se trate de litigios derivados de la contratación electrónica de los contratos de *Hosting*<sup>725</sup>, en los que el demandante es el consumidor, éste, en atención a la redacción del artículo 16 R. 44/2001, puede demandar al profesional-empresario ante cualquiera de los siguientes tribunales:

1º) Ante los Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el profesional o empresario, teniendo en cuenta que *“cuando el cocontratante del consumidor no estuviera domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado”* (art.15.2 R.44/2001). Es el tradicional criterio del “domicilio del demandado” (art. 2 R.44/2001), con lo que se facilitará la ejecución de la sentencia, al tener su patrimonio, normalmente, en el país de su domicilio.

2º) Ante los Tribunales del Estado en que estuviera domiciliado el consumidor. Se trata del tradicional criterio del *Forum Actoris*, previsto para beneficiar a la parte débil de la relación jurídica, el consumidor. En este caso, el Art.16.1 R.44/2001 indica no sólo los tribunales estatales competentes sino el tribunal territorialmente competente, que se corresponde con el del domicilio del actor-

---

<sup>725</sup> Vid., PALAO MORENO, G, *“Acceso á justiça estatal na sociedade global e novas tecnologias: os casos do brasil e da espanha”*, en Justiça, Trabalho e Criminçalidade na Tecnologia Informática, Centro universitario de Joao Pessoa-UNIPE, Paraíba-brasis/universidad de valencia, 2004, pp. 15-59; PALAO MORENO, G., *“Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunales competentes”*, en OCTAVIO PIMENTE, L.,(Coor.. ) Mercosul, ALCA e Integraçao Euro-Latino Americano, vol. 1, Juruá Editora, Chile, 2001, pp. 271-287

## El Contrato Internacional de Hosting

consumidor. El proveedor y el consumidor deben estar domiciliados en un Estado miembro de la UE.

3º) O ante el tribunal que ambas partes acuerden, Art. 17 R. 44/2001, siempre que concurra algunas de estas circunstancias:

- a) Que se trate de un acuerdo posterior al nacimiento del litigio, con lo que se evita una renuncia previa del consumidor al foro de su domicilio;
- b) Que permita al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la Sección del Reglamento que protege al consumidor;
- c) Que, estando ambos contratantes domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado Miembro en el momento de la celebración del contrato, sometieran el asunto a los tribunales de tal Estado, siempre que la Ley de éste no prohíba tales acuerdos. En todo caso, el acuerdo expreso de elección de foro debe ser válido en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Evidentemente cuando hablamos de elección *on line* del tribunal estatal competente, este acuerdo atributivo de competencia debe reunir varios requisitos:

- i) Que el contenido de la cláusula de sumisión sea accesible a través de una pantalla de ordenador y que se pueda conservar tanto la información como el pacto de sumisión;
- ii) No es necesario que el acuerdo atributivo de competencia esté firmado por ambas partes, siempre que se pueda deducir la inequívoca voluntad de las partes de someterse a unos concretos tribunales estatales;
- iii) En el caso de que la sumisión electrónica esté contenida en las condiciones generales de la contratación, a las cuales se acceden mediante un link que abre otra pantalla, el contrato suscrito por el consumidor debe remitir directamente a estas condiciones, bien mediante un icono visible o bien mediante una

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

apertura automática de las mismas, en ambos casos el consumidor, antes de suscribir el contrato, debe leer y aceptar tales condiciones.

Si por el contrario, es el empresario-profesional el demandante, éste sólo puede demandar al consumidor ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (art.16.2). Se garantiza también así la protección del consumidor *online*, sólo puede ser demandado en el país de su domicilio, sin que se vea obligado a desplazarse para defenderse ante los tribunales de otro Estado, siendo indiferente la situación física de los ordenadores desde los que se contrata y siendo indiferente también la situación física del servidor, perteneciente al proveedor de *Hosting*, en el que se aloja el *website* que ha permitido la contratación electrónica.

## 2- DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS NO CONTEMPLADOS POR EL REGLAMENTO 44/2001.

Hasta ahora hemos analizado los supuestos directamente contemplados en el R. 44/2001 en los que los tribunales de los Estados miembros se pueden declarar competentes incluso para conocer de los litigios derivados de un contrato extracomunitario de *Hosting*, básicamente, cuando exista un convenio atributivo de competencia a favor de los tribunales de un Estado miembro, o en su defecto, cuando el demandado esté domiciliado en territorio comunitario. Corresponde analizar en estos momentos, los supuestos no contemplados en este instrumento comunitario, pero en los que los tribunales comunitarios, y entre ellos los españoles, igualmente pueden establecerse como tribunales competente para conocer de los litigios derivados de estos contratos.

En primer lugar, aquellos supuestos en los que los tribunales españoles se pueden declarar competentes de acuerdo con *Convenio de Bruselas de 1968*<sup>726</sup> (en la actualidad aplicable sólo a los territorios franceses de ultramar, una vez resuelto el caso danés), o con *el Convenio de Lugano de 1988*<sup>727</sup>. El objetivo originario de este Convenio era extender el sistema establecido por el Convenio de Bruselas de 1968, ahora Reglamento 44/2001, a los países miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio y crear el llamado "espacio judicial europeo"<sup>728</sup>. Los Estados originariamente parte del Convenio

---

<sup>726</sup> En general sobre el Convenio de Bruselas, podemos destacar las siguientes aportaciones doctrinales, Vid., JENARD, J., "*Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968*", DO C 189 28 de julio de 1990, pp. 134; Vid., VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "*Derecho procesal civil internacional*", op. cit, 2000; Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Y DESANTES REAL, M., "Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa", en *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, RODRÍGUEZ IGLESIAS Y LIÑAN NOGUERAS (Dir.), op. cit., 1993, pp. 1047-1166.

<sup>727</sup> (BOE nº 251 de 20 de octubre de 1994. Corr.errores, BOE nº 8 de 10 de enero de 1995).

<sup>728</sup> Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Y DESANTES REAL, M., "Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa"...1993, op. cit. pp. 1047-1066; Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. "El espacio judicial integrado en Europa occidental: Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988", en *Gaceta jurídica de la CEE*, nº 68, julio 1989, pp. 11-74; Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. "El convenio "paralelo" CEE-AELC relativo a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil", *Gaceta jurídica de la CEE*, boletín nº 51, julio 1988, pp. 19-21.



de Lugano son los miembros de la Comunidad Europea más los miembros de la AELC. Debido a que la mayoría de países que forman parte de esta asociación han ido integrándose a la UE, en la actualidad, sus miembros tan sólo son tres: Suiza, Islandia y Noruega. Este instrumento convencional está inspirado en los mismos principios que propugna el Convenio de Bruselas y sus disposiciones tienen un contenido similar a las de los textos legales comunitarios<sup>729</sup>.

En segundo lugar, analizaremos los supuestos en los que resultan aplicables las normas establecidas en *Convenios internacionales ya celebrados por España con terceros Estados*. El mismo Reglamento 44/2001 en su art. 71 establece que “*el presente Reglamento no afectará a los Convenios en que los Estados miembros fueran parte y que, en materias particulares, regularen la competencia judicial (...)*”. Aunque la disposición se refiere a convenios en “materias particulares” debe realizarse una interpretación extensiva de la disposición para incluir en su ámbito de aplicación, aquellos instrumentos que tengan un alcance general. Los tribunales españoles se podrán declarar competentes en atención a las reglas de competencia judicial establecidas en estos instrumentos<sup>730</sup>. Del mismo modo, las sentencias dictadas podrán ser reconocidas automáticamente en el resto de Estados de acuerdo con el sistema establecido por el Reglamento.

---

<sup>729</sup> El Reglamento fue el resultado de la actualización del Convenio Bruselas finalizado en 1999, y que se llevó a cabo por un grupo de trabajo conjunto CE-Estados Lugano, además de otras instituciones comunitarias, precisamente con el fin de que los dos textos (comunitario y europeo) fueran idénticos. Para reformar el Convenio Lugano, la competencia externa exclusiva de la CE en la materia ha sido puesta en claro de forma meridiana, por el TJCE en el Dictamen del TJCE 1/2003 de 7 de febrero de 2006 sobre competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano.

<sup>730</sup> El art. 71 R. 44/2001, al contrario de lo que ocurre con el art. 57.1 CB, impide la celebración de nuevos convenios internacionales en materias particulares, al decir que “*no afectará a los convenios en que los Estados miembros fueran parte (...)*”, por lo tanto, los supuestos en los que los tribunales españoles se pueden declarar internacionalmente competentes en atención a convenios internacionales están limitados a los ya existentes. La pervivencia de estos instrumentos convencionales se justifica en la obligación de los Estado de cumplir con sus compromisos internacionales, sin embargo, no pueden ratificar nuevos convenios o, al menos, nuevos convenios que “afecten al Reglamento”. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*Derecho...*”, op. cit. pp. 100 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

Y en tercer lugar, cuando no resulte aplicable ningún convenio internacional, los tribunales españoles aplicarán sus normas de producción interna (art. 4.2 R. 44/2001) para determinar su competencia judicial en los contratos internacionales de *Hosting* en los que el demandado este domiciliado en un tercer país. En el ordenamiento jurídico español, las normas de producción interna están contenidas en los arts. 21 y 22 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial*. Las sentencias recaídas en estos litigios gozan del reconocimiento automático, salvo que exista alguna causa de denegación, en el resto de Estados miembros, de acuerdo con el sistema de reconocimiento y ejecución del Reglamento.

### 2.1- REGULACIÓN CONTENIDA EN LA NORMATIVA CONVENCIONAL

Comenzaremos nuestro análisis con los supuestos en los que resulta aplicable o el *Convenio de Lugano (CL)* o el *Convenio de Bruselas (CB)*. El primero está inspirado en los mismos principios que propugna el segundo y sus disposiciones tienen un contenido similar, precisamente por la razón ya aludida de extender el campo de Bruselas, ahora del Reglamento, a los países Lugano, de ahí su denominación de Convenio Paralelo. Como se puso de manifiesto en el Preámbulo del CL, todos los Estados parte de este tratado comparten un mismo objetivo “fortalecer en sus territorios la protección jurídica de las personas en ellos establecidas”.

Debe entenderse, además, que todos ellos tienen la misma idea de cómo debe regularse el tráfico comercial internacional para incentivarlo. El establecimiento de una regulación uniforme de la competencia judicial en estos Convenios es necesario, en la medida en que lo exija la seguridad jurídica de las relaciones comerciales internacionales, no tiene nada que ver con garantizar un correcto funcionamiento del mercado interior y del espacio de libertad, seguridad y justicia, objetivo propio y exclusivo de los Estados comunitarios.

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

El Convenio de Lugano tiene un contenido similar al del R. 44/2001, por las razones ya expuestas<sup>731</sup>, y al del Convenio de Bruselas, por ello nos vamos a limitar a señalar aquellas disposiciones de los dos instrumentos convencionales cuya aplicación a los contratos internacionales de *Hosting* presentan alguna particularidad, pero teniendo muy presente que ambos convenios no fueron redactados para regular la competencia judicial en el ámbito de la contratación electrónica, lo cual puede cambiar cuando se apruebe el nuevo Convenio de Lugano.

En primer termino, el art. 17 de ambos convenios<sup>732</sup> (equivalente al art. 23 R. 44/2001) no contiene ninguna disposición en relación con los convenios atributivos de competencia celebrados por medios electrónicos. En cualquier caso, la validez de estos acuerdos debe ser admitida en virtud de una interpretación amplia de la expresión “acuerdos celebrados por escrito”, o bien por considerarse usos del comercio internacional en el sector considerado<sup>733</sup>.

En segundo termino, mientras el art. 60 del R. 44/2001 establece una noción autónoma de domicilio de las personas jurídicas, en los dos convenios, sus respectivos artículos 53 remiten la cuestión al Derecho señalado por la norma de conflicto del tribunal competente.

Por último, el art. 5.1 de ambos convenios no contiene las reglas especiales que han sido introducidas en el art. 5.1 b) del Reglamento, por lo

---

<sup>731</sup> En el dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006, el Consejo dijo que: “El acuerdo previsto establecería un nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución en materia civil y mercantil. El objeto y el contenido del acuerdo previsto derivan de las directrices de negociación, las cuales se refieren al texto de la revisión (doc. 7700/99) y al Reglamento 44/2001 del Consejo y cuyo objetivo es ajustar, en la medida de lo posible, las disposiciones sustanciales del acuerdo previsto a las disposiciones del Reglamento 44/2001”.

<sup>732</sup> Sobre estas cláusulas Vid., ESPINOSA CALABUIG, R., “Ámbito de la cláusula atributiva de competencia según el Convenio de Bruselas de 1968”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002, pp. 634-635.

<sup>733</sup> Vid., KAUFMANN KOHLER, G., “Internet: mondialisation de la communication-mondialisation de la resolution des litiges?”, en K. BOELE-WOELKI Y C. KESSEDJIAN, *Internet Which Courts Decides? Which Law Applies? Quel Tribunal Décide? Quel droit s'applique?*, La Haya, Kluwer, 1998. pp. 128

que la determinación del *forum executionis* debe realizarse, en todos los casos, aplicando la solución general<sup>734</sup>

Para poder aplicar los artículos 13 al 15, tanto del CB como del CL, relativos a los foros especiales previstos cuando el contrato a sido suscrito por un consumidor, debía tratarse de contratos en los que se contratara la prestación de los servicios *Hosting*, siempre y cuando la celebración del contrato fuera precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, por una oferta especialmente hecha o de publicidad, y además, que el consumidor hubiera realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato. Redacción desafortunada para los contratos suscritos en Internet pues claramente perjudicaba a los empresarios *online* y suponía una carga excesiva para el comercio electrónico.

A salvo de estas diferencias de contenido, el funcionamiento de las reglas de competencia de los tres instrumentos es similar. La dificultad se presenta a la hora de determinar cuál de ellos debe aplicar el juez que conoce de un contrato internacional de *Hosting*, cuando el mismo está conectado con un Estado miembro y con un Estado exclusivamente parte de alguno de los dos Convenios. Por tanto, según el art. 1.3 del Reglamento, el CB continuaba en vigor en las relaciones con territorios franceses de ultramar y el resto de los Estado miembros<sup>735</sup>, a salvo los acuerdos entre la UE y Dinamarca para extender las provisiones del Reglamento 44/2001 a este país<sup>736</sup>. Respecto del

---

<sup>734</sup> Sobre este tema, Vid., ESPLUGUES MOTA, C., "Hacia una delimitación del concepto de materia contractual incluida en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968: La sentencia *Arcado c. Havilland*", en *La Ley Derecho comunitario*, 1989, pp. 7-10; Vid., ESPINOSA CALABUIG, R., "Interpretación del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en *Revista Noticias de la Unión Europea*, abril 1995, pp. 95-102.

<sup>735</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., "*Derecho...*", op. cit. pp. 106 y ss; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "*Derecho Internacional privado*", op.cit. pp. 130 y ss.

<sup>736</sup> DECISIÓN 2006/325/CE del Consejo de 27 de abril de 2006 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de soluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 120 de 5 de mayo de 2006. Y la DECISIÓN 2005/790/CE del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma en nombre de la Comunidad de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 299 de 16 de noviembre de 2005

CL, y de acuerdo con su art. 54 ter 2), éste resultará aplicable<sup>737</sup>, en los contratos internacionales de *Hosting*, cuando el demandado estuviere domiciliado en un Estado contratante del CL que no fuere miembro de la Comunidad Europea o cuando exista un acuerdo de sumisión expresa o tácita a los tribunales de dicho estado contratante.

Continuamos, en este apartado, con los supuestos en los que resultan aplicables las normas establecidas en los *Convenios internacionales celebrados por un Estado miembro, concretamente España, con terceros Estados*. De acuerdo con el artículo 71 del R. 44/2001, “el presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados Miembros fueren parte y que (...) regularen la competencia judicial (...)”.

Los tribunales de los Estados miembros se podrán declarar competentes en atención a las reglas de competencia judicial establecidas en estos instrumentos, art. 71.2 a) R. 44/2001.

A la espera de que los trabajos que se están realizando en la Conferencia de la Haya puedan culminar en la adopción de una Convención Universal sobre competencia judicial y reconocimiento de sentencias en materia civil y mercantil<sup>738</sup>, no existe ningún convenio internacional multilateral, de ámbito general, que pueda resultar aplicable para determinar la competencia judicial de los tribunales españoles en las operaciones extracomunitarias de *Hosting*. Sí existen, en cambio, Convenios bilaterales cuyas disposiciones podrían resultar perfectamente aplicables a estas contrataciones internacionales, entre ellos podemos mencionar, a título de ejemplo, el Convenio con Argelia de 2005<sup>739</sup>, el Tratado con el Salvador de

---

<sup>737</sup> En realidad, el problema de la aplicación y elección entre el R. 44/2001, el CB y el CL, se presenta exclusivamente para los tribunales de los Estados comunitarios, pues son los únicos que son parte en tres instrumentos, salvo Dinamarca que lo es en dos. Los tribunales de los Estados parte exclusivamente en el CL no tienen problemas pues aplicarán el único Convenio del que sus ordenamientos son parte.

<sup>738</sup> Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., Y BORRAS, A., “Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado. Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (22 a 24 de abril de 2002)”, en *REDI*, vol. LIV, 2002, pp 515 ss.

<sup>739</sup> Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho ad referendum en Madrid el 24 de

2000<sup>740</sup>, el Convenio Hispano-Rumano de 1997<sup>741</sup>, y el Tratado con China de 1992<sup>742</sup>, aunque, en realidad, la aplicación de estos convenios resulta casi anecdótica para los contratos internacionales de *Hosting*.

Existen tres aspectos que debemos resaltar de estos convenios con terceros países, por los que se pone de relieve que éstos responden a los objetivos individuales de los distintos Estados que los suscriben y no a los de la UE, aunque uno de esos Estados sea comunitario, como es el caso de España:

- Primero, la elección del país con el que se ha celebrado el tratado internacional dependía exclusivamente de los intereses de política legislativa del Estado miembro que quería negociar, no dependía de la UE;
- Segundo, el convenio ha proyectado los intereses y valores tanto del Estado comunitario como del no comunitario; y
- Tercero, la interpretación de sus disposiciones se ha llevado a cabo por los tribunales nacionales, de acuerdo con los intereses y valores que informan dicho convenio.

No obstante, en la práctica, al menos los convenios suscritos por España son, como afirman algunos autores<sup>743</sup>, una mala copia del Convenio de Bruselas, por lo que podemos concluir que, podrán resultar aplicables por los tribunales españoles cuando el demandado esté domiciliado en un Estado contratante.

---

febrero de 2005. BOE 103 de 1 de mayo de 2006. (De muy dudosa legalidad, sobretodo después del Dictamen 1/2003 del Tribunal de Justicia)

<sup>740</sup> Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (BOE nº 256 de 25 de octubre de 2001).

<sup>741</sup> Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bucarest el 17 de noviembre de 1997 (BOE nº 134 de 5 de junio de 1999, corrección errores BOE nº 158 de 3 de julio).

<sup>742</sup> Tratado entre el Reino de España y la Republica Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992. BOE 26, de 31 de enero de 1994. Sobre este Tratado Vid., VIÑAS FARRE, R., "El Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil", en *Revista española de Derecho internacional*, vol. 1, 1994, pp. 454-458

<sup>743</sup> Vid., LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, A., "Contratos Internacionales de Software", op. cit, 2006, pp. 231 y ss Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Derecho Internacional privado", op. cit. pp. 131 y ss

De cara a los proveedores de servicios de Internet en general, esta regulación bilateral puede conllevar, o bien que, éstos tiendan a establecerse en aquellos Estados miembros, en este caso España, que otorguen un tratamiento más favorable en las relaciones extracomunitarias, por ejemplo en el reconocimiento y ejecución de la sentencia de un tercer estado; o bien que, los proveedores establecidos en terceros Estados prefieran llevar a cabo relaciones comerciales con personas domiciliadas en Estados miembros, España, que establecen, gracias a ese convenio bilateral, una mejor protección de su derecho a una tutela judicial efectiva en dicho país..

### 2.2- REGULACIÓN CONTENIDA EN LA NORMATIVA AUTÓNOMA.

Por último, analizamos los *supuestos en los que resultan aplicables las normas de producción interna*. Cuando no resulte aplicable ningún convenio internacional, los tribunales españoles aplicarán sus normas de producción interna para determinar su competencia judicial en los contratos internacionales de *Hosting* en los que el demandado este domiciliado en un tercer país.

En el ordenamiento jurídico español, las normas de producción interna están contenidas en los *Art. 21 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. El interés que movió la actuación del legislador español fue el desarrollo constitucional del principio de tutela judicial efectiva, y garantía de los derechos de defensa del demandado, establecido en la Constitución Española, art. 24.2.<sup>744</sup> Los foros de competencia establecidos responden a un principio de adecuación a las exigencias del tráfico internacional, traducido en un principio de proximidad razonable, como así lo ha puesto de manifiesto la STC 61/2000 de 13 de marzo<sup>745</sup>, y están inspirados en el sistema establecido en el Convenio

---

<sup>744</sup> Sobre este tema del marco constitucional, Vid., ESPINAR VICENTE, J.M., “El marco constitucional del Derecho Internacional Privado español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 11, 2003, pp. 229-250.

<sup>745</sup> Dicho fundamento constitucional de estas normas ha sido puesto de manifiesto en la STC 61/2000 de 13 de marzo (texto en *AEDIPr.* Nº 1, 2001, pp. 947-951); Vid., CARBALLO PIÑEIRO,

de Bruselas<sup>746</sup>. Por otra parte, la interpretación de las reglas de competencia judicial de producción interna corresponde a los tribunales nacionales, los cuales adoptarán los principios informadores del Derecho del foro como criterios rectores.

De acuerdo con las normas de la LOPJ, hemos de distinguir varios supuestos en los que los tribunales españoles determinan su competencia judicial, para los contratos internacionales de *Hosting*, cuando el demandado esté domiciliado en un tercer Estado:

- 1) Supuesto en el que existe un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales españoles y ninguna de las partes están domiciliadas en España;
- 2) Supuesto en el que existe un acuerdo de elección de foro a favor de tribunales de un tercer Estado y el demandado no está domiciliado en la Comunidad Europea;
- 3) Supuesto de sumisión tácita a favor de los tribunales españoles.
- 4) Supuesto en el que, ante la falta de existencia de un acuerdo de elección de foro, y estando el demandado domiciliado en un tercer Estado, los tribunales españoles se pueden declarar competentes de acuerdo con el art. 22.3 LOPJ.
- 5) Supuestos de reclamaciones en materia extracontractual surgidas en el marco de un contrato internacional de *Hosting*.
- 6) Supuestos en materia de contratos de *Hosting* celebrados por consumidores

### 2.2.1- Acuerdos de elección de foro

Respecto del primer supuesto, en el *que existe un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales españoles y ninguna de las partes están*

---

L., “Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000”, op. cit., 2001, pp. 463-482.

<sup>746</sup> Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Y DESANTES REAL, M., “Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del Convenio del Bruselas de 1968 en la LOPJ de 1985”, en AAVV, *Las relaciones de vecindad*, Bilbao, Universidad del País vasco, 1985, pp. 453-463.



*domiciliadas en España*, aunque el supuesto es difícil de imaginar en el campo del *Hosting*, la posibilidad de que aparezca en la práctica no debe descartarse<sup>747</sup>. Según el art. 22.2 LOPJ, nuestros tribunales serán competentes cuando exista un acuerdo expreso de las partes.

La disposición no establece ningún requisito para su validez, de ahí que se haya defendido, por algunos autores<sup>748</sup>, la posibilidad de aplicar analógicamente las normas aplicables al acuerdo de elección de competencia territorial interna, no obstante, la mayor parte de la doctrina<sup>749</sup>, critica la posición anterior porque la aplicación de esas normas puede suponer un grave obstáculo al comercio internacional, y en particular a la contratación del *Hosting*, puesto que el art. 54.2 de LEC 1/2000<sup>750</sup> establece la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa incluidas en contratos de adhesión o condiciones generales.

Este sector doctrinal opina que es necesario interpretar este art. 22.2 LOPJ a partir del art. 23 R. 44/2001, ya que el sistema de Bruselas sirvió de modelo para establecer el régimen de la LOPJ, y el juez español, en su condición de órgano del ordenamiento jurídico comunitario, debe velar por la preservación de la coherencia y uniformidad del sistema del R. 44/2001, en el que se integran, por remisión del art. 4, las normas de la LOPJ.

Respecto del segundo supuesto, en el *que existe un acuerdo de elección de foro a favor de tribunales de un tercer Estado y el demandado no está domiciliado en la Comunidad Europea*. Las normas de producción interna fijarán la validez y admisibilidad de estos acuerdos y sus eventuales efectos derogatorios de la competencia del tribunal del foro.

---

<sup>747</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “*Derecho...*”, 2002, op. cit. pp 450.

<sup>748</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*Derecho...*”, op. cit. pp. 142 y ss

<sup>749</sup> Vid., VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., “*Derecho Procesal...*” op. cit, pp. 217-218; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional privado*”, op.cit. pp. 144 y ss.

<sup>750</sup> Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 7 de 8 de enero de 2000.

## El Contrato Internacional de Hosting

Los tribunales españoles han tenido que tratar este tipo de problemas en algunas sentencias. Sin embargo, no existe una línea jurisprudencial asentada que asegure un tratamiento uniforme. Una primera jurisprudencia abogó por una aplicación imperativa de las normas de competencia prevista en la legislación española, negando todo valor a los acuerdos de sumisión a tribunales de un tercer estado<sup>751</sup>. La doctrina, por su parte, abogó por la admisión de este tipo de acuerdos, llegando incluso a proponer una reforma del Art. 22.2 LOPJ<sup>752</sup>. La jurisprudencia actual se ha hecho eco de estos argumentos, afirmando que la *derogatio fori* no es admisible cuando el demandado este domiciliado en España, pero sí, aunque con condiciones<sup>753</sup>, cuando este domiciliado en un tercer estado.

La LEC 1/2000 en su artículo 63.1 admite la proposición a instancia de parte de una declinatoria para impedir que los tribunales españoles conozcan del asunto cuando el conocimiento de la demanda corresponde a órganos jurisdiccionales extranjeros, tal supuesto acaecerá cuando las partes hayan firmado una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de un tercer Estado. En cualquier caso, la verificación de la competencia se realiza a instancia de parte. De no solicitarlo y no presentar una defensa del fondo, el juez se declarará competente y conocerá del litigio en rebeldía del demandado.

---

<sup>751</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional privado*”, op.cit. pp. 153 y ss.

<sup>752</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*Derecho...*”, op. cit. pp. 155 y ss. Proponen introducir un nuevo apartado 3 en el artículo 22 que empezara diciendo: “Siempre que las partes no se hayan sometido expresamente a un Tribunal extranjero en materias susceptibles de sumisión a arbitraje...”. Aunque existe discrepancia sobre el tema, si que hay acuerdo a la hora de establecer dos límites a esta posibilidad de admisión de la *derogatio fori*: cuando se traten de materias de competencia exclusiva de los tribunales españoles, o cuando se trate de una materia donde la autonomía de la voluntad de las partes no puede jugar, es decir, en materia de derecho de familia, contratos de consumidores y contratos de trabajo

<sup>753</sup> No se encuentra unificada la exigencia de determinadas condiciones, Vid., SAP Madrid de 10 de julio de 2000 (AC 2000, 4363), observaciones de BOUZA VIDAL, N., en *AEDIPr*, 2002/158, pp. 699 y ss.

## 2.2.2- Foros de competencia en materia de obligaciones contractuales

En cuanto al cuarto supuesto, en el que, *ante la falta de existencia de un acuerdo de elección de foro, y estando el demandado domiciliado en un tercer Estado, los tribunales españoles se pueden declarar competentes de acuerdo con el art. 22.3 LOPJ*, es necesario distinguir dos foros especiales en materia de obligaciones contractuales:

- a. *Si las obligaciones contractuales han nacido en España*, serán competentes los tribunales españoles si el contrato internacional de *Hosting* se ha celebrado en España. Un sector de la doctrina<sup>754</sup> entiende que el lugar de celebración del contrato debe determinarse a partir de la *Lex fori* para facilitar la labor del juez, su localización carece de contenido material, pues sus funciones son más bien las de ayudar a determinar el Derecho aplicable o los tribunales competentes.

Quando estamos ante contratos *web wrap de hosting*, celebrados exclusivamente a través de la página web del proveedor, la fijación del lugar de celebración del contrato es un problema de difícil solución. En principio, habría que acudir al país donde radica el servidor a través de cuya página Web se celebra el contrato (lugar de emisión de la oferta)<sup>755</sup>, pero ello nos llevaría a resultados poco lógicos, pues podría tratarse de un país sin conexión alguna con el caso y además, desconocido e imprevisible para una las partes. Por ello, hay que buscar una solución sustitutoria y considerar como lugar ficticio de celebración del contrato, el

---

<sup>754</sup> Vid., VIRGOS SORIANO, M., “*Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*”, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 135-137

<sup>755</sup> Hay que tener en cuenta el cambio producido por la LSSICE, que a través de su Disposición Adicional Cuarta, modificó el artículo 1262 del Código Civil y el artículo 54 del Código de Comercio (para solventar, de paso, el problema general de la perfección del contrato en la contratación a distancia), dándoles a ambos preceptos una nueva redacción. Concretamente el artículo 54 del C. Comercio, para las relaciones B2B, queda redactado de la siguiente manera: “*Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*”. Por lo tanto, hay consentimiento desde el momento que se manifiesta la aceptación (criterio de la emisión de la aceptación).

## El Contrato Internacional de Hosting

país en el que radica el establecimiento del PSI con el que se está contratando (que deberá ser España).

En este sentido, el artículo 29 LSSICE parte de distinguir dos tipos de contratos, por un lado, aquellos en los que intervenga como parte un consumidor, los cuales se presumen celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual; y por otro lado, aquellos celebrados entre empresarios o profesionales, que se presumen celebrados en el lugar en que esté el establecimiento del prestador de servicios. La finalidad perseguida por este precepto es unificar en los contratos de carácter mercantil celebrados exclusivamente *on line* la localización de todos los contratos del prestador de servicios en su lugar de establecimiento.

- b. *Si las obligaciones contractuales deben cumplirse en España.* Se trata de un foro copiado del art. 5.1 CB, por lo que resultan perfectamente aplicables todos los comentarios realizados sobre el criterio general del art. 5.1 a) del Reglamento 44/2001 a la hora de determinar el lugar de cumplimiento que será, según la tradicional interpretación del TJCE, el pactado por las partes y, en su defecto, el que indique la Ley aplicable al contrato. Se ha defendido que ante la falta de una precisión de la obligación a tener en cuenta a la hora de determinar la competencia, resulta posible declarar competentes a los tribunales españoles cuando alguna de las obligaciones principales deba ejecutarse en España, aunque no sea la que sirve de base a la demanda<sup>756</sup>, no obstante parece más acertada una interpretación de la disposición consistente en adoptar los criterios hermenéuticos del R. 44/2001<sup>757</sup>

---

<sup>756</sup> Vid., VIRGOS SORIANO, M., “Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional”,...op. cit. pp. 157

<sup>757</sup> Vid., VIRGOS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ, F.J.,”Derecho Procesal...”2000, op. cit, pp. 111.

### 2.2.3- Foros de competencia en materia de obligaciones extracontractuales

Por lo que se refiere al criterio de competencia previsto en materia extracontractual, el artículo 22.3 LOPJ establece que nuestros tribunales serán competentes “cuando el hecho de que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual en España”.

La precisión de lo que debe entenderse por obligaciones extracontractuales corresponde al ordenamiento jurídico español, aunque no hay que perder de vista que es una categoría más amplia que el concepto de materia delictual y cuasidelictual del artículo 5.3 del Reglamento, por lo que todo lo dicho respecto de este artículo puede ser tenido en cuenta en la interpretación del foro del artículo 22.3 LOPJ.

El artículo 22.3 establece dos foros especiales por razón de la materia, por lo que la competencia de los tribunales españoles puede venir afirmada cuando el hecho de que derive la obligación haya ocurrido en España o cuando la víctima y el autor tengan su residencia habitual en España. Este último foro, según un sector de la doctrina<sup>758</sup>, amplía el volumen de competencia atribuido a nuestro tribunales y corrige el carácter accidental del *forum delicti commissi*, permitiendo una mejor protección de los residentes en territorio español.

En la concreción de este *forum* además de los principios constitucionales y de otras disposiciones internas, como los artículos 52 y 53 de la LEC, podrá tenerse en cuenta la jurisprudencia comunitaria ex artículo 5.3 R. 44/2001, ya mencionada.

---

<sup>758</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Derecho Internacional privado”, op.cit. pp. 692 y ss

#### **2.2.4- Foros de competencia en materia de contratos celebrados por un consumidor**

Por último el supuesto del foro de competencia del artículo 22.4 LOPJ para los contratos suscritos por un consumidor, según el cual los tribunales españoles serán competentes “(...) *y en el caso de cualquier otro contrato de prestación de servicio (...), cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España, o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato*”.

Se trata de una mala copia del artículo 13 del Convenio de Bruselas, por lo que todo lo dicho respecto a ese artículo es perfectamente aplicable al artículo 22.4, aunque, no obstante, debemos hacer algunas precisiones:

1. La norma no define lo que debe ser considerado como contratos de consumidores, por lo que habrá que acudir a las normas del ordenamiento jurídico para realizar esa labor. La norma de referencia es el artículo 1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios<sup>759</sup> donde se recoge una definición más extensa que la noción autónoma del Reglamento.
2. Nada dice de que el consumidor esté domiciliado en España, según el tenor del artículo 22.4, bastará con que un consumidor haya realizado los actos necesarios para la celebración del contrato de *Hosting* en territorio español, es decir, haga clic en la pantalla del ordenador de su casa, o bien que la configuración de la *website* del proveedor de entender que se trataba de publicidad especialmente dirigida a nuestro país.

---

<sup>759</sup> Artículo 1 LGDCU: “(...) *A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden (...)*”

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

El resultado puede ser bastante nefasto para los proveedores online, por ello algunos autores<sup>760</sup> han entendido necesario que, para una aplicación de este artículo, hay que tener en cuenta que, se ha de exigir la domiciliación del consumidor en territorio español y, se ha de exigir también el cumplimiento cumulativo de las dos condiciones del artículo 22.4, y no de modo alternativo como parece deducirse de la utilización de la conjunción “o” en vez de la conjunción “y”. Asimismo, ante la falta de adaptación de la disposición al nuevo contexto tecnológico en el que se llevan a cabo los contratos internacionales de *Hosting*, es precisa una interpretación que tenga en cuenta la nueva redacción del artículo 15 R. 44/2001, pues en caso contrario, se podría incurrir en la atribución de la competencia a los tribunales españoles en supuestos con una escasa vinculación con nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>760</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Derecho...”, 2002, op. cit. pp 479; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Conflictos...” op. cit., 2001, pp. 91 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting



### III- EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING

#### 1- EL PRINCIPIO DEL PAIS DE ORIGEN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La nueva contratación virtual comporta la realización de millones de contratos internacionales a través y por Internet (nos referimos especialmente a los llamados *Web-Wrap Contracts*, característicos de los contratos de *Hosting*), cantidad que crece a un ritmo exponencial creando lo que se ha venido en llamar un capitalismo sin fricciones a escala planetaria<sup>761</sup>. No obstante, pese a la universalización referida, la realización de ciertas actividades comerciales no goza de la libertad requerida sino que permanece sujeta al principio de territorialidad material, es decir, la empresa que quiera operar en varios mercados nacionales debe adaptarse, en lo relativo al derecho público de la economía (autorizaciones para vender *on line*, autorizaciones para ofrecer y realizar ciertos servicios...), a los distintos derechos de los países en los que desea comercializar sus productos o prestar sus servicios.

La libertad en la prestación de servicios ha sido una de las preocupaciones constantes tanto a nivel internacional, concretamente en el seno de la OMC<sup>762</sup>, como sobretodo comunitario. Ya en el Tratado de la

---

<sup>761</sup> Vid. VARGAS GOMEZ URRUTIA, M., “Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico” en *RCE* nº 4, 2000, pP. 25-67; y Vid. VARGAS GOMEZ URRUTIA, M., “Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y jurisdicciones en el Ciberespacio”, op. cit., 2000, pp., 1-26.

<sup>762</sup> En ausencia de un establecimiento permanente en la Unión europea, los prestadores de servicios de *Hosting* de terceros países, no podrán exigir la supresión de las disposiciones estatales que restringen sus posibilidades de prestar servicios en algún Estado miembro de la UE o EEE, salvo que exista algún convenio internacional que les conceda esta facultad. La OMC ha iniciado los pasos para adoptar normas específicas sobre los servicios de la sociedad de la información, si bien sin resultados definitivos hasta la fecha, por lo tanto mientras no concluya el proceso de elaboración de normas para el comercio electrónico, el régimen jurídico aplicable al comercio internacional de servicios de *Hosting* debe buscarse en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios el cual contempla una serie de obligaciones generales (*trato de la nación más favorecida*) aplicables a todos los Estados de la OMC y unas listas de compromisos

Comunidad Europea<sup>763</sup> se reguló la libre prestación de servicios en los artículos 49 a 55. En concreto el artículo 49 (antiguo 59) prohíbe *las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el destinatario de la prestación*<sup>764</sup>. En consecuencia el artículo 50 (antiguo 60) señala que el prestador de un servicio *podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado donde se lleve a cabo la prestación en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales*.

Con el fin de garantizar y avanzar en el proceso de integración real de los mercados, el Tratado concede a las autoridades comunitarias la facultad de aprobar directivas que garanticen la libertad de prestación de servicios en relación con algún servicio en particular. A este objeto responde la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior.

El Considerando 5 de la Directiva 2000/31/CE, afirmaba que *“el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Comunidad se ve limitado por cierto número de obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior”*. Para paliar las consecuencias de este llamado efecto de parcelación mundial del Derecho público de la Economía<sup>765</sup>,

---

nacionales específicos que solo se aplican en la medida en que se va extendiendo la liberalización a los distintos servicios. Vid., GARCÍA LÓPEZ. *“La liberalización del comercio de servicios en la OMC”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp., 206 y ss. Y es interesante leer la DECLARACIÓN DE POLÍTICA GENERAL del Comité *ad hoc* que realiza el Proyecto sobre el comercio electrónico (PCE) en relación con la competencia y la ley aplicable en la contratación electrónica de 6 de junio de 2001. Document ECP/AH1-100 final

<sup>763</sup> Texto consolidado con todas las últimas modificaciones producidas, que entró en vigor el 1 de mayo de 2004.

<sup>764</sup> Sobre la interpretación del alcance del artículo 49 del Tratado, Vid., STJCE de 4 de diciembre de 1986, asunto 205/84 *“Comisión v. Alemania”*, Rec. 1986 I-3755 y ss.: el artículo 49 no solo exige eliminar toda discriminación en perjuicio de quien presta servicios por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando puede prohibir u obstaculizar de otro modo las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos.

<sup>765</sup> Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *“Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica”*, en JA. ECHEVARRIA SÁENZ, *El comercio electrónico*, Edisofer, Madrid, 2001, pp., 145-217.

no bastaba con la proclamación de las libertades que consagra el Tratado, sino que era necesario algo más, por ello la Directiva destacaba la necesidad de establecer un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior.

Y así, para armonizar estos aspectos, la Directiva “saltó” por encima de las diferencias entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros, a las que impuso un régimen de armonización mínima, y adoptó el principio de mutuo reconocimiento combinado con la regla del país de origen. Es decir, la Directiva en su artículo 3 “pasa por alto” las diferencias legislativas nacionales y establece el principio de que todos los Estados Miembros reconocerán la legislación interna de los demás (principio del reconocimiento mutuo), a pesar de las diferencias con la suya propia, de forma que cuando un servicio de Internet sea prestado desde un Estado miembro a un destinatario situado en otro Estado miembro, éste último se abstendrá de intervenir en dicha relación, que se regirá en todos sus aspectos por la ley del país en el que esté establecido el prestador de servicios de Internet, es decir, en nuestro caso, el prestador de los servicios de *Hosting*, cuyo control corresponde en exclusiva al país de origen (principio del país de origen)<sup>766</sup>.

O dicho de otro modo, quedará sujeto a los principios de reconocimiento mutuo y de país de origen<sup>767</sup>, todo lo que forme parte, según el artículo 2, del “ámbito coordinado”, entendiéndose por tal, el conjunto de requisitos legales exigibles a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (proveedores de contenidos y proveedores de intermediación como los de *Hosting*), tanto generales (relativos a la actividad) como los específicamente

---

<sup>766</sup> Vid. VARGAS GOMEZ URRUTIA, M., “Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001

<sup>767</sup> Esta regla del país de origen suscitó enfrentamientos entre las Delegaciones de los Estados Miembros en orden a su interpretación y alcance. La cuestión se zanjó, dejando fuera de la regla del país de origen, todas las materias incorporadas en el Anexo de la Directiva, como por ejemplo: a) la designación de los tribunales competentes; y b) la libertad de las partes para elegir la ley aplicable a su contrato.

destinados a tales prestadores<sup>768</sup>. También quedan incluidas las exigencias relativas al comienzo de la actividad (cualificaciones, autorizaciones, notificaciones) y al ejercicio y desarrollo de la misma, así como las referidas a la calidad de la prestación o del servicio, a la publicidad, a los contratos y a la responsabilidad.

Solo por razones excepcionales, dígase orden público, salud pública, seguridad pública y protección de los consumidores, podrían los Estados Miembros adoptar medidas restrictivas necesarias y proporcionales (art. 3.4 y 3.5 de la Directiva)<sup>769</sup>. A este respecto es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de diciembre de 2003<sup>770</sup> en el asunto *DocMorris* de venta por Internet de medicamentos por un proveedor de servicios situado en los Países Bajos. El alto Tribunal, ante la tentativa de los demandantes de prohibición de la venta *on line* de estas mercancías en Alemania alegando cuestiones de protección de la salud pública basando la demanda, entre otras, en el artículo 3.4 de la Directiva de Comercio electrónico, declaró válida y conforme con el derecho comunitario la venta en Internet de medicamentos no sujetos a prescripción facultativa, aunque mantuvo la prohibición de los que requieren intervención médica o receta facultativa<sup>771</sup>, obteniendo así un equilibrio impecable entre la protección de la salud de las personas y las libertades que proclama el mercado interior, en especial la libertad de circulación de bienes y servicios.

---

<sup>768</sup> La Directiva 2000/31/CE sólo opera en el ámbito comunitario, por lo que si alguna empresa de servicios de Hosting, por ejemplo norteamericana, quisiera operar en España se le aplicaría el artículo 8.1 del CC y no el criterio de la ley del país de origen.

<sup>769</sup> Vid., GARCÍA CACHAFEIRO, F., Y GARCÍA PÉREZ, R., “Reflexiones sobre las restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información”, en *Revista de la contratación electrónica*, nº 42, 2003, pp. 31 a 42.

<sup>770</sup> STJCE de 11 de diciembre de 2003, Rec. 2003 I-14887, en el asunto C-322/01 “*Deutscher Apothekerverband v. 0800 DocMorris NV y Jacques Waterval*”, (TOL 331930 y en Celex nº 601J0322).

<sup>771</sup> Sobre este tema, Vid., MORENO LISO, L., “El comercio electrónico y la venta de medicamentos: una cuestión controvertida. Comentario a la STJCE de 11 de diciembre de 2003” en *Aranzadi SA, 2004*, BIB 2004/1554, pp. 1-6; Vid., ALBA ROMERO, S., Y GUTIÉRREZ PÉREZ, M<sup>a</sup>V., “Evolución del estatuto jurídico del medicamento en la Unión europea hasta la actual codificación”, en *Noticias de la Unión europea*, nº 197 de junio de 2001; y también Vid., FRAGUAS GADEA, L., “La libre circulación de medicamentos”, en *Rev. Noticias de la Unión europea*, nº 184, 2000, pp. 57 y ss.

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

En Junio de 2002 la Sociedad anónima holandesa DocMorris, titular de una farmacia en Landgraaf, ciudad fronteriza entre Alemania y Países Bajos, empezó a ofrecer a través de su página Web la venta de medicamentos en alemán. Se trataba de una política comercial destinada a la venta de medicamentos autorizados a los consumidores alemanes y de los Países Bajos que se compaginaba con la venta directa en oficina. La demanda también se plantea contra una de los representantes legales de la sociedad, el Sr. Waterval, con nacionalidad de los Países Bajos. Los demandados, en su dirección de Internet, clasifican los medicamentos bajo rúbricas genéricas y los enumeran por orden alfabético según su denominación, añadiendo información sobre el envase, el precio y las características del producto e, incluso si el medicamento estaba sujeto a prescripción médica, conforme a las normas del país del domicilio del consumidor, se advierte junto a la descripción del producto que no se servirá sin la previa presentación de la receta. Por otro lado, la Apothekerverband, una asociación alemana defensora de los intereses de la mayoría de farmacéuticos alemanes, consideró que las actividades de DocMorris eran ilegales si se aplicaba la ley alemana sobre medicamentos (AMG) que prohibía la venta por correspondencia de los medicamentos cuya dispensación se reservaba exclusivamente a las farmacias y alegaba cuestiones de protección de la salud pública y de los consumidores para obtener la prohibición de estas ventas on line.

La plasmación de los principios de reconocimiento mutuo y control en el país de origen fue uno de los aspectos mas controvertidos del texto de la Directiva, sobretodo por su discutida interrelación con las normas de Derecho internacional privado llegando a plantearse si la regla del control del país de origen desempeñaba la misma función que una norma de conflicto de leyes de DIPr, en el sentido de que establecía la ley aplicable a las relaciones jurídicas surgidas en Internet y por lo tanto a los contratos de servicios de *Hosting*.

Algunos autores<sup>772</sup> consideraron esta postura como la más correcta, interpretando que el art. 3 de la Directiva sobre comercio electrónico, también llamada cláusula de mercado interior, permitía determinar la ley aplicable a un litigio electrónico transnacional, tratándose por tanto de una regla de conflicto de leyes, de tal forma que los servicios prestados por Internet como el *Hosting*

---

<sup>772</sup> Vid., CRUQUENAIRE, A., Y LAZARO, C., “La clause de marché intérieur: clef de voûte de la Directive sur le commerce électronique”, en *Le commerce électronique sur les rails?. Analyse et propositions de mise en oeuvre de la Directive sur le commerce électronique*, MONTERO E (DIR), Cahiers du CRID, n° 19, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 41-94; Y también en este sentido, DIAZ FRAILE, JM., “Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley Español de Comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración”, *RCDI*, vol. 77, 2001, pp. 92-93; y Vid., CRABIT, E., “La Directive sur le commerce électronique. Le projet Méditerranée”, *Revue du droit de l’Union Européenne*, n° 4, 2000, pp., 778 y ss.

se regirían por la ley del país en el que esté establecido el prestador de servicios de *Hosting*, a salvo las excepciones contempladas en el Anexo.

Por otro lado, nos encontramos con la postura de aquellos autores<sup>773</sup> que sostienen que el artículo 3 no determina la ley aplicable a una transacción en red sino que constituye un mandato dirigido al país de origen de los servicios de velar por que los prestadores de servicios establecidos en su territorio cumplan con las normas relativas al ámbito normativo coordinado, aunque ejerzan su actividad en otro Estado Miembro. De acuerdo con esta segunda línea de opinión, el principio del país de origen no constituye una norma de conflicto que determina la ley aplicable a un conflicto surgido en Internet, sino que se trata de un compromiso del Estado de origen de supervisar a los prestadores establecidos en su territorio, es decir una regla de aplicabilidad, una regla que acompaña a disposiciones de derecho material y que define su ámbito de aplicación a pesar de cualquier disposición de derecho extranjero designada en virtud de una regla de conflicto de leyes<sup>774</sup>.

Lo cierto es que el artículo 1.4 de la misma Directiva viene a confirmar lo mantenido por esta línea de opinión al disponer que *“la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho Internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia”*, por lo que, en definitiva, la cláusula de mercado interior no constituye en sí una regla que soluciona un conflicto de leyes y por lo tanto no determina la ley aplicable a las transacciones por Internet.

La consecuencia directa de toda esta polémica es que los Estados miembros han adoptado puntos de vista divergentes a la hora de plasmar la regla del control de origen en sus respectivas legislaciones sobre servicios de la sociedad de la información. La mayoría de los Estados se han decantado por

---

<sup>773</sup> Vid., DESANTES REAL, M., “La Directiva sobre comercio electrónico. Mercado interior y servicios financieros de la sociedad de la información”, en *Derecho de Internet, Contratación electrónica y firma Digital*, MATEU DE ROS Y CENDOYA MENDEZ DE VIGO (Coods), Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 335-336; y También, LOPEZ TARRUELLA, A., “An European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce”, en *CMLR*, vol. 38, 2001, pp. 1351.

<sup>774</sup> Vid., HERVE JACQUEMIN, “La telemedicina en Derecho comparado: algunos aspectos jurídicos”, en *Diario La Ley*, nº5795, 2003, pp. 10

entender la regla del país de origen como una norma de conflicto y por tanto se aplicará la ley del país donde este establecido el prestador en relación con las materias comprendidas en el ámbito coordinado, así en esta línea nos encontramos a Luxemburgo con el artículo 2.4 de la Ley de 14 de agosto de 2000 sobre comercio electrónico y a Austria con el artículo 20 de la Ley de 21 de diciembre de 2001 sobre comercio electrónico.

En la posición contraria se alinean países como Alemania con su artículo 4 de la Ley de teleservicios de 2001, donde el legislador alemán ha tratado de plasmar las reglas de la Directiva en criterios aptos para ser utilizados en Alemania optando por una interpretación mas acorde con la jurisprudencia comunitaria sobre libre prestación de servicios<sup>775</sup>.

Esta Directiva 2000/31/CE fue transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 34/2002 de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico. En la misma, la regla del reconocimiento mutuo fue recogida en el artículo 7, en el que se proclama la libertad de los prestadores de servicios establecidos en algún país de la UE o del EEE para prestar servicios de la sociedad de la información en nuestro país, sin que pueda restringirse dicha libertad por razones inherentes al ámbito coordinado. Sin embargo, el principio del control de origen se encuentra recogido en los artículos 2 y 3 de la Ley obligando al Estado español a supervisar a los prestadores de servicios establecidos en su territorio, aunque desarrollen su actividad en otros Estados miembros, configurándose así como un complemento de la regla de reconocimiento mutuo.

Algunos autores<sup>776</sup> han considerado que, interpretando los artículos 2 y 3 de esta ley, se llega a la conclusión de que el legislador español optó por adoptar la postura del principio de control en el país de origen como una norma

---

<sup>775</sup> Vid., TRUNK, A., "European Directives in the field of electronic Commerce: Interplay with German Law", en *Selected Legal Issues of E-Commerce*, Kluwer Law International, La Haya 2002, pp. 37.

<sup>776</sup> Vid., GARCÍA CACHAFEIRO, F., Y GARCÍA PÉREZ, R., "La Libertad de prestar servicios en Internet (Comentario al artículo 7 de la ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico)", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 5, Pamplona, 2004, pp. 212.

## El Contrato Internacional de Hosting

de conflicto, de modo que la misión de estos preceptos es determinar la ley aplicable a los servicios de la sociedad de la información dentro del ámbito coordinado.

Sin embargo, a nuestro entender esta interpretación no es correcta pues la LSSICE incorpora un precepto específicamente referido a la determinación del Derecho aplicable en la contratación electrónica, en concreto el artículo 26, el cual precisa que *para la concreción de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español*, que básicamente es el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, debiendo tomarse en consideración lo establecido en los artículos 2 y 3 de la propia ley, que son normas de aplicabilidad, en los que se especifica su aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, así como a los prestadores de tales servicios establecidos en otro Estado Miembro o del Espacio Económico europeo<sup>777</sup>.

---

<sup>777</sup> El debate sobre el principio del país del origen sigue de actualidad a propósito de la tan discutida Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, Bruselas 4 de abril de 2006. COM (2006) 160 final. Sobre el tema Vid., VIÑAS FARRE, R., “Posibles incoherencias entre el Derecho internacional privado comunitario y la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre servicios en el mercado interior”, en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Colex, 2005, pp. 1055-1062



## 2.- LA CONCRECIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING.

Efectivamente, el Convenio de Roma<sup>778</sup> (CR) asegura la determinación uniforme del derecho aplicable a los contratos internacionales de servicios de *Hosting* por los tribunales de todos los Estados miembros a partir de sus artículos 3 y 4<sup>779</sup>.

El Convenio de Roma, como instrumento de derecho internacional privado, ha sustituido la solución conflictual prevista en los sistemas internos de los Estados miembros, en España el artículo 10.5 CC<sup>780</sup>, para gran parte de las categorías de contratos<sup>781</sup> puesto que en su artículo 2 establece que la ley designada “se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante”<sup>782</sup>.

---

<sup>778</sup> BOE nº 171, de 19 de julio de 1993. Corrección de errores, BOE nº 189, de 9 de agosto de 1993. El carácter universal del CR (art. 2) determina que se aplique sin límites espaciales, es irrelevante que los otros ordenamientos con los que está vinculado el contrato sean o no de Estados contratantes. Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Algunas preguntas críticas en torno al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en J. OVIEDO ALBAN (Dir.), *Estudios de contratación internacional (régimen uniforme e internacional privado)*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias jurídicas, Bogotá DC, Colombia, 2004, pp., 138-220.

<sup>779</sup> En general sobre la determinación de la ley aplicable al contrato por el Convenio de Roma, Vid., ESPLUGUES MOTA, C., Y HARGAIN, D., “*Derecho del Comercio Internacional. Mercosur-Unión Europea*”, Ed. Reus SA, y Ed. IB de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp., 317 y ss.; CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Curso de contratación internacional*”, Colex, Madrid, 2003, pp. 49-97; ESPLUGUES MOTA, C., (Coord) “*Contratación Internacional*”, op. cit., pp., 47-166; FERNÁNDEZ ROZAS, JC., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “*DIPr...*”, op. cit., pp.537-582; Vid. VIRGOS SORIANO, M., “Obligaciones y contratos” en AAVV, *Derecho internacional privado. Parte especial*. 6º Ed. Revisada, Madrid, Eurolex, 1995. pp. 144-207.

<sup>780</sup> Sobre este artículo del Código civil, Vid., VIRGOS SORIANO, M., “Artículo 10.5 CC”, en AAVV, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. 2, 2º ed. Edersa, Madrid, 1995, pp., 609-693. Y Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Le nouveau système de règles de conflit du Droit International Privé espagnol”, en *Revue Critique de DIPr*, nº 2, Paris, 1976, pp. 397-423

<sup>781</sup> Según lo establecido por el artículo 1 del Convenio tan solo resultan excluidas cuestiones de estado civil y capacidad de las personas físicas (salvo la teoría del interés nacional), materia societaria, las obligaciones contractuales del derecho de familia, contratos de seguros (pues existe una regulación específica mediante Directivas), y convenios de arbitraje y jurisdicción (en este último caso se está considerando la posibilidad de incluirlos en el próximo art. 1 del Reglamento Roma I)

<sup>782</sup> Son interesantes los estudios previos a este convenio para analizar el resultado final, Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L. “Proyecto de Convenio CEE sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, en *Revista Instituciones Europeas*, vol. 7, Madrid, 1980, pp. 995-1027.

## El Contrato Internacional de Hosting

El convenio, por tanto, posee un carácter universal lo que conlleva su aplicación a todos los contratos internacionales de *Hosting* con independencia de su conexión con el territorio de la Unión europea, siempre y cuando el litigio se plantee en la UE<sup>783</sup>. Los tribunales competentes de los Estados miembros, ante los cuales se ha presentado la demanda, están obligados a aplicarlo aunque ninguna de las partes posea su residencia en territorio comunitario o ninguno de los elementos del contrato esté conectado con el territorio de un Estado Miembro. Este carácter universal cabe pensar, y así lo parece, se va a mantener en la futura conversión del Convenio en Reglamento comunitario<sup>784</sup>.

Por otra parte, la sustitución de las soluciones tradicionales del Código Civil, en su artículo 10.5<sup>785</sup>, por las del Convenio representa una importante evolución en materia de contratación internacional<sup>786</sup> y ello por tres motivos:

- En primer lugar, el CR no contempla ciertas restricciones que si establece el CC como limitar la eficacia de la elección a los supuestos en los que es expresa y sólo admite la elección de una ley que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate.
- En segundo lugar, el CR se decanta por criterios de solución flexibles basados en el principio de proximidad, mientras el CC continúa con criterios rígidos como el lugar de celebración del contrato.
- En tercer lugar, el CR, a diferencia de la normativa del CC, contempla la posibilidad de tomar en cuenta las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados.

---

<sup>783</sup> Sobre conflictos de leyes fuera de la Unión Europea y su influencia en el tratamiento del tema dentro de las fronteras comunitarias, Vid., STERIO M., "The globalization era and the conflict of law: What europe could learn from the United States and Viceversa", op. cit., 2005, pp. 162-186

<sup>784</sup> Vid., artículo 2 del la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 15 de diciembre de 2005. COM (2005) 650 final. En este mismo sentido, ver las aportaciones del GEDIP, "*Reponse au livre vert*", punto 8 de la tercera versión consolidada de propuestas de modificación de algunos de los artículos del CR.

<sup>785</sup> Este artículo tan solo gobernará aquellos aspectos excluidos del ámbito de aplicación del texto del CR y, además, siempre que no existan normas específicas en el ordenamiento español aplicables a ellos.

<sup>786</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, PA., "*Derecho privado de Internet*", op. cit, pp. 497

En principio, los criterios básicos que emplea el CR para fijar la Ley que regula el contrato no se ven alterados por el hecho de que se trate de una contratación *on line*, como es el caso de los contratos internacionales de servicios de *Hosting*, aunque como veremos, el Convenio de Roma no fue redactado pensando en el comercio electrónico, ya que en aquel entonces no existía, por ello, en ocasiones, suscita algunas lagunas axiológicas, es decir, supuestos formalmente regulados pero no realmente regulados, que los tribunales han de interpretar guiados por la *ratio de la norma*.

A este respecto, es de lamentar que el TJCE no haya tenido hasta hoy<sup>787</sup> competencia para interpretar el Convenio de Roma, por lo que no ha existido un mecanismo al que los tribunales nacionales hayan podido acudir cuando se les presentara un problema de aplicación, ni existe, por lo tanto, un cuerpo jurisprudencial que asegure una interpretación unificada de sus disposiciones. Con la entrada en vigor, el 1 de agosto de 2004, de los dos Protocolos antes mencionados, ya no habrá que esperar a la futura comunitarización del Convenio para que elimine estos retrasos y vacíos jurisprudenciales en la medida en que el TJCE ya ha adquirido competencia para interpretar sus disposiciones.

Así, en primer término, el art. 3 del Convenio faculta a las partes para elegir la ley del contrato, como una prolongación del principio de autonomía de la voluntad, siendo el ámbito de actuación absoluto pues no es necesario que la ley elegida sea la de un Estado miembro o presente una vinculación estrecha o no con el contrato. No obstante, la ley elegida por las partes debe ser un derecho estatal, pues en la actualidad no se admite el llamado contrato sin ley<sup>788</sup>, las partes no pueden someter la relación contractual a un conjunto de

---

<sup>787</sup> PRIMER PROTOCOLO relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Comunidades europeas del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, BOE nº 243 de 8 de octubre de 2004; y SEGUNDO PROTOCOLO por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las comunidades europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, BOE, nº 243 de 8 de octubre de 2004. Ambos Protocolos entraron en vigor el 1 de agosto de 2004.

<sup>788</sup> Vid., CARBONE, S.M., "Il contratto senza legge e la convenzione di Roma del 1980", en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.* 1983, pp. 279-287.

## El Contrato Internacional de Hosting

reglas jurídicas que no tengan un origen estatal como, por ejemplo, la eventual *lex electrónica*. Sin embargo, la probable admisión en el futuro Reglamento Roma I de la elección por las partes de *cuerpos normativos transnacionales* beneficiaría una regulación más acorde con los intereses del comercio internacional electrónico actual<sup>789</sup>.

En segundo término y en defecto de elección de ley por las partes, el artículo 4 del CR establece la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato. Para su determinación hay que acudir a la presunción del párrafo segundo de dicho artículo según el cual resultaría aplicable el derecho del país de residencia del contratante que debe llevar a cabo la prestación característica, salvo que ésta no pueda determinarse, en cuyo caso según el párrafo 5 del artículo 4, tendremos que aplicar la ley más estrechamente vinculada, debiendo determinarse ésta directamente del art. 4.1 CR.

Pero estos criterios de conexión tradicionalmente empleados por las reglas de conflicto en materia contractual resultan poco apropiados para la contratación en Internet, por ello, se está imponiendo últimamente una tendencia a marginar la sistemática nacionalización de los contratos transfronterizos al determinar su régimen jurídico, sustituyéndolo por un progresivo desarrollo de normas uniformes en el plano internacional, bien auspiciadas por organizaciones intergubernamentales, bien por entidades privadas. Normas uniformes internacionales que pueden ser tenidas en cuenta, por ejemplo, cuando las partes acuden al arbitraje comercial internacional para resolver las controversias<sup>790</sup>, pues los árbitros gozan, en principio, de mayor libertad que los tribunales estatales para aplicar las reglas de derecho que consideren oportunas<sup>791</sup>, como así lo indica nuestra Ley 60/2003 de 23 de

---

<sup>789</sup> Vid., Artículo 3 de la Propuesta de Reglamento Roma I, de 15 de diciembre de 2005. COM (2005) 650 final.

<sup>790</sup> Vid., ALFORD, R.P., "The virtual World and the arbitration World", en *J.Int. Arb.*, vol. 18, 2001, pp., 449-461; Vid., DE MIGUEL ASENSIO, PA., "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", en *Dir. Com. Int.*, vol. 12, 1998, pp., 859-883.

<sup>791</sup> En este mismo sentido se pronuncia el artículo 17 del Reglamento de arbitraje de la CCI aprobado el 8 de abril de 1997 al indicar que si las partes no hubieren designado el derecho aplicable, los árbitros podrán *aplicar las reglas de derecho que consideren oportunas*.

diciembre de Arbitraje<sup>792</sup>, en el art. 34.2 “...si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas”.

No obstante, la práctica nos demuestra que cuando los árbitros consideran necesario determinar la ley del contrato, a falta de elección por las partes, suelen determinar el ordenamiento estatal aplicable con base en criterios empleados por los sistemas de DIPr estatales (básicamente acuden al art. 4 y 7 CR), al tiempo que, no hay que olvidarlo, el respeto a normas internacionales imperativas de los ordenamientos estatales puede ser determinante de la, en su caso, eventual ejecución del Laudo.

## 2.1- LA ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE *HOSTING*.

Tal y como hemos adelantado en el párrafo anterior, el art. 3 del CR constituye la afirmación de la conexión entre conceptos diferentes, pero interrelacionados como son la autonomía de la voluntad material y la llamada autonomía conflictual<sup>793</sup> o facultad de las partes de elegir el derecho aplicable al contrato. Esta facultad que el Convenio ofrece a las partes tiene dos consecuencias beneficiosas para los contratos internacionales de servicios de *Hosting*:

- a) Previsibilidad: La elección de la ley por las partes aporta seguridad jurídica a la relación, evitando la incertidumbre acerca del régimen jurídico aplicable al contrato celebrado, tanto en su forma tradicional como *on line*, pues las partes

---

<sup>792</sup> BOE nº 309 de 26 de diciembre de 2003.

<sup>793</sup> El convenio asume la distinción entre la llamada autonomía material (capacidad que tienen las partes para especificar los exactos términos del contrato) y la autonomía conflictual (capacidad de las partes para elegir el derecho aplicable a un contrato, es decir, para determinar el ordenamiento y por tanto la normativa que regulará su relación contractual). Conceptos que aun siendo diferentes, están interrelacionados. Vid., ESPLUGUES MOTA, C., Y HARGAIN, D., “*Derecho del Comercio Internacional. Mercosur- Unión Europea*”, op. cit. pp. 319; Vid., ANCEL, B., “Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y Mexico”, en *AEDIPr*, T. II, 2002, pp., 33-45; Y también, Vid., ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR, S., Y HERNANDEZ MARTI, J., “*Contratación Internacional*”, 2ªed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

## El Contrato Internacional de Hosting

conocen desde el primer momento cuál será el derecho aplicable al mismo<sup>794</sup>. La contratación de servicios en Internet hace todavía más necesario este tipo de cláusulas, ya que la potencial conexión del contrato con una infinidad de ordenamientos puede menoscabar la seguridad jurídica de estas prestaciones<sup>795</sup>.

- b) Estabilidad y uniformidad: Estos acuerdos de elección de derecho aplicable al contrato, en general, y al contrato de servicios de *Hosting*, en particular, permiten a las partes someter el contrato al sistema normativo que mejor se adapte a sus intereses, no obstante, en la mayoría de los casos, la “elección” únicamente se adapta a los intereses de una de las partes, es decir, el proveedor de servicios de Internet. Efectivamente, gracias a la inclusión de estas cláusulas en los contratos tipo con condiciones generales que proporcionan los proveedores, recordemos que son contratos electrónicos de adhesión<sup>796</sup>, éstos se aseguran de que, con independencia del domicilio de los potenciales clientes, todos sus contratos internacionales resultarán regulados por un mismo ordenamiento, en la práctica suele ser el del Estado donde se encuentra el establecimiento principal del proveedor.

---

<sup>794</sup> VIRGOS SORIANO, M., “Obligaciones...”op. cit. 1995, pp. 147.

<sup>795</sup> Vid., RODRÍGUEZ BENOT, A., “La influencia de la globalización en la elaboración, aplicación e interpretación del sistema de Derecho internacional Privado: especial referencia al comercio electrónico y a la contratación internacional”, en CALVO CARAVACA, AL. Y BLANCO MORALES LIMONES, P., (eds). *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003. pp. 507-536

<sup>796</sup> Recordemos que en estos casos la actuación del usuario o cliente se limita a aceptar o rechazar el contrato en su totalidad con todas las cláusulas que lo componen. Vid., KRONKE, H., “Applicable law in Torts and contracts in Cyberspace”, en K. BOELE-WOELKI Y C. KESSEDJIAN (eds.), en *Internet Which Courts decides?, Which law applies? Quel tribunal decide? Quel droit s'applique?*, la Haya, Kluwer, 1998, pp., 65-88.

### 2.1.1- Condiciones para el ejercicio por las partes de su facultad de elección.

Las partes deben elegir, necesariamente según la normativa actualmente vigente, la Ley de un Estado, no es preciso que sea el de un Estado miembro de la UE, ni que presente una vinculación estrecha con el contrato. No cabe, un contrato sin ley o contrato autorregulado, ni un contrato sometido a ordenamientos no estatales (salvo que la *lex contractus* permita la remisión a la *Lex mercatoria*), a salvo la reforma prevista por el artículo 3 de la Propuesta de Reglamento Roma I, aunque para algunos autores<sup>797</sup> sea posible la aplicación de la llamada *lex electrónica*, compuesta por los usos y prácticas de la contratación electrónica.

No podemos, no obstante, negar la importancia que, en los últimos tiempos, están adquiriendo estos usos y prácticas tras su inclusión en leyes modelo adoptadas por organismos públicos y privados de ámbito interno e internacional, tal es el caso de la UETA (*Uniform Electronic Transaction Act*<sup>798</sup>) en los Estados Unidos; o las Leyes modelo de la UNCITRAL; o las Reglas UNCID (*Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission*) emitidas por la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, aunque afirmemos que no reúnen los requisitos para poder hablar de auténtico sistema jurídico, esta *lex electrónica* puede desplegar efectos como pactos *inter partes* sometidos a los límites de la *lex contractus*, si las partes se remiten a ellos en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, además de constituir criterios útiles a la hora de interpretar los términos del contrato.

La elección de la Ley debe ser expresa, usualmente formando parte de las condiciones generales de los *web-wrap agreements*, pero cabe también la

---

<sup>797</sup> Este tema es abordado por CAPRIOLI, E.A. Y SORIEUL, R., “Le Commerce international électronique vers l’emergence de regles juridiques transnationales”, en *JDI*, 1997, nº 2, pp. 323-401.

<sup>798</sup> La finalidad de la UETA es regular las transacciones de cualquier tipo celebradas por medios electrónicos. El texto y comentarios sobre la misma se puede encontrar en <http://www.uctaonline.com>

elección tácita de la Ley del contrato, siempre que resulte *de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso* (art. 3.1 CR), para ello el juez competente deberá analizar la presencia de ciertos indicios que pueden certificar que la voluntad real de las partes era elegir un determinado derecho nacional. En la Propuesta de Reglamento Roma I se establece, además, que si las partes han convenido que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conozcan de los litigios surgidos o que pueden surgir de un contrato, también se presumirá que las partes tienen la intención de elegir la ley aplicable de este Estado Miembro<sup>799</sup>.

La existencia y validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se rigen por la ley elegida por las partes, según el art. 3.4 CR, es decir, la existencia y validez del acuerdo se rigen por la misma ley nacional que sería aplicable si el acuerdo efectivamente existiera y fuera válido (art. 8.1 CR). Ahora bien, el art. 8.2 CR otorga una *función de veto* al poder utilizar la ley de la residencia habitual de las partes, cuando dice que, *“para establecer que no ha dado su consentimiento, cualquiera de las partes podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual si, de las circunstancias resulta que, no sería razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley prevista en el apartado precedente”*<sup>800</sup>, supuesto que podría ocurrir fácilmente en este tipo de contratos *on line* de servicios de *Hosting*, formalizados generalmente a través de los *web-wrap agreements*, y que conllevaría una gran inseguridad en este tipo de transacciones en Internet, por ello, el tribunal competente debería dar entrada a reglas de la *lex electrónica* para interpretar, en estos casos, la existencia o no de un acuerdo de elección de ley mutuamente aceptado.

---

<sup>799</sup> Vid., QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento Roma I de 15 de diciembre de 2005”, en *INDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2006, pp. 1-21. La autora entiende que lo que la Propuesta quiere precisar mediante una presunción es la voluntad tácita cuando exista elección de cualquier tribunal (y no solo cuando se eligen los tribunales de un Estado Miembro).

<sup>800</sup> Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Conflictos ....*”, 2001, op. cit. pp. 43 y ss; Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Curso de contratación ...*”, 2003, op. cit., pp. 703 y ss.



O quizás, una mejor solución, que evitaría numerosas divergencias, sería la de aprovechar la conversión del Convenio de Roma en Reglamento comunitario y reformar el art. 3.4 CR para incluir, en el núcleo directamente regulado, al menos los aspectos referidos a la formación del consentimiento de las partes<sup>801</sup>.

Las condiciones de capacidad se regularán por la ley nacional de cada parte (art. 9.1 CC), y las condiciones de forma del pacto de elección de ley deben ajustarse a cualquiera de las leyes designadas por el art. 9 CR, teniendo en cuenta, como ya hemos indicado en epígrafes anteriores, que es válida la elección realizada por medios electrónicos o telemáticos, aconsejándose, para evitar problemas de prueba, la utilización de la firma electrónica.

#### 2.1.1.1- Origen Estatal de la Ley elegida por las partes.

Para resultar válida la elección de ley establecida en el artículo 3 CR, hoy por hoy como ya hemos indicado, siempre debe ir referida al Derecho de un Estado que ha de estar vigente<sup>802</sup>. Debe tratarse, además, del derecho material interno y así lo establece el artículo 15 CR, con lo que se excluye la posibilidad de practicar el reenvío, cuya aplicación, por otra parte, sería contraria a la propia voluntad de las partes<sup>803</sup>.

Se excluye del ámbito del artículo 3 la remisión a conjuntos normativos que no hayan sido adoptados por un legislador estatal, por eso, no resultaría válido el sometimiento de los contratos internacionales de servicios de *Hosting* a los usos y prácticas del comercio internacional, o a las reglas, contratos tipo,

---

<sup>801</sup> En la Propuesta de Reglamento Roma I de 15 de diciembre de 2005 el artículo 3.6 establece que “*la existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 9, 10 y 12*”

<sup>802</sup> La selección de una normativa estatal derogada no implicaría, en sentido estricto, la elección de una ley reguladora del contrato, como así exige el artículo 3 CR. Vid., ESPLUGUES MOTA, C., Y HARGAIN, D., “*Derecho del Comercio Internacional. Mercosur- Unión Europea*”, op. cit. pp. 321

<sup>803</sup> LAGARDE, P., “*Le nouveau Droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*”, op. cit., 1991, pp. 300

o leyes modelo adoptados por un organismo internacional público o privado. En el caso de que las partes, bien por ignorancia, bien por negligencia de alguna de ellas, eligiera alguno de estos cuerpos de reglas o leyes modelo, se consideraría, en España, como una incorporación por referencia de estas reglas al contrato en el ejercicio de la autonomía material y como tal, estarían sometidas al Derecho estatal aplicable, designado en defecto de elección, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 CR<sup>804</sup>.

Muchas son las razones que se esgrimen para defender la exigencia que se hace a las partes para que elijan un derecho estatal, quizás, las tres más relevantes sean:

1. La fuerza vinculante del contrato ante un órgano judicial;
2. La posibilidad de que el derecho estatal elegido integre las probables lagunas del contrato y proporcione criterios claros para su interpretación; y
3. La posibilidad de beneficiarse, en su caso, de un marco normativo imperativo que limite el juego de la autonomía de la voluntad.

Lo bien cierto es que, el artículo 3 CR no exige, en la elección realizada por las partes, ningún tipo de vinculación entre el ordenamiento seleccionado por las partes y el contrato, posibilidad que permite a los contratantes optar, por ejemplo, por un ordenamiento jurídico especialmente elaborado en relación con las transacciones electrónicas en Internet<sup>805</sup>. Parece, no obstante, abrirse paso dos tendencias que se alejan de lo hasta ahora analizado, en primer lugar, los que defienden la atribución de carácter jurídico a los usos y prácticas del comercio electrónico internacional, cuestión hoy por hoy rechazable por que no aportaría suficiente seguridad jurídica a las transacciones realizadas en Internet; y en segundo lugar, los que defienden la posible elección de determinados cuerpos de reglas jurídicas de origen transnacional, siendo esta segunda tendencia seriamente considerada.

---

<sup>804</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., “*Derecho privado de Internet*”, op. cit. pp. 505.

<sup>805</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, T-1, 2001, pp., 37-87.

2.1.1.1.1- ¿Ausencia de valor jurídico de la lex electrónica?

La *Lex Electrónica* constituye una manifestación particular en el campo de la contratación electrónica de la llamada *lex mercatoria*<sup>806</sup>. Esta *lex electrónica* estaría compuesta, por tanto, por los usos y prácticas de la contratación por y en Internet<sup>807</sup>, plasmados o no por escrito, y sistematizadas o no por entidades corporativas internacionales. De acuerdo con sus defensores, la aplicación reiterada y prolongada en el tiempo de estos usos y prácticas comerciales y la conciencia de su carácter vinculante para todos los miembros de esa especial comunidad de comerciantes, otorgaría a la *lex electrónica* valor jurídico.

Su aplicación, según sus defensores, a las relaciones jurídicas electrónicas internacionales a través de Internet, se justificaría, esencialmente, por dos motivos:

1. Por la ausencia de fronteras geopolíticas en Internet, lo que desacredita la aplicación a estas relaciones de derechos estatales, en beneficio de modelos de regulación descentralizados y transnacionales específicos para Internet, y
2. Ninguna legislación estatal resulta legitimada para imponerse sobre un medio que por definición es internacional<sup>808</sup>.

---

<sup>806</sup> Sobre la Teoría de la Nueva Lex Mercatoria, Vid., BERGER, KP., "The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Law & Pol. Ins. Bus.*, 1998, pp. 943-990; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J "Contrato internacional, nueva Lex Mercatoria y Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales" *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor L. Díez Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1539-1567; Vid., LAGARDE, P., "Approche critique de la lex mercatoria", *Etudes B. Goldman*, Paris, Litec., 1982; Vid., MARRELLA, F., "La nuova Lex Mercatoria", Cedam, Padova, 2003. Los defensores de esta teoría afirman que existe un Derecho material especial para los negocios internacionales gestado al margen de los Estados y que se presenta como un ordenamiento jurídico alternativo al derecho estatal. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina rechazando esta postura entiende que la Nueva lex Mercatoria es un pseudo-sistema legal no positivado.

<sup>807</sup> Tema éste abordado por CAPRIOLI, E.A., Y SORIEUL, R., "Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnacionales", op. cit, 1997, pp. 323-401; y Vid., GAUTRAIS, V., LEFEBVRE, G., Y BENYENKHEF, K., "Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica", en *RDAI*, n° 5, 1997, pp., 548-583.

<sup>808</sup> Vid., BURSTEIN, M., "Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace", en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 29, 1996, pp., 75 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

Si sostenemos el valor jurídico de la *lex electrónica*, los contratos internacionales de servicios de *Hosting* serían una fuente principal de sus normas y, a la vez, las relaciones jurídicas a las que dichas normas resultarían principalmente aplicables. Así, nos encontramos con un recurso casi generalizado de todos los proveedores o ISP en los clausulados o condiciones generales de estos contratos, a ciertas prácticas contractuales que se reiteran en el tiempo y son generalmente aceptadas, como por ejemplo, exoneración o limitación de la responsabilidad del proveedor o ISP por los contenidos alojados por el cliente en el espacio alquilado, por la contaminación por virus, por las intrusiones de terceros, por la configuración defectuosa del cliente, por caídas del servidor por causas de fuerza mayor, así como la exoneración de responsabilidad por defectos en el acceso a Internet cuando éste depende del proveedor de redes de telecomunicaciones, otras de las cláusulas son, las referidas al compromiso de confidencialidad, mantenimiento y cesión, constituyendo todo ello un poderoso indicio de su carácter jurídico.

Asimismo, otro poderoso indicio del posible carácter jurídico de estos usos y prácticas comerciales se deriva de su inclusión, ya mencionada, en leyes modelo adoptadas por organismos públicos y privados<sup>809</sup>, tal es el caso, por ejemplo,

1. En Estados Unidos, donde encontramos a la UCITA<sup>810</sup> y la UETA, "*Uniform Electronic Transaction Act*"<sup>811</sup>, cuya redacción está basada, en

---

<sup>809</sup> Vid., LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, A., "*Contratos Internacionales de Software*", op. cit, 2006, pp. 325 y ss

<sup>810</sup> La UCITA fue elaborada por la *Nacional Conference of Commissioners of Uniform State Law*, compuesta por jueces, legisladores, y abogados nombrados por cada uno de los Estados de la Unión. En ella se establece una regulación completa y técnicamente muy avanzada de las transacciones que tienen como objeto "*computer information*". No obstante, mientras los Estados de la Unión no lo adopten como legislación propia, este *Act* sólo se puede concebir como una Ley modelo a la que las partes pueden someter sus relaciones contractuales. En mi opinión es un conjunto de reglas pensadas para las relaciones internas de los EEUU.

<sup>811</sup> Como dijimos, la finalidad de la UETA es regular las transacciones de cualquier tipo celebradas por medios electrónicos. En un primer momento, la UETA formaba parte junto a UCITA de un mismo proyecto, es decir, la incorporación al *Uniform Commercial Code* de un nuevo art. 2B. No obstante, a finales de 1999 el proyecto se subdividió en dos proyectos independientes. Hasta el momento, han adoptado UETA 28 Estados de la Unión (EEUU), hemos de saber que los "*Acts*" deben ser adoptados por cada uno de los Estados de Estados Unidos.

parte, en las prácticas comerciales del sector informático norteamericano. Como complemento a las normas anteriores y en el campo de la firma electrónica, tenemos el “*E-Sign Act* o *Electronic Signatures in global and National Commerce Act*”<sup>812</sup>.

2. En el ámbito internacional, nos encontramos con inclusiones tanto en las leyes modelo de la UNCITRAL (de comercio electrónico de 1996 y de firma electrónica de 2001)<sup>813</sup>, como en las reglas emitidas por la Cámara de Comercio Internacional, sean las reglas UNCID, “*Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade data by teletransmission*”; sean las reglas GUIDEC II o “*General Usage for Internacional Digitally ensured Commerce*”, dirigido especialmente a regular las relaciones o transacciones electrónicas B2B; o sean los llamados *E-Terms 2004*<sup>814</sup> aplicables a todos los contratos tanto de venta de bienes como de prestación de servicios, todo ello naturalmente a través de medios electrónicos. La redacción de los ICC eTerms 2004 es la siguiente:

**“A. Article 1 - E-commerce agreement**

*The parties agree:*

- 1.1 *that the use of electronic messages shall create valid and enforceable rights and obligations between them; and*
- 1.2 *that to the extent permitted under the applicable law, electronic messages shall be admissible as evidence, provided that such electronic messages are sent to addresses and in formats, if any, designated either expressly or implicitly by the addressee; and*
- 1.3 *not to challenge the validity of any communication or agreement between them solely on the ground of the use of electronic means, whether or not such use was reviewed by any natural person.*

---

<sup>812</sup> Publicadas el 30 de junio de 2000, (Public Law 106-229)

<sup>813</sup> Ambos textos están disponibles en la dirección de Web, <http://www.uncitral.org>

<sup>814</sup> Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Grupo de trabajo IV comercio electrónico. *Cláusulas contractuales 2004 de la CCI para el comercio electrónico y la Guía de la CCI para la contratación electrónica*. Doc. A/CN.9/WG.IV/WP.113. Disponibles en la dirección de Web, <http://www.iccwbo.org/econtracting>. Y sobre este tema Vid., PERALES VISCASILLAS, M.P., “Cláusulas contractuales 2004 de la ICC para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004) y guía de la ICC para la contratación electrónica”, en *Revista de la Contratación electrónica*, n° 59, 2005, pp. 101-111; Vid., MITRAKAS, A., Y BOS, J., “The ICC Eterms Repository to support public key infrastructure”, en *Jurimetrics*, vol. 38, 1998, pp. 473-483 disponible en Premium.vlex.com;

## El Contrato Internacional de Hosting

### **A. Article 2 - Dispatch and Receipt**

- 2.1** *An electronic message is deemed to be: (a) dispatched or sent when it enters an information system outside the control of the sender; and (b) received at the time when it enters an information system designated by the addressee.*
- 2.2** *When an electronic message is sent to an information system other than that designated by the addressee, the electronic message is deemed to be received at the time when the addressee becomes aware of the message.*
- 2.3** *For the purpose of this contract, an electronic message is deemed to be dispatched or sent at the place where the sender has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business”.*

3. En la Unión europea, podemos destacar los Contratos tipo EDI emitidos por la Comisión europea<sup>815</sup> y por un número considerable de Estados.

En definitiva, la posibilidad para las partes de designar como Derecho aplicable al contrato internacional de *Hosting*, a la *lex electronica* contaría, según estos autores<sup>816</sup> con los siguientes argumentos a favor:

1. La relación contractual se regularía por normas directas que además tendrían un alto contenido técnico específico del sector, escapando así a la complejidad del método conflictual; y
2. El contrato no se nacionalizaría, cosa que ocurre cuando se le somete al Derecho interno de un Estado, sino que se regiría por un conjunto de reglas genuinamente internacionales.

Ahora bien, hoy por hoy, debe rechazarse la posibilidad de otorgarle valor jurídico a esta *lex electrónica*, y ello basándose en varias razones<sup>817</sup>:

1. Este conjunto de usos y prácticas comerciales no reúnen los requisitos necesarios como para poder hablar de un auténtico

---

<sup>815</sup> Vid., Modelo europeo de contrato EDI, incluido en la Recomendación de la Comisión 94/829/CE de 19 de octubre de 1994 relativa a los aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos. DOCE L 338, de 28 de diciembre de 1994, pp. 98. Y Vid., MITRAKAS, A., “*Open EDI and Law in Europe (A regulatory framework)*”, La Haya, Kluwer, 1997, pp. 259-262.

<sup>816</sup> Vid., RODRÍGUEZ BENOT, A., “La influencia de la globalización en la elaboración, aplicación e interpretación del sistema de Derecho Internacional privado: especial referencia al comercio electrónico y a la contratación internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA Y P. BLANCO MORALES LIMONES (Eds), *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 507-536; y Vid., GINSBURG, J., “The private International Law of copyright in an Era of Technological Change”, en *Rec. des Cours*, vol. 273, 1998, pp. 243-405.

<sup>817</sup> Vid., FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L., “La *lex informática*: la insoportable levedad del no ser”, en *Noticias Jurídicas*, octubre 2005, pp. 1-13.

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

sistema jurídico, no se puede considerar un sistema completo<sup>818</sup>, pues sus normas sólo regulan aspectos puntuales de los contratos afectados, careciendo de medios de autointegración para solventar las lagunas, sin olvidar la dificultad con la que se encuentra el actor jurídico en la determinación de las normas que forman este sistema;

2. La configuración de la *lex electrónica* a partir de las condiciones generales utilizadas por los proveedores o ISP en sus contratos de *Hosting* produce un déficit de legitimidad, recordemos que son contratos electrónicos de adhesión, adolecen, pues, de imparcialidad dado que los proveedores las redactan teniendo en cuenta especialmente sus intereses (el mejor ejemplo son las cláusulas de exoneración de responsabilidad del ISP);
3. por último, la práctica contractual en este campo del *Hosting* no nos proporciona ningún ejemplo en el que las partes remitan, expresamente, cualquier litigio o la interpretación del contrato, a dicho conjunto normativo.

En definitiva, resulta inadecuado admitir la elección de este contenido normativo transnacional indeterminado como *lex contractus*, no obstante, puede desplegar ciertos efectos en el contrato internacional de *Hosting*, por ejemplo, cuando las partes hacen una remisión expresa a esos usos y prácticas en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, siendo tratados, en este caso, como pactos *inter partes* sometidos a los límites impuestos por la *lex contractus*, y también, cuando la remisión a los mismos es realizada por el propio Derecho nacional o por el Derecho institucional (por ejemplo, art. 23 Reglamento 44/2001).

---

<sup>818</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Curso de contratación...”2003, op. cit., pp. 51-54

2.1.1.1.2- ¿Admisión de una posible elección de cuerpos de reglas transnacionales completos?

Algunos autores<sup>819</sup> defienden la posibilidad de que las partes, en base al art. 3 CR, elijan, como *lex contractus*, un cuerpo de normas específico de origen transnacional con calidad suficiente como para regir el contrato, circunstancia ésta que llevó a la Comisión a plantearse su modificación en el Libro Verde sobre Roma I y que finalmente ha tenido cabida en el artículo 3.2 de la Propuesta de Reglamento Roma I en el sentido siguiente “ *las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria*”.

De entre todas las iniciativas<sup>820</sup>, que en los últimos años se han desarrollado, para la creación o configuración de un cuerpo de normas completo de origen transnacional<sup>821</sup> con calidad suficiente como para regir el

---

<sup>819</sup> Vid., SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado”, en *Derecho Patrimonial Europeo*, PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., Y REYES LOPEZ, M.J., (Coords), Aranzadi, 2003, pp. 377-381; Vid. Del mismo autor, SÁNCHEZ LORENZO, S. “Derecho *privado europeo*”, Granada, Comares, 2002, pp., 9-10; Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Curso de contratación...” 2003, op. cit., pp. 398; Vid., ANCEL, B., “Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y México”, op. cit. 2002, pp. 44; Vid., JUENGER, F.K., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho Internacional privado”, en *REDI*, vol. 52, 2000, pp. 15-47; y Vid., DE MIGUEL ASENSIO, PA., “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, op. cit. 1998, pp. 875

<sup>820</sup> Podemos mencionar: A) Los trabajos para la creación de un *Código Europeo de los contratos*, realizados por la Academia de Pavia bajo la iniciativa y coordinación del Profesor G. GANDOLFI, que representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración entre los distintos Derechos Europeos. Esta iniciativa ha optado por establecer un “Código de Reglas” frente a otras experiencias que han optado por un “Código de Principios”. Hasta ahora, se ha elaborado un Libro I que consta de 173 artículos que comprenden lo que se conoce como Teoría General del Contrato. Sobre este tema, Vid., RUFFINI GANDOLFI, M.L., “Problèmes d’unification du droit en Europe et le Code européen des contrats”, en *Rev. Int. Dr. Comp*, 2002, pp. 1075-1103; B) El grupo de Estudio de un *Código civil europeo* que dirige el profesor E. HONDIUS e integra esencialmente a profesores universitarios. Los trabajos versan sobre los contratos de compraventa, de servicios, a corto y a largo plazo, de las garantías, de las obligaciones extracontractuales o de la transmisión de la propiedad de los bienes mobiliarios, e incluyen un interesante estudio comparado sobre los ámbitos en cuestión. Sobre este tema, Vid., HONDIUS, E., “European private Law: Survey 2000-2002”, en *European Review of private law*, vol. 10, 2002, pp., 865-900

<sup>821</sup> Vid., HEUTGER, V., “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration”, en *European Review of Private Law*, vol. 10, 2002, pp., 857-864; y Vid., CAMARA LAPUENTE, S., “Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y desenlace”, en *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 47



contrato, podemos destacar por su especial relevancia, y por ser a los que implícitamente se refiere la Propuesta de Reglamento Roma I: *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)*<sup>822</sup> y *los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 1994*<sup>823</sup>.

En ellos, según sus defensores, se contiene un régimen elaborado y equilibrado de las normas, tanto dispositivas como imperativas, equiparable al de los ordenamientos más avanzados<sup>824</sup>. Estos cuerpos normativos transnacionales cuentan con la calidad jurídica suficiente para regular un contrato internacional de modo completo y dotarlo de fuerza vinculante ante cualquier tribunal. Se trata de unas normas que se ajustan a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos y nos acerca a

---

<sup>822</sup> Su finalidad principal es la de servir de base para una futura armonización comunitaria del Derecho de contratos y obligaciones. Sobre este tema, Vid., LANDO, O., "The future development of European civil and commercial law", en *Derecho patrimonial europeo*, PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., Y REYES LOPEZ, M.J., (Coords), Aranzadi, 2003, pp., 231-240; Vid., BARRES BENLLOCH, M.P., EMBID IRUJO, J., Y MARTINEZ SANZ, F., "*Principios de Derecho contractual Europeo. Los trabajos de la Comisión Lando*", Madrid, Fundación cultural del Notariado, 2003; Vid., DIEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., Y MORALES MORENO, A.M., "*Los principios de Derecho europeo de los contratos*", Madrid, Civitas, 2002; Vid., LANDO, O., Y BEALE, H., "*Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised*", La Haya, Kluwer, 2000; Vid., LANDO, O., "El Derecho contractual europeo en el tercer milenio", en *Derecho de los negocios*, nº 116, 2000, pp., 1-20.; Vid., VATTIER FUENZALIDA, C., "Los Principles of European Contract Law: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea", en *Noticias UE*, nº 159, 1998, pp 21-24; y Vid., LANDO, O., "European Contract Law", en *International Contracts and Conflicts of Laws. A collection of Essays*, London, Graham & Trotman, 1990, pp., 1-14.

<sup>823</sup> Se ha llegado a hablar de la eficacia y eficiencia del uso de los Principios UNIDROIT como *lingua franca* para los operadores del comercio internacional a la hora de negociar, celebrar y ejecutar contratos comerciales internacionales. Los principios UNIDROIT pueden servir como conjunto de reglas disciplinadoras del contrato, y como instrumento para la interpretación de dichos contratos, así como modelo para las legislaciones nacionales e internacionales a la hora de disciplinar contratos comerciales internacionales. En este sentido, Vid., ILLESCAS ORTIZ, R., "Los Principios de UNIDROIT: ¿Una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos comerciales internacionales?", en *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del comercio internacional*, ALVARADO, L., CLAVERO, M., Y OTROS (Coords), Aranzadi, Pamplona, 2003, pp., 385-393; y Vid., ABASCAL ZAMORA, J.M., "Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT", en *DN*, nº 81, 1997, pp., 11 y ss; Vid., KESSEDJIAN, C., "Un exercice de rénovation des sources du Droit des contrats du commerce international: les Principes proposes par l'Unidroit", en *Rev. Crit. Droit, Inter. Privé*, 1995, pp. 641 y ss. Como estudio previo a los principios de 1994 Vid., ESPLUGUES MOTA, C., "Los principios aplicables a los contratos mercantiles en materia internacional elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT)", en *REDI*, 1993, pp. 611-615

<sup>824</sup> Vid., BARON, G., "Do the UNIDROIT Principles of International commercial Contracts Form a new *lex Mercatoria*?", en *Arbitration International*, vol. 15, 1999, pp. 115-130.

las soluciones adoptadas, al otro lado del Atlántico, por los *Restatements* estadounidenses<sup>825</sup> que tanta repercusión han tenido en las modernas actividades de la unificación jurídica internacional<sup>826</sup>.

La coexistencia de ambos textos, por una parte los Principios de Derecho contractual europeo y, por otra, los Principios UNIDROIT, han suscitado interesantes debates doctrinales tanto sobre la necesidad de la existencia de ambos textos, dado su acusado paralelismo, como sobre los riesgos de una codificación regional<sup>827</sup>.

Por un lado, los Principios UNIDROIT están destinados a aplicarse en un espacio universal, y han comenzado a tenerse en cuenta, con vigor, en el arbitraje comercial internacional<sup>828</sup>, por otro lado, los PECL se vinculan funcionalmente al espacio territorial de las Comunidades Europeas, pero su ámbito material es más ambicioso que el de los Principios UNIDROIT, pues además de pretender aplicarse a los contratos mercantiles internacionales, su objetivo es servir como mecanismo de unificación interna del derecho contractual de los Estado miembros, incluidos los contratos celebrados por consumidores<sup>829</sup>. Los PECL, pues, nacen como una respuesta a la necesidad

---

<sup>825</sup> Especial referencia tenemos que hacer a el *Restatement of Contract* y sobretodo al *Uniform Commercial Code de EEUU* (The American Law Institute, West publishing Co., 1995. Versión en castellano a cargo de JM<sup>a</sup> Maria Garrido, editada por M.Pons, Madrid, 2002). Adaptado especialmente a las necesidades de los comerciantes y con un enfoque eminentemente contractualista, este Código de Comercio uniforme ha tenido un gran éxito no solo en EEUU sino que se ha proyectado también a su entorno jurídico más inmediato como es Canadá.

<sup>826</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La unificación del Derecho Mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea”, en *Diario La ley*, nº 5860, de septiembre de 2003, pp. 11.

<sup>827</sup> Vid., SÁNCHEZ LORENZO, S., “La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado”, en *Derecho Patrimonial Europeo*, op. Cit. 2003, pp. 377. Según este autor, en materia de contratación mercantil internacional, se suscitan serias dudas sobre la conveniencia de una codificación regional, como la de los PECL, que puede resultar contradictoria con una codificación global, como la de los Principios UNIDROIT, en especial dado que se trata de un sector, el de la contratación comercial internacional especialmente afectado por la globalización y necesitado de respuestas de alcance universal.

<sup>828</sup> Vid., PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., “Preámbulo. Propósito de los principios”, en *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del comercio internacional*, ALVARADO, L., CLAVERO, M., Y OTROS (Coords), Aranzadi, Pamplona, 2003, pp.,23-55

<sup>829</sup> Vid., QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior”, en *Bases de un Derecho Contractual europeo. Bases of*

de la Unión europea de contar con una infraestructura de Derecho de contratos, para tratar de consolidar de este modo el volumen, rápidamente expansivo, de Derecho comunitario dedicado a la regularización de específicos contratos<sup>830</sup>.

Tanto unos como otros, si han sido elegidos por las partes en su contrato, se considera una incorporación por referencia y, por tanto, requiere la determinación de un Derecho nacional aplicable al contrato cuyas disposiciones imperativas tendrán primacía<sup>831</sup>. Sin embargo, algunos autores<sup>832</sup> entienden que no existe ninguna razón para otorgar validez a la elección de un Derecho estatal y no a los Principios UNIDROIT o los PECL, cuya capacidad de otorgar una regulación adecuada y completa del contrato internacional resulta fuera de toda duda. Abogan por reformar el artículo 3 CR admitiendo la posibilidad de elección por las partes, en base al ejercicio de su autonomía de la voluntad, de cuerpos normativos transnacionales como ley aplicable al contrato. No era descabellado pensar esto, pues finalmente la Comisión ha optado por admitir la elección de estos cuerpos normativos transnacionales en el artículo 3.2 del futuro Reglamento Roma I<sup>833</sup>.

Aunque no se han localizado, hoy por hoy, ningún contrato internacional de *Hosting* en el que se haya hecho referencia a alguno de estos principios (P.UNIDROIT o los PECL), ambos cuerpos normativos serán perfectamente

---

*European Contract Law*, ESPIAU ESPIAU, S., Y VAQUER ALOY, A., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, referencia electrónica TOL.559121, pp, 1-12.

<sup>830</sup> Vid., DIEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., Y MORALES MORENO, A.M., “*Los principios de Derecho europeo de los contratos*”, op. cit. pp. 76

<sup>831</sup> Vid., ANCEL, B., “Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional...”, 2002, op. cit. pp 43

<sup>832</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Curso de contratación...*” 2003, op. cit., pp. 421.

<sup>833</sup> En la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO sobre “*Un Derecho Contractual Europeo más coherente. Plan de Acción*”, de 12 de febrero de 2003, COM (2003) 68 final. La Comisión, ante los interrogantes acerca de los vínculos entre el Reglamento Roma I y el proyecto de Derecho contractual europeo, ha destacado que, el objetivo de este proyecto no es, en este momento, ni la uniformización del Derecho contractual de los Estados miembros ni la creación de un código civil europeo. Quizás en un futuro lejano, pero esta uniformización sólo se referiría a determinados aspectos, particularmente importantes, de la materia, de modo que siempre habría que determinar la ley aplicable respecto de los aspectos no armonizados, quedando a salvo las normas de DIPr que seguirían conservando su importancia para las transacciones transfronterizas comunitarias.

aplicables a este tipo de operaciones, entre otras cosas, porque sus disposiciones resultan adaptadas a contrataciones cuya formalización se lleva a cabo por alguna de las modalidades de celebración por medios electrónicos (art. 1.11 y art. 2.1.1 UNIDROIT<sup>834</sup>, y también el art. 1.301 y 2.204 PECL<sup>835</sup>), o cuyo objeto sea una obligación de medios o de resultado<sup>836</sup>, o en los que éstas deben cumplirse por medios electrónicos.

#### 2.1.1.2- Carácter expreso o tácito de la elección realizada

Independientemente de si está o no incluido en el clausulado de un contrato o en unas condiciones generales, el acuerdo de elección de ley debe ser analizado como un negocio jurídico autónomo. Ciertos aspectos del mismo son regulados directamente por el artículo 3 CR (acuerdos expresos o tácitos), mientras otros se regulan mediante una remisión a los Derechos nacionales<sup>837</sup>, como por ejemplo, la formación del consentimiento de las partes (art. 8), la forma del acuerdo (art. 9), y la capacidad de las partes (art. 11).

El art. 3 CR exige, como condición de eficacia del acuerdo, por una parte, su existencia y, por otra, que el mismo sea expresado de una manera cierta. De esta forma, el acuerdo de elección de ley puede tener carácter expreso o tácito, en éste último caso si “resulta de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”, es decir, que sea la voluntad real de las partes aplicar a su relación contractual esa ley, y no la voluntad presunta deducida por el juez.

---

<sup>834</sup> Última versión de abril de 2004: El artículo 1.11 UNIDROIT dice: “A los fines de estos principios: *escrito* incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible”; Y el artículo 2.1.1 UNIDROIT dice: “El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo”.

<sup>835</sup> Última versión de septiembre de 2002: El artículo 1.301(6) PECL dice: “written statements include communications made by telegram, telex, telefax and electronic mail and other means of communication capable of providing a readable record of the statement on both sides”; Y el artículo 2.204(1) PECL dice: “Any form of statement or conduct by the offered is an acceptance if it indicates assent to the offer”.

<sup>836</sup> Leer los artículos 5.1.4 y 5.1.5 UNIDROIT y los capítulos 7, 8 y 9 PECL.

<sup>837</sup> Vid., VIRGOS SORIANO, M., “Obligaciones...” op. cit., 1995, pp. 153

Aunque lo habitual en los contratos internacionales de *Hosting* es que el proveedor o ISP incorpore entre las condiciones generales una cláusula de elección de la ley aplicable (generalmente, la de la sede del proveedor), por lo tanto el acuerdo será expreso, puede existir algún supuesto en el que se pueda mantener la existencia de una elección tácita de la ley aplicable, para ello el juez competente deberá analizar la presencia de ciertos indicios que puedan certificar que la voluntad real de las partes era elegir un determinado Derecho nacional. En la Propuesta de Reglamento Roma I (art. 3.1) se establece, además, que si las partes han convenido que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro conozcan de los litigios surgidos o que pueden surgir de un contrato, también se presumirá que las partes tienen la intención de elegir la ley aplicable de este Estado Miembro

Ante la ausencia de jurisprudencia uniforme del TJCE sobre esta disposición, puede ocurrir que los indicios que los tribunales nacionales van a tener en cuenta a la hora de establecer la existencia de un acuerdo tácito, no sean los mismos. La escasa jurisprudencia comparada existente en la materia ha puesto de manifiesto que la selección de unos concretos tribunales, o el idioma del contrato, por sí solos, no son susceptibles de interpretarse como elección tácita de un derecho.

Por el contrario, sí interpretan o consideran como una elección tácita del contrato, la existencia de indicios tales como, la referencia en el contrato a las concretas leyes de un determinado país, o la manifiesta redacción de un contrato *on line* con las soluciones previstas en un específico ordenamiento jurídico, aunque también han sido valorados en este mismo sentido, la combinación de la nacionalidad común de las partes, la redacción del contrato en el idioma común y en el país del que las partes son nacionales<sup>838</sup>. A estos cabría añadir, la presencia de una cláusula de sumisión a arbitraje institucional en el marco de un organismo de ámbito estatal fijando la sede del arbitraje en ese mismo país.

---

<sup>838</sup> Vid., ESPLUGUES MOTA, C., Y HARGAIN, D., “*Derecho del Comercio Internacional. Mercosur- Unión Europea*”, 2005, op. cit., pp. 321-322

## El Contrato Internacional de Hosting

Lo habitual, como ya hemos mencionado, es que el acuerdo de elección de ley venga expresamente recogido en el contrato, pudiendo adoptar alguna de las siguientes modalidades: a) por escrito o en documento electrónico, como una cláusula más de un contrato libremente negociado por las partes; b) formando parte del clausulado o de las condiciones generales predispuestas por el proveedor o ISP en un contrato celebrado mediante el intercambio de mensajes de datos; c) formando parte de las condiciones generales de un acuerdo *web-wrap*<sup>839</sup>, siendo éste último el más utilizado en la contratación internacional de *Hosting*.

Por otro lado, las partes tienen la facultad, según el art. 3.2 CR, de convenir, en cualquier momento, que el contrato se rija por una ley distinta a la originalmente elegida, o de seleccionar, bien expresa o tácitamente, una ley cuando no lo hubieran hecho antes, siempre y cuando esta alteración no afecte a la validez formal del contrato a los efectos del art. 9, ni a los derechos de terceros<sup>840</sup>. Aunque el Convenio otorga esta facultad a las partes, en ningún caso, hasta la fecha, ha sido utilizada en el ámbito de los contratos internacionales de *Hosting*, entre otras cosas, porque las únicas alteraciones que se producen en la práctica en estos contratos son las referentes al ancho de banda contratado, al espacio alquilado en el servidor central, al tráfico de datos, al alojamiento compartido y a la disponibilidad de la red.

### 2.2.- DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN POR LAS PARTES.

Para los casos en que las partes no hayan pactado el Derecho aplicable a su contrato internacional de *Hosting* o el acuerdo de elección de ley sea declarado nulo, el art. 4.1 CR establece que resultará aplicable la ley del país

---

<sup>839</sup> Sobre la inclusión de estas cláusulas de elección de ley aplicable en los *web-wrap agreements*, Vid., KRONKE, H., "Applicable law in Torts and contracts in Cyberspace",...op. cit. pp. 80

<sup>840</sup> Vid., PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R., Y FERNANDEZ MASIÁ, E., "*Derecho del Comercio internacional*", ESPLUGUES MOTA, C (Dir), Valencia, tirant lo Blanch, 2003, pag. 148

con el que el contrato presente los vínculos mas estrechos, solución inspirada en el principio de proximidad<sup>841</sup>.

Lo bien cierto es que, este criterio de conexión abierto y flexible, que puede estar presente desde el momento de la conclusión del contrato o en un momento posterior, puede dar lugar a cierto grado de inseguridad jurídica especialmente en el campo de la contratación *on line*, debido a la posible falta de uniformidad en la interpretación del mismo por parte de los operadores jurídicos, y debido al desconocimiento que tendrían las partes del derecho regulador de su contrato hasta que, en su caso, se hubiera iniciado efectivamente un proceso judicial.

Con la finalidad de facilitar la determinación de esa ley por el juez competente, en vía contenciosa, generando un mínimo de uniformidad en la interpretación, o por las partes del contrato, en vía preventiva, facilitando criterios objetivos para precisar la ley aplicable al contrato<sup>842</sup>, los párrafos 2, 3, y 4 del Art. 4 CR establecen unas presunciones.

Para los contratos internacionales de *Hosting* resulta de especial interés el párrafo segundo según el cual, “*se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación más característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual*”<sup>843</sup>, o el establecimiento en el caso de tratarse

---

<sup>841</sup> Sobre el principio de proximidad, Vid., KASSIS, A., “*Le nouveau droit européen des contrats internationaux*”, L.G.D.J., Paris, 1993, pp., 285 y ss.; Vid., LAGARDE, P., “*Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain. Cours general de droit international privé*”, en *Rec. Des Cours*, vol. 196, 1986-I, pp. 89-238.

<sup>842</sup> Vid., PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R., Y FERNANDEZ MASIÁ, E., “*Derecho del Comercio internacional*”, op. cit. 2003, pp. 150; Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Curso de contratación ...*”, 2003, op. cit., pp.426; También sobre el tema Vid., ESPLUGUES MOTA, C., “*Régimen jurídico de la contratación internacional*”, en *Derecho del Comercio Internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 273-281.

<sup>843</sup> Sobre el concepto de residencia habitual que tradicionalmente se ha tenido en el sistema español, Vid., ESPINAR VICENTE, J.M., “*El concepto de residencia habitual en el sistema español de Derecho Internacional privado*”, en *Revista de Derecho privado*, nº 64, 1980, pp. 3-27

## El Contrato Internacional de Hosting

de personas jurídicas<sup>844</sup>. O dicho de otro modo, en defecto de elección por obra de las partes, la ley que regirá el contrato es la que presente los vínculos más estrechos con él, presumiéndose que tal ley es la de la parte que tiene a su cargo la llamada prestación característica, con la advertencia de que este párrafo segundo no será de aplicación cuando tal prestación no pueda ser determinada, y será excluida cuando el contrato presente vínculos más estrechos con otro país (art. 4.5 CR).

Lo bien cierto es que, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, se ha llevado a cabo aproximaciones a la disposición del art. 4 bastante variadas<sup>845</sup>. Desde una absoluta preponderancia de la presunción, que se convierte de hecho en criterio de conexión<sup>846</sup>, como en la jurisprudencia holandesa donde es muy significativa la sentencia de 25 de septiembre de 1992, en el caso *Société Nouvelle des Papetries de l'Aa v. Machinenfabriek BOA*.

Se trataba de un contrato para la compra de maquinaria concluido entre un comprador establecido en Francia y un vendedor holandés. Se aplicó el derecho holandés a pesar de que todos los factores (salvo la residencia del vendedor que estaba en Holanda, y que era el deudor de la prestación característica) apuntaban hacia el ordenamiento francés: lugar de negociación, lengua, moneda, nacionalidad del agente del vendedor, y lugar de ejecución (tanto entrega como ensamblaje).

Hasta el completo predominio de la regla del párrafo primero de los “vínculos más estrechos” y correlativa acentuación del carácter débil de la presunción, como ocurrió en las siguientes sentencias, que se basaron única y exclusivamente en el art. 4.1 CR: Sentencia de la Corte di Cassazione de 20 de julio de 2001, en el caso *Kraus Maffei Verfahrenstechnik GMBH, Kraus Maffei AG, v. Bristol Myers Squibb Spa*; Sentencia de la High Court (Chancery

---

<sup>844</sup> En la Sec 109 (b) de UCITA en defecto de elección establece, para los contratos de acceso condicional por medios electrónicos (o en los que sea necesaria la descarga de una copia de un bien digital), la aplicación de la ley de la jurisdicción donde está localizado el proveedor, aplicándose la regla “the most significant relation”.

<sup>845</sup> Vid., CARRILLO POZO, L.F., “La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, en *Revista Poder Judicial*, nº 74, 2004, pp. 13-14.

<sup>846</sup> Vid., PLENDER, R., Y WILDERSPIN, M., “*The European Contracts Convention*”, Londres, 2001, pp. 122.



division) de Inglaterra y Gales de 14 de marzo de 2003, en el caso *Paul Staines v. Martin Richard Walsh and Justin Howard*.

Pasando por la idea de que se crea una regla sobre carga de la prueba de modo que primero se aplicaría la presunción y quien no esté de acuerdo con los resultados a que conduce debe probar que es otra la ley aplicable<sup>847</sup>, como ocurrió en la sentencia de la Queen's Bench Division (Commercial Court) de 30 de marzo de 2001, en el asunto *Definitely Maybe (touring) Ltd. v. Marek Lieberberg Konzertagentur GMBH*.

O en fin, el análisis que concluye que la presunción vale sólo para los casos en los que no haya una ley identificada como más estrechamente vinculada con el contrato<sup>848</sup>, que fue la seguida en la sentencia de la Court of Appeal (Civil division) de 28 de junio de 2002, en el asunto *Ennstone Building Products Ltd. (Formerly Natural Stone Products Ltd). v. Stanger Ltd. (Formerly TBV Stanger Ltd.)*:

El litigio enfrentaba a dos sociedades inglesas a propósito de los análisis realizados por la demandada de la piedra suministrada por el demandante para la construcción de un edificio en Edimburgo, cuyo proceso de deterioro se aceleró a raíz del tratamiento recomendado por aquella. Existiendo indicios que apuntaban a Inglaterra (procedencia de los materiales, oficina a donde enviar los informes, lugar de incorporación de las dos sociedades), y a Escocia (localización del edificio afectado, lugar de las investigaciones, sede desde donde la demandada hizo el trabajo), el juez optó por no descartar la ley del art. 4.2 CR.

De acuerdo con la tesis que podríamos llamar *oficial*, el art. 4<sup>849</sup> establece un sistema de presunciones fuertes que señalan *prima facie* la ley aplicable al contrato, y que tan sólo podrían ser desatendidas (art. 4.5 o cláusula de cierre

---

<sup>847</sup> Vid., VIRGÓS SORIANO, M., "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", en *Estudios homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5299 y ss.;

<sup>848</sup> Vid., BORRAS RODRÍGUEZ, A., "La aplicación en España del convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 34, pp. 274-275.

<sup>849</sup> Vid., SÁNCHEZ LORENZO, S., "La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado",...2003, op. cit. pp. 368: Este autor defiende la redacción del art. 4 CR diciendo que constituye una transacción encomiable entre el *Common law* y el sistema romano-germánico, entre la flexibilidad y la seguridad jurídica.

o de escape) en aquellas ocasiones en que el operador jurídico verifique del conjunto de circunstancias que rodean al contrato (no sólo de una de ellas) que, efectivamente, el contrato está más conectado o vinculado con un ordenamiento jurídico distinto de aquel al que conduce la aplicación de la oportuna presunción, como así lo analizó el Tribunal en la sentencia de la High Court of Justice Chancery division, de 7 de abril de 2004, en el asunto *Apple Corps Limited v. Apple Computer, Inc*<sup>850</sup>:

*La entidad Apple Corps es una empresa con sede en Inglaterra que celebra un contrato con Apple Computer con sede en California. En el contrato se establece que Apple Computer usará la marca "Apple" en ordenadores, procesos de datos, y telecomunicaciones, mientras que Apple Corps la usará en el negocio de la música. El problema surge cuando Apple Computer abre una página Web en la que ofrece la posibilidad de oír canciones y que los usuarios se las puedan bajar "downloading songs" desde la misma página Web. En el contrato no se estableció la ley aplicable al mismo por lo que el juez aplicó el art. 4 CR diciendo: Dado que ambas empresas tenían prestaciones características vis-a-vis, no se podía aplicar la presunción de art. 4.2, así que analizando el conjunto de circunstancias que rodeaba el contrato (lugar donde se realizaron las negociaciones, lugar de celebración del contrato, moneda en la que se pagaba las contraprestaciones, banco donde se pidió el préstamo...), no había una vinculación clara con ninguno de los dos países en exclusiva, así que se debía entender que el contrato estaba más vinculado con el ordenamiento jurídico Inglés porque el tribunal competente era el inglés.*

Naturalmente, la existencia de varios métodos de aplicación del art. 4 se debe, en parte, a la ausencia de sentencias interpretativas del TJCE, lo que conlleva una falta de uniformidad y de seguridad jurídica necesarios en el sector de la contratación internacional.

El problema no ha pasado inadvertido para la Comisión Europea, aunque no han faltado voces<sup>851</sup> que aseguran que la reforma es impaciente, desconocedora de la práctica jurisprudencial y llena de contradicciones e incertidumbres. Tanto la Comisión, en el Libro Verde sobre Roma I<sup>852</sup>, como el Comité Económico y Social Europeo en su Dictamen de 29 de enero de

---

<sup>850</sup> WL (2004)IL.Pr.34

<sup>851</sup> Vid., CARRILLO POZO, L.F., "La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia",..2004, op. cit. pp. 40-44

<sup>852</sup> LIBRO VERDE sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. Bruselas, 14 de enero de 2003 (2002) 654 final.

2004<sup>853</sup> propusieron dos posibles soluciones a este art. 4 CR, o la supresión del párrafo 1, pasando la presunción general a ocupar el primer párrafo, o la modificación del último con la finalidad de otorgar una mayor relevancia a las presunciones y así, en principio, consolidar la tesis oficial<sup>854</sup>.

La propuesta de Reglamento Roma I<sup>855</sup> conserva, para los contratos de prestación de servicios como el *Hosting*, la aplicación de la ley de la residencia habitual de la parte que proporciona la prestación más característica, pero modifica todo el artículo 4 transformando las simples presunciones en normas fijas y sustituyendo la cláusula de excepción por otra. Así, en el párrafo 2, sigue siendo pertinente el criterio de la prestación característica y de los vínculos más estrechos para los contratos a los que no le sea aplicable el párrafo primero.

Para aplicar la presunción del art. 4.2 CR resulta imprescindible determinar la prestación característica<sup>856</sup>. Aunque no existe una noción autónoma plenamente asentada de este concepto, sí parece existir acuerdo en que se trata de la prestación que define o caracteriza el tipo contractual, distinguiéndolo de los demás, y que desvela su función económico-jurídica<sup>857</sup>.

---

<sup>853</sup> DICTAMEN DE 29 DE ENERO DE 2004 del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. (COM (2002) 654 final), pp. 9-11

<sup>854</sup> En este mismo sentido se expresa el GEDIP, en la Tercera versión consolidada de Propuestas de modificación de los arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7, y 9 del Convenio de Roma.

<sup>855</sup> COM (2005) 650 final

<sup>856</sup> La noción de prestación característica responde a la idea de que todo contrato incorpora un prestación que lo caracteriza y que le permite diferenciarse de los demás, facilitando su vinculación a un concreto ordenamiento jurídico. Sobre la prestación característica en los contratos internacionales, entre otros muchos, Vid., ESPLUGUES MOTA, C., Y HARGAIN, D., *“Derecho del Comercio Internacional. Mercosur- Unión Europea”*, 2005, op. cit., pp. 324; Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-of-commerce”, en *Globalización y Derecho*, CALVO CARAVACA, A., Y BLANCO MORALES LIMONES, P., Madrid, 2003, pp. 87 y 119.; Vid., VIRGÓS SORIANO, M., “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, 1996 op. cit. pp. 5302-5303; Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., “La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el art. 4 del Convenio de Roma de 1980”, en *La Ley*, n° 95, de abril de 1995, pp. 1-6; Vid. CARRILLO POZO, L.F., *“El contrato internacional: la prestación característica”*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994, especialmente pp. 53-73

<sup>857</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *DIPr.....*2001, op. cit. pp. 564.

## El Contrato Internacional de Hosting

Parece plenamente aceptado, aunque existen excepciones<sup>858</sup>, que en aquellos contratos en los que se entregue algún bien o se haga algún servicio a cambio de una cantidad de dinero, la prestación característica será la no dineraria. Sin embargo, no existe una interpretación uniforme del art. 4.2 CR para aquellos contratos en que ninguna de las prestaciones de las partes consiste exclusivamente en el pago de una cantidad, por ejemplo los contratos informáticos complejos, o los contratos de servicios integrales. Varias soluciones se han propuesto:

1. Para algunos autores<sup>859</sup>, en estos supuestos debe entenderse que, la prestación característica la realiza la parte del contrato cuyas obligaciones revisten una mayor complejidad o relevancia y , únicamente cuando estas cualidades sean paralelas, de tal forma que sea imposible determinar cual es la prestación característica, se deberá aplicar el art. 4.5 CR;
2. Para otros autores<sup>860</sup>, cuando ninguna de las dos prestaciones a realizar por las partes es exclusivamente dineraria, debe entenderse que no existe prestación característica y, como establece el art. 4.5 CR, la ley más estrechamente vinculada debe determinarse de manera directa.

Efectivamente, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 4, no resultará aplicable la presunción del párrafo 2 cuando *no pueda determinarse la prestación característica*, aplicándose en tales casos, la ley más estrechamente vinculada, debiendo determinarse ésta directamente a partir del art. 4.1 CR.

---

<sup>858</sup> Aunque en el ámbito jurisprudencial, defendiendo siempre que se pueda, la aplicación de la ley del foro, encontramos algún ejemplo donde el tribunal competente ha dado el mismo valor a la obligación de la contraparte de pagar una cantidad de dinero que a la de la entrega del bien comprado. Por ejemplo: SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VIZCAYA, de 5 de noviembre de 2003 (Compra desarrollada entre un comprador establecido en España y un vendedor establecido en Inglaterra. El juez determinó que ambas prestaciones tenían igual de relevancia y que la ley aplicable era la Española); SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 2001, Chancery Division, asunto *Mirchandani and others v. Somaia and others* (Préstamo. El operador jurídico declaró que lo característico de un préstamo es la devolución del dinero).

<sup>859</sup> Entre otros, Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., “*Contratos internacionales sobre propiedad industrial*”, 2ª ed. Madrid, Civitas, 2000, pp 250-261; Vid., LANDO, O., “The conflict of Law of Contracts. General Principles”, en *Rec. Des Cours*, vol. 189, 1984-I, pp. 286.

<sup>860</sup> Entre otros, Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Curso de contratación ...*”, 2003, op. cit., pp.432.; Vid., KASSIS, A., “*Le nouveau droit européen des contrats internationaux*”,...1993, op. cit. pp.302.

La aplicación del art. 4.5 CR implica tomar en cuenta todos los vínculos que el contrato presenta con los distintos ordenamientos en presencia y, en atención a la cantidad, y sobre todo, la calidad de los mismos, determinar aquel con el que presenta una mayor proximidad. De hecho la jurisprudencia no descarta nada, como en la Sentencia, ya comentada, de la High Court of Justice, Chancery division, de 7 de abril de 2004, en el asunto *Apple Corps Limited v. Apple Computer, Inc*, por el contrario, trata de abrazar todos los elementos de hecho presentes en la relación, intentando no sólo saber cual es la ley más íntimamente conectada con el negocio, sino cuál es la ley con cuya aplicación contaron o tuvieron que contar las partes desde el momento en que se produjo su inmersión en el tráfico internacional<sup>861</sup>.

El valor de localización que poseen cada uno de los elementos del contrato varía de una figura contractual a otra. De entre aquellos a los que la doctrina y la jurisprudencia han otorgado un potencial localizador alto, reviste una especial relevancia el lugar de ejecución de las obligaciones del contrato, es decir, aplicar el derecho del país en el que se cumplen sus prestaciones, como en la Sentencia de la Court of Appeal, Civil division, de 21 de diciembre de 2001, en el asunto *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Export Ltd*<sup>862</sup>; o en el que no se deben cumplir (obligación de no hacer), como en Sentencia de la Court of Appeal, civil division, de 30 de enero de 2002, en el asunto *Kenburn waste management Ktd. v. Bergmann*.

Un empresario alemán había enviado cartas a clientes de una empresa inglesa indicándoles que los productos de ésta infringían los derechos de patentes y

---

<sup>861</sup> Ejemplos de actuaciones judiciales parecidos a este Vid., SYMEONIDES, S.C., "Choice of Law in the American Courts in 2005: Nineteenth Annual Survey", en *53 American Journal of comparative law*, 2006, pp. 46-58; Vid., SYMEONIDES, S., "Codifying Choice of Law Contracts. The Oregon experience", en *RebelsZ*, 2003, pp. 744-745: Establece, con ánimo informativo no exhaustivo, todo un elenco de factores a considerar: lugar de negociación, celebración, conclusión, ejecución, domicilio, residencia habitual (...). Todo ello basado en la normativa del Estado de Oregon sobre conflicto de leyes en materia de contratos que entró en vigor en enero de 2002.

<sup>862</sup> Vid., SENTENCIA DE LA COURT OF APPEAL, Civil division, de 21 de diciembre de 2001, en el asunto *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Export Ltd*: Optó el tribunal por el lugar de ejecución, entre otras cosas, porque ambas prestaciones se tenían que ejecutar en Inglaterra.

## El Contrato Internacional de Hosting

les amenazaba con iniciar la correspondiente acción judicial. Llegaron a un acuerdo según el cual el empresario alemán se compromete a repetir ese comportamiento. Por lo tanto, al haberse producido otra vez, se debatía si había cometido un incumplimiento de la obligación negativa. Y como el propósito del contrato era alcanzar resultados negativos en el Reino Unido, es decir abstenerse de hacer, por eso aplicó el juez la ley inglesa.

Cuando ha habido que optar entre el lugar de ejecución y el lugar de residencia del deudor de la prestación característica no ha existido unanimidad y, mientras que los tribunales británicos o italianos han evidenciado su preferencia a la ley del lugar de ejecución<sup>863</sup>, los españoles y los alemanes han preferido mayoritariamente la estabilidad del lugar de residencia del deudor de la prestación, eso sí y no es por casualidad, en todo caso han terminado aplicando la ley del foro, como así hizo la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 21 de marzo de 2003<sup>864</sup>, en la que aunque las máquinas vendidas se hubieran de instalar y hacer funcionar en Austria, eso no justificaba desatender la ley del país del deudor de la prestación, que era la ley española.

En principio, que el contrato internacional de *Hosting* se celebre a través de Internet no menoscaba la configuración tradicional de estas categorías, pues el empleo del nuevo medio repercute directamente en la formación y ejecución de estos contratos, pero no altera propiamente la existencia de una residencia habitual o de una sede social de la parte que realiza la prestación característica, si bien dificulta la localización de los elementos relevantes o vínculos más estrechos con un ordenamiento jurídico determinado, en el caso de no poder aplicar el art. 4.2 CR.

Así pues, y en defecto de elección, la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales de *Hosting*, obliga de acuerdo con el art. 4.2 CR, a buscar la prestación característica, que normalmente será la realizada por el ISP, poniendo a disposición del cliente tanto el espacio de alojamiento en el servidor como el acceso o velocidad de transferencia a Internet, y por tanto la ley aplicable será, o bien la ley del país donde se encuentre la administración

---

<sup>863</sup> Vid., DICEY & MORRIS, “*The conflict of Laws*”, Londres, 2000, pp. 1240; y Vid., HILL, J., “Choice of Law in contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, en *International and Comparative Law Quarterly*, nº 53, 2004, pp.337

<sup>864</sup> JUR 2003/199804

central del proveedor o ISP, o bien la ley del país donde se encuentre su establecimiento principal o, si según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del principal, será aplicable la ley del país en el que esté situado este otro establecimiento.

Pero hemos de hacer una puntualización, la localización o ubicación física, en un tercer Estado, del ordenador-servidor utilizado por el proveedor para actuar en Internet es irrelevante a los efectos de determinar la sede o el establecimiento del ISP en aplicación del art. 4.2, puesto que este Servidor desempeña sobretodo funciones técnicas y la elección del país en donde se sitúa obedece a elementos circunstanciales, y completamente ajenos a los contratos de *Hosting*, en estos casos el elemento determinante seguirá siendo el lugar donde efectivamente este situado el establecimiento del ISP.

Ahora bien, si el proveedor ha creado una localización ficticia que aparece, por ejemplo en el nombre de dominio de su página web (xxx.es), dirigiendo la publicidad inserta en dicha página en español, y un usuario ha contratado creyendo que la ley aplicable sería la española, cabe entender que en el caso de que tenga su sede o establecimiento en el extranjero, la presunción del art. 4.2 CR debe ceder y será de aplicación la ley española por la manifiesta vinculación del contrato con el ordenamiento jurídico español, en virtud de la cláusula de escape del art. 4.5 CR<sup>865</sup>.

De igual manera, la presunción contenida en el art. 4.2 CR, decae en otro supuesto, cuando es imposible identificar la prestación característica, pues ninguna de las dos prestaciones a realizar por las partes es exclusivamente dineraria, muy característico de los contratos de *Hosting* celebrados entre dos proveedores o dos profesionales de la contratación internacional<sup>866</sup>, en este caso, nuevamente, es de aplicación el art. 4.5 CR

---

<sup>865</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., “*Derecho privado de Internet*”, *op. cit.* pp. 512

<sup>866</sup> Vid., MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Ley aplicable y protección de agentes comerciales establecidos en la Comunidad”, en *La Ley*, nº 5298 de abril de 2001.; Vid., MASEDA RODRÍGUEZ, J , “*Aspectos internacionales de la concesión comercial*”, Universidade do Santiago de Compostela, 2000; Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Contratoss ....*”, 2003, *op. cit.*,pp. 432

## El Contrato Internacional de Hosting

En todos estos casos, como hemos visto, el art. 4.5 CR vuelve a funcionar como una cláusula de escape y la ley más estrechamente vinculada debe determinarse de manera directa, ello implica tener en cuenta todos los vínculos que el contrato presenta con los distintos ordenamientos en presencia y, en atención a la cantidad, y sobre todo, la calidad de los mismos, determinar aquel con el que presenta una mayor proximidad.

De hecho, como ya mencionamos, la jurisprudencia<sup>867</sup> no descarta nada, trata de abrazar todos los elementos de hecho presentes en la relación, intentando no sólo saber cual es la ley más íntimamente conectada con el negocio, sino cuál es la ley con cuya aplicación contaron o tuvieron que contar las partes desde el momento en que se produjo su inmersión en el tráfico internacional<sup>868</sup>.

### **2.3- DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE HOSTING CELEBRADOS POR CONSUMIDORES**

En materia de contratos internacionales de *Hosting* celebrados por consumidores en España, la Ley aplicable a los mismos se encuentra regulada también en el Convenio de Roma de 1980.

Aunque ha quedado confirmado, según las consultas realizadas por la Comisión<sup>869</sup>, que el Convenio de Roma es un instrumento muy apreciado y utilizado en los círculos jurídicos y profesionales, todos se han pronunciado a favor de su transformación en el ya mencionado Reglamento Comunitario Roma I, incidiendo en la necesidad de actualizar y mejorar la claridad y

---

<sup>867</sup> Vid., Sentencia de la High Court of Justice Chancery division, de 7 de abril de 2004, en el asunto *Apple Corps Limited v. Apple Computer, Inc, ...op. cit.* ;

<sup>868</sup> Vid., SYMEONIDES, S., "Codifying Choice of Law Contracts. The Oregon experience"... 2003, op. cit., pp. 744-745.

<sup>869</sup> Vid., Libro Verde de 14 de enero de 2003 sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su aplicación. COM (2002) 654 final



precisión de su texto e introducir la nueva realidad del comercio electrónico evitando la exclusión de los llamados consumidores activos o móviles<sup>870</sup>.

El Convenio de Roma contiene una norma de conflicto, el artículo 5, que determina la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores, con el objetivo de proteger la posición jurídica, *a priori* más débil, de estos sujetos<sup>871</sup>.

No obstante, el Convenio de Roma diseña la protección conflictual de los consumidores a partir de dos situaciones diferenciadas, es decir, sólo protege, a la hora de fijar su ley aplicable, algunos contratos concluidos por consumidores, y son los contratos celebrados por consumidores pasivos, entendiéndose aquellos que se han contratado en el Estado donde el consumidor tiene su residencia habitual o que desde ese Estado dicho consumidor ha realizado los actos necesarios para la celebración de dichos contratos, promovido directa o indirectamente por un proveedor de otro Estado, excluyéndose expresamente otros de su ámbito de aplicación como los contratos celebrados por consumidores activos, entendiéndose aquellos que se han contratado en un Estado distinto de aquel en el que tiene su residencia habitual el consumidor.

La distinción entre el consumidor activo y el consumidor pasivo ha servido para imputar el riesgo asociado a la internacionalidad del contrato a quien lo genera. Si es el consumidor el que lo ha generado (activo) se le aplicará la ley del país del proveedor profesional que le presta el servicio aplicando el criterio del Estado de origen; si es el proveedor el que se adentra en el Estado del

---

<sup>870</sup> El artículo 5 de la Propuesta de Reglamento Roma I. (COM (2005)650 final). Como afirma la Comisión: La Propuesta de Reglamento no tiene por objeto crear un nuevo cuerpo normativo, sino transformar un convenio existente en instrumento comunitario, eso sí, las modificaciones introducidas actualizan algunas disposiciones del Convenio de Roma y mejoran la claridad y precisión de su texto, reforzando la seguridad jurídica, pero sin introducir nuevos elementos que pudieran modificar sustancialmente el régimen jurídico existente. Tratándose de contratos de consumo, la norma de conflicto debería permitir reducir gastos para la resolución de los litigios correspondientes, a menudo de escasa cuantía, garantizándose la coherencia con el Reglamento 44/2001, y teniendo en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia, especialmente el comercio electrónico.

<sup>871</sup> Vid. VARGAS GOMEZ URRUTIA, M., "Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico" en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, op. cit. 2001, pp. 638-685

consumidor a través de publicidad accesible de modo normalizado desde su página web y el consumidor (pasivo) contrata, aunque sea él el que tome la iniciativa de dirigirse a un profesional de otro Estado, el riesgo de internacionalidad correrá a cargo del proveedor y por tanto se aplicará la ley del país del consumidor, aplicando el criterio del Estado de destino<sup>872</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, los consumidores pasivos se beneficiarían del régimen del art. 5 CR, mientras que los consumidores activos quedarían sujetos al régimen general del art. 3 y art. 4 del CR, recibiendo, además de la protección del foro, exclusivamente la protección establecida por los ordenamientos jurídicos estatales a partir de normas imperativas<sup>873</sup> aplicables en virtud del art. 7 CR “(...) *podrán aplicarse las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo mas estrecho, si, y en la medida que, tales disposiciones, según la ley de ese país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato.*”

Para que el contrato internacional de *Hosting*, celebrado por consumidores, que siempre serán pasivos, quede cubierto por el régimen de protección del artículo 5 CR, el contrato debe reunir ciertas condiciones<sup>874</sup>, encuadrándose dentro de su ámbito de aplicación material y espacial:

1. En cuanto a su ámbito de aplicación material: el art. 5.1 CR exige que se trate de un “*contrato que tenga por objeto el suministro (...) de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional (...)*”.

No entraremos en el análisis de la noción de consumidor, sino que nos remitimos a su examen en páginas anteriores. Nos interesa resaltar que entre los contratos de prestación o suministro de

---

<sup>872</sup> Vid., VIRGÓS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ F.J., “Estado de origen vs. Estado de destino”, en *INDret*, noviembre de 2004, pp. 13-17

<sup>873</sup> Vid., AÑOEROS TERRADAS, B., “*Los contratos de consumo intracomunitarios*”, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 100 y ss.; Vid., C.G.J. MORSE, “Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention”, en *ICLQ*, 1992, pp. 1-21;

<sup>874</sup> CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*”, op. cit, pp. 92 ss; Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional Privado*”, op. cit. , 2005, pp. 400-401

servicios incluidos en la protección del artículo 5.1 podemos incluir los contratos de suministro de servicios de *Hosting*<sup>875</sup>. Ahora bien, como afirma la mayor parte de la doctrina<sup>876</sup>, el lugar de situación física del servidor, donde está alojada la página Web a la que se refiere el contrato de prestación de servicios de *Hosting*, puede ser un lugar imprevisto, la situación física del servidor puede ser casual o cambiar con facilidad, y este dato, por tanto, nos obliga a una interpretación restrictiva del Art. 5.4 CR, es decir, debe aplicarse sólo cuando el sujeto se desplace físicamente al país donde el servicio se presta, y esta interpretación haría aplicable la protección establecida en el Art. 5 CR a los consumidores *online* de servicios de *Hosting*, porque el consumidor no se ha desplazado a otro país aunque el servicio sea prestado en países diferentes al país de residencia habitual del consumidor.

2. En cuanto a su ámbito de aplicación espacial: el Art. 5.2 CR exige, como condición de aplicación del precepto, que exista algún factor que permita localizar, total o parcialmente, la operación de consumo en el Estado de residencia habitual del consumidor<sup>877</sup>. Por lo tanto, el Art. 5.2 CR requiere que concurren, de manera alternativa, alguna de las circunstancias previstas en el mismo, entendiendo que cuando hablamos de *Hosting* sólo le será aplicable la primera posibilidad, es decir, *“Que la celebración del contrato haya sido precedida, en el país de residencia habitual del consumidor, por una oferta especialmente dirigida al consumidor o por publicidad, siempre que el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato”*.

---

<sup>875</sup> En el mismo sentido, respecto de los contratos de consumo en Internet, se pronuncia AÑOVEROS TERRADAS, B., *“Los contratos de consumo intracomunitarios”*, op. cit, 2003, pp. 106-107.

<sup>876</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *“Derecho Privado de Internet”*, op. cit 2002, pp. 370 ss CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *“Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet”*, op. cit.2001, pp.93 ss; VARGAS GOMEZ URRUTIA, M., *“Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico”* op. cit, 638-685

<sup>877</sup> Vid., DE MATOS, A.M., *“Le contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’Union Européenne”*, Marseille, PUAM, 2001,

No hay problema para incluir en este supuesto las ofertas que los proveedores pueden hacer por correo electrónico o email (el mensaje queda almacenado en el PC del consumidor y puede acceder al mismo varias veces, por tanto, la publicidad debe entenderse hecha en el país de residencia habitual del consumidor). Más problemático resulta encuadrar las ofertas realizadas a través de páginas Web, en estos casos, se entenderá que existe oferta o publicidad dirigida cuando sean sitios Web activos, que permiten o incitan a contrataciones desde otros países<sup>878</sup>, y el consumidor compile en su país de residencia el formulario electrónico para la adquisición del servicio<sup>879</sup>.

Concurriendo tanto los requisitos materiales como los territoriales, los contratos internacionales de *Hosting* celebrados por consumidores pasivos<sup>880</sup> se regirán, según el artículo 5.2 CR, por la ley elegida por las partes contratantes, elección que debe ser verdaderamente existente (verificando que el consentimiento de ambas partes fue claro y no forzado o inconsciente), válida (el CR permite elegir varias leyes aplicables al mismo contrato), y “*no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual*”.

Se consagra la autonomía de la voluntad en la *electio legis* siempre que esta elección no prive al consumidor de la protección de las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual y la

---

<sup>878</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho Internacional Privado*”, op. cit., 2005, pp. 563

<sup>879</sup> Vid., QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “La protección de los intereses económicos de los consumidores en una Europa ampliada y sin fronteras interiores (propuesta de modificación del Art. 5 del Convenio CE de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)”, op. cit., 2002, pp. 75-91

<sup>880</sup> Para que el consumidor que contrata por Internet este protegido por el artículo 5 debe siempre de ser un consumidor pasivo, Vid., FALLON, M., “La protection internationale de l’acheteur sur l’interréseau dans le contexte communautaire”, en *La protection des consommateurs acheteurs á distance. Analyse du droit suisse á la lumiere du droit communautaire et du droit compare*, op. cit., 1999, pp. 244-284.

contratación hubiera sido hecha bajo ciertas condiciones objetivas (Art. 5.2 CR), de esta manera, se garantiza que el nivel de protección del consumidor en la contratación internacional sea igual a la que se le otorga en un contrato meramente interno, pero a su vez, no impide que, si la ley elegida le otorga una protección más elevada, el consumidor pueda beneficiarse de ella.

Debemos recordar que la regulación otorgada por el artículo 5.2 CR de las cláusulas de elección de la ley aplicable en contratos celebrados por consumidores pasivos prevalece sobre la normativa en materia de cláusulas abusivas<sup>881</sup>, aunque ésta puede desplegar todos sus efectos en los contratos celebrados por consumidores activos en virtud del artículo 7 CR, aunque, en este caso, los consumidores no se podrán beneficiar del mayor grado de protección que pudiera otorgarle el Derecho elegido en el contrato en comparación con el Derecho español, salvo que quede probado que efectivamente esa cláusula no es abusiva, pues le otorga al consumidor una mayor protección que la de su residencia habitual.

En defecto de elección de la ley aplicable por las partes, el contrato internacional de *Hosting* celebrado por un consumidor se regirá por la ley del país de residencia habitual del consumidor (art. 5.3 CR), en cuanto ley del país en el cual la parte protegida desarrolla su actividad social y jurídica y que, por otro lado, se presume que otorga una mejor protección<sup>882</sup>. Esa misma ley es la que regirá la forma de estos contratos (Art. 9.5 CR).

No podemos desconocer que existen numerosos contratos de consumo que quedan fuera del ámbito de aplicación del Art. 5 CR, bien porque no encajan en el concepto material de contrato celebrado por consumidores que mantiene el Art. 5 CR, bien porque no se verifican las condiciones territoriales o

---

<sup>881</sup> Vid., DIRECTIVA 93/13/CE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS de 5 de abril de 1993 que establece que, los derechos recogidos en la Directiva a favor del consumidor deben poder hacerse valer siempre que “el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad” aunque las partes hayan elegido el derecho de un tercer Estado como derecho aplicable. Incorporada al ordenamiento jurídico español a través de LCGC 7/1998 cuyo artículo 3 ha sido muy criticado.;

<sup>882</sup> Vid., ESPLUGUES MOTA, C., Y HARGAIN, D., “*Derecho del Comercio internacional. Mercosur-Unión europea*”, Reus, SA, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 329

## El Contrato Internacional de Hosting

espaciales exigidas por el precepto, y nos encontramos con contratos celebrados por consumidores activos o móviles. En este último supuesto se genera una gran inconsistencia valorativa pues materialmente son consumidores, aunque lo sean en un mercado distinto del suyo propio, pero se les trata conflictualmente como si no lo fueran, quedando sometidos al mismo régimen que los contratantes profesionales

En ambos casos, un modo de superación de estas deficiencias y siempre que el contrato esté vinculado con la Unión Europea<sup>883</sup> (proteger al consumidor intracomunitario que queda sin la protección del Art. 5 CR) ha sido la prevista en ciertas Directivas armonizadoras de la legislación sobre consumidores. Estas Directivas<sup>884</sup> suelen incluir normas de aplicación a las transacciones internacionales y exigen a los Estados miembros incluir en su normativa medidas *“para que el consumidor no quede privado de la protección de la Directiva por la elección de un derecho de un país tercero como derecho aplicable, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros”*. Las normas de los Estados miembros que desarrollan las Directivas en materia de consumidores se aplican con preferencia al CR (art. 20)<sup>885</sup>.

La Propuesta de Reglamento Roma I contiene la siguiente redacción para el artículo 5 sobre contratos de consumo:

*“1- Los contratos de consumo en el sentido y en las condiciones previstos en el apartado siguiente se regirán por la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual.*

---

<sup>883</sup> Sobre el término “vínculo estrecho con la UE”, Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *“Derecho Internacional Privado”*, op. cit. , 2005, pp. 406-407; Vid., ESTEBAN DE LA ROSA, F., *“La protección de los consumidores en el mercado interior europeo”*, Comares, Granada, 2003;

<sup>884</sup> Estas Directivas evitan que, la elección por las partes como Ley aplicable al contrato del Derecho de un tercer país, impida que el consumidor pueda hacer valer los derechos que le son reconocidos por las Directivas comunitarias y sus normas de transposición, siempre que el contrato esté de algún modo estrechamente vinculado con la UE. Entre otras, DIRECTIVA 97/7/CE DE 20 DE MAYO DE 1997 SOBRE CONTRATOS A DISTANCIA, desarrollada en España por la ley 47/2002 de 19 de diciembre de 2002; DIRECTIVA 2002/65/CE SOBRE SERVICIOS FINANCIEROS; DIRECTIVA 99/44/CE DE 25 DE MAYO DE 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de bienes de consumo, desarrollada en España por la Le 23/2003 de 10 de julio.

<sup>885</sup> Vid., AÑOVEROS TERRADAS, B., *“Los contratos de consumo intracomunitarios”*, op. cit, 2003, pp. 111-112

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

*2- El apartado 1 se aplicará a los contratos celebrados por una persona física, el consumidor, que tenga su residencia habitual en un Estado Miembro, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, con otra persona, el profesional, que actué en el ejercicio de su actividad profesional.*

*Se aplicará siempre que el contrato haya sido celebrado con un profesional que ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado Miembro de la residencia habitual del consumidor o que, por cualquier medio, dirija estas actividades a dicho Estado o a varios países entre los que se cuente dicho Estado miembro, y que el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades, a menos que el profesional ignore el lugar de la residencia habitual del consumidor y que esta ignorancia no sea imputable a una imprudencia por su parte.*

*3- El apartado 1 no se aplicará a los siguientes contratos:*

*a)-Contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual;*

.....

El apartado 1 propone una nueva norma de conflicto, previsible y de fácil comprensión, consistente en la única aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor (suprimiendo la autonomía de la voluntad), sin modificar esencialmente el margen de maniobra del profesional en la concepción de sus contratos, pero, eso sí, evitando el desmembramiento que se producía cuando había que aplicar simultáneamente la ley del profesional y las disposiciones imperativas de la ley del país del consumidor.

El apartado 2 precisa las condiciones de aplicación de la norma especial, recordando que el consumidor es una persona física que teniendo su residencia habitual en un Estado Miembro, contrata para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, y que el cocontratante del consumidor es un profesional que actúa en el ejercicio de su actividad profesional.

De especial relevancia, sobretodo para los contratos internacionales de *Hosting*, es la introducción del concepto “actividades dirigidas”, criterio que ya figuraba en el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

## El Contrato Internacional de Hosting

Según la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión<sup>886</sup>, conclusiones a tener en cuenta también en sede de derecho aplicable, para que las disposiciones protectoras del consumidor sean aplicables, no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado Miembro del domicilio del consumidor, sino que es necesario también que se haya celebrado un contrato en el marco de estas actividades, por el medio que fuere.

Por lo tanto, el mero hecho de que un *Website de Hosting* sea accesible desde cualquier parte (sea cual sea la lengua o divisa utilizada para el pago), no basta para que sean aplicables las disposiciones protectoras del consumidor, se exige, además, que dicho sitio invite a la celebración de contratos *on line* y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos.

La propuesta de Reglamento Roma I ya no exige que el consumidor haya realizado los actos necesarios para celebrar un contrato de *Hosting* en el país de su residencia habitual, condición sin sentido para estos contratos concluidos vía Internet. Precisamente y sobretodo, para este tipo de contratos, la última frase introduce una cláusula de salvaguardia para proteger al proveedor o ISP en aquellos casos en los que el consumidor miente sobre su lugar de residencia habitual.

No obstante, no hay que olvidar que le corresponderá al profesional garantizar, por los medios técnicos a su alcance, que su formulario tipo le permita realmente identificar el lugar de residencia del consumidor.

Por último, el artículo 5 propuesto ya no contiene una lista de contratos a los que se aplica la norma especial, al contrario, su ámbito de aplicación material se amplía a todos los contratos firmados con los consumidores, excepto los expresamente excluidos por el apartado 3 de dicho artículo.

---

<sup>886</sup> Vid., Declaración Concertada del Consejo y de la Comisión a los art. 15 y 73 del Reglamento 44/2001 relativa a las intenciones futuras en torno a la incidencia del comercio electrónico en las reglas de competencia.



## 2.5- LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO SELECCIONADO.

El Convenio prevé diversos límites a la aplicación del derecho seleccionado a través de él, ya sea éste elegido por las partes o determinado por el operador jurídico en ausencia de elección.

En primer lugar, lo establecido por el art. 16 CR según el cual “*No podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el presente Convenio, salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”, en este sentido y de acuerdo con la ya conocida STJCE de 15 de julio de 1964<sup>887</sup>, las normas de Derecho comunitario forman parte del ordenamiento interno de los Estados miembros.

En consecuencia, las normas imperativas de producción comunitaria relativas a la defensa de la libre competencia<sup>888</sup> o a la protección de los consumidores, resultan aplicables a los contratos internacionales de *Hosting* por el art. 7.2 CR, por lo tanto, los tribunales nacionales, están obligados a aplicar estas normas, atendiendo a su finalidad y contenido con respecto al caso concreto, con independencia de la voluntad de las partes y de cual sea la *lex contractus*, en su condición de normas internacionalmente imperativas del Derecho del foro. Algunos autores<sup>889</sup> han afirmado que, en estos casos, se

---

<sup>887</sup> STJCE de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64 “*Costa v. Enel*”, Rec. 1964, I-1141 y ss. Sobre este tema, Vid., KNÖFEL, S., “Mandatory Rules and Choice of Law: A Comparative Approach to article 7(2) of the Rome Convention”, en *JBL*, 1999, pp. 239-263; y Vid., TILLMAN, C., “The Relationship between party autonomy and the mandatory rules in the Rome Convention”, *JBL*, 2002, pp. 45-77.

<sup>888</sup> Las normas de Derecho comunitario de defensa de la competencia se contienen, básicamente, en los arts. 81 y 82 del TCE. En ellos se sanciona dos tipos de prácticas: por un lado, los acuerdos entre empresas o prácticas concertadas que impidan, restrinjan o falseen el juego de la competencia en el mercado común; por otro, aquellos comportamientos que distorsionan la competencia en el mercado relevante y que tienen su origen en el abuso de posición dominante de la empresa infractora. Estas normas conviven en los ordenamientos de los Estados miembros con las normas de defensa de la competencia de producción interna. En materia de Telecomunicaciones y acceso a Internet, véase el capítulo de este trabajo sobre los operadores de telecomunicaciones.

<sup>889</sup> Vid., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Capítulo 4: Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, en S. CÁMARA LAPUENTE (Coord), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 185.; Vid., FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., “Nuevos apuntes sobre el Derecho internacional privado de la Comunidad europea”, en Z. D. De Clément (Coord), *Estudios de*

## El Contrato Internacional de Hosting

puede hablar de un *orden público comunitario*, dado que las normas imperativas de producción comunitaria estarían destinadas a proteger intereses irrenunciables del llamado foro Comunidad Europea.

En segundo lugar, y aparte de las normas imperativas de producción comunitaria, el Convenio de Roma también regula la acción de ciertas normas internacionalmente imperativas de producción interna<sup>890</sup>, propiamente del Derecho del foro (art. 7.2 CR), o del ordenamiento de un tercer Estado estrechamente vinculado con el contrato internacional de *Hosting* de que se trate (art. 7.1 CR)<sup>891</sup>. Tanto unas como otras normas permiten proyectar, en la regulación de las situaciones privadas internacionales, principios e intereses (defensa de la competencia, contratación con condiciones generales, protección del contratante débil...) que los Estados miembros consideran fundamentales y cuya aplicación, por tanto, no puede ser derogada por disposición contractual en contrario o por un Derecho extranjero aplicable al contrato.

Con respecto a las normas imperativas del foro, el art. 7.2 CR precisa que las disposiciones del Convenio no podrán afectar la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país del juez susceptibles de gobernar la situación (por ejemplo, contratación con condiciones generales en los contratos electrónicos de adhesión; o condiciones de acceso a Internet...), con independencia de cual sea la ley reguladora del contrato.

---

*Derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto R. Rey Caro*, Tomo II, Córdoba, Argentina, Lerner Editores, 2002, pp.1587; Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., "Integración europea y Derecho internacional privado", en *RDCE*, 1997, pp. 413-445; Vid., GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "Derecho aplicable y orden publico comunitario", en *RIE*, vol. 20, 1993, pp. 901-940.

<sup>890</sup> El TJCE ha definido las normas internacionalmente imperativas de producción interna como "las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del estado Miembro de que se trate". Vid., STJCE de 23 de noviembre de 1999, asunto C-369 y C-376/96, *Arblade v. Leloup*, Rec. 1999, I-8453 y ss. Ap. 30 (Nota de M. FALLON en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, 2000, pp 711-737). El concepto es propuesto en el Libro verde sobre Roma I, pp. 37 como definición de leyes de policía que ha sido recogido en la Propuesta de Reglamento en el artículo 8.

<sup>891</sup> Sobre la aplicación de normas imperativas del derecho extranjero, Vid., HARTLEY, T.C., "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach", en *Rec. Des Cours*, vol. 266, 1997, pp. 337-426.

Con respecto a las normas imperativas de terceros Estados, el art. 7.1 CR aborda la problemática de la aplicación, facultativa por el juez no obligatoria, al contrato de estas normas. El art. 7.1 CR establece *“Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el Derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la Ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”*.

Así pues de la lectura de este precepto se deriva la existencia de varios condicionantes para la aplicación de estas normas internacionalmente imperativas de ordenamientos diferentes al del Estado del foro:

1. Debe tratarse de una disposición imperativa en el ordenamiento de origen.
2. El Estado extranjero, normativa o jurisprudencialmente, debe establecer su aplicación cualquiera que sea la ley que rija el contrato, es decir debe ser una norma internacionalmente imperativa.
3. El ordenamiento que establece la norma debe presentar un vínculo estrecho, una conexión real, con la situación, es decir, con el contrato internacional de que se trate. Lógicamente la determinación de la estrecha vinculación deberá realizarla el operador jurídico atendiendo a las circunstancias del caso concreto.
4. Debe tenerse en cuenta su naturaleza y objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación. Tarea que corresponde realizar al juez en cada caso en concreto.

La doctrina<sup>892</sup> ha criticado la inseguridad jurídica que conlleva esta disposición, circunstancia que ha llevado a varios Estados (Alemania, Gran Bretaña, Luxemburgo y Portugal) a firmar la reserva establecida por el art. 22.1 a) CR, por la cual se reservan el derecho a no aplicar dicha disposición. Sin

---

<sup>892</sup> Entre otros, Vid., TILLMAN, C., “The Relationship between party autonomy and the mandatory rules in the Rome Convention”...2002, op. cit. pp. 70.

embargo, el Libro verde sobre Roma I proponía, por un lado, el mantenimiento de la disposición (en la Propuesta Reglamento es el artículo 8) y, por otro, la supresión de la reserva, supresión que naturalmente resulta obligatoria en atención a la naturaleza jurídica de los Reglamentos Comunitarios.

## 2.6- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA *LEX CONTRACTUS*

La ley señalada por los Arts. 3 y 4 CR se encarga de regular todos aquellos aspectos del contrato que no son objeto de una norma internacionalmente imperativa del foro o de un tercer estado.

Afortunadamente, el art. 10 CR<sup>893</sup> establece una lista no exhaustiva que asegura una determinación uniforme por los tribunales de los Estados miembros de las cuestiones incluidas en el ámbito de la *lex contractus*<sup>894</sup>. Dicha lista está inspirada en el principio de unidad de regulación del contrato internacional: la ley designada por sus normas de conflicto rige todos los aspectos del contrato desde su nacimiento hasta su extinción<sup>895</sup>. Este principio tan solo está sometido a dos excepciones referentes a la forma del contrato y a la capacidad para contratar, reguladas respectivamente en los artículos 9 y 11 del Convenio de Roma. Los contratantes, no obstante, son libres de someter ciertas partes del contrato a leyes diferentes, situación denominada *depeçage voluntario*<sup>896</sup>, posibilidad poco probable en los contratos internacionales de *Hosting*.

La regla general, contenida en el art. 10.1 CR, establece que la ley reguladora del contrato regirá, en particular: la interpretación del contrato; el

---

<sup>893</sup> Regulado en el artículo 11 de la Propuesta de Reglamento Roma I.

<sup>894</sup> Lógicamente, en relación con aquellos contratos que queden excluidos del ámbito de aplicación del Convenio, habrá que estar al mandato de las normas de derecho internacional privado del operador jurídico que esté conociendo del litigio. En España, supone atender al mandato establecido en el art. 10.10 CC.

<sup>895</sup> Vid., VIRGOS SORIANO, M., "Obligaciones...", 1995, op. Cit. pag. 188.

<sup>896</sup> En los términos establecidos en el art. 3.1 CR. Sobre este tema, Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "El contrato internacional (*Fraccionamiento versus unidad*)", Madrid, Civitas, 1992, pp. 58-65

## Régimen Jurídico Conflictual del Contrato

cumplimiento de las obligaciones que genere; las consecuencias del incumplimiento total o parcial de las obligaciones generadas por el contrato, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; los diversos modos de extinción de las obligaciones; y las consecuencias de la nulidad del contrato. Junto a esta regla general, se incorporan un conjunto de disposiciones que abordan cuestiones específicas, como la existencia y validez del contrato; las modalidades de ejecución y las medidas en caso de cumplimiento defectuoso.

La *interpretación del contrato*, debe realizarse a partir de los criterios establecidos por la *lex contractus*, cuestión que presenta un problema especial en la contratación internacional de *Hosting* debido al carácter técnico y complejo de los servicios a los que se refiere el *Hosting* ( por ejemplo, requisitos de acceso al SLA; disponibilidad de la red; circuito de acceso; aplicaciones informáticas o instalaciones permitidas en el servidor; compromisos de latencia de la red; compromiso de entrega de paquetes de la red....). Estos problemas se agravan si, como es habitual, una de las partes no es experta en la materia y, además, el contrato viene redactado en un idioma extranjero, frecuentemente el inglés.

La inclusión, en estos contratos, de definiciones de cada uno de los términos utilizados, facilita el entendimiento y al mismo tiempo evitan las posibles interpretaciones contradictorias. Esto facilitará la labor del juez que deberá acudir a los criterios generales de interpretación establecidos por la *lex contractus*, que en la legislación española los encontramos en los artículos 1280 y ss CC, aunque en estos casos resultaría justificado que el juez pudiera acudir a la denominada *lex electrónica*, es decir, a los usos y costumbres del sector, en busca de una interpretación mas ajustada al contrato internacional de *Hosting* concreto.

Respecto al *cumplimiento de las obligaciones que genere el contrato*, el art. 10.1 CR le atribuye la regulación del mismo a la *lex contractus*. La naturaleza jurídica atribuida por esta ley a los contratos internacionales de *Hosting* tiene una gran trascendencia en la regulación de estas cuestiones. La

## El Contrato Internacional de Hosting

consideración de la relación contractual como arrendamiento de servicios o como contrato de ejecución de obra conllevaría importantes diferencias. Como ya analizamos en párrafos anteriores, todos los elementos o partes integrantes del *Hosting* (ocupación o uso de los equipos informáticos del ISP mediante el alojamiento de la página del cliente, la conexión o velocidad de acceso a Internet junto a los correspondientes servicios de mantenimiento y soporte técnico), implican no sólo una actividad sino también una obligación de resultado implícita en la actividad, por lo que podemos afirmar que éstos contratos se pueden configurar jurídicamente como contratos atípicos de arrendamiento servicios.

Corresponde también a la *lex contractus* determinar cuándo existe *incumplimiento de las obligaciones contractuales* y las consecuencias que de ello se deriven. Si bien la determinación del incumplimiento contractual puede resultar una tarea fácil para el juez en algunos supuestos, en otros puede resultar extremadamente difícil, por ejemplo, qué tipo de errores es posible esperar de una conexión de banda ancha, quién ha equivocado el circuito de acceso, qué nivel de eficacia es legítimo esperar de unos servicios de mantenimiento del servidor general, qué errores se pueden esperar de un compromiso de latencia de la red europea, y cuáles de la red norteamericana o de la red entre Europa y Asia (...). En todos estos casos, adquieren gran importancia y relevancia la información o publicidad que el proveedor facilitó a través, habitualmente, de su página Web a los posibles clientes o contratantes.

Por lo que respecta a las consecuencias que se derivan del incumplimiento contractual por el proveedor o ISP, en principio, le correspondería reparar los daños ocasionados al usuario cliente, y en la medida en que resulte permitido por la *lex contractus*, el contrato podría haber establecido cláusulas de penalización.

El art. 10 CR no recoge una cuestión de gran relevancia como es la *existencia y validez del contrato*. En este caso, la ley aplicable al contrato se

aplica a título de *lex hypothetici contractus*, art. 8.1 CR<sup>897</sup>, pues lo que trata de determinarse es si existen los elementos suficientes para poder afirmar la existencia de un contrato. Los requisitos exigidos por los ordenamientos no siempre coinciden, en el español serán, según el art. 1261 CC, el consentimiento, objeto cierto y causa<sup>898</sup>, pero, cuando la *lex contractus* sea la de un ordenamiento de base anglosajona pueden presentarse problemas para establecer la existencia de contrato por la necesidad de que exista *consideration*: el acuerdo de voluntades debe conllevar un compromiso en beneficio de la contraparte<sup>899</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, donde los tribunales todavía no se han pronunciado sobre la cuestión, no parece existir dudas entre la doctrina acerca de la posibilidad de que la aceptación sea expresada por actos concluyentes como, por ejemplo, el clic en la pantalla sobre el icono de la página Web del proveedor. El contrato, por tanto, con este simple acto, existiría. Esta regla, sin embargo, se ve matizada por lo dispuesto en el art. 8.2 CR, en el que se afirma que cualquier parte que quiera poner de manifiesto que no ha dado su consentimiento con relación a un concreto contrato, podrá referirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual, si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su comportamiento según la ley hipotética o putativa del contrato.

Por otra parte, el art. 10.2 CR establece, en lo que se refiere a las *modalidades de cumplimiento* y a las medidas que debe tomar el acreedor en caso de cumplimiento defectuoso, que se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar la ejecución de las obligaciones. La disposición no constituye una exclusión de la solución general, aplicación de la *lex contractus*, tan solo indica al juez que tenga en cuenta, no obliga a aplicar, la ley del país

---

<sup>897</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *DIPr.....2001*, op. cit. pp. 574

<sup>898</sup> Vid., DIEZ PICAZO, L., "*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*", Vol. I y II, Madrid, Civitas, 1996, pp. 143

<sup>899</sup> Vid., ROWLAND, D., Y MACDONALD, E., "*Information Technology Law*", Londres, Cavendish Publishing Ltd. 1997, pp. 88; y Vid., GRINGAS, C., "*The Law of the Internet*", Londres, Butterworth, 1997, pp. 27.

## El Contrato Internacional de Hosting

de cumplimiento para acomodar la ejecución de las obligaciones a las disposiciones en vigor en ese Estado<sup>900</sup>.

En los contratos internacionales de *Hosting*, al ser contratos electrónicos, de ejecución directa en Internet, es difícil determinar el lugar de cumplimiento o ejecución de las obligaciones, propiamente se considera que será el lugar donde se encuentra el proveedor o donde facilita el acceso interactivo al cliente. En ocasiones, los contratos internacionales de *Hosting*, de contenido complejo, deben de cumplirse en varios países, múltiples lugares de ejecución, en estos casos se estará a lo que digan las respectivas normativas de cada uno de ellos.

Por último, existen otros aspectos del contrato internacional de *Hosting* que quedan excluidos del ámbito de la *lex contractus*, la capacidad de las partes y la forma del contrato. Respecto de la capacidad de las partes, si bien el artículo 11 CR establece una norma específica sobre la llamada excepción de interés nacional, los tribunales de los Estados miembros deberán acudir a las normas de Derecho internacional privado del foro.

Como es conocido, las soluciones establecidas por los diferentes sistemas autónomos de los Estados miembros son bastante diferentes. Por un lado, la ley aplicable a la capacidad de las personas físicas en los sistemas de Derecho continental es la ley de su nacionalidad (art. 9.1 CC), mientras que por otro, en los sistemas anglosajones, es la ley del domicilio.

Pero si el contrato es celebrado con una empresa o con otro proveedor, lo que nos interesaría, es la capacidad de las personas jurídicas, ésta se determina a partir de la nacionalidad (art. 9.11 CC) que en algunos ordenamientos jurídicos se adquiere en atención a su sede de dirección, en otros en atención a las leyes de acuerdo con las cuales se habían constituido y , en otros, en atención al lugar donde se encuentra el centro principal de sus

---

<sup>900</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *DIPr.....*2001, op. cit. pag. 582; Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Contratos ....*”, 2003, op. cit., pag. 442.



actividades<sup>901</sup>. Por consiguiente, no existe unanimidad, no hay una respuesta uniforme a estas cuestiones lo que genera gran inseguridad jurídica en la relación contractual y una ausencia de previsibilidad para los contratantes.

El Convenio de Roma puede someter la forma del contrato a conexiones diferentes de las establecidas en los artículos 3 y 4 CR. Efectivamente, el art. 9 CR<sup>902</sup> establece que para que un contrato sea formalmente válido basta con que reúna las condiciones de forma de la propia ley aplicable al contrato o de la ley del lugar de celebración del mismo; si resulta que las partes se encuentran en países diferentes al contratar, muy común y habitual en los contratos internacionales de *Hosting*, basta que en estos casos el contrato cumpla los requisitos de forma de la ley de uno de esos países.

Como podemos observar, se trata de una solución conflictual cuya aplicación a los contratos celebrados en Internet, y por lo tanto a los contratos internacionales de *Hosting*, no presenta ningún problema, a diferencia de lo que opinan algunos autores<sup>903</sup>, en la medida en que le evita al operador jurídico tener que localizar el lugar exacto de celebración del contrato. Por lo tanto, el convenio favorece la validez formal de las transacciones, principio de *favor negotii*, eliminando obstáculos al tráfico jurídico internacional<sup>904</sup>.

---

<sup>901</sup> Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho internacional privado*”, op. cit., 2003, pp. 361

<sup>902</sup> Para los supuestos no cubiertos por el Convenio habrá que estar a las normas nacionales de derecho internacional privado aplicables a esta materia, que en España será el artículo 11 CC.

<sup>903</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P., “*Derecho privado de Internet*”, op. cit. pp.513

<sup>904</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *DIPr.....*2001, op. cit. pp. 579.



## **CAPÍTULO IV**

# **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE HOSTING**



## I- CONCEPTUALIZACIÓN. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

### 1- APUNTES CONCEPTUALES DE LA REPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

Tradicionalmente se ha venido dividiendo las obligaciones procedentes de hechos ilícitos en delictuales y cuasidelictuales. El delito, como fuente de obligación, es el acto dañoso realizado con intención de dañar, o por lo menos, con conciencia del daño causado. El cuasi-delito es el acto dañoso realizado por culpa o negligencia. No obstante, determinados ordenamientos jurídicos, entre ellos nuestro Código civil, prescinden de esta distinción por entenderla desprovista de interés práctico, ya que todos los hechos dañosos, deriven de una u otra fuente, producen en el orden civil una misma consecuencia, que es la de obligar a reparar el daño causado.

El Código civil (CC) refunde los conceptos de delito y cuasi delito en la teoría única de la responsabilidad por culpa o negligencia<sup>905</sup>, no obstante, nuestro Derecho sí que distingue entre hechos ilícitos punibles (delitos penales, que quedan excluidos de nuestro ámbito de estudio) que se rigen por el Código Penal y leyes especiales, y los no constitutivos de delito o falta, es decir actos u omisiones en los que interviene culpa o negligencia no penadas por la ley, que son los que se rigen por la legislación civil.

Dentro de éste último ámbito, y en oposición a la responsabilidad contractual que nace y se deriva del incumplimiento de obligaciones previamente establecidas y asumidas de forma voluntaria por las partes<sup>906</sup>,

---

<sup>905</sup> El Artículo 1089 CC habla de actos y omisiones ilícitos o en que interviene cualquier género de culpa o negligencia.

<sup>906</sup> Regulado en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

encontramos la responsabilidad extracontractual (llamada también *aquiliana*<sup>907</sup>) que se deriva de la obligación de no causar daños a terceros y de reparar los daños causados, cuando entre las partes no existe una relación jurídica previa<sup>908</sup>.

La norma básica que la regula se encuentra en el artículo 1902 CC según el cual, *el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*. Dicho precepto tiene, en la práctica, una aplicación cada vez menor, debido no sólo a la proliferación de normas especiales de responsabilidad civil para materias concretas, sino también al juego preferente que tiene la responsabilidad civil derivada del delito<sup>909</sup>.

Podemos tener en cuenta dos criterios o sistemas distintos para imponer la responsabilidad extracontractual:

1. Sistema de la Responsabilidad Subjetiva, es decir, derivar dicha responsabilidad de la culpa en que haya incurrido el autor del daño. El autor solamente responde cuando en su acción ha intervenido la voluntad de dañar o al menos la culpa o negligencia.
2. Sistema de la Responsabilidad Objetiva, es decir, derivar la obligación de resarcimiento simplemente de la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido, independientemente de todo elemento de intencionalidad o falta de diligencia.

---

<sup>907</sup> Se le llama *aquiliana* por haber sido introducida en el área jurídica por la Lex Aquiliana en el siglo III a. de C.

<sup>908</sup> Ambas responsabilidades (contractual y extracontractual) tienen como cometido reparar los daños causados, lo que, unido a sus fuertes interconexiones, permite a la doctrina hablar de un Derecho de daños, que se identifica con el *Torts Law* angloamericano. Vid., ROSENKRANTZ, C.F., “*La responsabilidad extracontractual*”, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 11-18

<sup>909</sup> Vid., GÓMEZ TOMILLO, M., “*Responsabilidad Penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*”, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 15-19.

## La Responsabilidad Civil Extracontractual de los proveedores de Hosting

La orientación actual de la doctrina<sup>910</sup> y la jurisprudencia<sup>911</sup> en esta materia no está exenta de criterios y opiniones contradictorias, aunque creo que razonablemente se puede afirmar que, la regla general en materia de responsabilidad extracontractual debería ser la del respeto al principio de culpabilidad, y que el sistema objetivo sólo debería aceptarse cuando el legislador lo haya acogido expresamente, y que suele coincidir con supuestos en los que no se puede distinguir con nitidez autores individuales sino que la responsabilidad recae sobre entidades societarias o semejantes<sup>912</sup>.

La responsabilidad extracontractual puede revestir diversas formas, a nuestro efectos, nos interesan específicamente dos de ellas:

1. La responsabilidad por hechos propios: La responsabilidad por hecho propio de la persona que contrae la obligación de reparar el daño.
2. La responsabilidad por hecho ajeno: La responsabilidad por hecho realizado por persona distinta a la que asumió la obligación de reparar.

### 1.1. LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS PROPIOS

Recogida en el artículo 1902 CC, y afirmada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirva como broche la sentencia de 18 de marzo de 2004<sup>913</sup> según la cual varios requisitos o elementos objetivos

---

<sup>910</sup> A propósito del sistema de responsabilidad extracontractual, Vid., BUSTOS PUECHE, JE., “La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual”, en *Diario La Ley*, nº 6091, septiembre de 2004, pp. 1-5; Vid., DIEZ PICAZO, L., “*Derecho de Daños*”, Civitas, Madrid, 1999, pp. 44 y ss.

<sup>911</sup> Utilizando un criterio subjetivo: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 29 de junio de 2001 (RJ 2002/1470) y STS de 5 de julio de 2001 (RJ 2001/4991), en ambas, no condenando a las respectivas empresas, sostiene que no hubo nexo causal entre el mecanismo de una puerta automática de un garaje y los daños causados a las víctimas, ni entre el mecanismo de una escalera automática y los daños causados a las víctimas. Sin embargo, utilizando un criterio objetivo, el TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA de 13 de febrero de 2003 (RJ 2003/1045) hablando de una interpretación progresiva del artículo 1902, condenó a un agricultor que puso una vaya a modo de cerramiento de su finca, consistente en unas pilastras unidas por unas cadenas. En estas cadenas se sentó una niña utilizándolo de columpio, cedió y causó graves heridas a la niña.

<sup>912</sup> En este mismo sentido, a propósito de la llamada justicia correctiva, Vid., COLEMAN, J.L., “La concepción mixta de la justicia correctiva”, en *La responsabilidad extracontractual*, ROSENKRANTZ, C.F.,(COORD.), Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 71-84

<sup>913</sup> RJ 2004, 1823

## El Contrato Internacional de Hosting

(acción u omisión, la ilicitud y el daño) subjetivos (culpabilidad) y causales (nexo causal entre la acción u omisión y el daño) integran el concepto de este tipo de responsabilidad extracontractual.

Para los efectos de la responsabilidad es indiferente que la falta se realice por medio de un hecho activo (*culpa in committendo*) o de una simple abstención (*culpa in omittendo*).

Para que el hecho o la omisión constituyan una falta que produzca la obligación de reparar el daño, es necesario que sea ilícito o antijurídico, es decir contrario a derecho, y aunque esta afirmación no es aceptada de manera pacífica en nuestra doctrina<sup>914</sup>, creo que razonablemente podemos entender que, en el ámbito jurídico ha de mantenerse la ilicitud del hecho, de lo contrario nos alejaríamos, entrando en el ámbito de la equidad.

Aplicando al ilícito civil lo que para el delito afirman algunos autores<sup>915</sup>, el concepto de aquel responde a una doble perspectiva: por un lado, supone un juicio de valor sobre el hecho; por otro, arguye un juicio de valor sobre el autor de ese hecho. El primero integra el elemento de antijuridicidad y el segundo el de la culpabilidad.

En cuanto al elemento del daño, la jurisprudencia exige la existencia y prueba del daño para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios. Se incluye tanto los daños morales como los patrimoniales y en estos últimos se incluyen tanto el daño emergente o pérdida efectivamente sufrida, como el lucro cesante o ganancia dejada de obtener.

---

<sup>914</sup> Entre otros, a favor de la antijuridicidad, Vid., PENA LOPEZ, JM., "Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español", en *Revista de Derecho privado*, marzo-abril 2004, pp. 174; Vid., DE ANGEL YAGÜE, R., "*Tratado de responsabilidad civil*", Madrid, 1993, pp 258; Y en contra, entre otros, Vid., IZQUIERDO TOLSADA, M., "*Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*", Madrid, 2001, pp. 110; Vid., PANTALEÓN, F., "Comentario al artículo 1902", en *Tomo II del Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1993.

<sup>915</sup> Vid., MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARAN, M., "*Derecho penal. Parte General*", Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 223 y ss.



Para que haya obligación de responder de un daño es preciso que sea éste atribuible al agente (imputabilidad del autor), bien porque tuviera intención de causarlo o bien porque pudiendo y debiendo preverlo, no lo hizo por negligencia inexcusable (existencia de una conducta dolosa o culposa), éste elemento de culpabilidad resulta claramente del artículo 1902 CC<sup>916</sup>, aunque no faltan voces, como ya hemos expuesto, que frente a esta teoría espiritualista de la responsabilidad, han abrazado la concepción de la responsabilidad objetiva, en la que se sustituye el punto de vista interno de la culpabilidad por el punto de vista externo de la causalidad.

Y efectivamente, el elemento esencial y a la vez más difícil de probar es la relación de causa a efecto entre la falta por acción u omisión de una persona y el daño o perjuicio resultante y sufrido por otra persona. Y en relación con la causa, en los últimos años, la distinción entre relación de causalidad e imputación objetiva, va siendo aceptada por un creciente sector de la doctrina<sup>917</sup>, y en esa línea se insiste en la importancia de una correcta diferenciación entre, por una parte, las condiciones que explican desde un punto de vista lógico y fáctico la producción ulterior del daño resultante (nexo causal), y por otra, diferentes criterios jurídicos (imputación objetiva) que permiten justificar una selección entre los diversos factores del daño como fase previa a la de imputación subjetiva de la obligación de indemnizarlo.

La relación causal resulta ajena a criterios jurídicos, por lo que constituye una cuestión de hecho que deberá ser probada y cuya apreciación debe quedar sometida a la consideración de los tribunales de instancia. Por el contrario, la aplicación de criterios de imputación objetiva es claramente una cuestión de derecho, y por ello revisable en casación.

---

<sup>916</sup> Sobre el tema de la responsabilidad subjetiva y objetiva, Vid., CASTAN TOBEÑAS, J., “La responsabilidad civil extracontractual”, en *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, Reus, Madrid, 1993, pp. 958 y ss.

<sup>917</sup> Vid., ARCOS VIEIRA, ML., “*Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*”, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 17; Vid., REGLERO CAMPOS, F., “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad : culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en *AAVV Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2002, pp. 285-394; Vid., SALVADOR CODERCH, P., “Causalidad y responsabilidad”, en *InDret*, nº 3, 2002, pp. 2 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

No obstante, esta diferenciación no ha sido siempre asumida ni plasmada con total claridad por la jurisprudencia, y así encontramos sentencias del Tribunal Supremo en las que se decanta hacia la tesis de la consideración del elemento causal como cuestión de derecho, entre otras, en la sentencia de 23 de enero de 2004, en la STS de 12 de abril de 2004, o la STS de 12 de febrero de 2003, la STS de 7 de junio de 2002 o la STS de 4 de junio de 2001<sup>918</sup>.

En otras ocasiones, con bastante más precisión, la jurisprudencia apunta a una distinción entre los aspectos fácticos y jurídicos del nexo causal, y así entre otras, tenemos la STS de 7 de octubre de 2004, o la STS de 23 de junio de 2004, o por ejemplo la STS de 21 de enero de 2003<sup>919</sup>.

Sin embargo, la sentencia que ha acogido de manera expresa y con notable nitidez la diferenciación, a estos efectos, entre el establecimiento del nexo causal y el juicio de imputación objetiva ha sido la STS de 20 de febrero de 2003<sup>920</sup>:

“(...) la fijación del nexo causal en su primera secuencia (material) tiene carácter indefectiblemente fáctico, y por ende probatorio, por lo que no es casacionalmente revisable mediante la invocación de un precepto como el artículo 1902 CC que no contiene regla de derecho probatorio y, aunque el posterior juicio de imputación (causalidad jurídica-adequación) es revisable como *questio iuris* obviamente requiere como antecedente insoslayable la realidad de aquella causalidad material o física (...)”.

No obstante, entre las últimas sentencias, la STS de 4 de noviembre de 2004<sup>921</sup> considera de forma algo más matizada que los juicios de valor sobre la causa se encuentran en la frontera entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho:

---

<sup>918</sup> Respectivamente las referencias serán, RJ 2004, 50; RJ 2004, 2611; RJ 2003, 1010; RJ 2002, 5216; RJ 2001, 3878.

<sup>919</sup> Respectivamente las referencias serán, RJ 2004, 6229; RJ 2004, 3635; RJ2003, 1361.

<sup>920</sup> RJ 2003, 1174.

<sup>921</sup> RJ 2004, 6717

## La Responsabilidad Civil Extracontractual de los proveedores de Hosting

“(…) la problemática del nexo causal no es en puridad técnica una cuestión de derecho o al menos no es una cuestión jurídica *strictu sensu* o en sentido propio. La determinación acerca de si hay una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño exige diversas apreciaciones de las cuales unas tienen carácter fáctico y otras son de orden valorativo. Las primeras se fijan mediante la prueba, por lo que sólo son impugnables, controlables en la casación, a través del denominado error de derecho en la valoración de la prueba. Las segundas implican juicios de valor, se hallan en la frontera de la *questio iuris con la questio facti*, y se admite su revisión en casación (…)”

Como sabemos, la concurrencia de la relación o el nexo de causalidad entre una acción u omisión y el daño cuya indemnización se reclama es habitualmente considerada como imprescindible para el éxito de la pretensión indemnizatoria. Para la determinación de este nexo causal se han defendido a lo largo de la historia varios métodos o teorías.

Precisamente con este fin, determinar la relación de causalidad, la doctrina jurisprudencial ha consagrado recientemente el principio de la causalidad adecuada o eficiente que exige para observar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad<sup>922</sup>, aunque existen otros criterios empleados por el mismo tribunal como la prohibición de regreso (permite excluir la imputación objetiva cuando se aprecia que uno de los antecedentes del daño es una conducta de tercero que reúne unas características tales que justifican eliminar la imputabilidad causal impidiendo así el regreso en la cadena causal)<sup>923</sup>, y el criterio del ámbito de protección de la norma infringida (se utiliza cuando entre los antecedentes causales del daño se encuentra una conducta que se caracteriza por suponer el incumplimiento de ciertas normas)<sup>924</sup>.

Principalmente, esta teoría de la causa adecuada, supone una cierta superación de la clásica doctrina de la condición *sine qua non* o de la llamada

---

<sup>922</sup> Entre otras, Vid., STS de 21 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10268); y la STS de 10 de enero de 2001 (RJ 2001, 1309).

<sup>923</sup> Entre otras, STS de 2 de junio de 2004 (RJ 2004, 4735).

<sup>924</sup> Entre otras, STS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541).

teoría de la equivalencia de condiciones, que han sido criterios utilizados por los tribunales para determinar la relación de causalidad, pero que ofrecían dificultades prácticas en su aplicación cuando varios sujetos o acciones intervenían en la relación de causalidad física de los hechos<sup>925</sup>.

El principio de causa adecuada no busca establecer si un elemento de hecho es la causa física de un resultado, sino que intenta dar respuesta a la pregunta de si determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente relevantes y si permiten la imputación jurídica del hecho a una determinada persona. El problema consiste entonces en encontrar los fundamentos de la imputación y sentar los criterios que permitan verificarla o excluirla a través de criterios que sean puramente normativos<sup>926</sup>.

### 1.2. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO.

Nuestro Código civil establece esta posibilidad en el artículo 1903 diciendo que *la obligación de reparar el daño es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder, salvo que prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.*

Las personas a quienes, en virtud del artículo 1903 CC, se impone la responsabilidad por hecho ajeno, son, entre otros, los dueños o directores de un establecimiento o empresa, es decir, se afirma la responsabilidad civil extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes o empleados en el servicio o con ocasión de sus funciones.

En el Derecho comparado se puede hablar de la existencia de dos formas de atribuir o imputar al empresario el daño causado por el empleado,

---

<sup>925</sup> Entre otras, STS de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005, 61638); STS 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890); y STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002, 3312).

<sup>926</sup> ARCOS VIEIRA, ML., *“Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia”*, op. cit., 2005, pp. 80 y ss.

así mientras en el Derecho alemán se utiliza un criterio de responsabilidad subjetivo, en el Derecho francés, italiano e inglés, la responsabilidad del empresario es objetiva<sup>927</sup>.

En nuestro Código civil, en principio, la responsabilidad es subjetiva, pues la culpa es presumida pudiendo liberarse de tal responsabilidad si prueba haber empleado toda la diligencia debida. No obstante, para que pueda ser aplicada la responsabilidad regulada en el artículo 1903 CC, es necesario que se den unos presupuestos o condiciones:

1. Una relación de dependencia, jerarquía o subordinación mas o menos extensa o directa, aunque en ocasiones no se precisa esta dependencia en el sentido jurídico laboral, pero sí una cierta superioridad y autoridad, aunque sea a nivel económico o técnico, como ocurre en Internet.
2. La culpabilidad del dependiente, últimamente un tanto desdibujada. Se trataría de un acto ilícito del empleado en el que se dan todos los elementos propios de la responsabilidad civil (acción u omisión, antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad), pero que dada la condición laboral del régimen de trabajo de su autor, revierte sobre el patrimonio empresarial las consecuencias del mismo.
3. La conexión causal del daño con las funciones asignadas al dependiente. No basta con una mera dependencia del empresario, es necesario que el daño haya tenido su origen en el ámbito de la actividad conferida al dependiente o empleado. De no concurrir este requisito estaríamos ante una extralimitación del trabajador excluyente, por tanto, de la responsabilidad del empresario.

---

<sup>927</sup> Vid., BARCELÓ DOMÉNECH, J., “*Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*”, en McGrawHill, Madrid, 1995, pp. 87 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

Todo lo mencionado son ideas iniciales que hay que tenerlas en cuenta en el desarrollo de los epígrafes posteriores, dedicados específicamente a la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores de servicios de *Hosting*, como ISP de intermediación .

### 2- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS ISP DE INTERMEDIACIÓN.

Con independencia del tipo de servicio de Internet que se contemple, siempre nos estaremos moviendo en un triple plano en lo que a la responsabilidad civil<sup>928</sup> se refiere, es decir: responsabilidad contractual que surgirá del contrato que vincule al ISP con su cliente; responsabilidad extracontractual que podrá exigirse al amparo del artículo 1902 del Código Civil; y la responsabilidad específica que imponga la legislación aplicable al ISP.

En este sentido, la regla general de la responsabilidad de todo prestador de servicios de Internet o ISP, sea o no intermediario, se contiene en el artículo 13 de la LSSICE<sup>929</sup>, según el cual, los *“prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa, establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes”*.

---

<sup>928</sup> Sobre el tema de la Responsabilidad en Internet, Vid., VATTIER FUENZALIDA, C., “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, FERNANDEZ ORDONEZ E ILLESCAS, (COORDS), la ley, Madrid, 2002, pp. 1195 y ss.; Vid., VATTIER FUENZALIDA, C., “Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico”, en *Revista de Contratación electrónica*, nº 18, 2001, pp. 3 y ss..

<sup>929</sup> Sobre su tratamiento en el proyecto de LSSICE, Vid., DELGADO PLANÁS, A., “Responsabilidad de los operadores en el proyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, en *REDI, Revista electrónica de Derecho informático*, nº43, 2002, pp. 2 y ss.

## La Responsabilidad Civil Extracontractual de los proveedores de Hosting

Ello determina, con carácter general, que los prestadores de servicios de la sociedad de la información o proveedores de servicios de Internet, serán responsables por los contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya<sup>930</sup>, lo cual queda claro respecto de los proveedores destinatarios de los servicios de intermediación (auténticos prestadores de servicios de la sociedad de la información), pero ¿qué ocurre con los prestadores de servicios de Internet como intermediarios respecto de los ilícitos que cometen los destinatarios de sus servicios (los cuales están sometidos al régimen general de responsabilidad civil)?, ¿Tales intermediarios son o no responsables de los daños que éstos causen a terceros, sobre la base de que posibilitan su realización y difusión, y si lo son directa o subsidiariamente?

Las posibilidades, como afirma la doctrina<sup>931</sup>, oscilan entre la total exoneración de las entidades prestadoras de servicios de la información intermediarias, hasta la configuración de una responsabilidad civil directa y por hecho ajeno de dichas entidades por las infracciones e ilícitos dañosos que causen los destinatarios de los servicios de la información que operan en ellas.

Los prestadores de servicios de intermediación, como el proveedor de *Hosting*, tienen en común que no ejercen control sobre la elaboración o la distribución de los contenidos que se ofrecen en Internet, de ahí que el régimen especial de responsabilidad establecido por la LSSICE se base en la información suministrada y el grado de conocimiento que el ISP tenía sobre la misma, para deslindar responsabilidades.

En consecuencia, la regla general será la exoneración de la responsabilidad, y las excepciones se darán o bien cuando se trate de

---

<sup>930</sup> Vid., GRAMUNT FOMBUENA, MD., “El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en *Societas & Lex*, nº 8, 2002, pp. 4 y ss.

<sup>931</sup> Vid., FUNDINAGA, K., “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet”, en *Revista de derecho informático*, nº 91 de febrero de 2006, pp. 1-14; Vid., PLAZA PENADES, J., “La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otras redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSICE)” en *Contratación y Comercio Electrónico*, ORDUÑA MORENO, F.J. (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 196-237; Vid., PLAZA PENADES, J., “Responsabilidad de los Proveedores de servicios de la sociedad de la información” en *Propiedad intelectual y Sociedad de la Información (Tratado OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad civil en la Red)*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 171-252.

## El Contrato Internacional de Hosting

contenidos propios, o bien en casos de falta de diligencia, tratándose en estos casos de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, si bien sólo nace en supuestos de grave negligencia del prestador de servicios de intermediación. Pero cuando nace, permite a la víctima reclamar al prestador de servicios intermediarios, directamente, todos los daños causados por el prestador de servicios de la información autor de los daños (y destinatario de los servicios de intermediación), así como los daños derivados de las propias acciones culpables del intermediario.



## II- FACTORES QUE INCIDEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE HOSTING

### 1- TIPOLOGÍA Y FUNCIONES DE LOS DIFERENTES ISP DE INTERMEDIACIÓN.

En general, podemos diferenciar tres tipos de proveedores de servicios de Internet (ISP)<sup>932</sup>, atendiendo a la actividad desarrollada por cada uno de ellos:

1. Los ISP que desarrollan Servicios de la Sociedad de la Información<sup>933</sup>;
2. Los ISP que realizan servicios de intermediación<sup>934</sup>; y
3. Los ISP que desarrollan funciones de certificación de firma electrónica<sup>935</sup>. Las obligaciones específicas de los prestadores de

---

<sup>932</sup> BARRAL VIÑALS, I., “El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, op. cit., 2003, pp. 1-15

<sup>933</sup> Los ISP que desarrollan una actividad comercial o empresarial y que podríamos identificar con los *Servicios de la Sociedad de la información* del apartado a) del Anexo de la LSSICE. Puede tratarse, de ISP que presten a la vez servicios de intermediación o bien ser simplemente comerciantes, empresarios o profesionales que siendo destinatarios de un servicio de intermediación se dedican únicamente al desarrollo de actividades de contratación electrónica, en estos supuestos deberán, además, amoldarse a la legislación reguladora de la actividad que estén realizando por Internet.

<sup>934</sup> Los “servicios de intermediación”, a los que se refiere la LSSICE en el apartado b) del Anexo, son aquellos por los que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información, es decir, serán los siguientes: los de provisión de servicios de acceso a Internet; los de transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; los de realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios; los de alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros; y los de provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet. Además, debemos distinguir, por una parte, la rúbrica de la sección 4ª del Capítulo II de la Directiva (la de “Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación”), de su regulación se traduce que solo se regula la responsabilidad de quienes prestan determinados servicios y en concreto los de intermediación, haciéndose solo referencia a las actividades de transmisión de datos en una red de comunicaciones, concesión de acceso a una red de comunicaciones, almacenamiento automático, provisional y transitorio o provisional y temporal de información transmitida por una red y el alojamiento de datos; Por otra parte, la rúbrica de la Sección 2ª del capítulo II del Título II de la LSSICE, es sencillamente “Régimen de responsabilidad” por lo que parece que se refiere a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información incluidos los proveedores de contenidos.

## El Contrato Internacional de Hosting

servicios de certificación los encontramos en los artículos 17 y siguientes de la Ley de Firma electrónica, según la cual estos prestadores están obligados a proteger los datos personales que manejen de acuerdo a su actividad y deben de colaborar con los órganos judiciales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas y en los demás supuestos previstos en el artículo 11.2 de la LOPD<sup>936</sup>, además de las obligaciones propias derivadas del desarrollo de su actividad contenidas en el artículo 18 de la Ley de Firma electrónica.

No siempre un proveedor desarrolla una única función, en la práctica es difícil la clasificación pues hay ISP que son, a la vez, proveedores de contenidos, acceso, alojamiento y enlaces; o ISP que son proveedores de *Hosting* y engloban, entre sus servicios, el alojamiento, el acceso o velocidad de conexión y el registro de los nombres de dominio de la página Web del cliente, aunque también es frecuente que las mismas operadoras de telecomunicaciones ofrezcan servicios de acceso y *caching*, e incluso realicen las demás actividades de intermediación.

Los proveedores de servicios de *Hosting* son prestadores de servicios de intermediación, pero existen otros con funciones diferentes, atendiendo a la clasificación que podemos encontrar tanto en la Directiva 2000/31/CE como en la Ley 34/2002 Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE) distinguimos entre:

1. *Los prestadores del servicio de alojamiento y conexión o caudal de acceso a Internet (Hosting)*. Aunque en páginas anteriores ya los hemos identificado, no obstante recordaremos que, a los efectos de su responsabilidad, su actividad consiste en almacenar o alojar, con carácter no provisional, los datos facilitados por el destinatario del

---

<sup>935</sup> Son ISP que prestan servicios de certificación de firma electrónica. El segundo párrafo del artículo 2 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de Firma Electrónica (BOE 304 de 20 de diciembre de 2003), denomina “prestadores de servicios de certificación” a la persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica. Vid., PLAZA PENADÉS, J., “La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001”, op. cit., 2002, pp. 4 y ss.

<sup>936</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

servicio (artículo 14 de la Directiva<sup>937</sup> y 16 de la Ley) además de proveerle de la conexión y caudal de transferencia a Internet necesarios para su negocio. El supuesto típico es el de alojamiento de una página Web (alojamiento en el servidor del proveedor de servicios, de la información (personal o empresarial) que el destinatario del servicio quiere poner a disposición de los usuarios de Internet); pero también pueden ser mensajes de correo, mailing list, newsgroups, etc.

2. *Los operadores de redes y proveedores de acceso.* Los primeros son las compañías de telecomunicaciones que proporcionan la infraestructura que permite la transmisión de información; los segundos son los auténticos intermediarios que facilitan el acceso a la red. Tanto la Directiva (artículo 12) como la LSSICE (artículo 14) aclaran que estas actividades no dejan de ser tales por el hecho de que incluyan el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos, siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión. En cualquier caso ambos tipos de ISP desarrollan una mera actividad de conducción de datos (*routing*).
3. *Los prestadores del servicio de copia temporal de datos* solicitados por los usuarios. Actividad denominada "*caching*" que consiste en realizar una copia automática, provisional y temporal de los datos solicitados por los usuarios para hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros usuarios del servicio (artículo 13 de la Directiva y 15 de la Ley).
4. *Los prestadores del servicio de búsqueda de contenidos o enlaces.* Facilitan la provisión de instrumentos de búsqueda (*linking*), acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet (artículo 17 de la Ley). Existen los conocidos "portales" que agrupan diferentes

---

<sup>937</sup> Vid., MARY HARNEY, I., "European Communities (Directive 2000/31/EC). Regulations 2003." En *Revista de Contratación electrónica*, nº 38, 2003, pp. 3 y ss.

servicios y contenidos con todo tipo de información incluidos motores de búsqueda de materiales disponibles en Internet.<sup>938</sup>

## 2- ASPECTOS TÉCNICOS DE ACCESO A LOS ISP DE HOSTING Y REDIRECCIONAMIENTO EN INTERNET

Es necesario entender el funcionamiento técnico del acceso por el destinatario a los servicios del ISP y el redireccionamiento que éste ha de hacer para poder ofrecer sus servicios, a fin de apreciar la concurrencia o no de responsabilidad en el supuesto concreto. En la actualidad, la mayoría de los destinatarios o usuarios acceden a Internet mediante la conexión de su ordenador<sup>939</sup> al servidor de un proveedor de servicios de *Hosting* cuya red ya está conectada al proveedor de telecomunicaciones<sup>940</sup>.

Los ordenadores funcionan a través de señales digitales que deben ser *convertidas* para que puedan transmitirse a través de las redes telefónicas. Para ello, es necesario el empleo de un módem que conecte la línea de teléfono al ordenador y que traduzca las señales digitales en tonos análogos que permitan dicha transmisión. Por lo tanto, con un módem, cualquier persona, física o jurídica, puede acceder a un proveedor de servicios de *Hosting*.

Para ello, *grosso modo*, es necesario, primero, que previamente se haya llegado a un acuerdo con el proveedor de servicios (generalmente, haciendo *click* en la opción de aceptar, contratos *click-wrap* o *web-wrap*, después de

---

<sup>938</sup> Vid., BUSTO LAGO, J.M., (COORD); ALVAREZ LATA, N., Y PENA LOPEZ, F., “Prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en *Reclamaciones de consumo. Derecho del consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 582-587.

<sup>939</sup> Respecto a otros modos de acceso a Internet, destacamos el WAP, y el 3G UMTS, Vid., FRANCISCO DE QUINTO ZUMÁRRAGA, A.M., “Movilidad y m-Commerce” en *Manual de Seguridad en Internet. Soluciones técnicas y jurídicas*, Madrid, 2003; Vid., MIRANDA BELTRAN, R., “Nuevos servicios y aplicaciones a través del móvil”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras de Red*, nº 14, 2003

<sup>940</sup> Vid., HERRANZ CONDE, C., “Los Proveedores de Servicios de Internet”, en *Régimen Jurídico de Internet*, CREMADES, FERNANDEZ-ORDOÑEZ E ILLESCAS, (Coords), La Ley, Madrid, 2002, pp. 794-813.

haber seguido todos los pasos en pantalla. El proveedor de servicios proveerá al usuario con un número de identificación (ID) y dará la posibilidad al usuario de elegir un *pass-word* único que se le pedirá para obtener futuro acceso<sup>941</sup>), y segundo, que se haya instalado el *kit* inicial de software correspondiente que el proveedor debe proporcionar al cliente y sin el cual la conexión y el acceso no son posibles.

Cuando el usuario marca el número asignado por el proveedor de servicios de *Hosting*, el circuito local envía la llamada al proveedor, el cual la recibe, traduce la transmisión entrante en protocolos de Internet (IP) y con la ayuda de un ordenador denominado *Servidor*, conduce los datos al destino deseado. La red de Internet funciona por conmutación de paquetes, de forma que los mensajes enviados de una persona a otra, *circulan* por las redes a modo de minúsculos paquetes con una dirección predeterminada junto con otros paquetes pertenecientes a infinidad de usuarios distintos.

Por su parte, el proveedor de servicios de *Hosting* se conecta normalmente a Internet a través de un circuito de datos dedicado que contrata con un *carrier* (u operador de telecomunicaciones que dispone de grandes redes públicas de datos que se interconectan entre sí creando una gran red abierta). Dicho circuito suele ser una línea punto a punto que conecta el nodo del proveedor de servicios con el nodo del *carrier* mediante redes específicamente diseñadas para la transmisión de datos en modo paquete (denominadas *Redes Frame Relay*), consiguiendo que la transmisión sea más fiable y a velocidades más altas. De esta forma se crea un Canal Virtual Permanente<sup>942</sup>.

---

<sup>941</sup> Vid., GABRIELA SARMIENTO, M., "E-Services", en *Revista electrónica de derecho informático*, n° 43, 2002, pp 2 y ss.

<sup>942</sup> El Canal Virtual Permanente es un protocolo orientado a la tecnología de conmutación de paquetes ofrecido por las compañías telefónicas para proporcionar unas conexiones digitales más eficaces de un punto a otro.

### **3- ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP DE *HOSTING***

#### **3.1- LUGAR DONDE ESTÁN ESTABLECIDOS LOS ISP DE *HOSTING***

Los primeros artículos de la LSSICE se ocupan del tema del lugar donde están establecidos los ISP. Cuestión importante porque determina, por tanto, si sus actividades están o no sujetas a la legislación española y, si les es o no aplicable el régimen de responsabilidad establecido por la misma. Tratándose de ISP no españoles, la LSSICE establece una distinción según que el ISP proceda o no de un Estado de la UE o del Espacio Económico Europeo (EEE). Así pues, podemos distinguir los siguientes supuestos:

1. *ISP de Hosting establecidos en España.* Como indica el artículo 2.1 de la LSSICE se entiende que un ISP está establecido en España cuando, tiene fijada su residencia o domicilio social en territorio español y dicho lugar coincida con aquél en que esté centralizada efectivamente la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. Si ambos lugares son distintos, prevalecerá el del lugar en que se desarrolle la gestión o dirección. No sirve como criterio para determinar el establecimiento en España, el uso de medios tecnológicos situados en territorio español para la prestación o el acceso al servicio, según establece el artículo 2.3 de la Ley.

Este mismo artículo contiene una presunción de establecimiento en España, cuando dice que *“se presumirá que el prestador de servicios esta establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español (...)”*.

Por ultimo, el articulo 2.4 de la LSSICE establece que las actividades del ISP establecido en España estarán sujetas no sólo a lo dispuesto por esta ley sino también, a lo dispuesto en la normativa de nuestro ordenamiento jurídico que le sea aplicable en función de la actividad

de que se trate, cuestión, que a mi entender, estaba clara aunque no lo dijese la Ley.

2. *ISP de Hosting no establecidos en España, pero con sucursales en nuestro territorio.* Como indica el artículo 2.2 de la LSSICE quedan también sujetos a la legislación española aquellos ISP que sin estar establecidos en España prestan sus servicios a través de un establecimiento permanente situado en territorio español, es decir, si disponen de instalaciones o lugares de trabajo en España en los que realice total o parcialmente su actividad de forma habitual o continuada.
3. *ISP de Hosting establecidos en un Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.* Según el artículo 3 de la LSSICE quedan sujetos a la misma, los prestadores de servicios de la sociedad de la información que estando establecidos en un estado miembro de la UE o del EEE, tengan a los destinatarios de sus servicios en España, y los servicios que prestan afecten a las materias que relaciona el propio artículo 3 en su párrafo primero, es decir, derechos de propiedad intelectual e industrial; emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva; actividades de seguro directo; obligaciones nacidas de contratos de consumidores; régimen de elección por las partes de la ley aplicable a su contrato; licitud de las comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas.

También quedarán sujetos a las normas específicas de nuestro ordenamiento que regulen dichas actividades. El artículo 7.1, que incorpora el principio de libre prestación de servicios, por su parte, establece respecto de estos ISP que no cabe ningún tipo de restricciones a la prestación de servicios, de conformidad con lo que se desprende del ámbito normativo coordinado, a salvo las excepciones previstas por la Ley, que realmente las encontramos en el artículo 8, es decir, que la prestación de dichos servicios sea contraria al orden público, investigación penal o seguridad y defensa nacional, o que

## El Contrato Internacional de Hosting

viole los principios de salvaguarda de la juventud y de la infancia, la protección de los consumidores o el respeto a la dignidad de la persona y a la no discriminación por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social.

4. *ISP de Hosting establecido fuera de la UE o del EEE.* De este supuesto se ocupa el artículo 4 de la Ley, declarando aplicables a estos ISP, lo dispuesto en la Ley, siempre que no contravenga lo dispuesto en Tratados internacionales, y en todo caso, las previsiones de los artículos 7.2 y 8 de la LSSICE.

En realidad, como indica la doctrina<sup>943</sup>, el destinatario del artículo 8 no es, ni puede ser, el ISP extranjero, pues los mandatos contenidos en los párrafos 1, 3 y 4 del artículo 8 tienen como destinatario al “órgano competente” y, concretamente, el párrafo 4 solo se explica en el ámbito de la UE o del EEE. Respecto del párrafo 2 tampoco el destinatario es el ISP extranjero, sino que es el ISP de intermediación (por ejemplo el proveedor de *Hosting*, establecido en España, cuyo cliente es el proveedor de contenidos situado en el extranjero), al cual podrá dirigir su solicitud de colaboración el órgano competente, en virtud de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio proveniente de un ISP establecido en otro Estado. Por último, el artículo 7.2 de la Ley remite la aplicación del principio de libre prestación de servicios por estos proveedores según lo dispuesto en acuerdos internacionales que resulten de aplicación.

---

<sup>943</sup> Vid., BARRAL VIÑALS, I., “El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, ...2003, op. cit. pp. 1-15.



### 3.2- LAS OBLIGACIONES DE LOS ISP DE SERVICIOS DE *HOSTING*.

El desarrollo, por los ISP en general y por los proveedores de *Hosting* en particular, de una actividad de prestación de servicios de los sujetos a la LSSICE se sustenta en dos Principios:

- 1) El principio de no sujeción a autorización previa<sup>944</sup>; y
- 2) El principio de libre prestación de servicios, teniendo en cuenta las restricciones que establece el artículo 8 para el caso de que estos servicios atenten contra principios fundamentales de la convivencia social, tales como el orden público, la investigación penal, la seguridad pública, la defensa nacional, la protección de la salud pública y de los consumidores o usuarios, el respeto a la dignidad humana y al principio de no discriminación y la protección de la juventud y la infancia.

Además, los ISP que desarrollen estas actividades y, en especial las de intermediación, quedan también sujetos a cuatro obligaciones específicas<sup>945</sup>:

- A) La obligación de facilitar la constancia registral del nombre de dominio o dirección de Internet;
- B) La obligación de suministrar información general accesible a todos los usuarios;
- C) El deber de colaboración con los órganos competentes; y
- D) El deber de retener los datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas, obligación ésta que, probablemente sea modificada, para adaptarla a las nuevas exigencias de la Directiva 2006/24/CE<sup>946</sup>.

Para el caso de tratarse de ISP establecidos en España, el artículo 9.1 de la LSSICE les impone la *obligación de comunicar al Registro Mercantil* en el

---

<sup>944</sup> Sobre este tema me remito a lo dicho en el capítulo relativo al nuevo marco regulador de las telecomunicaciones, pero además Vid., GARCÍA CACHAFEIRO, F., “No sujeción a autorización previa de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (comentario al art. 6 de la LSSICE)”, en *Revista de contratación electrónica*, nº 45, 2004, pp. 39-56.

<sup>945</sup> Sobre este tema, Vid, APARICIO VAQUERO, J.P., “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, op. cit., 2003-2, pp. 89-93

<sup>946</sup> DO L nº 105 de 13 de abril de 2006

## El Contrato Internacional de Hosting

que se hallen inscritos o al Registro Público en el que lo estuvieren, a los efectos de haber adquirido personalidad jurídica o de mera publicidad, el nombre o nombres de dominio o direcciones de Internet que utilicen con carácter permanente para ser identificados en la red.

Igualmente quedan obligados a comunicar los actos de sustitución o cancelación de los mismos, salvo que esa información ya se haya hecho constar en el correspondiente Registro. El plazo para efectuar estas comunicaciones al Registro se fija en un mes a contar desde que se produce el hecho que se ha de comunicar (artículo 9.3). Por otra parte, el artículo 9.2 impone al Registro Mercantil correspondiente la obligación de comunicar al Registro Mercantil Central las anotaciones practicadas, a los efectos de la publicidad informativa que ofrece dicho Registro (artículo 7.2).

En cuanto a la *obligación de suministrar información general a los destinatarios* del servicio, queda recogida en el artículo 10 de la LSSICE. Este requerimiento obliga al ISP de *Hosting* a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder a la información exigida por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita (artículo 10.1), entendiéndose cumplida la obligación si el prestador o proveedor incluye toda la información en su página Web, para lo cual deberá disponer de un icono o de un enlace cuya configuración o descripción hagan fácilmente identificable la información que el destinatario va a encontrar si accede a ellos.

En este sentido la información que el artículo 10.1 obliga a proporcionar se refiere a los siguientes aspectos:

- a) Al nombre o denominación social del ISP, su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita el establecimiento de una comunicación directa y efectiva.
- b) Los datos de su inscripción en el Registro a que hace referencia el artículo 9.

## La Responsabilidad Civil Extracontractual de los proveedores de Hosting

- c) Si la actividad que desempeña el ISP está sujeta a autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los que identifiquen a la autoridad competente encargada de su supervisión.
- d) Si la actividad que se desarrolla es la correspondiente a una profesión regulada se deberá indicar los datos del colegio profesional a que pertenezca; el título académico oficial o profesional correspondiente; el Estado de la UE que expidió el título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento; las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios, incluidos los electrónicos, a través de los cuales se puedan conocer.
- e) El NIF que le corresponda.
- f) Información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, los impuestos aplicables y, en su caso, los gastos de envío.
- g) Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.

Al margen de las dos obligaciones antes descritas y a las que la LSSICE sujeta a todo ISP, los artículos 11 y 12 prevén dos nuevas obligaciones para los ISP de servicios de intermediación y por tanto para los proveedores de *Hosting*: el deber de colaboración y el deber de retención.

Por una parte tenemos *el deber de colaboración* con los órganos competentes<sup>947</sup>, refiriéndose el artículo 11 a aquellos supuestos en que dicho órgano hubiera ordenado la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España. Recordemos que esta misma obligación la impone el artículo 8.2 a los ISP de intermediación cuando deba suspenderse la prestación de un servicio proveniente de un prestador establecido en un país extranjero, sea o no del ámbito de la UE o del EEE.

---

<sup>947</sup> Es interesante resaltar que en determinados supuestos únicamente serán considerados competentes para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, los órganos jurisdiccionales, tal y como precisa el párrafo segundo del artículo 11 de la LSSICE.

## El Contrato Internacional de Hosting

El problema surge cuando el proveedor de *Hosting* se encuentra situado en un país extranjero, por ejemplo EEUU, al que no le son aplicables las normas sobre el deber de colaboración establecidas para todo el entorno comunitario, en este caso es necesario un reconocimiento, en el país del proveedor de *Hosting*, de la sentencia dictada por el Tribunal de origen, de acuerdo con el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico del Estado requerido. Concretamente en EEUU se ha denegado dicho reconocimiento y ejecución a sentencias dictadas por Tribunales franceses<sup>948</sup> alegando el principio de libertad de expresión e información de la Constitución americana. Entre otras, la sentencia de 12 de enero de 2006<sup>949</sup> en la que se requería a Yahoo, ISP situado en California, para que impidiera el acceso a ciudadanos franceses a determinadas páginas, alojadas en sus servidores, con contenidos y productos nazis.

Y por otra parte, nos encontramos en el artículo 12 con la *obligación de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas*<sup>950</sup>. Este artículo obliga al ISP de intermediación, y en especial al que presta servicios de *Hosting*, a retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, por un periodo máximo de 12 meses, ciñéndose únicamente a los que sean necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información, así como para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio.

---

<sup>948</sup> Los principales argumentos competenciales utilizados por los tribunales franceses para dicta estas sentencias fueron que el comportamiento realizado por Internet, oferta de los productos con simbología nazi, eran contrarios a la leyes francesas, y al realizarse en inglés, lengua considerada de uso común en la red, y poder visionarse desde cualquier ordenador situado en Francia, se estaba produciendo el hecho dentro del ámbito de competencia de los tribunales franceses, por ello, condenaron a Yahoo a bloquear el acceso a la oferta desde territorio francés y a una multa diaria en caso de incumplimiento de dicha orden. Sentencias que no se han ejecutado en territorio estadounidense, pues la justicia de este país los ha declarado inaplicables.

<sup>949</sup> Sentence 12 January 2006, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Northern District of California, “*Yahoo! Inc v. La ligue contre le racisme et l’antisemitisme, et l’union des etudiants Juifs de France*”. Westlaw 433 F.3d 1199

<sup>950</sup> Sobre el acceso a los datos de tráfico desde el punto de vista de los cuerpos de seguridad, Vid., MARROIG POL, L., “La Seguridad Nacional y el Acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas”, op. cit., 2003, pp. 3 a 26..

Regulación que se va a ver modificada con la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/24/CE, dado que esta Directiva exige la retención tanto de los datos de tráfico como los de localización y de abonado o usuario registrado (origen, destino, fecha, hora, duración, tipo, equipo, localización del equipo móvil), quedando solamente excluido el contenido de la comunicación (art. 1). Además, la retención de datos extiende su aplicación respecto de dichas categorías también a las llamadas infructuosas o perdidas que no deben ser confundidas con las llamadas sin conexión expresamente marginadas del deber de retención (art. 3).

Por otro lado, el periodo de retención también ha sido modificado por la Directiva, y así se establece en un mínimo de seis meses y un máximo de dos años<sup>951</sup> desde la fecha de la comunicación (art. 6), si bien posteriormente se prevé que la duración máxima podrá en atención a circunstancias particulares ser ampliada por los Estados Miembros durante un periodo limitado y con sometimiento a la decisión que la Comisión adopte al respecto tras serle notificada la medida (art. 12).

La Directiva se limita a armonizar los requisitos de la retención, dejando a cada Estado Miembro la determinación de los casos, procedimientos y condiciones en que se podrá acceder a los datos retenidos, si bien dispone que dicho acceso sólo será posible para las autoridades nacionales competentes y que deberá ser respetuoso con las exigencias de Derecho Internacional público, y en particular con el Convenio europeo de Derechos Humanos (CEDH) (art. 4).

A pesar de todas las medidas de seguridad anunciadas por los gobiernos a este respecto, ésta es una iniciativa altamente controvertida, no sólo por el

---

<sup>951</sup> Teniendo en cuenta que en la práctica, el 85% de los datos de tráfico requeridos por la policía tienen un máximo de seis meses de antigüedad, y los datos requeridos de entre seis meses y un año se utilizan generalmente en investigaciones complejas de delitos graves.

peligro que supone para la protección de la intimidad<sup>952</sup> la retención indiscriminada de los datos personales<sup>953</sup>, entendiéndolos en su sentido amplio, sino por el alto coste económico que para los proveedores va a tener, con la consiguiente repercusión en el aumento de los precios para los consumidores y usuarios.

Por último indicar que el artículo 38.1 c) de la LSSICE tipifica como muy grave el incumplimiento de esta obligación por parte del ISP, y también el artículo 38.1 pero en su apartado d) califica de muy grave la utilización de los datos retenidos para fines distintos de los señalados en el artículo 12, sancionables ambas infracciones con multas de las establecidas en el artículo 39 de la LSSICE.

### **3.3- INFRACCIONES REALIZADAS A TRAVÉS DE INTERNET Y SU INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

Una vez realizadas las anteriores precisiones, quizás sea útil enumerar, siquiera de forma breve, algunos de los supuestos mas frecuentes de daños y perjuicios causados a través de Internet. Hacemos notar que dado el alcance global de la Red, todas estas infracciones se caracterizan esencialmente por su repercusión transfronteriza, lo que dificulta aun más su persecución y castigo.

Básicamente, y siguiendo la clasificación más usual realizada por la doctrina<sup>954</sup>, se pueden infringir daños y perjuicios, a los usuarios de Internet, de dos maneras:

---

<sup>952</sup> Cada vez con más insistencia se habla del derecho fundamental a la privacidad que va más allá del derecho a la intimidad personal y familiar contemplado en el artículo 18.4 de CE, concepto que ha recibido un reciente reconocimiento en el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

<sup>953</sup> Según los establecido en el artículo 2 b) de la Directiva 95/46/CE, recogido posteriormente en el artículo 3 c) de la LOPD, las operaciones y procedimientos técnicos que permitan la conservación de los datos de carácter personal entran de lleno en el concepto de “tratamiento de datos”.

<sup>954</sup> Entre otros, Vid., MAGRO SERVER, V., “La delincuencia informática. ¿Quién gobierna en Internet?”, en *Diario La Ley*, nº 6077, septiembre de 2004, pp. 2-14; Vid., CLEMENTE MEORO, M.E., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la

- A) Incorporando a la red información que lesione derechos e intereses de terceros;
- B) Destruyendo, alterando o inutilizando la información ajena.

### 3.3.1- Daños por incorporación de información a Internet

En este primer ámbito podemos encontrarnos supuestos tan diversos como los que resultan de lesionar los derechos fundamentales y de la personalidad; los derechos de autor y derechos conexos, los derechos de la propiedad industrial; y los derechos de los consumidores y usuarios.

No es difícil imaginar casos de lesiones de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, sin olvidar las lesiones del derecho a la protección de los datos de carácter personal<sup>955</sup>, pues basta con incorporar a un página Web o remitir por correo electrónico frases injuriosas o calumniosas respecto de un sujeto, dar cuenta de hechos de su intimidad personal o familiar, o reproducir su imagen sin su consentimiento. Supuestos de este tipo de lesiones en Internet, desgraciadamente hay muchos, sirva como ejemplo el caso “ENTEL”<sup>956</sup>, empresa nacional de telecomunicaciones de Chile:

La familia de una menor demandó a ENTEL porque en su Web apareció un aviso ofreciendo los servicios sexuales de la menor, recibiendo, desde la aparición del aviso, numerosas llamadas obscenas. El aviso resultó ser una broma urdida por cierto compañero despechado. Aunque el recurso de protección fue desestimado (pues en el momento de la demanda ya había sido retirada la información), el Tribunal sí que dejó sentada la obligación del

---

información”, en *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la sociedad de la Información y del comercio electrónico*, CLEMENTE MEORO Y CABANILLAS MUGICA (DIRS), Comares, Granada, 2003, pp. 10-116. Y también en el mismo sentido, Vid., APARICIO VAQUERO, J.P., “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, op. cit., 2003-2, pp. 95-97

<sup>955</sup> En este sentido, Vid., DOMINGO RIPALDA, J., “El tratamiento de los datos personales en Internet”, en *Revista electrónica de derecho Informático*, nº 51, 2002, pp. 2 y ss; y también DOMINGO RIPALDA, J, “El tratamiento de los datos personales en Internet”, en *Revista vlex de Derecho y nuevas tecnologías*, 2002, pp. 2 y ss; Asimismo, PICAZO SENTÍ, P., Y CHAVELI DONET, E., “El tratamiento de datos por terceros. Algunas peculiaridades prácticas”, op. cit., 2002, pp. 4 y ss; y También, Vid., CORRIPIO GIL-DELGADO, MR., “Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet”, op. cit., 2000, pp. 93 y ss.

<sup>956</sup> Vid., CARRASCO BLANC, H., “Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de Internet. El caso –ENTEL”, *Revista electrónica de Derecho Informático* nº 26, 2000, pp. 3 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

ISP de *Hosting* de bloquear y retirar toda la información de cuya ilicitud tenga constancia.

Y más recientemente la sentencia de 19 de octubre de 2004, en el caso “King v Lewis & Ors”<sup>957</sup>

El Sr. King era un conocido promotor de boxeo tanto en EEUU como en el Reino Unido. Era ciudadano americano con residencia en Florida. Uno de sus representados era Lewis, ciudadano inglés con residencia en Nueva York. Los demás demandados eran una compañía de promociones de Nevada y un abogado que tenía también su residencia en Nueva York. En 2003 aparecieron unos artículos difamatorios contra King en unas Websites situadas en California, pero que fueron descargadas en Inglaterra, extendiendo por este país las injurias que estos artículos contenían. El demandante interpuso la demanda en Inglaterra, por entender que era el lugar del hecho dañoso, pero el tribunal inglés, tras analizar diversos criterios de atribución de la competencia, se declaró finalmente incompetente justificándolo al decir que otro tribunal era el mejor vinculado, pues el demandante había utilizado el denominado *forum shopping* para (en palabras del tribunal) “obtener una ventaja judicial en Inglaterra pues en Nueva York la reclamación no hubiera sobrevivido” (recordemos la preponderancia que se le otorga en EEUU a la libertad de información y de expresión)

Sin olvidarnos, en el ámbito geográfico español, de la sentencia de 15 de junio de 2005, del Juzgado de primera instancia de Madrid<sup>958</sup>, en el asunto “Sociedad general de autores y editores (SGAE) v. Asociación de Internautas”.

El tribunal establece que cabe considerar que, tanto la utilización de la dirección de Internet [www.putasgae.org](http://www.putasgae.org), como de los contenidos de la página Web titulada “plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE”, constituyen un atentado contra el honor de la SGAE y de su presidente, y que no cabe aceptarse el argumento de la asociación demandada en el sentido de que los actores carecen de legitimación *ad causam* contra ella, negando que sea titular de esa página, y aduciendo que sólo es titular del dominio y del servidor de Internet (que servía de servidor de *Hosting*), pues según el tribunal, es innegable que la demandada, no se ha limitado a la prestación de un servicio, sino que ha servido de albergue de la página y ha prestado su dominio para ella, por lo que ha consentido en los contenidos sin hacer nada para impedirlo, y por ello adquiere responsabilidad civil, no por dolo, pero sí por negligencia.

Es igualmente frecuente que se incorporen a la red creaciones intelectuales ajenas (como libros, uno de los casos más conocidos fue el de la Resolución del US District Court of California de marzo de 2002<sup>959</sup>; también

---

<sup>957</sup> SENTENCIA de la Court of Appeal CA (civ. Div. ) de 19 de octubre de 2004, en el asunto “King v. Lewis & Ors”, Westlaw (2005), E.M.L.R. 4

<sup>958</sup> Comentario a la Sentencia de 15 de junio de 2005, del Juzgado de primera instancia nº 42 de Madrid, publicado en *Diario La Ley*, nº 6296, julio 2005, pp. 1-3.

<sup>959</sup> Vid., RESOLUCIÓN del US District Court of California de marzo de 2002 “Harlan Ellison v. Robertson & American on line”, WL 189 F. Supp 2d 1051 (CD Cal 2002): Uno de los casos



artículos, obras musicales<sup>960</sup>, dibujos, fragmentos de video y películas<sup>961</sup>, bases de datos...) con lo que se vulneran los derechos de sus autores, o de aquellos a quienes se han cedido los derechos de propiedad intelectual sobre la obra<sup>962</sup>. En este sentido, muy discutidas han sido y siguen siendo las actividades de los portales P2P (*peer to peer*), que actualmente han evolucionado a las llamadas P2M (*Peer2Mail*). No obstante, la Sentencia de del Tribunal Supremo de EEUU, de 27 de junio de 2005, en el caso que enfrentó a *Grokster* y a *Morpheus contra MGM*<sup>963</sup>, ha servido de ejemplo para otros tribunales<sup>964</sup> de diferentes países.

Se trataba de distribuidores de portales P2P, que facilitaban el software necesario para que los usuarios pudieran, a través de sus propios ordenadores, descargarse películas y música, infringiendo, según las alegaciones del demandante, las normas de copyright que protegían a los titulares de dichas películas y canciones. El alto tribunal norteamericano afirmó que estas redes pueden ser demandadas por las infracciones de copyright que cometan sus clientes, ya que aunque reconoce que no se les puede culpabilizar del uso que hagan de sus redes los usuarios, sí se les puede responsabilizar de promocionar tecnología animando a los usuarios a infringir los derechos de autor.

En este mismo sentido encontramos la Resolución de 5 de septiembre de 2005 del Tribunal Federal Australiano que declaró, respecto del portal “Kazaa” que había violado las leyes de *copyright* del país y que lejos de intentar evitar que se descarguen contenidos protegidos por la ley del *copyright*, se les animaba a los usuarios a aumentar el número de archivos compartidos.

---

más conocidos en EEUU, fue la demanda del escritor de ciencia ficción Harlan Ellison contra American On line, por la aparición de algunos e-books no autorizados en los servidores de este ISP. El Juzgado de Distrito rechazó la demanda del escritor alegando que AOL se beneficiaba de los supuestos de exención de responsabilidad establecidos por el DMCA.

<sup>960</sup> El caso más conocido el de “Napster”, Vid., GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J., “Napster: copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet”, en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 6, 2000, pp. 65-83.

<sup>961</sup> Los nuevos programas que han sustituido a Napster, tales como “e-Donkey” u “Overnet”, permiten ya no solo el intercambio de música, sino de todo tipo de archivos multimedia, entre ellos los formatos “divx” que recogen películas extraídas de DVD para grabar en CD.

<sup>962</sup> Vid., GUELL L. LACRUZ, M., “Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 11, 2001, pp. 1-6; Vid, GOMEZ SEGADE, JA., “El Derecho de autor en el entorno digital”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 3, 1999, pp. 1-7;

<sup>963</sup> SENTENCIA del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 27 de junio de 2005, en el asunto “*Metro-Goldwyn-Mayer Studios INC., et al. Petitioners, v. Grokster, Ltd., et al.*”, nº 04-480. En Westlaw 125 S. ct 2764 (2005)

<sup>964</sup> Como consecuencia de la Sentencia norteamericana, la jurisprudencia internacional ha clarificado posiciones, siguiendo sus mismos pasos, téngase como ejemplos los casos de los portales, “WinMX” español, o “WinMX World”, y sobretodo el portal “Kazaa”.

## El Contrato Internacional de Hosting

A los Tribunales españoles también han llegado algunos casos de vulneración de derechos de autor en Internet, entre otros, cabe citar el caso "Aranzadi"<sup>965</sup>, y el caso "LaNetro"<sup>966</sup>, habiéndose estimado la demanda en ambos casos.

También, los signos distintivos se pueden ver vulnerados en Internet. De hecho uno de los supuestos que mayor litigiosidad ha generado es el de la vulneración de marcas comerciales mediante el registro de nombres de dominio idénticos o muy similares, problemática denominada *Cybersquatting*, aunque no es objeto de nuestro estudio, baste mencionar algunos de los casos mas relevantes<sup>967</sup>, como el caso "Nocilla"<sup>968</sup>, el caso "Ozú"<sup>969</sup>, o los casos que más publicidad han tenido como "elrincondelvago.com"<sup>970</sup> o "Barcelona.com"<sup>971</sup>. Igualmente puede vulnerarse los derechos de propiedad industrial, mediante la incorporación de enlaces a contenidos de otras empresas dentro de un marco, de manera que se induzca a confusión sobre quién es el titular de las páginas que se están visitando<sup>972</sup>.

---

<sup>965</sup> SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1999 (AC 1999/1060) DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE ELDA (ALICANTE) en el pleito que entabló la Editorial Aranzadi SA contra la mercantil Dealing World España SA por utilización no autorizada de sus bases de datos, tanto el Juzgado como la Audiencia (en apelación la SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 2002 (AC 2000/1603) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE), estimaron la demanda;

<sup>966</sup> SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2001 (AC 2001/406) EN EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 47 DE MADRID, pleito que entabló la Sociedad LaNetro SL contra la mercantil Canal 21 Servicios interactivos SA, por plagio, por parte de Canal 21, de contenidos que había elaborado LaNetro. El Juzgado estimó la demanda.

<sup>967</sup> Podríamos mencionar otros muchos como los casos "Metacampus", el caso "Gomaespuma", el caso "Metrobilbao", o el caso "Nexus".

<sup>968</sup> Auto del Juzgado de Primera Instancia de Oviedo de 2 de junio de 1999 (AC 1999/1071)

<sup>969</sup> Sentencia del Juzgado de Primera instancia de Bilbao de 28 de septiembre de 1999 (AC 1999/1778)

<sup>970</sup> Vid., RAMOS HERRANZ, I., "Comentario al asunto –el rincón del vago (elrincondelvago.com)", en *RCE*, nº 14, de marzo 2001, pp. 19-34; Vid., RAMOS HERRANZ, I., "Propiedad industrial e Intelectual", en *Revista de Contratación Electrónica*, nº 36, 2003, pp. 65-76

<sup>971</sup> Comentado por PLANELL, E., "Casos límite para la UDRP (reflexiones a propósito del asunto Barcelona.com)", en portal UOC (www.uoc.edu), publicado en julio 2002.

<sup>972</sup> Sobre las cuestiones derivadas de la responsabilidad por enlaces en la red, Vid., GARROTE FERNANDEZ DIEZ, I., "Propiedad intelectual en Internet: El derecho a establecer enlaces en la www", en *Revista de Propiedad intelectual*, nº 1 de enero de 1999, pp. 67-94.

### 3.3.2- Daños por destrucción, alteración o inutilización de información en Internet.

El auge de Internet ha ayudado a difundir las técnicas utilizadas, mediante web especializadas en esta materia, en las que tanto los aficionados como los más expertos pueden encontrar manuales de instrucciones, esquemas, programas y todo tipo de utilidades para la práctica del llamado H/C/P (*Hacking/Cracking/Phreaking*)<sup>973</sup>.

Los *Hackers*<sup>974</sup> o sujetos que aprovechan Internet u otras redes para entrar en ordenadores ajenos, sin autorización, con el propósito de conocer el funcionamiento de un sistema, ordenador o red de ordenadores, pero, en principio, sin finalidad dañina, lucrativa o vandálica, lo cual no significa que no puedan causar daños e incurrir en responsabilidad, e incluso cometer uno o varios delitos.

Los *Crackers* o sujetos que acceden a un sistema informático ajeno con fines, estos sí, vandálicos o dañinos, y entre estos son especialmente peligrosos, como todos hemos sufrido, los que diseñan y esparcen por la red los llamados "virus informáticos"<sup>975</sup>. El llamado *Phreaking* o conjunto de técnicas empleadas para realizar gratis llamadas telefónicas tanto con tecnología analógica como digital.

Y, por supuesto, la actividad conocida como *Carding*<sup>976</sup> que consiste en utilizar tarjetas de crédito ajenas, así como generar números de tarjetas de crédito que luego se usan para realizar operaciones a través de Internet, incluso la de averiguar el código perteneciente a algún cliente de una entidad

---

<sup>973</sup> Sobre el tema, Vid., RIBAS ALEJANDRO, J., "*Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*", Aranzadi, Pamplina, 2004, pp. 129-148

<sup>974</sup> Vid., PEKKA, HIMANEN, "*The Hacker ethic and the spirit of the Information Age*", Random House, Nueva York, 2001, pp. 20 y ss.; y Vid., LEVY, STEVE, "*Hackers. Heroes of the Computer Revolution*", Penguin-USA, Nueva York, 2001, pp. 3 y ss. Vid., HERNANDEZ, C., "Hackers, los piratas del chip y de Internet", en Revista vlex de Derecho y nuevas tecnologías, 2001, pp. 2 y ss.

<sup>975</sup> Vid., PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., "Responsabilidad por daños causados por virus", en *Noticias jurídicas*, octubre de 2001, pp. 1-3

<sup>976</sup> Vid., FREYSSINET, E., "La Lucha contra el cibercrimen: necesidad de un adiestramiento especial sobre pruebas digitales", en *The IPTS Report*, nº 57, 2001, pp. 1-10.

bancaria. Supuestos de *Carding*, desgraciadamente hay muchos, sirva de ejemplo las dos sentencias siguientes: Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 31 de mayo de 2005<sup>977</sup>,

Una empresa suscribió con un banco un contrato de apertura de cuenta corriente, un contratote afiliación al programa de tarjetas de crédito, un contrato de afiliación al programa telepago 4B, instalándose un Terminal Punto de Venta (TPV), y la asignación de una ubicación en la plataforma digital de pago 4B para poder operar por Internet. Se realizaron una serie de ingresos en la cuenta de la empresa, por ventas en el extranjero, liquidadas por el sistema de telepago, pero los pagos no fueron aceptados por sus legítimos titulares, pues se había producido una disposición fraudulenta de la tarjeta por otros que no eran sus titulares. El banco retrocedió dichos ingresos, quedando la cuenta de la empresa al descubierto. El problema es, quién soporta las consecuencias gravosas de las operaciones en Internet cuando se ha producido por *Carding*. El tribunal entendió que el riesgo lo ha de asumir la empresa que comercializa en Internet y no el banco, pues es la empresa la obligada a adoptar todas la medidas técnicas necesarias para asegurar el pago seguro por Internet.

Y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 2004<sup>978</sup>, dictada en un supuesto similar al anterior de uso fraudulento de una tarjeta de crédito en Internet a través del sistema TPV. Ante la pregunta de quién debe asumir el riesgo de la operación, el tribunal declaró que:

El riesgo de la operación debe ser asumido por el establecimiento vendedor. La intervención del banco al facilitar el software no altera ni excluye la aplicación de las normas propias del contrato electrónico, ni desplaza a la entidad bancaria los riesgos de la operación, pues aunque es cierto que es el banco el que autoriza la misma, tal autorización se efectúa de forma automática, tras la mera comprobación de que la tarjeta no está caducada y no se ha excedido del límite del crédito concedido.

---

<sup>977</sup> Referencia EDJ 2005/96363

<sup>978</sup> Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 2004, en *Diario La Ley*, nº 6202, marzo de 2005, pp. 1-3.

### III- EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE *HOSTING* A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2000/31/CE Y DE LA LEY 34/2002.

La doctrina<sup>979</sup> que hasta la fecha ha tratado esta cuestión, tanto en la Directiva 2000/31/CE como en la Ley española de transposición, suele enunciar que difícilmente las normas diseñan sistemas de responsabilidad civil objetivos o subjetivos totalmente puros y que resulta difícil de diferenciar y de encajar en uno o en otro sistema, de hecho califican el régimen de responsabilidad civil extracontractual diseñado en la LSSICE española como un régimen cuasi o no puro<sup>980</sup>.

La mera lectura de los preceptos, tanto de la Directiva como de la Ley española, dedicados al régimen de responsabilidad civil de los ISP (*Internet Service Providers*) permite apreciar que en ellos se contempla un régimen más estricto o más laxo, en función de la concreta actividad desarrollada por el correspondiente ISP, o del tipo de conducta (los *safe harbor* o puertos seguros

---

<sup>979</sup> Sobre la responsabilidad de los ISP son interesantes los trabajos siguientes, Vid., CLEMENTE MEORO, M., "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en *Responsabilidad civil y contratos en Internet (Su regulación en la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico)*, op. cit., 2003, pp. 10-116; Vid., GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I., "La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos", en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 6, 2000, pp. 9-64; Vid., GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I., "El Derecho de autor en Internet (Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE)", Comares, Granada, 2003, pp. 30-100; Vid., JULIA BARCELÓ, R., MONTERO, E., Y SALAUN, A., "La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies", en *Commerce électronique (Le temps des certitudes)*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, nº 17, Bruyland, Bruselas, 2000, pp. 38 y ss. Y en el ámbito penal, Vid., GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad Penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces", op. cit., 2004, esp. pp 121 y ss

<sup>980</sup> Otros autores consideran que el régimen de la LSSICE es un sistema puro de responsabilidad civil objetiva, en este sentido, Vid., VATTIER FUENZALIDA, C., "Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico", en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ E ILLESCAS, (Coords), op. cit., 2002, pp. 1195.

del modelo norteamericano constituido por la DMCA) realizada en el supuesto concreto por el prestador de los servicios de intermediación en la red y no en función del tipo de operador de que se trate.

En ambas normativas se perfilan o describen unos deberes de prudencia y de diligencia de los ISP, de manera que sólo si incumplen algunos de estos deberes positivos o negativos que imponen, entonces puede considerarse que concurren los presupuestos necesarios para la imputación subjetiva de responsabilidad<sup>981</sup>. El principio general de no responsabilidad de los ISP determina que la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos en orden a imputar aquella responsabilidad a estos proveedores de servicios, recaiga sobre el perjudicado.

#### **1- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROVEEDORES DE *HOSTING* COMO ISP DE INTERMEDIACIÓN. APUNTES DE DERECHO COMPARADO**

La cuestión de si han de responder y hasta qué punto los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando actúan como intermediarios, tiene una gran trascendencia y ha dado lugar a un intenso debate entre las partes implicadas<sup>982</sup>. Antes de centrarnos en las soluciones dadas por el derecho comunitario y por el derecho español, veamos las soluciones adoptadas en el derecho comparado.

---

<sup>981</sup> Vid., BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)”, en *Tratado de Responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS (Coord), op. cit., 2003, pp. 1876-1877; Vid., PEGUERA POCH, M., “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”, en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, MORALES PRATS Y MORALES GARCÍA (Coords), Aranzadi, Cizur menor, 2002, pp. 36 y 37; Vid., ASTONE, M<sup>a</sup>., “La responsabilidad del prestatore di servizi Della società di informazione nella Directiva 2000/31/CE”, en *Europa e diritto privato*, 2003-2, pp. 444.

<sup>982</sup> Vid., DANIEL TANUS, G., “La Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet”, en *Revista vlex de Derecho y nuevas tecnologías*, 2001; y Vid., VALLEPUGA GONZÁLEZ, P., “Responsabilidad de los Prestadores de servicios de la Sociedad de la información”, en *REDI, Revista electrónica de derecho informático*, nº 30, 2001, pp. 10 y ss.;

## 1.1- EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

En los Estados Unidos de América, aunque ya previamente, en párrafos anteriores, hemos analizado las últimas modificaciones legales realizadas en este país sobre la materia, no obstante, ahora, me parece interesante mencionar las dos etapas que se han sucedido en el tratamiento de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación.

En una primera etapa, estas cuestiones fueron resueltas por los tribunales juzgando una serie de casos de difamación<sup>983</sup> y de vulneración de derechos de autor y derechos conexos, mediante la adaptación de la legislación sobre la materia a las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, exonerando a las demandadas de responsabilidad si habían actuado como distribuidores y condenándolas si habían actuado como editores.

En una segunda etapa se dio respuesta a estos casos mediante la promulgación, primero en 1996, de la *Communication Decency Act*<sup>984</sup> que garantizaba a los prestadores de servicios de la sociedad de la información una amplia inmunidad respecto de los contenidos generados por sus suscriptores o clientes, y después en 1998, con la *Digital Millenium Copyright Act*<sup>985</sup> (DMCA), que a la vista de los casos resueltos por los tribunales norteamericanos<sup>986</sup> y con el objetivo de encontrar un punto de equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de autor y conexos y los intereses de los prestadores de servicios de intermediación, se incluyó un Título II dedicado a la limitación de la responsabilidad por infracción en línea de derechos de autor. Esta norma, por tanto, ya no establece exenciones de responsabilidad por vulneración de los

---

<sup>983</sup> Casos, analizados anteriormente, como: “*Cubby Inc. V. Compuserve, Inc*”, WL 776. Supp. 135 (SD New York 1991); y “*Strattom Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Company*” (1995) WL 323710 (New York 1995); Vid., JAY M. ZITTER, J.D., “Liability of Internet Service Provider for internet or e-mail Defamation”, en *American Law Report*, 84 A.L.R. 5<sup>th</sup> 169, 2000, pp. 8-23

<sup>984</sup> *Communication Decency Act of 1996*, 47 U.S.C.A., op. cit

<sup>985</sup> *Digital Millenium Copyright Act of 1998*, Publ. L, nº105-304, 112 State 2877, op. cit

<sup>986</sup> Entre otros ya mencionados anteriormente, resaltamos, “*Playboy Enterprises, Inc, v. George Frena, Techs Warehouse BBS System and Consulting and Mark Dyess*”, WL 839 F. Supp 1552 (MD Florida 1993); o el caso de “*Sega Enterprises Ltd. V. Maphia*”, WL 857 F. Supp. 679, 682 (ND California 1995); o el de “*Playboy Enterprises Inc., v. Webbworld, Inc*”, WL 968 F.Supp. 1171 (ND Texas 1997).

## El Contrato Internacional de Hosting

derechos de autor sino sólo limitaciones de tal responsabilidad, dependiendo la misma de la actividad realizada por el ISP<sup>987</sup>.

### 1.2- EN EL DERECHO INGLÉS.

En el Reino Unido, la *Defamation Act* de 1996 incluyó una previsión respecto de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, según la cual, estos prestadores no serán tenidos por autores, redactores o editores de las afirmaciones difamatorias cuando desempeñen un papel de intermediación (proveedor de acceso y de *Hosting*), pero sí en los siguientes casos:

- cuando desempeñen un papel más relevante y tienen control efectivo sobre el sujeto que ha hecho la afirmación difamatoria, y
- también responderá si no fue diligente en relación con su publicación, o
- si supo o debió saber que contribuía a la publicación de dicha afirmación.

### 1.3- EN EL DERECHO ALEMÁN

En Alemania destaca, como señala la doctrina<sup>988</sup>, la pronta promulgación de una ley dictada para dar respuesta a las cuestiones relacionadas con la prestación de servicios de la sociedad de la información, la *Informations-und Kommunikationsdienste- Gesetz (IuKDG)* de 22 de julio de 1996<sup>989</sup>.

---

<sup>987</sup> La DMCA de 1998 ha sido aplicada a una serie de casos entre los que cabe destacar: Sentencia del Tribunal del distrito Norte de California en el asunto "*A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.*", 2000 US Dist, Lexis 6243, WL 239 F. Supp 3d 1004 1026 9th (ND California 2000); también la Sentencia del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York "*Universal City Studios, Inc., v. Reimerdes.*", WL 82 F. Supp. 2d211 (SD New York 2000).

<sup>988</sup> Tema abordado por CLEMENTE MEORO, M.E., "La Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la sociedad de la Información y del comercio electrónico*, 2003, op. cit, pp. 30-116.

<sup>989</sup> Su nombre completo en español es "Ley federal de regulación de las condiciones generales para la prestación de servicios de información y comunicación" de 22 de julio de 1996 y publicada en el Bundesgesetzblatt de 28 de julio de 1997.



La IuKDG no sólo comprende supuestos concretos de responsabilidad, como la difamación y vulneración de derechos de autor, sino que resulta aplicable a todos los supuestos de daños en que pueden incurrir los prestadores de servicios de Internet, estableciendo distintas reglas de responsabilidad, y de exención de ésta, según la actividad realizada por los prestadores de servicios de la sociedad de la información y del conocimiento que de las actividades ilícitas tuvieran.

En esta misma línea se declara la nueva Ley de Servicios Remotos, que traspuso la Directiva 2000/31/CE, según afirmó el alto Tribunal alemán en su decisión de 11 de marzo de 2004, en el asunto *Rolex Internet Auction*<sup>990</sup>.

Los demandantes eran los propietarios de la Marca de relojes Rolex y el demandado era un ISP proveedor de servicios de *Hosting*, el cual alojaba en sus servidores, previo contrato de *Hosting*, un servicio de Subastas por Internet. Este servicio de subastas era utilizado por terceros para la venta de relojes Rolex falsos de imitación. El demandado declaró que no era responsable de los actos de terceros, los cuales por otra parte, era imposible de controlar y monitorizar. El tribunal afirmó la imposibilidad de controlar a priori todos los actos de terceros por Internet y exoneró al ISP de *Hosting*, no obstante, reiteró que la exoneración no podría alegarse una vez tenía el ISP conocimiento de la ilicitud de los actos, en cuyo caso habría de impedir el acceso a dicha página Web, bloqueando el acceso de los usuarios.

#### 1.4- EN EL DERECHO FRANCÉS

En Francia fueron inicialmente los tribunales franceses los que fijaron una cierta doctrina sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación al resolver una serie de casos<sup>991</sup> sobre contenidos ilícitos en Internet. Mas tarde, el legislador francés aprobó la Ley sobre la comunicación

---

<sup>990</sup> ALTO TRIBUNAL ALEMÁN EN SU DECISIÓN DE 11 DE MARZO DE 2004, en el asunto *Rolex Internet Auction*. Westlaw, (2005) E.T.M.R. 25

<sup>991</sup> Vid. Una completa relación de los casos franceses en <http://www.legalis.net>. Por ejemplo “*UEJF v. Cavalcom, Compuserve and others*”, Tribunal de Grande Instance de Paris 12 de julio de 1996; y “*Estelle Hallyday v. Valentin Lacambre*”, Tribunal de Grande Instance de Paris, interdicto de 9 de junio de 1998 y la Cour d’appel de Paris, interdicto de 10 de febrero de 1999; además, “*Le Serveur Administratif v. Editions Legislatives, Jet On Line et France Telecom*”, Cour d’appel de Lyon, sentencia de 22 de junio de 2000.

audiovisual<sup>992</sup>, de 1 de agosto de 2000, que modificó la Ley de 30 de septiembre de 1986, relativa a la libertad de comunicación.

Brevemente diremos que esta Ley viene a establecer una serie de obligaciones (informar y proponer los medios técnicos adecuados para evitar las vulneraciones) y reglas de responsabilidad distinguiendo, entre otros, a los proveedores de acceso a la red y a los prestadores de servicios de alojamiento de información, es decir, proveedores de *Hosting*, estableciendo en estos casos la exoneración salvo participación directa en los contenidos, por lo que nuevamente vemos como la responsabilidad, o exención de la misma, depende de la actividad realizada por el prestador de servicios y del conocimiento que éste tenía sobre la ilicitud de los contenidos alojados.

Y así lo afirmó el Tribunal Constitucional Francés en su Decisión de 10 de junio de 2004<sup>993</sup>, al establecer, por un lado, la legalidad de la monitorización de los contenidos por los ISP de *Hosting* una vez tengan conocimiento de la ilicitud de los mismos y, por otro lado, la compatibilidad de la Ley con los principios fundamentales de la Constitución, en aras de promover la confianza de los ciudadanos en la economía digital.

## **2- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROVEEDORES DE *HOSTING* COMO ISP DE INTERMEDIACIÓN. SOLUCIONES DE DERECHO COMUNITARIO Y AUTÓNOMO**

Entrando ya en el concreto análisis de la responsabilidad de los ISP en el Derecho Comunitario, ésta se regula en el Capítulo II de la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico. El principio sobre el que se asienta este sistema de responsabilidad<sup>994</sup> es el establecido en el artículo 15 según el

---

<sup>992</sup> Ley 2000-719 de 1 de agosto de 2000, sobre la comunicación audiovisual, que modifica la Ley 86-1067 de 30 de septiembre de 1986 relativa a la libertad de comunicación (JO nº 177 de 2 de agosto de 2000)

<sup>993</sup> Decisión del Tribunal Constitucional Francés, de 10 de junio de 2004, Westlaw (2005) 1 C.M.L.R. 14

<sup>994</sup> La Directiva regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación con la pretensión de lograr una solución de equilibrio entre los intereses de estos prestadores y los de los titulares de derechos que puedan resultar perjudicados, en especial los titulares de

cual, los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios de transmisión y alojamiento de datos (*Hosting*), sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión, selectiva y transitoria, que las autoridades judiciales de un país<sup>995</sup> le soliciten a tenor de lo dispuesto en la legislación nacional, cuando resulte necesario para garantizar la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública y para prevenir, investigar, detectar u perseguir infracciones penales.

De lo anterior se deduce que, las reglas de responsabilidad de la Directiva parten de la distinción entre proveedores de contenidos y prestadores de servicios de intermediación<sup>996</sup>. Por lo tanto cuando un prestador de servicios de la sociedad de la información deja de actuar como mero intermediario (prestador de servicios de alojamiento o *Hosting*) respecto de contenidos ajenos, sino que actúa el mismo como proveedor de contenidos, no se les aplica las exenciones de responsabilidad de la Directiva, sino que se les aplicará las reglas generales de responsabilidad por daños del Derecho común.

---

derechos de autor y derechos conexos. Así lo afirma el Considerando 41 de la propia Directiva cuando dice que ésta “logra un justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y establece principios sobre los que puedan basarse acuerdos y normas industriales”; En este sentido, Vid., MARIA RICCIO, G., “La Responsabilità civile degli Internet providers alla luce Della direttiva n. 2000/31/CE”, en *Revista electrónica de derecho informático*, nº 47, 2002; y también MARIA RICCIO, G., “La Responsabilità civile degli Internet providers alla luce Della direttiva 2000/31/CE”, en *Revista vlex de Derecho y nuevas tecnologías*, 2002, pp. 3 y ss.

<sup>995</sup> El Considerando 47 de la Directiva aclara que esta inexistencia de una obligación general de supervisión, no implica que los Estados miembros no pueden establecer obligaciones de supervisión en casos específicos y en particular, no afecta a las ordenes de las autoridades nacionales formuladas de conformidad con la legislación nacional.

<sup>996</sup> Sobre esta distinción entre proveedores de contenidos y prestadores de servicios de intermediación que establece la Directiva sobre Comercio electrónico, son interesantes los Considerandos 42 a 44 de la misma. Esta distinción, como afirma DE MIGUEL ASENSIO en *Derecho Privado de Internet*, 2002, op cit. pp. 71-76, solo puede servir como punto de partida, pues en la práctica se difumina debido a las diversas relaciones negociales y a los vínculos de cooperación que operadores de cada una de estas categorías establecen con terceros para la adquisición o presencia en sus páginas Web, portales (...) de contenidos. La convergencia facilita que cada vez más quienes prestan servicios de intermediación se dediquen también a preparar y poner a disposición de sus usuarios contenidos para que durante el tiempo de conexión a Internet de esos usuarios visiten fundamentalmente información incluida en páginas de ese portal que la elabora o adquiere o cuya presencia acuerda con terceros.

Sin embargo, cuando el prestador de servicios de intermediación actúe como tal se le aplicará las reglas de responsabilidad de la Directiva, en función de su relación con los contenidos transmitidos y sus posibilidades de control<sup>997</sup>. Es cierto que, la responsabilidad de los ISP de intermediación no puede basarse en el incumplimiento de una obligación general de supervisión, pues ésta no existe, ni tampoco responde de los contenidos que transmite o aloja, pues no los tienen que supervisar, pero sí puede derivar del incumplimiento de obligaciones de supervisión establecidas para casos específicos por las legislaciones nacionales.

De lo anterior se deduce, que la Directiva tampoco se decanta por una total exoneración de la responsabilidad, sino que va distinguiendo, según los supuestos específicos, una responsabilidad civil del intermediario que se asienta o bien sobre el efectivo control o supervisión que ejerce sobre los datos e informaciones de las personas que utilizan sus servicios, o bien sobre la obligación de anular e impedir el alojamiento y transmisión de datos de los destinatarios (acción de cesación) cuando un tercero, la autoridad competente, les pone en conocimiento la realización de actividades ilícitas del destinatario de dichos servicios<sup>998</sup>.

Cuando hablamos de actividades ilícitas, la Directiva ha optado por una regulación horizontal<sup>999</sup> de la responsabilidad de los ISP, pues se aplica a todo

---

<sup>997</sup> Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., y KOELMAN, K.J., “La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos”, en *Revista de Contratación electrónica*, nº 6, 2000, pp. 17. Estos autores señalan que los ISP no tienen ni la capacidad ni la obligación de controlar ni de tener en cuenta todas las circunstancias de política pública y legal que son tenidas en cuenta por un Tribunal a la hora de decidir sobre la legalidad de un contenido.

<sup>998</sup> Son los llamados principios de auto responsabilidad, cooperación y reacción diligente. Sobre ello Vid., BUSTO LAGO, J.M., “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 542, op. cit., 2002, pp. 3-4; y Vid., GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I., “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, op. cit., 2000, pp. 55-57

<sup>999</sup> En este sentido Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., “Liability for on line Intermediaries: A European Perspective”, *European Intellectual Property Review* nº12, 1998, pp. 453-462; Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., “On line Intermediaries Issues: Comparing E.U and U.S. Legal Frameworks” *European Intellectual Property Review* nº3, 2000. La regulación horizontal es apropiada, pues de lo contrario, se hubiera obligado a los prestadores de servicios intermediarios a supervisar todos los contenidos transmitidos a través de sus sistemas, y hay que tener en cuenta que la

tipo de actividades ilícitas, cualquiera que sea el derecho o interés lesionado<sup>1000</sup>. No obstante, la Directiva se abstiene de determinar qué conductas son lícitas y cuáles ilícitas, por lo tanto, la ilicitud de la conducta ha de venir dada por las reglas vigentes en el Derecho de cada Estado Miembro.

Como sabemos, la Directiva 2000/31/CE sobre Comercio electrónico fue transpuesta al derecho español mediante la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, cuyo artículo 13 regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Cabe observar que el precepto no regula sólo la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, sino todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información<sup>1001</sup>. Sin embargo, resulta claro también que este artículo viene a distinguir entre los proveedores de contenidos y los prestadores de servicios de intermediación.

Los primeros se encuentran sometidos a las reglas generales de responsabilidad (apartado 1 del artículo 13), y los segundos estarán a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 a 17. Los artículos 14 a 16 se refieren a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación por datos facilitados o proporcionados por los destinatarios del servicio, y el artículo 17 se refiere a enlaces a "otros contenidos", con lo que parece que se pone de manifiesto que se trata de una responsabilidad por contenidos ajenos.

Veamos individualmente cada uno de estos supuestos, aunque como ya hemos indicado, un mismo operador o proveedor, como es el caso de los ISP

---

información que viaja a través de sus instalaciones es simplemente una secuencia de bits, una sucesión de ceros y unos, que no revela nada sobre el significado de la información transmitida, si dicha información la hubieran tenido que traducir a imágenes, música o texto en todos los casos y contados los cliente, se hubiera producido la paralización de Internet.

<sup>1000</sup> No obstante se hace una mención especial a la vulneración de los derechos de autor y derechos conexos en el Considerando 50 de la Directiva.

<sup>1001</sup> Vid., APARICIO VAQUERO, J.P., "El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información", 2003, op. cit. pp. 100-107; y Vid., DANIEL TANÚS, G., "La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISP)", en *Revista vlex de Derecho y nuevas tecnologías*, 2001, pp. 2 y ss.

## El Contrato Internacional de Hosting

de *Hosting*, pueden desempeñar varias actividades o prestar varios servicios en el tráfico digital, con lo que les será aplicable diferentes reglas y podrán ser exonerados respecto de su conducta en unos casos y, en cambio, ser encontrados responsables en otros.

### **2.1- LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE ALOJAMIENTO O *HOSTING*.**

La actividad de los proveedores de *Hosting* o, como los denomina la LSSICE, prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, es la más sensible de las realizadas por los intermediarios, ya que, por regla general, es en sus propios ordenadores donde se almacena los contenidos ilícitos o desde los cuales se extienden las informaciones, virus, injurias, ect... que ocasionan los daños a terceros.

El servicio que suministra el proveedor de *Hosting* consiste, como ya expusimos, en la puesta a disposición del destinatario (un particular, empresa u otro ISP) de un espacio en sus ordenadores (servidores) para que éste pueda utilizarlo, a su vez, para sus propias actividades. En dicho espacio el destinatario almacena de forma más o menos permanente sus mensajes de correo electrónico, sus páginas Web o los contenidos electrónicos que ofrece en red. En realidad, la propia mecánica de la contratación de sus servicios, realizada en forma electrónica, ha suscitado posiciones encontradas sobre su responsabilidad por las actividades de los destinatarios de sus servicios, ya que éstos adquieren una cuenta o espacio en los servidores de estos ISP, y desde ellos operan en Internet presentando al mundo lo que estimen oportuno.

La cuestión del establecimiento de una obligación de supervisión y la posibilidad de una responsabilidad objetiva de estos ISP de *Hosting* fue una materia muy discutida y controvertida ya en los trabajos previos de la Directiva 2000/31/CE. Una respuesta afirmativa a esta cuestión, aun cuando garantizara una red más limpia, hubiera convertido a los proveedores de *Hosting* en jueces de contenidos de Internet, y pocos servidores de la UE se hubieran arriesgado

## La Responsabilidad Civil Extracontractual de los proveedores de Hosting

a almacenar contenidos que siquiera fueran presuntamente ilícitos dadas las altas sanciones que se les aplicarían si la autoridad competente los juzgara finalmente como tales. La solución opuesta, es decir, la absoluta exención de responsabilidad de los proveedores de *Hosting*, sin embargo, hubiera supuesto la pérdida de un importante instrumento en la lucha contra tales contenidos, a la vez que, hubiera convertido a Europa en el paraíso de los contenidos ilícitos.

Tanto a nivel comunitario como nacional se ha optado por una posición intermedia, así, se parte de un principio general de no responsabilidad del proveedor de *Hosting* por los contenidos que sus servidores almacenen (art. 16 LSSICE), siempre que se reúnan dos requisitos:

- a) desconocimiento del carácter ilícito de la información, o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; y
- b) una actuación diligente tendente a la retirada de los datos o a hacer imposible el acceso a los mismos en el momento en que tienen conocimiento de la ilicitud de los contenidos.

Obsérvese que, conforme al tenor literal de la norma, no basta la mera sospecha de la actividad ilícita o un conocimiento abstracto de la posibilidad de que se estén lesionando bienes o derechos de terceros, sino que ha de ser un conocimiento actual, real o, como dice la ley, efectivo. Este conocimiento efectivo, que ha de probar quien pretenda una indemnización a cargo del ISP de *Hosting*, puede haberse obtenido por cualquier mecanismo o procedimiento.

La ley tampoco aclara muchos sobre los medios de llegar a ese conocimiento que tiene el proveedor, simplemente, sin ánimo exhaustivo, establece tres posibles medios que, por otra parte, plantean serias dudas sobre su toma en consideración:

- 1- Tal conocimiento efectivo existirá cuando el proveedor conozca la correspondiente resolución dictada por un órgano competente que declare la ilicitud de los contenidos y ordene su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, así como cuando declare la existencia de una lesión. Por lo tanto, la ignorancia no puede alegarse si con carácter previo se le ha notificado, se entiende

## El Contrato Internacional de Hosting

notificación formal, que un órgano competente, jurisdiccional o administrativo<sup>1002</sup>, ha declarado la ilicitud de los datos, pues en estos casos, y a partir de ese momento, no sólo tendrá “conocimiento” sino también “obligación” de retirar los contenidos;

- 2- Se presume el conocimiento efectivo cuando éste tenga lugar como consecuencia de los procedimientos de detección y retirada de los contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios de los que forme parte el proveedor del servicio de *Hosting*, o de cualquier medio de detección o retirada aplicado por iniciativa del propio ISP e incluso previsto como cláusula contractual expresa<sup>1003</sup>.

Es decir, dada la facultad de autorregulación de los ISP mediante, por ejemplo, la elaboración de códigos de conducta, son los propios proveedores de *Hosting* los que pueden establecer qué mecanismos de control han de implementar en sus sistemas para impedir su utilización en la comisión de ilícitos. No obstante, esta posibilidad de que el proveedor de *Hosting* descubra por sí mismo la ilicitud de los contenidos alojados en su servidor, puede ponerle en una posición incómoda.

---

<sup>1002</sup> No puede negarse que los jurisdiccionales son órganos competentes para declarar la ilicitud de determinados contenidos y para ordenar su retirada y/o imposibilitar el acceso a ellos. Pero mayores dudas suscita la inclusión de órganos administrativos. En efecto, al margen de que la resolución administrativa sea fiscalizable en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, una vez agotada la administrativa, los órganos jurisdiccionales civiles ante los que se ejercite la correspondiente acción de responsabilidad civil no pueden verse constreñidos por la apreciación de los contenidos realizada administrativamente. Esta apreciación, de conformidad con lo ya señalado, tiene el valor de integrar, en su caso, el presupuesto del conocimiento de la ilicitud por el ISP, pero no determina la apreciación de su responsabilidad, debiendo verificar los órganos jurisdiccionales civiles tanto la concurrencia de los presupuestos formales, como los objetivos, entre los que destaca la valoración de la antijuridicidad de la conducta del agente del daño y este juicio no se encuentra vinculado por las decisiones administrativas. Vid., BUSTO LAGO, J.M., “La Responsabilidad civil de los *Internet Service Providers* (ISP) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”...2004. op. cit. pp. 60

<sup>1003</sup> Por ejemplo, las empresas proveedoras de servicios de Internet asociadas a ASIMELEC han elaborado un Código de deontología profesional donde se recoge la lucha contra los contenidos ilícitos. Vid., VIVANT M., “*Les contrats du commerce électronique*”, Ed. Litec, Paris, 1999, pp. 44.



En efecto, más allá de aquellos supuestos en que los contenidos sólo pueden calificarse de ilícitos por serlo de manera manifiesta (pornografía, incitación a la xenofobia, terrorismo...), cuando aquella calificación pueda ser discutida o, al menos, exija un análisis en el que concurran argumentos en uno y otro sentido, el proveedor de *Hosting* puede verse condicionado por la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil por no retirar o impedir el acceso a aquellos contenidos no manifiestamente ilícitos y que podrá ser ejercitada frente a ellos por los terceros perjudicados, frente a la posibilidad representada por el ejercicio de una acción de responsabilidad civil contractual que pueda ejercita su cliente, es decir, el destinatario del servicio de *Hosting* y autor de los contenidos e informaciones, por retirar o impedir el acceso a contenidos a los que contractualmente se había obligado a dar alojamiento y que resultan ser materiales lícitos<sup>1004</sup>.

En consecuencia, la prudencia parece que habrá de regir la actuación del ISP. En este sentido son interesantes los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: La sentencia de la Cour d'Appel de Bruselas (8ème) de 13 de febrero de 2001, que reformó, por injusta, la Decisión del Tribunal de Commerce de Bruselas de 2 de noviembre de 1999, en el asunto "*ASBL IFPI y Scté. Polygram v. Scté. Belgacom Skynet*"; y la Decisión del TGI de París en sentencia de 22 de marzo de 2000, en el asunto "*Cyberpress Publishing v. Scté. Belgacom Skynet*", en la que el proveedor de *Hosting* fue absuelto por haber puesto los medios adecuados para suspender el acceso a la página litigiosa<sup>1005</sup>.

<sup>1004</sup> Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., MONTERO, E., Y SALAÜN, A., "La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies", 2000. op. cit. pp. 43

<sup>1005</sup> En virtud de esta necesaria prudencia puede criticarse dos decisiones judiciales que no tuvieron en cuenta ciertas pautas: 1) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUSELAS DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1999, en el asunto "*ASBL IFPI y Scté. Polygram v. Scté. Belgacom Skynet*", asentó el pronunciamiento condenatorio del proveedor de *Hosting* en una generalización del carácter ilícito de los *sites* de Internet que permiten la utilización de ficheros de MP3, perdiendo de vista que algunos de ellos realizan actividades lícitas al estar provistos de las correspondientes autorizaciones. La sentencia DE LA COUR D'APPEL DE BRUSELAS (8ÈME) DE 13 DE FEBRERO DE 2001, reformó íntegramente el pronunciamiento condenatorio; 2) EL TGI

- 3- Y por último, la ley menciona que pueden establecerse *otros medios de conocimiento efectivo*, bien convencionalmente por acuerdo de las partes, bien por una norma jurídica.

Con todo, una de las principales críticas que se han formulado hace referencia a la ausencia de un régimen de notificación y retirada de contenidos a instancia de los particulares perjudicados, de manera que no resulta claro cuál es el efecto que para el ISP tiene recibir una queja de un particular comunicándole que los contenidos por él alojados lesionan algunos de sus derechos legítimos.

A juicio de varios autores, los problemas derivados de la apreciación del *conocimiento efectivo* acaso se hubieran soslayado estableciendo que la notificación del perjudicado sirviese para tal fin, obligando al ISP a actuar de manera diligente en orden a hacer cesar la injerencia dañosa. Por el contrario, en EEUU, la DMCA sí que se regula eficientemente esta posibilidad de notificación, como ya expusimos en epígrafes anteriores, siempre que ésta reúna ciertos requisitos formales, del perjudicado al proveedor de *Hosting* para que éste elimine el material que infringe presuntamente los derechos de Autor y así evitar incurrir en responsabilidad<sup>1006</sup>.

El segundo requisito para la exoneración de responsabilidad del ISP de *Hosting* se refiere a que, una vez que ha tenido conocimiento de que la actividad realizada o la información almacenada era ilícita, ha actuado con diligencia procediendo a la retirada de los datos o informaciones o impidiendo el acceso a los mismos.

---

DE PARÍS EN SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 2000, en el asunto “*Cyberpress Publishing v. Scté. Belgacom Skynet*”, a propósito de la infracción de derechos de propiedad intelectual, fue demandado Skynet, que era el proveedor de *Hosting*, pero que no había recibido reclamación alguna acerca de la ilicitud de los contenidos albergados, si bien actuó tan pronto recibió la notificación al respecto. Fue absuelto precisamente por haber puesto los medios adecuados para permitir la suspensión del acceso al *site* litigioso.

<sup>1006</sup> Sobre el DMCA estadounidense, Vid., MCEVEDY, V., “The DMCA and the e-commerce Directive”, *EIPR*, 2002, pp. 65-73.

En todo caso, no parece razonable interpretar la obligación de reacción diligente, que impone la ley (art. 16.1.b) de LSSICE) al prestador de *Hosting*, como una intervención automática o mecánica, salvo en aquellos supuestos en los que el requerido conocimiento efectivo de la ilicitud provenga de una resolución judicial o administrativa que así lo haya declarado y también en los supuestos en los que la ilicitud resulte manifiesta.

En los demás casos, precisamente por la necesidad de ponderar, por una parte, la obligación de retirar o impedir el acceso a los contenidos albergados de carácter ilícito, y por otra, las obligaciones contractuales asumidas con el destinatario del servicio, cuando el conocimiento de la ilicitud provenga de los sistemas convencionales utilizados, bien por estar previstos en normas deontológicas o códigos de conducta suscritos por el ISP, bien porque así lo haya estimado conveniente o incluso lo hay previsto contractualmente<sup>1007</sup>, el ISP de *Hosting* habrá de actuar prudentemente valorando los derechos e intereses en juego, lo que presupone la realización de indagaciones y diligencias previas a la adopción de la medida de bloqueo de los contenidos, necesario periodo que excluye cualquier exigencia de automatismo, y claro ejemplo de ello es la sentencia de 10 de noviembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, en el asunto "*Emi Music Spain SA, BMG Music Spain SA, Universal Music Spain SL y Sony Music Entertainment (Spain) SA v. Bitmailer SL*"<sup>1008</sup>,

En este procedimiento se había solicitado medidas cautelares para que la demandada cesara en prestar el servicio de alojamiento y acceso respecto de la empresa titular de la página [www.weblisten.com](http://www.weblisten.com) contra la que las demandantes ya habían obtenido pronunciamientos judiciales ordenando la cesación de su actividad comercial en relación con los fonogramas producidos por aquellas. El juzgado resolvió, rechazando la adopción de tales medidas cautelares y dando la razón al proveedor, que sin negar su plena disposición a colaborar, había indicado que, al contrario de lo que afirmaban las demandantes, no tenía obligación *ex lege* de adoptar un comportamiento cesatorio, sino que sería mediante la ejecución de las sentencias ya existentes y por tanto mediante comunicación judicial, cuando interrumpiría el servicio dado a su cliente.

<sup>1007</sup> Vid., MOLES PLAZA, R.J., "*Derecho y control en Internet (La regulabilidad de Internet)*", Ed. Ariel, Barcelona, 2004, pp. 65 y ss.

<sup>1008</sup> Comentario a la sentencia de 10 de noviembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, en *Diario La Ley*, nº 6186 de febrero de 2005, pp. 1-6

## El Contrato Internacional de Hosting

Una vez identificado el autor del contenido o de la información ilícita dañosa, sobre éste recaerá la responsabilidad civil, de manera que el proveedor de servicios de *Hosting* sólo será responsable en caso de incumplimiento de sus obligaciones de retirar o impedir el acceso una vez tenga conocimiento de aquella ilicitud, como así lo ha reconocido finalmente la jurisprudencia, entre otras, en la Decisión de la Cour d'appel de Versailles en una sentencia de 8 de junio de 2000<sup>1009</sup>.

Aunque tampoco puede operar la exención de responsabilidad del ISP si resulta que el destinatario del servicio (el oferente de contenidos) ha actuado bajo la dirección, autoridad o control de su prestador de servicios de intermediación, es decir, el proveedor de *Hosting*, siendo de aplicación, en estos casos, la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes. Criterio acogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso administrativo, de 6 de julio de 2001<sup>1010</sup>, pero que sin

---

<sup>1009</sup> La no reacción o ignorancia de los datos ilícitos contenidos o albergados en el servidor del ISP, no implica una conducta dolosa por parte de dicho ISP, como así lo quiso ver el tribunal en su DECISIÓN TGI PARIS, "ORDONNANCE" DE 9 DE JUNIO DE 1998, en el asunto "*E. Hallyday v. V. Lacambre*": Este tribunal consideró que el prestador de servicios de Hosting tiene la obligación de vigilar la "*bonne moralité*" de los datos que alberga, respetando las reglas deontológicas que rigen la Web (*la llamada Netiquette*). Vid., GOLDSTEIN OLIVER, F., Y BARBRY, E., "Á propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998", en *Cahiers Lamy Informatique*, septiembre 1998, pp. 2 y ss. En otros pronunciamientos posteriores, la propia jurisprudencia francesa ha exonerado de responsabilidad al ISP de Hosting. En efecto, la COUR D'APPEL DE VERSAILLES EN SU SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2000, consideró que un proveedor de Hosting está únicamente obligado por una obligación de medios respecto del contenido de los sites que aloja, lo que se traduce en la obligación de adoptar las medidas preventivas previstas contractualmente, y en su defecto, las adecuadas de acuerdo con el estado de la técnica. Al margen del supuesto de incumplimiento estas obligaciones, tengan o no naturaleza contractual, el ISP de Hosting no debe ser considerado responsable de los daños causados por la ilicitud, que puede ignorar de manera no culpable, de los contenidos de un site ajeno.

<sup>1010</sup> SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DE 6 DE JULIO DE 2001 (JUR 2001, 293812). Telefónica Servicios y Contenidos por la Red, interpuso un recurso 314/2000, contra la Resolución de 3 de febrero de 2000 dictada por el Director de la APD en la que se sancionaba a la empresa en virtud de la Ley sobre protección de datos, por solicitar datos bancarios a un cliente, sin necesidad para ello, pues el cliente había pagado en efectivo. Se desestimó el recurso declarando a Telefónica responsable por la actividad de sus dependientes.

embargo fue rechazado en la sentencia de 22 de agosto de 2002, en el asunto “*Jarmilia Broker v. GTE.net LLC d/b/a Versión Internet Solutions*”<sup>1011</sup>

Se trataba de unos emails enviados por los empleados del proveedor de Internet (empleador o empresario) al cliente del propio proveedor, pero en nombre de una tercera parte. El cliente demandó al proveedor alegando negligencia y actividad intencionalmente ilícita. El tribunal exoneró al proveedor alegando que la actuación de los empleados había sido en actividades ajenas a las funciones propias de su lugar de trabajo

En el campo de los derechos de propiedad intelectual, que es donde más casos de responsabilidad se han dado<sup>1012</sup>, la actividad de almacenamiento o alojamiento (*Hosting*) de una obra previamente digitalizada en un medio que permita su comunicación y obtención de copias es, de acuerdo con la Directiva 29/2001/CE<sup>1013</sup> y los Tratados OMPI<sup>1014</sup>, el ejercicio de un Derecho de puesta a disposición al público. La duda que surge es la de determinar si este derecho de puesta a disposición al público *on demand* (en Internet y otras redes) es un derecho que forma parte del de comunicación pública, o si es un derecho distinto<sup>1015</sup>.

El problema tiene su origen en el hecho de que lo que en el ámbito analógico se concibe como un acto único, en el entorno digital, la comunicación al público de una obra se disocia en dos actos distintos que ni siquiera tienen porqué coincidir cronológicamente: la puesta a disposición de la obra y el

---

<sup>1011</sup> Unites States District Court E.D. Kentucky de 22 de agosto de 2002, “*Jarmilia Broker v. GTE.net LLC d/b/a Versión Internet Solutions*”. Westlaw 214 F. Supp. 2d 746

<sup>1012</sup> Especialmente en casos de piratería, Vid., FARRÉ P., “La defensa de la propiedad intelectual frente a la piratería: medidas de protección en el entorno analógico y en el digital”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 5, 2004-2, pp., 181 y ss.

<sup>1013</sup> Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. DO L 167/10 de 22 de junio de 2001.

<sup>1014</sup> Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptados por la Conferencia Diplomática de 20 de diciembre de 1996.

<sup>1015</sup> Este derecho de comunicación pública y/o de puesta a disposición tiene un indudable valor en lo que es la explotación de las obras en la Red. En mi opinión, primero se coloca o se cuelga la obra en la red (derecho de puesta a disposición), luego, o bien se puede acceder sin previa distribución de ejemplares (comunicación pública), o bien se puede descargar (*download*) grabándose, por ejemplo, en el disco duro del ordenador o en un disco flexible (reproducción). Este derecho no solo es aplicable a la Red, sino a cualquier medio tecnológico que permita esta previa puesta a disposición al público para su posterior acceso *on demand*

acceso a ella por parte de los destinatarios, los cuales pueden elegir libremente el momento en el que desean acceder a la misma<sup>1016</sup>

Los intereses de los distintos sujetos implicados son radicalmente divergentes<sup>1017</sup>. Así, mientras que a los autores, creadores y a los cedentes de los derechos de propiedad intelectual les interesa su articulación como derechos distintos, pues ello implicaría que una cesión de los derechos de comunicación pública no implica la de un derecho distinguible de puesta a disposición en la red; a los cesionarios, como principales beneficiarios de los rendimientos que genera la explotación de las creaciones intelectuales no les interesa la distinción apuntada, sino que se entienda que con la cesión del derecho de comunicación pública se cede también el derecho de puesta a disposición en la red.

La Ley 23/2006 de 7 de julio<sup>1018</sup> (que incorpora la Directiva 2001/29/CE), supone una apuesta por la inclusión del derecho de puesta a disposición al público para explotar obras en la red dentro del ámbito del derecho de comunicación pública, al incluir en el art. 20.2 un nuevo apartado i) que afirma que *“Especialmente son actos de comunicación pública (...) i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija”*.

Frente a esta opción, existía una corriente doctrinal<sup>1019</sup> que preconizaba la configuración del derecho de puesta a disposición pública como distinto del

---

<sup>1016</sup> Entre otros, Vid., RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Derechos de autor en el ciberespacio”, en *Internet, una profecía*, MAYOR, P., Y DE AREILZA, J.M., (Coors), Ariel, Barcelona, 2004, pp. 63-89

<sup>1017</sup> Sobre este problema y la evolución del mismo en la legislación que lo regula, Vid., GONZÁLEZ, A., “1987-2003: ¿Hacia una convergencia internacional?”, en *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?*, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 1, 2005, pp. 7-20

<sup>1018</sup> Ley 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril. BOE 162 de 8 de julio de 2006.

<sup>1019</sup> Vid., PLAZA PENADÉS, J., “Alojamiento y descarga de fonogramas desde una página web sin autorización de la productora musical. Comentario a la SAP Barcelona (secc. 15ª) de 27 de junio de 2002 (AC 2002, 1551)”, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 2, 2003-2, pp. 141-147; Y también Vid., SALELLES, J.R., “El derecho de reproducción del

derecho de comunicación pública, de manera que la autorización para reproducir y comunicar públicamente una obra protegida por los derechos de propiedad intelectual, no conllevara el derecho a su explotación en red, requiriéndose una autorización expresa para llevar a cabo estos actos, aun cuando la obra se ponga a disposición en la red de manera gratuita.

En la jurisprudencia española es destacable la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sala 1ª, sección 15ª, de fecha 27 de junio de 2002<sup>1020</sup>, que confirmó la sentencia condenatoria dictada en instancia en virtud de la demanda interpuesta por una productora de fonogramas, “Ediciones Musicales Horus, SA”, con fundamento en la infracción del art. 115 del TRLPI, frente a la sociedad “Weblisten”, titular del site “Weblisten.com” en el que había procedido a colgar una serie de obras musicales en formato MP3, posibilitando su audición sin contraprestación, así como su descarga por los usuarios, previo pago de un precio o adquisición de un bono. La sociedad demandada había obtenido el derecho de comunicación pública de aquellas obras de las entidades de gestión legitimadas a estos efectos<sup>1021</sup>, pero la productora discográfica no le había cedido ningún derecho de reproducción sobre las mismas, por lo que dichos fonogramas no podían ser reproducidos en formato MP3 para su explotación por Internet, ni tampoco se podía permitir su descarga, aun de forma gratuita<sup>1022</sup>.

---

productor de fonogramas en el entorno digital. Particular consideración del reproche de su infracción desde el derecho de la competencia desleal (Comentario a la SAP Barcelona (secc. 15ª) de 27 de junio de 2002), en *Revista de propiedad intelectual*, nº 13 de abril de 2003, pp. 82 y ss.

<sup>1020</sup> Referencia AC 2002, 1551

<sup>1021</sup> Sobre el tema de la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea, Vid., RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN DE 18 DE MAYO DE 2005, DO L 276/54 de 21 de octubre de 2005.

<sup>1022</sup> Vid., GARMENDIA SANZ, C.M., “Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona, sala 1ª, sección 15ª, de fecha 27 de junio de 2002”, en *Diario La Ley*, nº 5630, de 10 de octubre de 2002, pp. 1-3; Y Vid., BUSTO LAGO, J.M., “La Responsabilidad civil de los *Internet Service Providers* (ISP) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”...op. cit. 2004, pp. 63-64;

## **2.2- LA RESPONSABILIDAD DE LOS OTROS PROVEEDORES DE INTERMEDIACIÓN.**

### **2.2.1- Responsabilidad de los Operadores de redes y Proveedores de acceso.**

En principio, dada la actividad que desempeñan los proveedores de acceso (facilitar el acceso a una red de telecomunicaciones) y los operadores de redes (disponer del cableado, satélites y nodos, y ser meros transmisores de datos a través de la red)<sup>1023</sup>, estos ISP se encuentran exentos de responsabilidad por los contenidos que transmitan ("*routing*"), salvo que, se demuestre que ellos mismos generaron información o modificaron datos (naturalmente siempre que excedan la mera manipulación técnica necesaria para la transmisión), los seleccionaron o seleccionaron a sus destinatarios, entonces, en estos casos, sí podrán incurrir en responsabilidad por la información suministrada (artículo 14.1 de la LSSICE). Igualmente se entiende que no incurren en responsabilidad por el almacenaje de los datos siempre que el mismo tenga carácter automático, provisional y transitorio.

Dicho de otra forma, si los operadores de redes y proveedores de acceso sólo operan con esta cualidad, sobre ellos no recae ninguna obligación de supervisión de los contenidos a los que facilitan o permiten el acceso, ni de búsqueda de indicios de actividades ilícitas, ni de proporcionar mecanismos de filtrado de determinados contenidos o de información y sensibilización a sus abonados acerca de la existencia de determinados contenidos, ni siquiera, por último, de actuar de manera diligente para descubrir y bloquear el acceso a contenidos o informaciones ilícitas.

Esta última afirmación debemos matizarla, en un triple sentido, primero, en el sentido de que pueden ser legitimados pasivos en el ejercicio de la acción de cesación regulada por los art. 30 y 31 LSSICE, segundo, en el sentido de que la exoneración de responsabilidad de estos ISP que hemos avanzado, no se

---

<sup>1023</sup> La gestión de las redes y el acceso a la actividad por un operador se regula actualmente por la Ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. BOE nº 264, de 4 de noviembre de 2003 y por su normativa reglamentaria de desarrollo.



## La Responsabilidad Civil Extracontractual de los proveedores de Hosting

extiende al prestador que colabora con ellos al margen de la actividad de mero acceso o transmisión de contenidos ajenos, y tercero, en función del deber de colaboración con el órgano administrativo o judicial competente (art. 11 LSSICE) en orden a interrumpir la prestación del servicio o a retirar determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España en caso de que para ello fuese necesaria la colaboración de los ISP<sup>1024</sup>.

Por lo tanto, es posible la imputación de responsabilidad civil a estos prestadores de servicios de intermediación en los siguientes supuestos:

- a) En el caso de que no se hayan limitado a llevar a cabo una actividad técnica, automática y pasiva sino que han hecho propios contenidos ajenos;
- b) En el caso de que hayan tomado la iniciativa originando la transmisión o hayan tenido control sobre tales contenidos modificando o seleccionando los datos transmitidos;
- c) En el caso de que el ISP seleccione a los destinatarios de los datos que transmite;
- d) También responderán de los daños causados a terceros cuando incumplan los requisitos técnicos de seguridad establecidos para la transmisión de datos de carácter personal, y
- e) Sin olvidar que podrán incurrir en responsabilidad por haber incumplido la orden del órgano competente de suspender la transmisión de contenidos ilícitos.

---

<sup>1024</sup> Vid., BUSTO LAGO, J.M., “La Responsabilidad civil de los *Internet Service Providers* (ISP) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”, op. cit., 2004-2, pp. 49-50; y Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., MONTERO, E., Y SALAÜN, A., “La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies”, ...2000. op. cit. pp. 40.

### 2.2.2- Responsabilidad de los Prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios.

El artículo 15 de la LSSICE regula la responsabilidad en que pueden incurrir quienes presten el servicio llamado “memoria tapón” o *caching* (englobándose en la denominación las modalidades técnicas de “system” o “Proxy caching” y “mirror caching”), es decir, el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos<sup>1025</sup>. Desde el punto de vista técnico, las copias, provisionales y transitorias, realizadas por estos operadores no son estrictamente necesarias para la transmisión, pero cumplen una importante labor, pues contribuyen a agilizar el tráfico electrónico guardando en sus ordenadores copias de los datos más solicitados por los usuarios<sup>1026</sup>.

En la prestación de este servicio la regla general también es la ausencia de responsabilidad, siempre que el prestador:

- a) no modifique la información;
- b) cumpla con las condiciones de acceso a la información;
- c) cumpla las normas relativas a la actualización de la información;
- d) no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector;
- e) actúe con prontitud para retirar la información almacenada o imposibilitar el acceso a la misma al tener conocimiento de que ha

---

<sup>1025</sup> Respecto a las consecuencias de una reproducción temporal, mero *caching*, de obras protegidas por el derecho de autor, Vid., GARROTE FERNANDEZ DIEZ, I., “*El derecho de autor en Internet*”, op. cit., 2003, pp. 340 y ss.; y Vid., HUGENHOLTZ, P.B., “*Caching and Copyright: The Right of temporary Copying*”, en *EIPR*, 2000, pp. 488.

<sup>1026</sup> La reproducción efectuada por el proveedor de caché de obras protegidas por el Derecho de autor quedaría nuevamente excepcionada de la exclusiva del titular en función de lo establecido por el art. 5 de la Directiva 2001/29/CE, en cuanto facilita la transmisión en red y una utilización lícita de la obra, aunque en este caso, la exigencia de ausencia de significación económica independiente podría plantear problemas, en cuanto el *caching* constituye un servicio en sí mismo que puede ser remunerado. En cualquier caso, la norma de exención de responsabilidad del art. 13 de Directiva 2000/31/CE y del art. 15 de LSSICE excluyen cualquier discusión al respecto. Sobre esta problemática, Vid., APARICIO VAQUERO, J.P., “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, ...2003, op. cit. pp. 102-104; y Vid., BUSTO LAGO, J.M., “La Responsabilidad civil de los *Internet Service Providers* (ISP) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual”...2004. op. cit. pp. 50-59

## La Responsabilidad Civil Extracontractual de los proveedores de Hosting

sido retirada del lugar de la red donde inicialmente se encontraba, o se haya imposibilitado el acceso a la misma, o si un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o que se impida el acceso a ella.

Evidentemente, el ISP o prestador del servicio de *caching* será responsable:

- A. si modifica la información;
- B. si incumple las condiciones de acceso o las normas sobre actualización de la información, o si interfiere en la utilización de la tecnología, o
- C. si no retira el acceso a la información con prontitud una vez solicitado por la autoridad competente.

### **2.2.3- Responsabilidad de los Prestadores de servicios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.**

La finalidad de la puesta a disposición de los internautas de un sitio Web, es la de obtener la máxima difusión de su contenido, por ello los instrumentos de búsqueda y de localización en el ámbito de Internet cumplen una función de vital importancia. Efectivamente, en el ámbito de los servicios de que puede valerse el usuario para orientarse en la red, o de los que pueden servirse quienes facilitan contenidos o informaciones a través de ella con la finalidad de que éstos sean localizables por aquél, ha de diferenciarse entre:

- a) los instrumentos de búsqueda o de localización de información de contenidos, y
- b) la mera actividad consistente en facilitar enlaces a determinados contenidos.

Dentro de los primeros, hay que diferenciar entre los anuarios o repertorios de Internet, y los motores de búsqueda.

Los *anuarios o repertorios* no son sino listas de *web sites* clasificados por temas y subtemas, en las que se puede encontrar una jerarquización. Es el

propio autor o responsable del *site* el que, mediante un formulario *ad hoc*<sup>1027</sup>, lo inscribe en las listas del repertorio de que se trate. En consecuencia la indexación en los anuarios no es automática, sino que requiere la voluntad de una persona física y, en ocasiones el tratamiento manual por los propietarios responsables de anuario.

Por otra parte, los *motores de búsqueda*<sup>1028</sup> son programas informáticos como robots (*spiders o crawler*) de orientación ubicados en Internet que exploran o rastrean las páginas de éste y realizan de manera automática y a intervalos regulares de tiempo bases de datos de indexaciones sistemáticas y acumulativas<sup>1029</sup> que permiten al usuario encontrar, con la ayuda de nombres o conceptos clave, la información que desea obtener y que se encuentra en algún lugar de la red. A los efectos de precisar un régimen de responsabilidad para estos ISP es importante resaltar el hecho de que la indexación de las páginas a las que se remite se realiza de forma automática, sin control humano directo y de forma exhaustiva y no selectiva de la información o de los contenidos.

Tanto los motores de búsqueda como los directorios facilitan el acceso a los sitios referenciados mediante enlaces o vínculos<sup>1030</sup> (*Links, Hiperlinks, hypertext links, hypertext reference links...*)<sup>1031</sup>.

---

<sup>1027</sup> En este formulario normalmente se hace constar: el nombre del site, su dirección URL, una breve descripción del contenido, los nombres clave a los que ha de vincularse y la categoría en la que pretende que figure insertado.

<sup>1028</sup> Aunque existen también los llamados Meta Motores de Búsqueda (por ejemplo, [www.debriefing.com](http://www.debriefing.com)) que son buscadores automáticos que, a su vez, transmiten la búsqueda a varios motores de búsqueda, de manera que incrementan la eficacia de cada uno de éstos, pues aprovechan el trabajo realizado por cada uno de ellos.

<sup>1029</sup> Normalmente, en función de nombres clave que se contienen en los URL de los documentos HTML ubicados en las páginas exploradas, en sus títulos o en sus códigos fuente, como los *Metatags o metas*, invisibles para el usuario y de los que es responsable el *webmaster*. El motor de búsqueda más relevante actualmente es [www.Google.com](http://www.Google.com)

<sup>1030</sup> Vid. GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ “*El derecho de autor en Internet...*”, 2003, op. cit. pp. 100-340; Y Vid., GARCIA VIDAL, A. “La responsabilidad por los contenidos ilícitos de páginas Web ajenas con las que se establece un Link” op. cit., 2001, pp., 2 y ss.

<sup>1031</sup> Funcionan mediante una instrucción o código incorporado a un texto o imagen en un documento, que permite acceder a otro documento con solo pulsar el botón del ratón. También existen enlaces que se activan sin necesidad del pulsar el ratón sino sólo con pasar el puntero del ratón por encima o de manera automática, como en el caso de las *pop-up windows*. Por lo tanto, el *Linking* es un mecanismo de enlace que permite el acceso de una información a otra, o el

Dentro de los segundos, *la mera facilitación o provisión de enlaces o contenidos*, la técnica utilizada es también la utilización de Links, residiendo la peculiaridad en el hecho de que ahora no se trata de servicios de búsqueda o de indexación, automática o no, sino de supuestos en los que el responsable de una página Web establece en la misma un enlace, a través de la utilización de aquella técnica, a otros contenidos o informaciones de los que no es titular o responsable directo.

Dentro de estos enlaces podemos diferenciar diversos tipos, entre ellos destacar, los enlaces de hipertexto simples o de superficie "*surface link*"; los profundos o de profundidad "*Deep Link*" (que reenvían directamente a una determinada página de un *site* sin transitar por la *Home page* del mismo)<sup>1032</sup>; los enlaces automáticos integrados "*inline link o embedded link*" (que son todos ellos subtipos de enlaces HREF)<sup>1033</sup>; y los famosos marcos o *framing* (la página llamada se inserta en el interior de la estructura del *site* desde el que se llama)<sup>1034</sup>.

---

cambio de un servidor a otro, cuando se navega por Internet, la pantalla cambia y el URL también. Si se trata de un *hyperlink* supondrá que el marcador del enlace se encuentra en un documento hipertexto que enlaza con otro documento que también puede serlo.

<sup>1032</sup> En relación con el *Deep Link* podemos traer a colación: a) el caso "*Microsoft v. Ticket master*", respecto del cual no hubo pronunciamiento judicial dado que se produjo un acuerdo extrajudicial, según el cual Microsoft se obligó a abstenerse de colocar en su página web vínculos profundos hacia páginas internas del *site* de Ticket master. Actualmente tienen un acuerdo mediante el cual a Microsoft sí le permite hacer deep link hacia páginas de Ticket Master para la compra de entradas de espectáculos; y b) el caso de "*la Asociación Danesa de Editores de Periódicos v. NewsBooster*", respecto del cual el Tribunal de Copenhague en Sentencia de 8 de julio de 2002, estimó la demanda de la asociación contra el buscador de noticias, alegando que la actividad de NewsBooster dañaba injustamente los intereses de los editores de los periódicos afectados. Vid., RIBERA BLANES, B., "Hipervínculos y Frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor (Análisis de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor en la sociedad e la información), en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 13, abril 2003, pp. 11 y ss.

<sup>1033</sup> Acrónimo de *Hipertext Referente Link*. Vid., O'ROURKE, "Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World", en *Minnesota Law Review*, Vol. 82, 1998, pp. 631.

<sup>1034</sup> El *Framing* o *Frame* es el resultado de dividir una página web en varias zonas de manera que cada una de ellas puede tener un contenido independiente de las demás. También es un *frame* la capa de enlace de datos (*datalink*) que contiene la información de cabecera y cola que requiere una determinada red de comunicaciones. El *Framing* posibilita que, tras pulsar sobre un link, el usuario se dirija a otro sitio web apareciendo la información solicitada enmarcada en los *frames* o marcos del sitio inicial, ocultando los *frames* del sitio de destino, de forma que no puede conocerse el nombre de dicho sitio ni pueda accederse a la publicidad que en él pudiera

## El Contrato Internacional de Hosting

Aunque la solución no resultaba compartida de manera generalizada en el ámbito del Derecho comparado<sup>1035</sup>, imputar la responsabilidad al editor de la página web (*webmaster*) con contenidos o informaciones ilícitos, con la que se enlaza merced a la utilización de los servicios de búsqueda, entendidos éstos en sentido amplio, es la solución propugnada, con carácter general, en la doctrina<sup>1036</sup> española anterior a la aprobación de la LSSICE

La LSSICE, en el artículo 17, regula la responsabilidad de los ISP intermediarios que prestan los servicios consistentes en facilitar enlaces a contenidos situados en otros lugares en la red, y los que incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de aquellos contenidos.

De su lectura se deduce que existe un sustancial parecido entre este supuesto de responsabilidad y el de los prestadores de *Hosting*, es decir, estos ISP tampoco responderán de los daños que se puedan causar por los contenidos encontrados merced a la utilización de los instrumentos que ponen a disposición de los usuarios, siempre y cuando cumplan con los dos requisitos siguientes:

- A) No tengan conocimiento efectivo, en el mismo sentido analizado para los ISP de Hosting, de que la actividad o la información a la que

---

haber, presentándose así como propios del titular del sitio web desde el que se accede, datos que en realidad son propios del titular del sitio vinculado.

<sup>1035</sup> En este mismo sentido, la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (CIVIL) DE AMBERES DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999, en el caso de la demanda ejercitada por la *Federación Internacional de la Industria fonográfica* frente a un estudiante de 19 años. El tribunal le condenó a cerrar su site en la que se insertaba más de 25.000 enlaces a ficheros musicales ilícitos. Y la SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE SUECIA DE 15 DE JUNIO DE 2000, en la demanda ejecutada por la IFPI contra un estudiante de 17 años, condenándolo por remitir mediante enlaces a los visitantes de su página a otras que contenían archivos musicales en formato MP3. Y también la SENTENCIA DE LA CORTE DE DISTRITO SUR DE NEW CORK DE 4 DE MAYO DE 2000, en demanda interpuesta por UMG Recordings contra MyMP3.com, la cual fue condenada por ofrecer a sus suscriptores la posibilidad de disponer de una biblioteca de música virtual por la que debía pagar los derechos de autor.

<sup>1036</sup> Vid., XALABARDER, R., "Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millenium Copyright Act", en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, MORALES PRATS Y MORALES GARCIA (Coords), Aranzadi, Cizur menor, 2002, pp. 130 y ss.; Y Vid., GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J., "Napster: Copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet", en *Revista de propiedad intelectual*, nº 6, diciembre 2000, pp. 65 y ss.

remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de terceros susceptibles de ser indemnizados; y

B) Que si la tienen, actúen con la diligencia necesaria para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

A *sensu* contrario, los prestadores del servicio de búsqueda de contenidos responderán si tienen conocimiento efectivo de la ilicitud de la actividad o la información a la que remiten o recomiendan, o si no actúan con diligencia debida para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. En todo caso, no habrá exención de responsabilidad para el ISP si el destinatario (el responsable o titular de estos contenidos o informaciones cuya localización en la red se facilita) del servicio opera bajo la dirección, autoridad o control del proveedor que facilita la localización de aquellos contenidos

Cabe resaltar que el artículo 17 no sólo se refiere a los prestadores de servicios de intermediación, sino a cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información, es decir a cualquier persona física o jurídica que ofrezca información a un tercero y que incluya links o buscadores de información que permitan la localización por contenidos de otras páginas<sup>1037</sup>. Ahora bien, si quien proporciona enlaces a otros sitios en Internet no desarrolla una actividad económica, no estaremos ante un prestador de servicios de la sociedad de la información, por lo que no serán aplicables las reglas del artículo 17 sino las generales de responsabilidad.

Por último, un sector doctrinal<sup>1038</sup>, se cuestiona si los supuestos previstos por el artículo 17 de la LSSICE, son o no supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. Evidentemente, la respuesta ha de ser negativa, pues el que facilita el enlace o incluye un directorio o un instrumento de búsqueda que

---

<sup>1037</sup> CLEMENTE MEORO, M.E., “*Responsabilidad civil y contratos en Internet...*”2003, op. cit, pp. 80-116-

<sup>1038</sup> Entre otros, Vid., PLAZA PENADES, J., “La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otra redes”, op. cit, 2003, pp. 196-237.; Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., “On line Intermediaries...”, op. cit. 106 y ss.; Y GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I., “Propiedad intelectual en Internet...”, op. cit. pp, 84 y ss;

remite a contenidos ilícitos puede acabar respondiendo por contenidos ajenos, pero no por hecho ajeno. Si desde el momento en que realiza el enlace es consciente de que el contenido es ilícito, no hay duda de que el hecho es propio; y si llega a saberlo con posterioridad, lo que es propio es la omisión, es decir, que no reaccione diligentemente retirando el enlace a la actividad o información ilícita.

#### **2.2.4- Responsabilidad de los Prestadores de servicios de certificación de firma electrónica y de otros dispositivos relacionados con la misma.**

Brevemente diremos que, la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación esta regulada en los artículos 22 y 23 de la Ley de Firma Electrónica<sup>1039</sup>. El artículo 22 se limita a establecer la responsabilidad de estos prestadores que será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, presumiéndose en líneas generales su actuación culposa, dado que sólo se eximen de la misma si se prueba que actuaron con la diligencia debida.

Con respecto al servicio concreto que prestan, la certificación que expiden y tratándose de prestadores de servicios de certificados reconocidos, la Ley les hace incurrir en responsabilidad por el mal uso del certificado cuando no hubieren consignado de forma claramente reconocible por terceros, el límite de uso o el límite relativo al importe máximo del valor de las transacciones autorizadas al emplear el certificado.

Sin embargo, el artículo 23 les exonera de toda responsabilidad respecto de los perjuicios causados al firmante o a terceros de buena fe, si el firmante incurre en negligencia en la conservación de sus datos de creación de firma, en

---

<sup>1039</sup> Ley 59/2003 de 19 de diciembre de Firma electrónica, BOE nº 304, de 20 de diciembre de 2003.



el aseguramiento de su confidencialidad y en la protección de todo acceso o revelación<sup>1040</sup>.

Pero, ¿Cómo va a evitar el responsable del *certificado electrónico de persona jurídica* la negligencia, si la propia ley, tanto en su Exposición de Motivos como en el propio artículo 7, le permite cederlo a otras personas físicas distintas aunque vinculadas a la entidad?.

En este sentido, y aunque es muy criticable esta posibilidad de cesión de los certificados reconocidos a favor de las personas jurídicas<sup>1041</sup> (porque, entre otras cosas, no establece responsabilidad para el firmante sino sólo para el responsable de la custodia del certificado), la ley en su artículo 7, apartados 3 y 4, parece aconsejar a la parte contratante a la que se le muestre un documento electrónico firmado con un certificado de persona jurídica, que antes de aceptar la operación deberá comprobar, además de las comprobaciones genéricas acerca de la vigencia del certificado de firma empleado y las limitaciones del uso que del mismo resulten (obligaciones impuesta por el artículo 23), que el acto o contrato está dentro del giro o tráfico ordinario de la empresa, o en caso contrario, comprobar que el acto o contrato es en beneficio de ésta, y que puede reunir pruebas suficientes para demostrarlo.

---

<sup>1040</sup> En relación con esta Ley, Vid. MARTINEZ NADAL, A., “Firma electrónica, certificados y entidades de certificación. La nueva Ley 59/2003, de firma electrónica”, op. cit., 2004, pp. 73-103: Como aspectos positivos de la LFE puede destacarse la mejora de la regulación de determinadas cuestiones confusas o no resueltas en el RDL 14/1999, (como por ejemplo, la identificación del solicitante de certificados reconocidos), aun cuando la nueva Ley no siempre las resuelve de forma completa. Como aspecto negativo cabe mencionar las incógnitas que plantea el denominado DNI electrónico por sus posibles usos generales y la posible colisión con la actividad de los prestadores de servicios de certificación privados, colisión que habría de analizarse a la luz de los principios establecidos en la Directiva comunitaria para el ejercicio de la actividad de prestación de servicios de certificación.

<sup>1041</sup> Vid., VILCHES TRASSIERRA, A., “Las personas jurídicas y la firma electrónica en la Ley 59/2003”, op. cit., 2004, pp. 55-68: Según este autor, parece que la Ley, al hablar de certificados de firma electrónica de personas jurídicas, estaba pensando en los llamados “Certificados del Servidor”, es decir aquellos certificados de firma electrónica instalados en un ordenador al que los usuarios se conectan remotamente y sirven para garantizar la seguridad y la autenticidad de la comunicación, así como la de todos los documentos o archivos que salgan al exterior a través del mismo.

## El Contrato Internacional de Hosting

## IV- DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE *HOSTING*

### 1- ANÁLISIS GENERAL.

Por las dificultades que entraña la delimitación del ámbito material de las obligaciones extracontractuales, y la falta de adecuación de una única solución para supuestos tan heterogéneos, en la actualidad, en Derecho comparado, se tiende a la disgregación del concepto y al diseño de un cuadro de normas de Derecho internacional privado para los distintos supuestos, que dentro de cada sistema jurídico originan y fundamentan una relación jurídica distinta del contrato<sup>1042</sup>.

En la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) de febrero de 2006<sup>1043</sup> se distinguía entre obligaciones derivadas de delito y obligaciones derivadas de un hecho no delictivo<sup>1044</sup>. La referencia a las obligaciones derivadas de delito fue muy criticada por la doctrina<sup>1045</sup>, pues hubiera sido más correcto aludir a la responsabilidad por hecho ilícito que incluye tanto a la responsabilidad civil derivada de delito o falta como a la responsabilidad por ilícito civil.

---

<sup>1042</sup> Vid., ESLAVA RODRÍGUEZ, M., “Obligaciones extracontractuales”, en *Derecho internacional privado*, op. cit., 2005, pp. 693 y ss.; Un amplio estudio de la materia se puede encontrar en GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, specialisation, flexibilisation et materialisation des règles de Droit international privé. Cours général”, op. cit., 2000, pp.13-425.

<sup>1043</sup> Bruselas 21 de febrero de 2006. COM (2006) 83 final.

<sup>1044</sup> Distinción que ha desaparecido en la Posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II). Bruselas; 11 de agosto de 2006, JUSTCIV 137, CODEC 531, OC 410

<sup>1045</sup> Vid., ESLAVA RODRÍGUEZ, M., “Obligaciones extracontractuales”, op. cit. 2005, pp. 694.

## El Contrato Internacional de Hosting

Como sabemos, los actos ilícitos conformaron un conjunto homogéneo y coherente dando lugar a un único estatuto, el estatuto delictual, regido por la ley del lugar donde se hubiera producido el hecho del que deriven.

La diversificación, en la actualidad, de las funciones de la responsabilidad civil ha dado lugar a estatutos especiales para las distintas actividades dañosas de la vida económica y social, y como consecuencia de ello, la responsabilidad civil por hecho ilícito en el derecho internacional privado ha quedado sujeta a una profunda transformación que, según la doctrina, se proyecta en un triple plano:

1. Especialización de la categoría “obligación delictual” en tantos supuestos dañosos como han ido exigiendo los avances tecnológicos.
2. Pérdida de exclusividad de la norma de conflicto y de la *lex loci delicti commissi* para determinados ámbitos.
3. Modernización e internacionalización de las fuentes normativas<sup>1046</sup>.

Efectivamente existe una modernización o evolución de la imputación del fundamento de la responsabilidad civil. Dentro de la imputación subjetiva de la responsabilidad, y junto a la tradicional responsabilidad por culpa, existe otras reglas, como la regla de presunción de culpa y de atribución de la carga de la prueba al demandado, y la responsabilidad por riesgo.

La repercusión de estos cambios en el derecho internacional privado son la consideración, junto a la del lugar del daño y la función compensatoria como factores de localización de la responsabilidad civil, de otras visiones del Derecho de daños que lo entienden no solo desde una función compensatoria

---

<sup>1046</sup> Vid., KOCH, B.A., “The European Group on Tort Law and its principles of european tort law”, en *The American journal of comparative law*, American society of comparative law, vol. 53, nº 1, 2005, pp. 189 y ss.

sino también preventiva y punitiva acercándose a la idea de la responsabilidad propia de los sistemas anglosajones<sup>1047</sup>.

En definitiva, el derecho internacional privado de la responsabilidad civil tiende hacia una renovación de la norma de conflicto en la que se procura una más reflexiva especificación de las conexiones y una especialización por grados de heterogeneidad<sup>1048</sup>.

De hecho, en la Propuesta de Reglamento Roma II de 11 de agosto de 2006, se afirma que la conexión con el país donde se produzca el daño directo (*lex loci damni*), que es la norma general, crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada, y corresponde también a la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva.

Además, adquieren una importancia significativa la autonomía de la voluntad, bien mediante el sistema de conexiones alternativas o bien mediante su reconocimiento directo (artículo 14), y la residencia habitual común determinada expresamente o en tanto que expresión del principio de proximidad (artículo 4), lo que hace aproximarse el régimen de la responsabilidad extracontractual al de responsabilidad contractual.

## 2- PLANTEAMIENTO EN EL ÁMBITO TECNOLÓGICO.

Los proveedores de servicios de *Hosting*, así como todos los prestadores de servicios de intermediación tienen en común que no ejercen control sobre la elaboración o la distribución de los contenidos que se ofrecen en Internet, de ahí que el régimen especial de responsabilidad establecido,

---

<sup>1047</sup> Vid., RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Punitive damages y orden público ¿comunitario?", en *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos*, Tomo II, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1741-1764

<sup>1048</sup> Vid., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "Diversification, specialisation, flexibilisation et materialisation des régles de Droit internacional privé. Cours general", op. cit. 2000, pp. 50 y ss.

tanto por la Directiva como por la LSSICE, se base en la información suministrada y el grado de conocimiento que el ISP tenía sobre la misma, para deslindar responsabilidades.

En consecuencia, la regla general será la exoneración de la responsabilidad, y las excepciones se darán o bien cuando se trate de contenidos propios, o bien en casos de falta de diligencia, tratándose en estos casos de supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, si bien sólo nacen en supuestos de grave negligencia del prestador de servicios de intermediación. Pero cuando nacen, permiten a la víctima reclamar al prestador de servicios de intermediación, directamente, todos los daños causados por el prestador de servicios de la información autor de los daños (y destinatario de los servicios de intermediación), así como los daños derivados de las propias acciones culpables del intermediario.

Concretamente y respecto de los ISP de *Hosting*, sólo podría hablarse de responsabilidad en los casos en que el destinatario del servicio (el oferente de contenidos) haya actuado bajo la dirección, autoridad o control de su prestador de servicios de intermediación es decir, el proveedor de *Hosting*; o, en los casos de incumplimiento de sus obligaciones de retirar o impedir el acceso a las actividades ilícitas una vez hubieran tenido conocimiento de aquella ilicitud<sup>1049</sup>.

Cuando hablamos de actividades ilícitas, la normativa tanto comunitaria como española, ya analizada, ha optado por una regulación horizontal<sup>1050</sup> de la

---

<sup>1049</sup> A este respecto recordar la DECISIÓN TGI PARIS, “ORDONNANCE” DE 9 DE JUNIO DE 1998, en el asunto “*E. Hallyday v. V. Lacambre*”, así como la COUR D’APPEL DE VERSAILLES EN LA SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2000 ya comentadas en páginas anteriores. Y Vid., GOLDSTEIN OLIVER, F., Y BARBRY, E., “Á propos de l’ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998”, en *Cahiers Lamy Informatique*, septiembre 1998, pp. 2 y ss.

<sup>1050</sup> En este sentido JULIÁ BARCELÓ, R., “Liability for on line Intermediaries: A European Perspective”, *European Intellectual Property Review* nº12, 1998, pp. 453-462; Vid., JULIÁ BARCELÓ, R., “On line Intermediaries Issues: Comparing E.U and U.S. Legal Frameworks” *European Intellectual Property Review* nº3, 2000, pp. 116 y ss. La regulación horizontal es apropiada, pues de lo contrario, se hubiera obligado a los prestadores de servicios intermediarios a supervisar todos los contenidos transmitidos a través de sus sistemas, y hay que tener en cuenta que la información que viaja a través de sus instalaciones es simplemente una secuencia de bits, una sucesión de ceros y unos, que no revela nada sobre el significado de la información

responsabilidad de los ISP, pues se aplica a todo tipo de actividades ilícitas, cualquiera que sea el derecho o interés lesionado, como los derechos fundamentales y de la personalidad; los derechos de autor y derechos conexos; los derechos de la propiedad industrial; y los derechos de los consumidores y usuarios.

Pese al carácter horizontal de las normas sobre limitación de la responsabilidad de los proveedores de intermediación, en general, y de los de *Hosting*, en particular, debemos afirmar, hoy por hoy, que el carácter unitario de la localización de las diversas categorías de ilícitos civiles ha de llevar a considerar que el régimen aplicable a esta responsabilidad ha de ser el que rige cada categoría de ilícitos conforme a la norma de conflicto correspondiente (art. 10.4 CC; 10.9 CC, y 4 LCD)<sup>1051</sup>.

Sin embargo, los criterios tradicionales en la materia (art. 10.9.1 CC, “la ley del lugar donde hubiese ocurrido el hecho de que deriven”) naufragan a la hora de señalar la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual en el Ciberespacio. Las dificultades que plantea, a los efectos de determinar la normativa aplicable, la localización en un concreto país de actos o actividades ilícitas vinculados a un medio de alcance mundial como es Internet, pone en tela de juicio este método conflictual.

El punto de partida de la justificación funcional de la regla *lex loci delicti commissi* es la consideración de que todos los elementos del ilícito se localizan en un mismo ordenamiento. Cuando daño y hecho generador se localizan en distintos ordenamientos, o la conducta o el daño se producen en diferentes Estados, las expectativas de los interesados se orientan hacia varios ordenamientos, haciendo de la conexión tradicional un criterio de regulación inadecuado para la determinación de una única ley aplicable a esta clase de ilícitos a distancia<sup>1052</sup>.

---

transmitida, si dicha información la hubieran tenido que traducir a imágenes, música o texto en todos los casos y contados los cliente, se hubiera producido la paralización de Internet.

<sup>1051</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A. “*Derecho privado de Internet*”, 2002, op. cit. pp. 611

<sup>1052</sup> Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Derecho internacional privado*”, op. cit., 2004, pp. 714-715.

Por esta razón, la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, no sólo flexibiliza el sistema de determinación del Derecho aplicable, dando entrada junto a la ley del daño, al principio de la autonomía de la voluntad y al principio de la ley más estrechamente vinculada, sino que además prevé una especialización normativa para dos ilícitos a distancia, daños a los derechos de propiedad intelectual, y los daños causados al medio ambiente<sup>1053</sup>.

Para analizar la determinación de la legislación aplicable, según el estado actual de la legislación española, en los casos más usuales en los que se puede apreciar responsabilidad extracontractual de los proveedores de *Hosting*, comenzaremos con el estudio del régimen legal previsto en el art. 10.9 CC para, a continuación, pasar al tratamiento de las cuestiones que, como la infracción de los derechos de propiedad intelectual, gozan de una regulación separada, finalizando, por tanto, con el análisis de las últimas aportaciones a la discusión sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, "Roma II".

### 3- LA REGLA GENERAL DEL ARTÍCULO 10.9 CC.

En el ordenamiento jurídico español, el art. 10.9.1 CC establece que "*las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven*", es la regla de conflicto básica aplicable a los

---

<sup>1053</sup> En la Propuesta de Reglamento Roma II del 2003, estaba también incluido como ilícito a distancia, la violación de la intimidad o de los derechos de la personalidad. Vid., DICTAMEN DE 2 DE JUNIO DE 2004, DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como Roma II, pp. 6-7



supuestos de responsabilidad civil extracontractual, aunque, no por ello, sea el artículo más utilizado para tales casos<sup>1054</sup>.

De hecho, dicho artículo, que actúa como cláusula general, es de aplicación subsidiaria a aquellos supuestos que se encuentren regulados por otras normas más específicas, con independencia de su origen (una norma comunitaria, un Convenio ratificado por España, o una Ley española) que deberán ser preferidas en atención a su especialidad<sup>1055</sup>.

No obstante, conviene dejar apuntada la influencia que, para la determinación de la ley aplicable, puede tener la *lex fori*. Efectivamente, y ello ocurre así por diversas razones entre las que podemos destacar, en primer lugar, la predisposición del juez a aplicar el derecho de su jurisdicción; en segundo lugar, por que la calificación de las instituciones jurídicas se realiza de acuerdo con la ley del foro; y en tercer lugar, el tratamiento procesal que se le da a la prueba del derecho extranjero, al entenderla como una cuestión de hecho cuya alegación y prueba corresponde a la parte que pretende su aplicación<sup>1056</sup>. Por lo tanto, a falta de prueba del derecho extranjero, el tribunal competente aplicará la ley del foro<sup>1057</sup>, y aunque este proceder no sea un criterio de determinación de la ley aplicable en el sentido clásico de la expresión, sí que constituye un efecto que los operadores jurídicos deben tener en cuenta<sup>1058</sup>.

---

<sup>1054</sup> Sobre el derecho conflictual español, Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., "Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y en el derecho conflictual español", en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*. Madrid, tomo II, 1979, pp. 1123-1145.

<sup>1055</sup> Vid., SEUBA TORREBLANCA, J.C., "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II", en *INDret*, nº 269, febrero 2005, pp. 4-29.

<sup>1056</sup> Artículo 281.2 LEC 1/2000, que deroga el segundo apartado del artículo 12.6 CC.

<sup>1057</sup> SENTENCIA de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de enero de 2002 (AC 2002, 1011), en un asunto de un accidente de circulación sufrido por el actor en Portugal. El tribunal consideró que la jurisdicción competente para enjuiciar el caso era la española, y que la ley aplicable según el Convenio de la Haya de 1971, era la portuguesa, sin embargo, dada la falta de acreditación por parte del actor de tal derecho, resolvió el caso aplicando la legislación española.

<sup>1058</sup> Vid., CALVO CARAVACA, AL., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "La prueba del derecho extranjero en la nueva ley española de enjuiciamiento civil 1/2000", en *Diario la Ley*, nº 6178, enero 2005, pp. 3 y ss.

De la lectura del artículo 10.9 del Código Civil, podemos destacar dos grandes problemas:

1. Qué debe entenderse por obligaciones no contractuales,
2. Cómo se determina el lugar donde hubiera ocurrido el hecho dañoso

### 3.1-DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO “OBLIGACIONES NO CONTRACTUALES”

El alcance de la expresión *obligaciones no contractuales* suele delimitarse mediante una doble perspectiva, de forma positiva, relacionando las que quedan incluidas; o de forma negativa, que es la más habitual, identificando aquellas obligaciones que quedan excluidas, como las obligaciones originadas de relaciones legales específicas entre las partes<sup>1059</sup>, la responsabilidad civil *ex delicto*<sup>1060</sup>, la responsabilidad patrimonial del Estado, los daños relativos a la propiedad intelectual e industrial y obligaciones derivadas del Derecho de la competencia.

El uso de la técnica de la delimitación negativa también es utilizada por la jurisprudencia comunitaria, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 17 de septiembre de 2002<sup>1061</sup> afirmó que “*el concepto de materia delictual o cuasidelictual en el sentido del art. 5.3 CB abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la materia contractual en el sentido del art. 5.1 CB*”. Más recientemente en la sentencia de 5 de febrero de 2004<sup>1062</sup>, la empleó estableciendo, para el caso, lo que no se podía considerar una obligación contractual, como la acción de

---

<sup>1059</sup> Vid., AMORES CONRADI, M.A., “Comentario al art. 10 apartado 9 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, ALBALADEJO, M., (Dir.), Tomo I, Vol. 2, 2ª ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 729-769, esp. 733.

<sup>1060</sup> Vid., GARDEÑES SANTIAGO, M., “La ley aplicable a la responsabilidad derivada del delito en el derecho internacional privado español”, en *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2000, pp. 159-183, esp. 181-183

<sup>1061</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-334/00 “*Fonderie officien meccaniche Tacconi Spa. v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrick GMBH*” Rec. 2002 I-7357.

<sup>1062</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 2004, en el asunto C-265/02 “*Fráhuil SA v. Assitalia Spa*” Rec. 2004, I-1543

reembolso del fiador contra el deudor fundada en un contrato de fianza celebrado sin el consentimiento de éste.

### 3.2- DETERMINACIÓN DEL LUGAR DONDE HUBIERA OCURRIDO EL HECHO DE QUE DERIVEN

La doctrina española<sup>1063</sup> ha reconocido diferentes lugares como identificables con el concepto al que se refiere el artículo 10.9 CC, a saber:

1. El lugar donde se realiza la acción, es decir, el hecho ilícito se comete en el lugar donde el sujeto realiza externamente la conducta delictiva. Se entiende que una opción por esta concepción conlleva un sentido preventivo-punitivo de la responsabilidad<sup>1064</sup>, el problema que quedaría sin resolverse se refiere a los supuestos en los que concurren una pluralidad de cursos causales.
2. El lugar donde se manifiesta el daño, es decir, el lugar donde se externaliza el resultado del hecho ilícito. Se entiende que una elección de esta opción encierra una concepción compensatoria de la responsabilidad. En estos supuestos nos encontramos con que debería distinguirse entre las diferentes fases de manifestación del daño y su localización geográfica, así como la posibilidad de que se produzca una dispersión geográfica de los daños.
3. Cualquiera de las dos anteriores de forma alternativa, es decir, se entiende que el hecho ilícito se tiene por cometido en todos los lugares donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado. La mayor parte de la doctrina opta por esta concepción

---

<sup>1063</sup> Vid., AMORES CONRADI, M.A., Y TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis sobre el estatuto delictual", en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 8, 2004, pp. 1-34; Vid., PÉREZ VERA., E., "*Derecho internacional privado*", vol. II, UNED, Madrid, 2005; Vid., PALAO MORENO, G., "La Ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en derecho internacional privado español", *Anuario de Derecho civil*, 1997, pp. 1793-1815; Vid., ZABALO ESCUDERO, M.E., "La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el derecho internacional privado español", en *Revista Española de Derecho internacional*, nº 43, 1991, pp. 75-107.

<sup>1064</sup> Vid., RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Punitive damages y orden público ¿comunitario?", en *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos*, Tomo II, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1741-1764

## El Contrato Internacional de Hosting

a la hora de determinar el lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que deriven. El problema de optar por este concepto de la alternatividad se basa en quién debe elegir entre un sitio u otro, si el juez o la víctima. Los únicos supuestos en los que está claro la justificación de la elección por uno u otro son en los de Derecho de consumo, pues en todo caso la posición privilegiada será la de la víctima ya que se le aplicará la ley mas favorable.

Sin embargo, esta norma, que determina con carácter general la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales mediante la regla *lex loci delicti commissi*, no precisa cuál ha de considerarse el lugar del daño en las situaciones en las que el hecho causal y el resultado lesivo se producen en distintos países, como así es habitual en los supuestos de infracción de derechos en Internet y responsabilidad de los ISP, lo que produce que la conexión tradicional quede inadecuada y se destruya la certidumbre y previsibilidad que la caracterizaba.

Ante la ausencia de criterios de solución ofrecidos por el artículo 10.9.1 CC para los supuestos de plurilocalización de hechos y de daños, goza de amplio apoyo en nuestro sistema, así lo afirma la mayoría de la doctrina, el empleo como criterio de base en tales situaciones de la regla de la alternatividad<sup>1065</sup>, que permite al demandante fundar su reclamación, bien en el ordenamiento del país donde se localiza el hecho causal, bien en la ley del país donde se manifiesta el daño, salvo que se pueda determinar objetivamente que, entre los diversos lugares implicados, existen comparativamente niveles de proximidad dispares con la situación, de manera que no se aplica el criterio de alternatividad sino que procede el recurso a la ley del país en el que realizándose alguna de esas circunstancias (hecho causal o manifestación del daño) quepa apreciar una mayor proximidad con la situación<sup>1066</sup>.

---

<sup>1065</sup> Vid., AMORES CONRADI, M.A., “Comentario al art. 10 apartado 9 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, op. cit., 1995, pp. 729-769.

<sup>1066</sup> Vid., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., *DIPr.....*2004, op. cit. pp. 608 y ss.; Y Vid., KRONKE, H., “Applicable law in Torts and contracts in Cyberspace”, en K. BOELE-WOELKI Y C. KESSEDIAN (eds.), en *Internet Which Courts decides?, Which law applies? Quel tribunal decide? Quel droit s'applique?*, op. cit., 1998, pp., 70 y ss.

En principio, la formulación rígida de esta norma, limita el recurso a otras soluciones más asequibles, como la aplicación de la ley de la residencia habitual común del responsable y de la víctima, lugar del resultado si era previsible para el responsable, entre otras, bien conocidas en otros sistemas<sup>1067</sup> basados en el principio de proximidad y que cuentan con un régimen normativo más elaborado<sup>1068</sup>.

En este sentido, ciertos convenios internacionales, que prevalecen sobre el art. 10.9 CC, sí incorporan soluciones más flexibles y especializadas sobre la ley aplicable, como el Convenio de la Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos<sup>1069</sup>, el problema es que este Convenio puede resultar aplicable a la venta de productos *on line*, pero no a la prestación de servicio vía Internet como los servicios de *Hosting*.

Por ello, cierto sector doctrinal<sup>1070</sup> afirma que a pesar de las críticas al criterio del lugar del daño como regla general, *“está por inventar un texto mejor(...) no hay otra alternativa(...) por la propia naturaleza(...) de las obligaciones derivadas del daño(...) que su sometimiento a la ley del locus damni (...)”*.

Frente a esta postura, otros autores<sup>1071</sup> intentan buscar diversos puntos que tengan relevancia en la situación conflictiva, a fin de evitar que sea

---

<sup>1067</sup> Como por ejemplo el sistema de conexiones en cascada instaurado por la Ley suiza de DIPr de 1987, en particular en su artículo 133 relativo a la ley aplicable en materia de responsabilidad por actos ilícitos (domicilio o sede común del responsable y de la víctima, lugar del resultado si era previsible para el responsable y, en su defecto, lugar de comisión del acto ilícito). Vid., BUCHER, A., Y BONOMI, A., *“Droit international privé”*, Suiza, 2001, pp. 275-296;

<sup>1068</sup> Este tema es abordado por GONZÁLEZ CAMPOS, J., *“Diversification, specialisation, flexibilisation et materialisation des règles de Droit International Privé”*, op. cit., 2000, vol. 287, pp. 80-311. Y sobre la necesidad de reformar el sistema español, Vid., GONZÁLEZ CAMPOS, J., *“La reforma del sistema español de derecho internacional privado. Algunas propuestas para su debate”*, en *Revista española de derecho internacional privado*, 2000, pp. 351-369

<sup>1069</sup> BOE nº 21 de 25 de enero de 1989.

<sup>1070</sup> Vid., AMORES CONRADI, M.A., Y TORRALBA MENDIOLA, E., *“XI tesis sobre el estatuto delictual”*, op. cit., 2004, pp. 1-34, esp. pp.7

<sup>1071</sup> Vid., PALAO MORENO, G., *“La Ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en derecho internacional privado español”*, op. cit., 1997, pp. 1793-1815, esp. 1812-1814. Y Vid.,

designada como legislación aplicable la de un Estado con el que los interesados no presentan vínculos significativos, y es en esta misma línea en la que encontramos la postura seguida en la Propuesta de Reglamento Roma II, dando entrada junto a la ley del daño, al principio de la autonomía de la voluntad y al principio de la ley mas estrechamente vinculada, y además previendo una especialización normativa para algunos ilícitos a distancia

#### **4- LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES AL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS.**

Concretar el lugar del ilícito en este tipo de infracciones es prácticamente imposible por la multitud de Estados donde se puede verificar el daño a causa de la internacionalización y el alcance tecnológico del medio (Internet) o medios de comunicación utilizados. Por otro lado, los bienes jurídicos protegidos son facetas de la personalidad, internacional y constitucionalmente reconocidas, cuya protección civil no puede quedar expuesta a una pluralidad de leyes.

Nuestro Derecho distingue entre el derecho a la intimidad y el derecho de control sobre los datos personales (libertad informática). Ambos ofrecen una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, pero difieren en su función, objeto y contenido. La función del derecho a la intimidad es la de proteger frente a cualquier invasión en el ámbito de la vida personal y familiar e imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima así como prohibir hacer uso de lo así conocido, mientras que el derecho a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos, su uso y su destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado o víctima<sup>1072</sup>.

---

BURNSTEIN, M.R., "Conflicts on the Net: Choice of Law in transnational Cyberspace", en *Vanderbilt Journal of transnational law*, nº 29, 1996, pp. 75-110, esp. 94-95.

<sup>1072</sup> Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en DIPr", en *REDI*, nº 2, 1992, pp. 417-442.

#### 4.1- DERECHO APLICABLE A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Pese a existir normas de desarrollo de los *derechos a la intimidad* y a la propia imagen, el legislador español no ha previsto un régimen diferenciado en relación con las situaciones de tráfico externo, a pesar del impacto de las nuevas tecnologías en esta materia<sup>1073</sup>.

Por lo tanto, y a falta de norma especial de derecho internacional privado, también aquí se impone el recurso al artículo 10.9 CC, sin olvidar que la implicación directa de derechos fundamentales hace que resulte un sector especialmente sensible al recurso al orden público, como correctivo de la aplicación de la legislación extranjera. La naturaleza del bien protegido impone la aplicación de una única ley que debe garantizar al mismo tiempo la reparación del daño inmaterial y las expectativas de las partes<sup>1074</sup>.

En los ilícitos cometidos a través de Internet, supuestos en los que el proveedor de *Hosting* ha participado en la elaboración y diseño de los contenidos de la página alojada, el perjudicado podrá elegir como lugar donde se ha producido el hecho del que deriva la responsabilidad, tanto el lugar donde se verifica el evento causal, como aquel donde se produce el daño. Pero, si como es usual, la infracción de estos derechos se ha producido en varios países simultáneamente, esta solución de elección de diferentes leyes, dañaría la certeza de la ley aplicable al caso.

Por ello, y como solución más acertada, para las infracciones a estos derechos, en la medida en que el lugar donde se encuentra el entorno económico y social de una persona es el lugar de su residencia habitual (residencia habitual de la víctima), sería éste el lugar de recepción de la información difundida por medios tecnológicos, básicamente Internet, y por tanto existen elementos para considerar que se trataría del lugar de

---

<sup>1073</sup> Vid., ABARCA JUNCO, P., “El derecho a la intimidad en el DIPr español”, en *BFD UNED*, n° 2, 1993, pp. 9-27

<sup>1074</sup> Vid., ESLAVA RODRÍGUEZ, M., “Obligaciones extracontractuales”, en *Derecho internacional privado*, op. cit. 2005, pp. 715 y ss.

manifestación del daño en el que debe concretarse el punto de conexión del art. 10.9 CC, con exclusión de otros lugares de recepción de la información<sup>1075</sup>.

Esta conclusión, no obstante, es difícil de mantener cuando se demuestra que el número de accesos a la información ha sido superior en otro Estado diferente al de la residencia del perjudicado, o que el sitio Web está especialmente diseñado para ir dirigido a otro mercado distinto, en estos y otros casos, la alternatividad podría operar en el marco del artículo 10.9 CC, considerando también, como *lex loci delicti commissi* al lugar del que deriva el hecho causal, que podría ser el lugar en el que se concibe y elabora la información lesiva, usualmente coincide con el establecimiento del proveedor de *Hosting* responsable.

#### **4.2- DERECHO APLICABLE A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS**

Por otra parte, la normativa de *protección de datos* plantea, en sede de ley aplicable, básicamente dos cuestiones:

1. La primera se refiere al ámbito espacial de aplicación de las reglas reguladoras del régimen administrativo de control<sup>1076</sup>; y
2. La segunda, a la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Del ámbito *espacial de aplicación del régimen de protección de datos* establecido en la Directiva 95/46/CE se ocupa el artículo 4, según el cual, será aplicable la ley del lugar donde esté ubicado el responsable del fichero. En este artículo se inspira el artículo 2 de la ley española de protección de datos, la

---

<sup>1075</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A. “*Derecho privado de Internet*”, ....2002, op. cit. pp. 601 y ss. Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “*Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones en Internet*”, 2001, op. cit. pp 60 y ss

<sup>1076</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “*Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones en Internet*”, 2001, op. cit. pp, 58-83; Y Vid., ORTEGA GIMENEZ, A., “La transferencia internacional de datos en la ley orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal y el derecho internacional privado”, en *UAIPIT*, 2004, pp. 12-14



LOPD, si bien éste aparece formulado de forma unilateral, preocupado sólo por el ámbito de aplicación de la ley española (será aplicable la ley del lugar donde se haya efectuado el tratamiento de datos de carácter personal). En resumen, sólo será de aplicación la LOPD cuando el tratamiento de datos sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de tratamiento, mientras que cuando no sea así, será de aplicación la ley del país de residencia del responsable del fichero<sup>1077</sup>.

Estas normas se basan en el principio de territorialidad, estableciendo como criterio general que el régimen aplicable es el del país (o Estado Miembro) en el que se efectúa el tratamiento. Cuando el tratamiento se reparte entre establecimientos del responsable situados en diferentes Estados, cada establecimiento se regirá por el ordenamiento del territorio correspondiente<sup>1078</sup>.

No obstante, para asegurar que la circunstancia de que el responsable tenga su establecimiento en un tercer Estado no impida la protección contemplada en la Directiva (art. 4.1.c), se establece la aplicación de la ley del Estado Miembro en cuyo territorio se encuentren situados los *medios*, automatizados o no, a los que el proveedor recurra para el tratamiento de los datos personales, salvo que los utilice con fines de mero tránsito, esto mismo se prevé en el art. 2.1.c de LOPD.

Esta interpretación amplia conduce a extender la aplicación de la normativa comunitaria y española y la competencia de las correspondientes autoridades de supervisión a un número extraordinario de entidades de todo el mundo, en la medida en que utilizarían en el tratamiento de datos *medios* situados en el territorio español o comunitario, incluso en los casos en los que

---

<sup>1077</sup> Vid., ORTEGA GIMENEZ, A., “La transferencia internacional de datos de carácter personal y el derecho internacional privado”, en *Diario La Ley*, nº 6237, abril 2005, pp. 5-6.

<sup>1078</sup> Vid., ORTEGA GIMENEZ, A., “La determinación de la ley aplicable en materia de protección de datos de carácter personal en Internet”, en *Bulletin IPR Helpdesk*, nº 19 febrero 2005, pp. 3 y ss

los mecanismos utilizados, por ejemplo, los cookies, son difíciles de delimitar geográficamente<sup>1079</sup>.

La segunda cuestión, la *ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual* de los proveedores de servicios de intermediación, es decir, en relación con la determinación de la ley aplicable a la indemnización derivada del incumplimiento de la normativa sobre protección de datos, previsto en el art. 23.1 de la Directiva 95/46/CE y en el art. 19 LOPD, tiende a prevalecer la localización del hecho en el lugar donde sufren el daño o lesión los bienes o derechos del perjudicado, o sea, la determinación de la *lex loci delicti commissi* sería la del país de la residencia habitual del perjudicado o víctima.

El ordenamiento de esta forma precisado será determinante para fijar aspectos esenciales del régimen de responsabilidad extracontractual, como la precisión del daño y el alcance de la responsabilidad. Sobre la responsabilidad del proveedor, es interesante la Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo contencioso administrativo, de 9 de junio de 2004<sup>1080</sup>, en la que se estimó el recurso por infracción por parte del proveedor de la normativa sobre protección de datos.

El perjudicado interpuso recurso contra la resolución de 25 de marzo de 2002 de la Agencia de protección de datos, por la que se archivaron las actuaciones sancionadoras contra la entidad Lince Telecomunicaciones SA, UNI2. El recurrente solicitó en 1999 a la entidad UNI2 el servicio de acceso a Internet. La entidad como consecuencia del impago de algunas facturas emitidas informó de los datos personales del denunciante al fichero de morosos ASNEF en el año 2000. El denunciante recurrente probó que se había dado de baja y que por eso no pagaba las facturas emitidas, no obstante, el proveedor de Internet hizo caso omiso de esas alegaciones. La Audiencia declaró la nulidad de las resoluciones de la Agencia por existir indicios que hacen procedente la apertura de un procedimiento sancionador sobre la conducta de la entidad Lince Telecomunicaciones SA, UNI2.

---

<sup>1079</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “*Derecho privado de Internet*”...2002, op. cit. pp. 543-545.

<sup>1080</sup> Recurso contencioso administrativo nº 760/2002, RJCA 2004/708.

## 5- LA REGULACIÓN DE LAS INFRACCIONES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Aunque es difícil encontrar este tipo de infracciones derivadas de la actividad de alojamiento, en sentido literal, propio de los proveedores de *Hosting*, sin embargo creo necesario hacer una breve referencia a ella, para los supuestos en los que el proveedor participa o diseña el contenido de la página alojada.

La utilización ilegítima de creaciones protegidas por la propiedad intelectual, por parte de sujetos que no ostentan los derechos referidos, origina una responsabilidad civil extracontractual. En Derecho internacional privado existen normas específicas que regulan la determinación de la ley aplicable a estos supuestos de vulneración de los derechos protegidos por la propiedad intelectual, no obstante, el alcance mundial de Internet, a través del cual se puede publicar o difundir una obra protegida, complica la resolución de estas cuestiones, pues debemos tener en cuenta que, toda la regulación legal de la propiedad intelectual descansa sobre el principio básico de la territorialidad<sup>1081</sup>, es decir, el sujeto posee un haz de derechos, tantos como países en los que explota su obra, pero no se puede hablar de un derecho internacional de autor válido en todos los países<sup>1082</sup>.

A falta de una norma de conflicto comunitaria (a salvo el art. 8 de la Propuesta de Reglamento Roma II<sup>1083</sup>) que permita, siempre que la Comunidad Europea pueda establecerse como foro de análisis, determinar de una manera uniforme la ley aplicable a estas situaciones, la solución conflictual a las infracciones de estos derechos se fija a través del criterio *Lex Loci Protectionis*, aplicándose la ley del Estado en cuyo territorio se ha vulnerado la exclusiva a la que da lugar el derecho de propiedad intelectual. El criterio se contiene en el art. 5.2 del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 para la protección

---

<sup>1081</sup> Vid., GARCIA SANZ, R.M., “*El Derecho de autor en Internet*”, Colex, Madrid, 2005, pp. 95 y ss.

<sup>1082</sup> Sobre este tema, Vid., DESSEMONTET, F., “Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace”, en *J. Int. Arb.*, vol. 18, 2001, pp. 487-510.

<sup>1083</sup> Bruselas, 11 de agosto de 2006, JUSTCIV 137, CODEC 531, OC 410.

de las obras literarias y artísticas<sup>1084</sup>, en los Acuerdos TRIPs, y también, aunque con carácter residual y más general, en el art. 10.4 CC.

Efectivamente, la norma reguladora de la ley aplicable a los derechos de propiedad intelectual en nuestro DIPr. es el art. 10.4 que establece que “se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales (...)”. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente el Art. 5.2 del Convenio de Berna según el cual “sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección, así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos, se regirán exclusivamente por la legislación del país en el que se reclama la protección”, por lo que, en definitiva, se aplica la legislación del Estado para cuyo territorio se pretende el reconocimiento o la protección del derecho. Varias puntualizaciones debemos hacer sobre esta regulación:

1. La disposición no establece el “principio de instancia”, según el cual el juez ante el que se presenta la demanda por infracción de los derechos de propiedad intelectual aplicará su ley nacional. Los redactores del Convenio no tuvieron en cuenta que los tribunales competentes para conocer el litigio podían ser otros diferentes a los del Estado donde se explotan los derechos o se comete la infracción. Por lo tanto, debería interpretarse en el sentido de que lo que la disposición proclama es la aplicación por el juez competente de la “ley del Estado para cuyo ámbito territorial se reclama la protección”.
2. El art. 5.2 Convenio de Berna constituye una regla de carácter imperativo que no admite su exclusión por la autonomía de la voluntad de las partes, lo que se corresponde con el carácter

---

<sup>1084</sup> Revisado en París el 24 de julio de 1971, BOE nº 81, de 4 de abril de 1974. En ocasiones las instituciones comunitarias se han servido de la regulación establecida en convenios internacionales suscritos por los Estados Miembros para alcanzar sus objetivos de política legislativa. A esta forma de legislar de la Comunidad Europea, la doctrina le ha llamado “unificación colateral” del derecho internacional privado comunitario. Como ejemplo de esta unificación mencionan la adopción de la norma de conflicto establecida en el art. 5.2 del Convenio de Berna. Vid., ALVAREZ GONZALEZ, S., “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, en CÁMARA LAPUENTE. S., (Coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 171-173

territorial propio de los derechos de propiedad intelectual del que también deriva su independencia en la medida en que son distintos los derechos reconocidos sobre un mismo objeto en países diferentes<sup>1085</sup>.

3. El Convenio de Berna no posee un carácter universal. De acuerdo con su art. 3, los Estados parte sólo están obligados a otorgar la protección que establecen sus disposiciones a los autores nacionales de alguno de los países de la Unión de Berna; a los autores que no lo sean pero que tengan su residencia en uno de estos países; y en todo caso, a las obras publicadas por primera vez en alguno de estos países o simultáneamente en un país que sea parte y otro que no lo sea.

En cualquier caso, la aplicación del criterio *lex loci protectionis* convencional ha resultado muy criticado por los inconvenientes que presenta al ser aplicada a un medio tecnológico mundial como es Internet<sup>1086</sup>, y más concretamente, para determinar la responsabilidad extracontractual de un Proveedor o ISP.

En principio, la determinación del lugar de protección con el fin de precisar la ley aplicable a la propiedad intelectual, resulta sencilla, pues el dato decisivo es el territorio en el que se invade el contenido de los derechos de exclusiva de su titular (por ejemplo, el territorio en el que se procede a la digitalización no autorizada de la obra), en definitiva, según la *lex loci protectionis*, la ley aplicable sería la ley del país donde se desarrolla la actividad infractora, siempre y cuando en ese país dichos derechos de propiedad intelectual se hallen protegidos o reconocidos, es decir, el derecho de propiedad intelectual sólo puede infringirse en los países en los que existe<sup>1087</sup>.

---

<sup>1085</sup> Vid., DE MIGUEL ASENSIO, P.A. “*Derecho privado de Internet*”, 2002, op. cit. pp. 323

<sup>1086</sup> Vid., SABIDO RODRÍGUEZ M., “*La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales*”, Universidad de Extremadura, 2000, pp. 11-12;

<sup>1087</sup> Vid., CALVO CARAVACA, A.L.; Y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “*Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*”, op. cit., 2001, pp. 123-125

## El Contrato Internacional de Hosting

Los principales problemas se derivan de que los ilícitos producidos por infracción de estos derechos en Internet no sólo son ilícitos a distancia, sino que también pueden ser ilícitos producidos en varios países simultáneamente, lo que multiplica la determinación del país en el que se produce el hecho dañoso (por ejemplo, el país desde el que la obra se carga a un servidor de *Hosting* conectado a la Red (país del hecho causal), que no tiene por qué coincidir con el país donde está el propio proveedor o ISP; o el lugar en el que se descarga a un ordenador la obra protegida (país del resultado lesivo) que pueden ser varios y con regulaciones totalmente diferentes).

La aplicación de la *lex loci protectionis* a un acto de extralimitación de los derechos verificado en una pluralidad de Estados, bien a partir de un único acto plurilocalizado o mediante varios actos realizados en distintos países, conllevaría la aplicación de la ley de cada uno de ellos para determinar la ilegalidad y las consecuencias del acto que se produjo. Al estar hablando de Internet, la alternativa básica se plantearía entre, por una parte, la ley del país desde el que se realiza la transmisión o lugar desde el que se introduce la información en la Red o en el que se concibe y desarrolla la actividad encaminada a introducirla, y por otra parte, la del país o países de recepción, pues la ubicación de los ordenadores intermedios por los que simplemente circula (o se almacena) la información siguiendo una ruta aleatoria es irrelevante a estos efectos, y como es lógico esto nos llevaría a conclusiones absurdas.

Todo ello ha empujado a la doctrina<sup>1088</sup> a proponer la necesidad de un replanteamiento del papel que juega el principio de territorialidad y a admitir la

---

<sup>1088</sup> Vid., DESSEMONTET, F., "Le droit applicable á la propriete intellectuelle dans le cyber-espace", en *AAVV, Commerce electronique et proprietes intellectuelles*, Paris, Litec, 2001, pp. 97-124, en especial 103 donde afirma que en la actualidad se aprecia una pérdida de importancia del principio de territorialidad por los siguientes datos: a) la aplicación del principio de agotamiento comunitario e internacional que implica otorgar validez a actos de explotación de los derechos llevados a cabo en el extranjero; b) la visión universalista de la propiedad intelectual que está por encima de las políticas culturales y económicas de los Estados; c) la desmaterialización de las obras y la accidentalidad de la localización de los servidores de Internet, que conlleva una irrelevancia total de territorio donde se encuentra la obra. Y también

necesidad de un cambio en la solución conflictual. Se han defendido gran variedad de interpretaciones o de soluciones alternativas a la *lex loci protectionis*, merece la pena detenerse en las que parecen más interesantes.

La *propuesta de la Ley del país de origen* o Ley de emisión es la propuesta que goza con mayor número de partidarios, y se fundamenta en la solución otorgada por la Comunidad Europea al regular los derechos de autor en las transmisiones por satélite realizadas dentro del territorio comunitario<sup>1089</sup>, y tiene la ventaja, según sus partidarios, de que constituye una interpretación extensiva del art. 5.2 del Convenio de Berna. El art. 1.2 de la Directiva 93/83/CE<sup>1090</sup> establece que “*la comunicación al público vía satélite se producirá únicamente en el Estado Miembro en que (...) las señales portadoras (...) se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra*”. En resumen, la explotación del derecho se lleva a cabo, exclusivamente, en el Estado donde se origina la transmisión, en consecuencia, la *lex loci protectionis* nos llevaría a aplicar exclusivamente la ley de ese país.

Por lo tanto, aplicando analógicamente esta regla a la explotación ilegal de obras en Internet, nos lleva a aplicar la ley del país de la emisión o ley del Estado donde se encuentra el servidor desde el que el infractor ha depositado la obra digitalizada y por tanto la creación intelectual se pone a disposición del público<sup>1091</sup>.

---

Vid., BERGÉ, J.S., “Droit d’auteur, conflits de lois et réseaux numériques: retrospective et prospective”, en *Rev. Crit. Droit, Int. Privé*, nº 89, 2000, pp. 359-363.

<sup>1089</sup> Esta solución fue abandonada posteriormente en el proceso de elaboración de la normativa (Directiva) de armonización en materia de derechos de autor y sociedad de la información, en la que se han marginado las cuestiones del derecho aplicable

<sup>1090</sup> Directiva 93/83/CE de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. DO L 248 de 6 de octubre de 1993. La misma solución se contiene en el artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre derecho de autor y derechos afines en el marco de la radiodifusión transfronteriza vía satélite de 11 de mayo de 1994.

<sup>1091</sup> Vid., BERGÉ, J.S., “Droit d’auteur, conflits de lois et réseaux numériques: retrospective et prospective”, ....2000, op. cit. pp. 384-388. Y también en el trabajo de BERGÉ, J.S., “Nota a la Sentencia de la Cour d’Appel de Paris de 3 de octubre de 2001, *Soc. Europe 1 Comm. v. SPRE*”, en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, vol. 91, 2002, pp. 315-324

## El Contrato Internacional de Hosting

La teoría de la ley de la emisión goza de la ventaja de que es un criterio simple y ofrece un gran grado de proximidad con la relación jurídica, además de permitir a los proveedores o ISP adecuar sus actividades a una ley que conocen suficientemente<sup>1092</sup>, no obstante, presenta muchos inconvenientes<sup>1093</sup>, entre los que podemos destacar que:

- a) la localización del servidor puede ser un criterio accidental que presente una escasa vinculación con la situación privada internacional de que se trate;
- b) se trata de una conexión fácilmente manipulable (eligiendo un país con escasa o ninguna protección) pues la transmisión de información de un servidor a otro es relativamente sencilla sobretodo si se tienen en cuenta que se puede hacer a través de dispositivos móviles;
- c) puede haber muchos puntos de origen en la medida en que la obra digital puede ser puesta a disposición en distintos servidores de Internet simultáneamente.

Las posibilidades de superar las carencias de la ley de origen contemplando ésta con otros mecanismos (establecer cláusulas de corrección o recurrir a la excepción de orden público) no parecen conducir a soluciones adecuadas. Algunos autores<sup>1094</sup> han propuesto aplicar la ley de origen entendiendo ésta no como lo hace el Convenio de Berna ( en el art. 5.4 establece que se entiende por país de origen de la obra aquél en el que se lleva a cabo la primera publicación), sino como la ley del país de la residencia habitual o del establecimiento permanente del titular de los derechos de autor

---

<sup>1092</sup> Sobre esta teoría, Vid., LUCAS, A., “Aspectos de derecho internacional privado de la protección de las obras y los objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales mundiales”, Doc. OOMPI GCPIC/1, de 25 de noviembre de 1998, pp. 27

<sup>1093</sup> Sobre este tema, entre otros autores, Vid., GINSBURG, J., “The private international Law of Copyright in an Era of Technological Change”, op. cit., 1998, pp. 243-405; y Vid., SCHONNING, P., “Applicable Law in transfrontier on-line transmissions”, en *RIDA*, vol. 170, 1996, pp. 21-49; Y Vid., SCHONNING, P “Internet and the applicable copyright law: A Scandinavian Perspective”, en *EIPR*, vol. 21, 1999, pp. 45-52; Y BERGÉ, J.S., “Droit d’auteur, conflits de lois et réseaux numériques: retrospective et prospective”,...2000, op. cit. pp. 391

<sup>1094</sup> En este sentido, Vid., DESSEMONTET, F., “Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace”, op. cit., 2001, pp. 487-510, en especial 503-507; Y Vid., PLENTER, S., “Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the global information infrastructure: A never-ending story?”, en *EIPR*, 2001, pp. 318-319



Otro grupo de propuestas superadoras de la *lex loci protectionis* parten de la imposibilidad de alcanzar una regulación satisfactoria a partir de normas de conflicto con puntos de conexión únicos. En este sentido, se proponen dos alternativas:

- a) permitir el juego de la autonomía de la voluntad conflictual<sup>1095</sup>, o
- b) la utilización de normas de conflicto con puntos de conexión múltiples, con la finalidad de aplicar el Derecho que refleje un mayor grado de vinculación con la situación o que otorgue una mayor protección al titular de los derechos. Para ello se proponen normas de conflicto con conexiones en cascada, u ordenadas alternativa, cumulativa o jerárquicamente<sup>1096</sup> o abogan por la aplicación de la *lex fori* siempre que coincida con la ley del lugar de residencia del titular de los derechos o con la ley del país de inicio de la infracción<sup>1097</sup>.

Las propuestas en este sentido son múltiples, y frecuentemente se centran en la protección de la propiedad intelectual en el entorno de Internet, no obstante, de ninguna de estas propuesta se puede decir que aporten una regulación de la propiedad intelectual con resultados más fiables y justos que la aplicación de la *lex loci protectionis*.

En vista de los argumentos analizados, es obligado admitir la necesidad de la adopción de una norma de conflicto de producción comunitaria en materia

---

<sup>1095</sup> Como ejemplo tenemos, el art. 110.2 de la ley suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987, que establece que la vulneración de estos derechos se rige por la *lex loci protectionis*, pero que las partes que litigan ante los tribunales suizos pueden pactar la aplicación del Derecho suizo al fondo del asunto. Sobre este tema Vid., DESSEMONTET, F., “Le droit applicable á la propriete intellectuelle dans le cyber-espace”, ...2001, op. cit. pp. 110.; Y DUTOIT, B., “Droit international privé suisse. Commentaire de la loi federale du 18 decembre 1987”, 2ªEd. Basilea y Francfort sur le Main, Helbing & Lichtengahn, 1997, pp. 292-344

<sup>1096</sup> Dos autores destacan, DESSEMONTET, F., “Internet, le droit d’auteur et le droit international privé”, en *Revue Suisse de Jurisprudence (SJZ)*, nº 15, 1996, pp. 285-294; y Vid., GINSBURG, J., “Global use/Territorial rights: Private International Law questions of the global information infrastructures”, en *Journal for the copyright society of the USA*, vol. 42, 1995, pp 318. Concretamente, la más interesante es la que propone la siguiente cadena de criterios: Primero, se aplicaría la ley del lugar donde el daño subsiguiente a la infracción de los derechos se deja sentir, y se presume que será el lugar de la residencia habitual o el del establecimiento principal del titular de los derechos; en su defecto, se aplicaría la ley del país donde se realizó el acto de emisión.

<sup>1097</sup> Vid., GINSBURG, J., “Global use/Territorial rights: Private International Law questions of the global information infrastructures”...op. cit. pp. 318

de propiedad intelectual que garantice una respuesta uniforme a esta cuestión, en este sentido, la Comisión europea ha incorporado una norma de conflicto especial (concretamente el artículo 8) en la Propuesta de Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

## 6- APROXIMACIÓN A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO “ROMA II”<sup>1098</sup>.

El panorama expuesto en los dos epígrafes anteriores va a modificarse sustancialmente<sup>1099</sup> en un futuro próximo a consecuencia de la comunitarización de la cooperación en materia civil que se proclamó en el Tratado de Ámsterdam (arts. 61 c) y 65 b))<sup>1100</sup>. Con base en estos artículos, se impulsó la presentación en el año 2002 de un Anteproyecto de Propuesta de Reglamento del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales<sup>1101</sup>.

---

<sup>1098</sup> Bruselas, 11 de agosto de 2006, JUSTCIV 137, CODEC 531, OC 410.

<sup>1099</sup> Vid., SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II”, en *INDret*, nº 269, febrero 2005, pp. 15-29; Vid., DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), de 2 de junio de 2004. (COM(2003) 427 final-2003/0168(COD)), pp. 3: Afirma que “Con este Reglamento la Comisión se propone disponer de un conjunto uniforme de normas de conflicto de leyes en el ámbito de las obligaciones extracontractuales para toda la Unión Europea, (...) ya que en esta materia se siguen rigiendo, hoy por hoy, por la normativa vigente en cada uno de los distintos Estados Miembros y, aunque se basan a menudo en un entendimiento común de la materia, difieren significativamente como mínimo en sus detalles (...). Esto entraña innumerables dificultades para el usuario del Derecho así como para su interpretación jurisprudencial y doctrinal”.

<sup>1100</sup> En torno a la comunitarización del derecho internacional privado, Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “La cooperación judicial internacional en materia civil”, en *Colección Escuela Diplomática*, nº 5, Madrid, 2001, pp. 47 y ss; Vid., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam”, en *Revista General de Derecho*, Valencia, nº 644, mayo 1998, pp. 5847; Vid., BORRAS, A., “Derecho internacional privado y tratado de Ámsterdam”, en *Revista española de derecho internacional privado*, vol. II, 1999, pp. 383-426.

<sup>1101</sup> Sobre el Anteproyecto, Vid., PALAO MORENO, G., “Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del Anteproyecto de Propuesta de Reglamento Roma II)”, en *Derecho Patrimonial Europeo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003, pp. 271-299. Y también, Vid., NOURISSAT, C., Y TREPPOZ, E., “Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Rome II”, en *Journal de droit international*, nº 1, 2003, pp. 7-32; Vid., RUEDA VALDIVIA, R., “La unificación europea del derecho conflictual: presente y futuro”, en *AAVV: La cooperación judicial en materia civil y la unificación del*

La presentación de este Anteproyecto comunitario generó un amplio debate, en la doctrina<sup>1102</sup>. y en los *lobbies* europeos, que fue tenido en cuenta por la Comisión Europea a la hora de publicar el 22 de julio de 2003 una nueva Propuesta de Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)<sup>1103</sup>. Propuesta que fue debatida en el Parlamento Europeo, adoptándose 54 enmiendas, lo que supuso la publicación de una propuesta modificada de Reglamento Roma II<sup>1104</sup>, que tras diversas aportaciones y cambios fue aprobada por el Consejo en la versión publicada el 11 de agosto de 2006.

Esta última versión distingue entre daños causados por un hecho dañoso, y daños causados por un hecho distinto del hecho dañoso como el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios y la culpa *in contrayendo*.

En el artículo 2 se establece que el presente Reglamento no sólo se aplicará a las acciones por daños y perjuicios de un daño ya producido, sino también a las acciones destinadas a prevenir los daños que pudieran producirse.

Está dividida en siete capítulos (Ámbito de aplicación (1-3), Hechos dañosos (4-9), Enriquecimiento injusto, gestión de negocios y culpa *in contrayendo* (10-13), Libertad de elección (14), Normas comunes (15-22), Otras disposiciones (23-28) y Disposiciones finales (29-32)). A continuación vamos a hacer referencia a los aspectos más destacados aplicables a la responsabilidad de los proveedores o ISP.

---

*derecho privado en Europa*, 2003, pp. 169-176; Vid., FERNÁNDEZ MASÍA, E., “Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, en *Actualidad Civil*, 2003, pp. 907-929; Y Vid., FALLON, M., “Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles”, en *European Review of Private Law*, nº1, 1999, pp. 45-68

<sup>1102</sup> Como interpretación complementaria y diferente, Vid., SYMEONIDES, S.C., “Tort Conflicts and Rome II: A view from Across”, en *AAVV: Festschrift für Eric Jayme*, Munich, 2004, pp. 935-1000.

<sup>1103</sup> Bruselas, 22/07/2003, COM (2003), 427 final.

<sup>1104</sup> Bruselas, 21 de febrero de 2006. COM (2006) 83 final

## El Contrato Internacional de Hosting

Según el art. 1, el ámbito de aplicación material del Reglamento se circunscribe a las *obligaciones extracontractuales*<sup>1105</sup> *en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes*<sup>1106</sup>, pasando, a continuación de esta afirmación, a ofrecer un amplio listado de cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación (relaciones familiares, alimentos y regímenes sucesorios, letras de cambio, cheques y pagarés, derecho de sociedades y obligaciones derivadas de un daño nuclear), bajo la explicación de que, o bien son obligaciones que derivan de relaciones de otra naturaleza<sup>1107</sup>, o bien son cuestiones ya reguladas en Convenios Internacionales.

La elaboración de la propuesta bajo la figura de Reglamento comunitario conlleva dos cosas:

1. Que éste será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados Miembros, evitándose la diferente transposición que éstos pudieran hacer si se tratara de una Directiva;
2. Que esto conllevará la asunción inmediata por el Tribunal de Justicia de competencia para su interpretación. En caso de dudas, los tribunales nacionales<sup>1108</sup> podrán acudir a él en busca de una interpretación de las disposiciones del Reglamento lo que, en principio, asegurará la aplicación uniforme y la coherencia del sistema.

---

<sup>1105</sup> Se vuelve a plantear el problema de la definición de la obligación extracontractual, entendiéndola, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto del art. 5.3 CB, en sentido residual, es decir aquella obligación que no sea contractual será extracontractual. Por ello, en el artículo 2, se propone el uso de la expresión obligaciones derivadas de “daños”. A propósito de la anterior propuesta, pero perfectamente aplicable a ésta, Vid., SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II”, op. cit. 2005, pp. 16

<sup>1106</sup> Sobre la posible unificación del derecho sustantivo a nivel comunitario, la doctrina tiene claro que necesita un importante periodo de maduración, Vid., MARTIN CASALS, M., “El European Group on tort law y la elaboración de unos principios europeos del derecho de la responsabilidad civil (Grupo Tilburg/Viena o Spier/Koziol)”, en *AAVV Derecho privado Europeo*, 2003, pp. 217-223

<sup>1107</sup> A propósito de la anterior propuesta, pero perfectamente aplicable a ésta Vid., AMORES CONRADI, M.A., Y TORRALBA MENDIOLA, E., “XI tesis sobre el estatuto delictual”,...2004, op. cit. pp. 6

<sup>1108</sup> Aunque está pendiente de reforma, por el momento el Art. 68 TCE indica que solo tendrá acceso el Tribunal de última instancia de cada Estado miembro.

Además, el hecho de que el futuro Reglamento conserve en su artículo 3 la disposición que le concede carácter universal<sup>1109</sup> al afirmar que “*la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*”, implicará que los Estados Miembros verán desplazadas sus respectivas normas de conflicto nacionales cuyo ámbito de aplicación sean subsumibles en el nuevo Reglamento<sup>1110</sup>.

Respecto a las disposiciones conflictuales recogidas en los artículos siguientes, el artículo 14 acoge el principio de autonomía de la voluntad de las partes, al posibilitarles la elección de la ley que regulará la obligación extracontractual, mediante acuerdo posterior al surgimiento de su conflicto, salvo que dicha elección se produzca en una relación B2B en cuyo caso podrá realizarse en un contrato negociado con anterioridad al surgimiento del daño.

La elección de la ley deberá ser expresa o resultar de manera cierta de las circunstancias del caso, pero en ningún caso afectará a los derechos de terceros, ni producirá el efecto de excluir las disposiciones imperativas del Estado donde estén localizados los elementos de la situación.

Sin embargo, existe una cuestión que queda indeterminada y es la de saber quiénes son las partes que pueden realizar este convenio de elección de ley aplicable. De una primera lectura, parece deducirse que lo son la víctima y el causante, es decir, los eventuales actores y demandados. Y si ello es así, la cuestión que se plantearía a continuación sería la de saber si posibles responsables subsidiarios o solidarios podrían realizar tal convenio, aunque tal opción no parece quedar nada clara.

---

<sup>1109</sup> Vid., sobre este tema, BARIATTI, S., “La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato”, en *Riv. DIPr*, Cedam, 2005, pp. 5-24

<sup>1110</sup> A propósito de la anterior propuesta, pero perfectamente aplicable a ésta Vid., FACH GÓMEZ, K., “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”, en *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, CALVO CARAVACA, A.L. Y AREAL LUDEÑA, S (Coords), Madrid, Colex, 2005, pp. 519-534, en especial pp. 523.

Finalmente, el último apartado de este artículo 14 se ocupa de evitar que la elección provoque la no aplicación de las disposiciones de Derecho comunitario, cuando en el momento del nacimiento de la obligación todos los restantes elementos de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros de la UE.

A falta de elección de la ley en el sentido definido por el artículo 14, o cuando ésta no es posible, el artículo 4 establece una regla o conexión general que, en opinión de los redactores<sup>1111</sup>, desea combinar la seguridad jurídica con el equilibrio razonable entre los intereses del presunto autor del daño y la persona perjudicada.

El criterio general, por tanto, es el lugar de producción del daño en el sentido de lugar donde se manifiesta, y así *“la ley aplicable (...) es la del país donde se produce (...)”*, con independencia del lugar del hecho generador del daño o del lugar donde se producen las consecuencias indirectas del daño<sup>1112</sup>.

Podemos encontrarnos, no obstante, con que la ley aplicable en virtud del art. 4.1 no sea apropiada por ser simplemente fortuita la vinculación con aquel ordenamiento jurídico, en cuyo caso, frente a la aplicación de esta *lex loci damni*, la Propuesta de Reglamento recoge dos excepciones:

1. la de la residencia habitual del causante y de la víctima, siendo ambas comunes (art. 4.2 *“cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho país”*) y,
2. la de aquel otro país que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la obligación extracontractual (art. 4.3 *“Si del conjunto de las circunstancias se desprende que la obligación*

---

<sup>1111</sup> A propósito de propuestas anteriores, el objetivo era idéntico, DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), de 2 de junio de 2004, pp. 6-7

<sup>1112</sup> Perfectamente aplicable a la propuesta de Reglamento actual es la crítica con el punto de conexión elegido, Vid., AMORES CONRADI, M.A., Y TORRALBA MENDIOLA, E., “XI tesis sobre el estatuto delictual”,...2004, op. cit, pp. 16-18

*extracontractual presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 y 2, se aplicará la ley de ese otro país (...)*). Para evitar que los jueces conviertan incorrectamente esta excepción en el punto de partida conflictual, en el texto del precepto se recalca su carácter subsidiario con palabras como “*distinto del indicado en los apartados 1 y 2; manifiestamente; sustancialmente*”, para incidir en que el nexo con el otro ordenamiento ha de ser realmente de peso<sup>1113</sup>.

Tras establecer estos artículos generales, la propuesta de Reglamento recoge una serie de normas de conflicto dirigidas a dar una respuesta individualizada a determinados tipos de ilícitos (daños causados por productos defectuosos, derivados de la competencia desleal, y los producidos contra el medio ambiente y la propiedad intelectual). La razón de por qué para estos casos y no para otros, se encuentra en que, según el Considerando 17, la norma general del art. 4 no permite lograr un equilibrio razonable entre los intereses en presencia en estos casos<sup>1114</sup>.

Desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual en la que puede incurrir una conducta del proveedor o ISP de *Hosting*, nos interesa especialmente detenernos en dos tipos de ilícitos, los relacionados con la violación de la intimidad y del derecho al desarrollo de la personalidad, y los daños en materia de propiedad intelectual (art. 8).

En la actual propuesta modificada de Reglamento Roma II, el artículo 1 párrafo 2 g) excluye del ámbito de aplicación del presente reglamento las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad, en particular la difamación,

---

<sup>1113</sup> En este mismo sentido, y perfectamente aplicable a la propuesta actual, Vid., SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II”, op. cit, 2005, pp. 18-19;

<sup>1114</sup> Ya fue criticada esta elección en la anterior propuesta Vid., PROYECTO DE INFORME WALLIS, elaborada por la ponente de la Comisión de Asuntos jurídicos, Diana Wallis, de noviembre de 2004, pp, 14-18.

por lo tanto ha desaparecido el anterior artículo 6 que regulaba esta materia, quedando la misma sin posibilidad de armonización.

No obstante, creemos interesante referir cuáles eran las alternativas dadas por el anterior artículo 6 de la Propuesta del 2003. Según éste los daños causados por violación al derecho a la intimidad y otros derechos de la personalidad se regían por la ley aplicable que determinara el artículo 3 (actual art. 4), es decir, se tenía que aplicar la ley del lugar del daño directo (aquel en el que se difunde, distribuyéndose comercialmente, una publicación), a no ser que las partes residieran en otro Estado, o que el caso presentara vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

Ahora bien, en aquellos casos en los que, por aplicación del referido artículo, la ley resultante fuera contraria a los principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión e información, la ley de aplicación sería la del foro. El artículo 6 rezaba así, “(...) *es la del foro cuando la aplicación de la ley designada por el artículo 3 sea contraria a los principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión e información*”. El apartado 2º del artículo 6 establecía que la ley aplicable relativa al Derecho de respuesta o medidas equivalentes era la del Estado en el que tiene su residencia habitual el organismo de radiodifusión, el proveedor o el editor de prensa tradicional o digital<sup>1115</sup>.

El artículo 8 se ocupa de los daños a los derechos de propiedad intelectual<sup>1116</sup>, cuestión que no contaba con una norma de conflicto específica en el anterior Anteproyecto. Este precepto proclama en su apartado primero la aplicación de la *lex loci protectionis* (ley del país en el cual se reclama la

---

<sup>1115</sup> Sobre la propuesta de Reglamento de 2003, Vid., FACH GÓMEZ, K., “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”,...2005, op. cit. pp. 526-527; Y Vid., SEUBA TORREBLANCA, J.C., “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II”,...2005, op. cit. pp. 21-22

<sup>1116</sup> El artículo 8 de la Propuesta se titula “Daños a los derechos de propiedad intelectual”. La noción deriva del Derecho anglosajón e incluye los derechos que, en los sistemas continentales, se llaman “de propiedad industrial” como marcas, patentes, diseños, ect, y los derechos de “propiedad intelectual”, es decir, derechos de autor, derechos conexos, y así lo establece el Considerando 23 de la posición comun.



protección)<sup>1117</sup>, y el apartado dos resuelve la cuestión de los ataques a los derechos unitarios de origen comunitario (por ejemplo, la marca comunitaria<sup>1118</sup> o los dibujos y modelos comunitarios<sup>1119</sup>), declarando que se aplicará la respectiva normativa comunitaria y para cubrir los vacíos normativos de ésta, se acudirá subsidiariamente a la ley del Estado miembro en el cual se produjo el daño a ese derecho de origen comunitario.

Por tanto, de acuerdo con el art. 8.1, la ley aplicable a la obligación extracontractual que resulte de un daño a los derechos de propiedad intelectual nacionales es *la ley del país para cuyo territorio se reclama la protección*<sup>1120</sup>. La Comisión justificó la elección de esta solución conflictual en el universalmente conocido principio de territorialidad, de acuerdo con el cual, por una parte, la validez de los derechos de propiedad intelectual está limitada al territorio del Estado o la organización supranacional que los concede, y por otra parte, dichos derechos sólo pueden ser explotados, infringidos y protegidos en dicho territorio<sup>1121</sup>. No obstante, como ha sostenido la doctrina<sup>1122</sup>, este principio informa el Derecho material de propiedad intelectual pero no implica la adopción de una norma de conflicto determinada, de hecho, algunos países no adoptan esta solución, *lex loci protectionis*, o establecen ciertas excepciones a

---

<sup>1117</sup> Según en el Dictamen del CES,(pp 8), se dice que “este tratamiento implica una loable igualdad de trato entre los ciudadanos comunitarios y extracomunitarios en una jurisdicción dada, puesto que sería difícil de justificar por qué los frutos de la labor intelectual de un ciudadano extranjero habrían de recibir más o menos protección que los de un ciudadano de la UE”.

<sup>1118</sup> Reglamento 40/1994 de marca comunitaria. DO L 11 de 14 de enero de 1994.

<sup>1119</sup> Reglamento 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios. DO L 3 de 5 de enero de 2002.

<sup>1120</sup> Existía un error de traducción al español del documento de trabajo interno de la anterior propuesta, pues en vez de traducirse como “la ley del país *en* el cual se reclama la protección”, debería haberse traducido, “la ley del país *para* el cual se reclama la protección”. Tanto la versión inglesa como la francesa así lo establecen. Este error ya ha sido subsanado en la versión publicada el 11 de agosto, y con ello se eliminará cualquier duda interpretativa, pues se entendería que con independencia del Estado de la UE donde se presente la demanda resultará aplicable la ley del país para el cual se reclama la protección.

<sup>1121</sup> Sobre este tema, a propósito de la propuesta anterior, Vid., LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., “La ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II”, en *Gaceta Jurídica*, nº235, 2005, pp. 23-43, esp. pp.26

<sup>1122</sup> Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ley aplicable a las patentes en el derecho internacional privado español”, en *Anales de derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 19, 2001, pp. 7-48; Y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “*Contratos internacionales sobre propiedad industrial*”, 2 ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 147

la misma<sup>1123</sup>. En cualquier caso, ninguno de estos datos ha sido tenido en cuenta por la Comisión a la hora de redactar la disposición.

La *lex loci protectionis* del artículo 8 es una norma absoluta, y ello por dos razones: primero, no admite ninguna excepción a la misma (al contrario que la solución general del artículo 4, o las otras normas de conflicto especiales de los artículos siguientes), es decir, no permite que el juez deje de aplicar la ley del lugar de protección si, en el caso concreto, existe un Derecho más estrechamente vinculado o si la aplicación de otra ley permite alcanzar un determinado resultado material; y segundo, esta regla no puede ser desplazada por un acuerdo de elección de ley celebrado por las partes, posibilidad que sí está prevista en el art. 14, pero para el resto de materias incluidas en el Reglamento a condición de que el convenio sea posterior al nacimiento de litigio.

En principio, la inclusión de esta norma de conflicto especial en materia de propiedad intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II es positiva puesto que, de adoptarse, conllevaría un incremento en la seguridad jurídica y en la previsibilidad de las soluciones para las partes, así como facilitaría la conversión de la UE en la economía más competitiva en la sociedad de la información.

No obstante, muchos han sido los argumentos en contra de la regla *lex loci protectionis* esgrimidos por la doctrina<sup>1124</sup>, aunque en el campo de la responsabilidad de los proveedores de *Hosting*, el más importante es la ausencia de una solución ajustada a las infracciones de derechos de propiedad intelectual localizadas en una pluralidad de Estados, como por ejemplo, la puesta a disposición de creaciones intelectuales (libros, música...) en Internet sin autorización del titular de los derechos, pues en estos casos, la aplicación

---

<sup>1123</sup> Vid., BERGÉ, J.S., “Droit d’auteur, conflits de lois et réseaux numériques: retrospective et prospective”...2000, op. cit. pp. 367; Y Vid., DESSEMONTET, F., “Le droit applicable á la propriete intellectuelle dans le cyber-espace”...2001, op. cit. pp.110

<sup>1124</sup> Vid., LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., “La ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II”, ...2005, op. cit. pp.36-42; Y Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización y Derecho internacional privado”, liberlibro.com, Albacete, 2002, pp. 188 y ss.

de la regla del art. 8 conllevaría una fragmentación en la regulación de los derechos de propiedad intelectual puesto que se aplicarían tantas leyes como Estados en los que se ha cometido la infracción.

La solución a estos problemas podría partir de la misma regla *lex loci protectionis*, si bien para algunas cuestiones y para algunos títulos de propiedad intelectual, se podría dar entrada a otras conexiones. Así, se debería de otorgar cierto margen de actuación a la autonomía de la voluntad de las partes pudiendo estas elegir el derecho aplicable tras el nacimiento del litigio y siempre que presentara una vinculación con el mismo, con esta formula, se podría solucionar los problemas derivados de la fragmentación de la regulación de los derechos en las infracciones plurilocalizadas.

En el caso de que las partes no hubieran elegido el Derecho aplicable, el texto del art. 8 podría establecer una serie de presunciones para identificar, de entre todas las leyes en presencia, cuál es la más estrechamente vinculada, como por ejemplo, la existencia de una relación contractual preexistente entre las partes; o el Estado donde se han producido los mayores perjuicios derivados de la infracción; o la ley que otorga un mayor nivel de protección<sup>1125</sup>.

Por último, pero no menos importante, queremos destacar que el artículo 24 excluye la posibilidad de reenvío al afirmar que *“cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado”*.

---

<sup>1125</sup> A propósito de la Propuesta de 2003, perfectamente aplicable a ésta, Vid., LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., “La ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II”, 2005, op. cit. pp. 42.



## **CONCLUSIONES**



## Conclusiones

### 1

La sociedad actual ha experimentado, sobretodo en los últimos veinte años, una auténtica revolución tecnológica. Internet se ha constituido en símbolo de la convergencia entre diversas, y antaño distantes, tecnologías y en motor del desarrollo de la economía globalizada. Internet ha sido y es la ventana abierta al exterior necesaria para estimular el desarrollo fundamental de la sociedad de la información mundial.

La idea de la sociedad de la información es compleja, y engloba un conjunto de actividades industriales, económicas, sociales y culturales, actitudes individuales y colectivas que conforman el puzzle de la arquitectura digital. La pieza clave de ese rompecabezas es el servicio de *Hosting*. Éste, en sus diversas modalidades, ha quedado constituido como el pilar, la columna vertebral, la base del funcionamiento de toda la economía digital.

Si bien es cierto lo anterior, el servicio de *Hosting* no hubiera podido cumplir su indiscutible función sin una cierta normalización técnico jurídica de Internet y sin un nuevo marco regulador de las telecomunicaciones.

### 2

2.1- El término Internet es una síntesis de la expresión *Interconnected Networks*, que podría traducirse literal y sencillamente como redes interconectadas, pero que engloba *una infraestructura de telecomunicaciones, asentada en un lenguaje informático técnico, basado en un conjunto de protocolos que permiten la integración de todas las nuevas tecnologías y que, mediante el empleo de un conjunto de aplicaciones, permite acceder a una gran variedad de servicios y utilidades*".

## Conclusiones

Precisamente por ello, Internet ha supuesto un nuevo reto para la defensa de los derechos de los que adquieren bienes y contratan servicios a través de la red. Los contratantes electrónicos se sitúan en un escenario nuevo y desconocido con interrogantes sobre la subsistencia de normas, instrumentos y criterios clásicos.

2.2- Efectivamente los instrumentos contractuales tradicionales se están enfrentando a nuevos desafíos característicos de la contratación en y por Internet, ingredientes como la transnacionalidad o internacionalidad, la pluralidad de intervinientes de difícil identificación y ubicación, la inseguridad en la fiabilidad de las comunicaciones, la dificultad para que sirvan las reglas de tiempo y espacio habituales dada la instantaneidad de las comunicaciones, la ruptura de la periodicidad, la universalidad de las coordenadas espaciales que no se encuentran vinculadas a un determinado país, todo ello ha conllevado la necesidad de un nuevo planteamiento o de una adaptación de los conceptos tradicionales de la contratación internacional y por ende del Derecho internacional privado.

En principio, hemos rechazado la necesidad de una regulación especial, siempre y cuando por tal se entienda una especie de código o cuerpo normativo que se apartara del tradicional derecho contractual, un cuerpo jurídico completamente nuevo o una regulación de *status* de comerciante o consumidor exclusivamente electrónico.

No obstante, sí ha de reconocerse la existencia de determinados aspectos que, debido a las específicas características del medio técnico utilizado, representan una auténtica novedad al ya preexistente derecho contractual, y en cuanto tales, no se hallan regulados por la normativa general. Para estos casos, cuando no fuera posible ni aplicar directamente dicha normativa, ni reinterpretarla o reajustarla, deberá acudir a la opción de la nueva regulación por las instituciones competentes



3

3.1- El sector de las telecomunicaciones, en un periodo relativamente breve de tiempo, ha pasado de un régimen basado en la existencia de derechos especiales y exclusivos, a la introducción de la libre competencia entre operadores, que se ha traducido en una libertad de opción y elección para los usuarios, en una multiplicidad de ofertas con la entrada de nuevos operadores, en una diversificación de tecnologías y en la prestación de unos servicios de mayor calidad y mejor adaptados a las necesidades de los diferentes beneficiarios.

3.2- Con la liberalización de este sector, el servicio de *Hosting* se ha visto beneficiado en un triple sentido, en primer lugar, con la nueva configuración de los títulos habilitantes. Efectivamente, la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, que supuso, entre otras, la transposición de la Directiva 2002/20/CE, ha suprimido definitivamente las anteriores autorizaciones generales y licencias individuales, y ha establecido un régimen de actividad reglamentada, con lo que cualquier operador de *Hosting* tiene libre entrada en el servicio bajo la sola obligación de notificación dirigida fehacientemente a la CMT, con anterioridad al inicio de la actividad.

En segundo lugar, el beneficio ha llegado de la mano de la nueva regulación del acceso a redes y la interconexión (Directiva 2002/19/CE), y ello, porque es el instrumento que permite la comunicación entre todos los usuarios del sistema de telecomunicaciones, el acceso a los diversos servicios ofrecidos por los operadores concurrentes en el mercado y la interoperabilidad entre los servicios de voz, datos y televisión. Desde una perspectiva jurídica, la relación de interconexión es una relación jurídico-privada de contenido obligacional constituida bien por un contrato o acuerdo general de interconexión, libremente negociado e integrado con elementos ajenos a la voluntad privada (art. 11.2 y 3 de la Ley General de Telecomunicaciones 2003 y en el art. 22 del Real Decreto 2296/2004 ), o bien por imposición, del Ministerio o de la Comisión del

## Conclusiones

Mercado de las Telecomunicaciones. En ambos casos se ha de realizar en condiciones de transparencia, no discriminación y a precios razonables, y asegurando las comunicaciones entre los usuarios en condiciones de igualdad.

Y en tercer lugar, con la inclusión del acceso a Internet como servicio universal (Directiva 2002/22/CE). De nada hubiera servido abrir la competencia a los operadores de telecomunicaciones y proveedores de servicios de *Hosting*, si ello no hubiera llevado su correlativo al garantizar un acceso a Internet asequible a todos los usuarios, a una velocidad suficiente y con una calidad adecuada (28 del Real Decreto 424/2005 y art. 22 a) de la LGTe 2003).

## 4

4.1- Tras el entorno creado con la diversificación de servicios y las nuevas posibilidades de negocio, el derecho no podía hacer otra cosa que *juridificar* lo que la economía y la tecnología ya habían llevado a la práctica. Surgen nuevas relaciones contractuales complejas, situaciones jurídicas conflictivas de difícil delimitación, una de ellas es el contrato internacional de *Hosting*.

A pesar de la dificultad que conlleva, y de las diversas modalidades existentes en el mercado, podemos conceptualizarlo como aquel en virtud del cual el cliente contrata con el proveedor, a cambio de un precio, una serie de servicios, todos ellos vinculados a Internet, destacando como principal, el alojamiento en el servidor del ISP (o en el servidor de un tercero arrendado por el ISP) de un espacio para la página Web del usuario y, como secundario, pero directamente relacionado, el caudal de acceso o velocidad de transferencia a Internet en las condiciones de conectividad ofertadas. De esta forma se presta la infraestructura necesaria para que el sitio Web del cliente este disponible en Internet.

## Conclusiones

4.2- El contrato internacional de *Hosting*, como todos los contratos informáticos de suministro de servicios de Internet, no tiene una calificación jurídica uniforme, sin embargo, podemos razonablemente entender que, se trata de un contrato atípico de arrendamiento de servicios, bilateral y oneroso, negociado a distancia al que se adhiere el contratante mediante la utilización de medios electrónicos.

No existe en nuestro ordenamiento jurídico una normativa específica que regule este tipo de contratos internacionales de *Hosting*. Tal circunstancia, unida a la práctica habitual de realizar la contratación de los mismos *on line*, determina que, a efectos de legislación aplicable, sea preciso acudir a las disposiciones tradicionales de carácter general aplicables en todo ámbito contractual, y además, bien en atención al medio empleado, bien en atención a la naturaleza de las partes, será necesario tener en cuenta no sólo lo dispuesto por la legislación específica en el ámbito de la contratación electrónica, sino también determinadas normas especiales, tanto comunitarias como autónomas, de tutela del consumidor electrónico, que en atención a argumentos de fondo, en ocasiones alteran las prescripciones generales

4.3- Cualquiera que sea la modalidad de *Hosting* contratada, dos son los elementos subjetivos esenciales de dicho contrato. Por un lado, el proveedor de *Hosting*, o *Internet Service Providers de Hosting*, que son prestadores de servicios de intermediación. Su función consiste en facilitar las condiciones y medios técnicos requeridos para el alojamiento de los contenidos y la transmisión de los datos, sin intervenir en su elaboración ni presentación a los usuarios.

Y por otro, el destinatario cliente o suministrador de los contenidos que, en sentido amplio, puede ser cualquier persona, física o jurídica, empresario o consumidor, que ofrezca información a través de cualquier medio electrónico, ya sea resultado de una elaboración propia, o bien sean contenidos *on line* obtenidos de un tercero, pero en ese caso, con las correspondientes autorizaciones, asumiendo, en el supuesto contrario, la responsabilidad derivada por infracción de los derechos de autor.

5

5.1- La interconexión a nivel mundial de las redes digitales promueve la globalización de la información, de manera que Internet constituye un medio propicio para el tratamiento automatizado de los datos y la circulación transfronteriza de los mismos, lo que genera particulares riesgos respecto de los datos de carácter personal y aumenta las dificultades de control de los usuarios en la recogida y tratamiento de éstos.

Es por ello que, en mi opinión, se necesita crear una cultura básica sobre el denominado “*derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática*” centrado en el concepto de que los datos no son propiedad de quien los posee o maneja, sino que los datos son propiedad de su titular, del ciudadano, y solamente él tiene derecho a decidir quién, dónde, cuándo y cómo los presenta al exterior.

5.2- En este ámbito de las comunicaciones en Internet y por tanto en la contratación y utilización de los servicios de *Hosting*, es posible diferenciar tres categorías principales de datos, sin que constituyan, en principio, parte del contenido intelectual que el emisor pretende transmitir al receptor:

1. Los datos obtenidos en el proceso de contratación *on line del Hosting*, llamados datos de suscripción o de abonado;
2. Los datos obtenidos en el proceso de navegación en la página Web alojada, llamados datos de tráfico; y
3. Los datos obtenidos también en el proceso de navegación pero que indican la posición geográfica del usuario, llamados datos de localización.

5.3- A pesar de algunas opiniones contradictorias, creemos que, una plataforma técnica (Privacy Enhancing Technologies o PET) para la protección de dichos datos no basta por sí sola para conseguir el fin perseguido, es

## Conclusiones

necesario aplicarla en un contexto de normas jurídicas que sean ejecutables y deparen a todas las personas un mínimo nivel, y no negociable, de protección. El sistema legal de protección de datos personales en Internet se debe articular sobre el reconocimiento de un haz de derechos específicos que recojan la particular fisonomía de los riesgos que en este sector, padecen o pueden padecer, los usuarios..

Así pues, si bien la Directiva 95/46/CE es la que fija el marco comunitario general en materia de protección de datos personales, refiriéndose a todo acto de tratamiento, con independencia de los medios que se utilicen para llevar a cabo el mismo, sus normas no agotan la armonización comunitaria de las reglas relativas al tratamiento de estos datos en Internet, éstos se encuentran regulados por la Directiva 2002/58/CE de 12 de julio. Igual afirmación podemos hacer en la legislación española en la que, la LOPD es la norma general, sin perjuicio de la aplicación, a determinadas cuestiones de la protección de datos en Internet, de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y de la Ley 32/2003 General de telecomunicaciones.

5.4- Aunque algunos autores apoyan la necesidad, en materia de protección de datos, de una solución normativa unitaria, aludiendo a razones de naturaleza económica y tecnológica, sin embargo, en mi opinión, no parece que esto sea plausible dado que los problemas derivados del tratamiento de datos en el sector de las comunicaciones electrónicas son específicos del medio que los genera. Por lo tanto, parece lógico que deba existir esta disgregación normativa, de forma que, los principios contenidos en la normativa general se aplicarán a todo aquel que lleve a cabo operaciones de tratamiento, sin que los preceptos sobre tratamientos específicos realizados como consecuencia de operaciones de comunicación electrónica puedan aplicarse a quien no desarrolla tal actividad y, por tanto, no se vea inmerso en dichos supuestos

5.5- En definitiva, y conforme a la normativa indicada, el proveedor de *Hosting* se compromete a no aplicar, ni utilizar ni revelar los datos facilitados por el destinatario contratante con fines distintos a los que se derivan del propio

## Conclusiones

contrato, y a destruir esos datos a la terminación de la relación contractual. Y se compromete, asimismo, a no comunicar ni permitir el acceso a terceros, ajenos a la actividad propia del proveedor, a los datos personales protegidos, adoptando, actualizando y manteniendo las medidas de seguridad, organizativas y técnicas, necesarias para garantizar la confidencialidad de los datos de carácter personal impidiendo cualquier alteración, pérdida o acceso no autorizado. Todo ello sin perjuicio de lo establecido por la Directiva 2006/24/CE sobre retención de datos.

Efectivamente, y a pesar de las múltiples críticas a las que ha sido sometida, la Directiva se ha decantado por la conservación generalizada, es decir la imposición legal a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, y por tanto a los proveedores de *Hosting*, del deber de conservación sistemática de las tres categorías de datos vinculados a las citadas comunicaciones, y durante un periodo de tiempo determinado, con vistas a su revelación a las autoridades competentes en relación con los fines que legalmente se determinen.

## 6

6.1- En la práctica, aún manteniendo los distintos proveedores un patrón semejante en sus Web, no existe identidad en los pasos a dar, ni en la estructura ni en las denominaciones, para que el usuario pueda celebrar un contrato internacional de *Hosting*. En cualquier caso, resulta comúnmente admitido que al menos el cliente debe enfrentarse a diversas fases en el desarrollo contractual *on line*, asumiendo ciertas garantías de seguridad en las transacciones a través de las técnicas criptográficas.

6.2- En la fase precontractual, la oferta comercial debe estar convenientemente identificada como tal, así como su plazo de validez y la información relativa al contenido del contrato. Toda esta información deberá aparecer en la pantalla de manera clara, comprensible e inequívoca y fácilmente

## Conclusiones

identificable por parte del usuario cliente, por lo que, los iconos o enlaces bajo los cuales se oculte la información, han de ser lo suficientemente expresivos del contenido a que van a hacer referencia como para no pasar desapercibidos ni inducir a error

6.3- Ya en la fase contractual, y habiendo admitido la equivalencia funcional entre el documento escrito y el electrónico, entendemos que hay consentimiento en la contratación desde el momento que se manifiesta la aceptación (criterio de la emisión de la aceptación).

La confirmación posterior de la recepción de la aceptación no es un trámite necesario para la perfección del contrato, en los supuestos B2B, sino que simplemente cumple una función de garantía ya que da seguridad jurídica y certeza al proceso de contratación, aunque sí es una exigencia legal en la contratación B2C cuyo incumplimiento, en vez de producir la ineficacia del contrato, implicaría la posibilidad de sanciones administrativas (art. 38.3 d) y 38.4 f) de la LSSICE), o civiles (art. 4 RD 1906/1999).

Respecto al lugar de perfección del contrato, dadas las dificultades inherentes a la contratación *on line*, podemos razonablemente entender que, para los contratos internacionales de *Hosting* en los que intervenga como parte contratante un consumidor, se presumen celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual; y para aquellos contratos de *Hosting* que han sido celebrados entre empresarios o profesionales, se presumen, salvo pacto en contrario, celebrados en el lugar en que esté el establecimiento del prestador de servicios de *Hosting*.

Por lo tanto, y como tradicionalmente se indica, perfeccionado el contrato, nace para el proveedor las obligaciones de apertura *on line* del espacio (para alojar la página Web del destinatario cliente) en el servidor del proveedor y la tramitación del acceso al espacio habilitado; y de pago por parte del destinatario, mediante la forma electrónica elegida de entre todas las formas de pago aceptadas por el proveedor.

7

7.1- El alcance transfronterizo de Internet, la facilidad de la contratación entre ausentes y la deslocalización característica de las actividades en la Red, no solo facilita que la contratación entre proveedores de servicios de *Hosting* y sus clientes pueda revestir carácter internacional, sino que también determina que cuando concurre esa circunstancia, resulte especialmente incierta la determinación de los tribunales competentes para resolver las eventuales controversias, así como la concreción del régimen jurídico aplicable al contrato

7.2- Por lo que respecta a la determinación de la competencia judicial para los litigios derivados de contratos internacionales de *Hosting*, podemos afirmar que, en primer lugar, la atribución de la competencia puede venir dada por obra de la autonomía de la voluntad de las partes, manifestada de forma expresa o tácita y, en segundo lugar, dicha atribución pueda darse en virtud de diversos foros de carácter objetivo que son, por un lado, el foro general del domicilio del demandado, art. 2 R. 44/2001; y por otra parte, además de aquella alternativa y a elección del actor, ya que ambos foros son concurrentes, también son competentes los órganos jurisdiccionales designados por alguno de los foros del Art. 5, básicamente, el foro especial del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, o el *forum delicti commissi* para las reclamaciones extracontractuales surgidas en el marco del contrato de *Hosting*.

7.3- Sin perjuicio de la prorrogación tácita del foro, de entre los requisitos exigidos por el Reglamento 44/2001, norma básica, y el TJCE, para que la cláusula atributiva de competencia despliegue plenos efectos, resultan de especial importancia dos: a) requisitos espaciales, es decir, que al menos una de las partes esté domiciliada en un Estado Miembro; y b) requisitos formales, que se cumplan las condiciones de forma establecidos por el art. 23. Dentro de éstos, el que presenta mayores problemas para su cumplimiento en el ámbito de Internet, es el de que estos acuerdos de elección de foro se celebren por



## Conclusiones

escrito, sobretodo porque tradicionalmente el TJCE ha considerado que para que el cumplimiento de esas condiciones quedase garantizado, no solo era necesario que el acuerdo de elección de foro se consignase por escrito, sino que se precisaba que el consentimiento de las partes se manifestase de forma escrita, mediante la firma manuscrita

Sin embargo, se puede afirmar que el Reglamento en su art. 23.2 ha alterado esta posición mantenida por el TJCE pues, en el ámbito de los contratos internacionales celebrados por Internet, como es el caso del *Hosting*, sí será válido, pues se considera hecho por escrito, el acuerdo atributivo de competencia efectuado por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero del acuerdo. Con este precepto se acepta la teoría de la “equivalencia funcional” de los acuerdos electrónicos frente a los manuscritos, ya contemplada en el art. 6 de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1996 sobre comercio electrónico, y recientemente en los artículo 8 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 23 de noviembre de 2005 y en el artículo 3 c) de la Convención sobre los acuerdos de elección de foro de 30 de junio de 2005

Ahora bien, la mera puesta a disposición o visualización de las condiciones en la *web site* del PSI no resulta suficiente para cumplir con el requisito del art. 23.2, pues en ese caso, sólo el proveedor tendría un registro duradero de las condiciones y del acuerdo de sumisión suscrito por el cliente, sin que éste pueda corroborar, en un momento posterior, lo aceptado. Así pues, o bien el cliente destinatario, una vez aceptado o en un momento anterior, puede imprimir o guardar en su ordenador las condiciones generales de la contratación, sobretodo a efectos de prueba, o bien el PSI se las envía por e-mail en un momento posterior, sino es así, esta cláusula de sumisión no se podrá considerar válida

7.4- Respecto al foro del domicilio del demandado, la localización de éste puede resultar complicada cuando, como es habitual, se trata de contratos internacionales de *Hosting* celebrados *on line* a través de la página Web del

## Conclusiones

proveedor o ISP. Y ello porque, en primer lugar, las direcciones virtuales (direcciones IP, nombres de dominio, URL, direcciones de correo electrónico...) que permiten a los ordenadores conectados a Internet transmitir o descargar la información almacenada en los servidores u otros ordenadores no se corresponden con localizadores geográficos, no permiten determinar, en la mayoría de las ocasiones, el Estado donde está localizado el ordenador en el que se contiene esa información y a partir del cual el ISP lleva a cabo su actividad. Y en segundo lugar, que el ordenador-servidor a partir del cual el ISP ofrece sus servicios de *Hosting* esté localizado o situado en un determinado Estado, no implica que el domicilio de ISP se encuentre también en ese mismo Estado. La localización del establecimiento del ISP es totalmente independiente de la ubicación del servidor a partir del cual aquél ofrece sus servicios en Internet.

Tanto las normas de DIPr comunitarias como las convencionales y autónomas, no nos resuelven este problema, por lo que para paliar esta laguna deberemos acudir a normas de otros sectores.

De acuerdo con el art. 2 b) y c) de la Directiva 2000/31/CE se entiende que el prestador de servicios de Internet estará establecido en aquél Estado donde "ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado". De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, dicho lugar será aquel en el que el prestador tiene su centro de actividades en relación con ese servicio en particular.

La Directiva no otorga ninguna relevancia a la localización del Ordenador-Servidor, y ello para evitar conductas fraudulentas de los ISP de *Hosting*, por lo que a la hora de determinar el domicilio del demandado en un contrato internacional de *Hosting* celebrado *on line*, se deberá atender únicamente al lugar físico donde está establecido el proveedor de *Hosting*.

## Conclusiones

Por su parte, la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, siguiendo los pasos de la Directiva, trata el tema del establecimiento de los ISP en los artículos 2 y siguientes. Basándonos en ellos, podemos afirmar que, a efectos de localizar el domicilio del proveedor en España, la Ley nos indica que se entenderá, según el artículo 2.1, que un ISP está establecido en España cuando tenga fijada su residencia o domicilio social en territorio español y dicho lugar coincida con aquél en que esté centralizada efectivamente la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. Si ambos lugares son distintos, prevalecerá el del lugar en que se desarrolle la gestión o dirección. No sirve como criterio para determinar el establecimiento en España, el uso de medios tecnológicos situados en territorio español para la prestación o el acceso al servicio, según establece el artículo 2.3 de la Ley.

7.5- Por lo que respecta al foro especial en materia contractual, y de acuerdo con el artículo 5.1 a) del Reglamento 44/2001, con carácter alternativo a los tribunales del domicilio del demandado, también resultan competentes para conocer de una demanda en materia contractual, “los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”. Para ello, como indica el propio artículo, será necesario que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro y se le demande en otro Estado miembro.

El problema de la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación fue resuelto por el Reglamento al incorporar un apartado b) del art. 5.1, en el que se establecen sendas nociones autónomas, concretamente respecto de la prestación de servicios, sería el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados dichos servicios.

La dificultad fundamental que se plantea en los *contracts performed entirely online*, como el *Hosting*, es la derivada de lo complejo que puede resultar la determinación del lugar de ejecución cuando éste no ha sido específicamente determinado por las partes.

## Conclusiones

Efectivamente, la cuestión referida al lugar de cumplimiento de la obligación, es decir, lugar de prestación del servicio de *Hosting*, puede haber sido pactado por las partes en el contrato (si existe una cláusula en las condiciones generales que así lo indique), en tal caso, el acuerdo deberá ser considerado válido por el Derecho aplicable de acuerdo con las normas de DIPr del foro, básicamente el Convenio de Roma, y además, no debe designar un lugar de cumplimiento ficticio que no se corresponda con la realidad del contrato

El problema aparece cuando las partes no han establecido cuál es el lugar de cumplimiento de la obligación o lugar de prestación del servicio, supuesto demasiado habitual en el *Hosting*, así para determinar este lugar, se tiene que resolver previamente la cuestión del alcance de la noción autónoma del *forum executionis*. De acuerdo con la “tesis de la noción autónoma extensa”, que entendemos es la interpretación más ajustada para este tipo de contratos, la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación debe realizarse, exclusivamente, a partir de las circunstancias de hecho que rodean al contrato.

En base a tales circunstancias, la solución que podría resultar más ecuatoriana sería la de considerar, como lugar de ejecución, el lugar donde se encuentre el establecimiento del proveedor o ISP que guarde una relación más estrecha con la operación de *Hosting* o, en caso de no poder determinar esta relación, el lugar donde se encuentra su establecimiento principal, y en su defecto, su lugar de residencia habitual.

7.6- Por otro lado, y respecto de las reclamaciones no contractuales surgidas en el marco de los contratos internacionales de *Hosting*, éstas se suelen limitar a las infracciones derivadas del tratamiento automatizado de datos de carácter personal que realiza el propio proveedor de servicios de *Hosting*, puesto que, las reclamaciones derivadas de infracciones de la propiedad intelectual y de infracciones de los derechos de la personalidad, rara vez se presentarán en este ámbito, salvo que el proveedor de *Hosting* haya

## Conclusiones

participado o participe en el contenido de la página Web alojada en sus servidores.

De acuerdo con el artículo 5.3 del R. 44/2001, los tribunales competentes para conocer en materia delictual y cuasidelictual son los del “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. La elección del foro corresponde al demandante en el momento de presentar la demanda, no obstante, debemos tener en cuenta que, según jurisprudencia reiterada del TJCE, la excepciones al foro general del domicilio del demandado deben ser interpretadas restrictivamente

La concreción del foro del lugar del hecho dañoso reviste algunas dificultades cuando éste se ha producido en el ámbito de Internet, pues se puede tratar, por una parte de ilícitos a distancia, es decir, supuestos de disociación en el espacio del lugar de hecho generador y del lugar del daño, y además, de supuestos de plurilocalización de daños, es decir, aquellos en los que los daños están localizados en el territorio de varios Estados.

En estos casos, el demandante puede elegir entre el foro del hecho (los tribunales del país en el que se ha procedido a introducir el contenido ilícito en Internet) y el foro del daño (los del país desde el que se ha accedido al contenido ilícito vertido en Internet).

Y si se trata de plurilocalización de daños en diferentes Estados, el TJCE ha establecido que los tribunales de cada uno de esos Estados podrán conocer exclusivamente de la reclamación referida a los daños verificados en su territorio. En cambio, si la demanda se presenta ante los órganos jurisdiccionales del Estado donde se originó el hecho dañoso, la demanda podrá abarcar los daños globales derivados del ilícito.

El problema se manifiesta si la determinación del país de introducción de los datos en Internet, es ilocalizable, para estos casos, la solución que favorecería más al actor y víctima, y la más lógica, es la de poder interponer la correspondiente demanda ante los tribunales de su domicilio. Solución ésta que

## Conclusiones

no sólo ha sido bien acogida por la jurisprudencia norteamericana, sino que además concentraría los litigios en un solo tribunal y potenciaría el *favor actoris*.

7.7- Para reforzar la tutela judicial efectiva de los consumidores en general, y de los consumidores electrónicos en particular, el artículo 16 R. 44/2001 asegura que, con independencia de la existencia en el contrato de una cláusula de elección de foro, el consumidor siempre va a poder litigar en el país de su residencia habitual.

Ahora bien, para que estas normas resulten aplicables y así evitar estas “cláusulas de sumisión a la fuerza”, que perjudican al consumidor, parte débil de la relación jurídica, y cuya validez está muy limitada por el artículo 17, es necesario que el contrato de *Hosting* reúna una serie de elementos subjetivos y objetivos establecidos en el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

Efectivamente, la nueva redacción del artículo 15 c) aclara la distinción entre contratos celebrados por consumidores pasivos, que son los protegidos, y los celebrados por consumidores activos, no protegidos por estas normas especiales. Los contratos internacionales de *Hosting* reunirán dichos requisitos cuando el proveedor ejerciere actividades comerciales en el Estado de domicilio del consumidor o dirigiere tales actividades, por cualquier medio, a dicho Estado o a varios Estados miembros comprendido éste último.

Salvo indicaciones en contrario, un sitio Web en Internet se reputa dirigido a todo el mundo, pero no todo *website* accesible en un país comporta actividades comerciales o profesionales dirigidas a dicho país, el alcance de esta página Web puede ser limitado mediante una mención expresa, introducida en forma de *disclaimers* o notas informativas, que anuncie los Estados que desea incluir y los que desea excluir de su ámbito de actuación, o bien, mediante el establecimiento de mecanismos técnicos que limiten de facto la posibilidad de contratar a los consumidores residentes en determinados Estados.

8

8.1- Una cuestión que ha levantado una gran polémica dentro del marco de los servicios en Internet, es la relación entre el principio del país de origen, inserto en la Directiva 2000/31/CE, y el Derecho internacional privado.

Lo primero que queda claro es que la Directiva superó las diferencias entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros, imponiendo un régimen de armonización mínima, y adoptando el principio de mutuo reconocimiento combinado con la regla del país de origen.

Es decir, la Directiva en su artículo 3 “pasa por alto” las diferencias legislativas nacionales y establece el principio de que todos los Estados miembros reconocerán la legislación interna de los demás (principio del reconocimiento mutuo), a pesar de las diferencias con la suya propia, de forma que cuando un servicio de Internet sea prestado desde un Estado miembro a un destinatario situado en otro Estado miembro, éste último se abstendrá de intervenir en dicha relación, que se regirá en todos sus aspectos por la ley del país en el que esté establecido el prestador de servicios de Internet, es decir, en nuestro caso, el prestador de los servicios de *Hosting*, cuyo control corresponde en exclusiva al país de origen (principio del país de origen).

O dicho de otro modo, quedará sujeto a los principios de reconocimiento mutuo y de país de origen, todo lo que forme parte, según el artículo 2, del “ámbito coordinado”, entendiéndose por tal, el conjunto de requisitos legales exigibles a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (proveedores de contenidos y proveedores de intermediación como los de *Hosting*), tanto generales (relativos a la actividad) como los específicamente destinados a tales prestadores. También quedan incluidas las exigencias relativas al comienzo de la actividad (cualificaciones, autorizaciones,

## Conclusiones

notificaciones) y al ejercicio y desarrollo de la misma, así como las referidas a la calidad de la prestación o del servicio , a la publicidad, a los contratos y a la responsabilidad.

Lo segundo que podemos concluir es que su artículo 3 no determina la ley aplicable a una transacción en red sino que constituye un mandato dirigido al país de origen de los servicios de velar por que los prestadores de servicios establecidos en su territorio cumplan con las normas relativas al ámbito normativo coordinado, aunque ejerzan su actividad en otro Estado Miembro.

De acuerdo con ello, el principio del país de origen no constituye una norma de conflicto que determina la ley aplicable a un conflicto surgido en Internet, sino que se trata de un compromiso del Estado de origen de supervisar a los prestadores establecidos en su territorio, es decir una regla de aplicabilidad, una regla que acompaña a disposiciones de derecho material y que define su ámbito de aplicación a pesar de cualquier disposición de derecho extranjero designada en virtud de una regla de conflicto de leyes

8.2- Por su parte, la Ley 34/2002 de 11 de julio, acoge la postura mencionada, pues la regla del reconocimiento mutuo fue recogida en el artículo 7, en el que se proclama la libertad de los prestadores de servicios establecidos en algún país de la UE o del EEE para prestar servicios de la sociedad de la información en nuestro país, sin que pueda restringirse dicha libertad por razones inherentes al ámbito coordinado.

Sin embargo, el principio del control de origen se encuentra recogido en los artículos 2 y 3 de la Ley obligando al Estado español a supervisar a los prestadores de servicios establecidos en su territorio, aunque desarrollen su actividad en otros Estados miembros, configurándose así como un complemento de la regla de reconocimiento mutuo. Siendo el artículo 26, el que precisa que *para la concreción de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español*, que básicamente es el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.



9

9.1- Efectivamente, el Convenio de Roma (CR) asegura la determinación uniforme del derecho aplicable a los contratos internacionales de servicios de *Hosting* por los tribunales de todos los Estados miembros a partir de sus artículos 3 y 4.

Así, en primer término, el art. 3 del Convenio faculta a las partes para elegir la ley del contrato, como una prolongación del principio de autonomía de la voluntad, siendo el ámbito de actuación absoluto pues no es necesario que la ley elegida sea la de un Estado miembro o presente una vinculación estrecha o no con el contrato. No obstante, la ley elegida por las partes debe ser un derecho estatal, pues en la actualidad no se admite el llamado contrato sin ley, las partes no pueden someter la relación contractual a un conjunto de reglas jurídicas que no tengan un origen estatal como, por ejemplo, la eventual *lex electrónica*. Sin embargo, la probable admisión en el futuro Reglamento Roma I de la elección por las partes de *cuerpos normativos transnacionales* beneficiaría una regulación más acorde con los intereses del comercio internacional electrónico actual.

9.2- La *Lex Electrónica* constituye una manifestación particular en el campo de la contratación electrónica de la llamada *lex mercatoria*. Esta *lex electrónica* estaría compuesta, por tanto, por los usos y prácticas de la contratación por y en Internet, plasmados o no por escrito, y sistematizadas o no por entidades corporativas internacionales. De acuerdo con sus defensores, la aplicación reiterada y prolongada en el tiempo de estos usos y prácticas comerciales y la conciencia de su carácter vinculante para todos los miembros de esa especial comunidad de comerciantes, otorgaría a la *lex electrónica* valor jurídico.

## Conclusiones

Sin embargo, creemos que resultaría inadecuado admitir la elección de este contenido normativo transnacional indeterminado como *lex contractus*, no obstante, sí que entendemos que puede desplegar ciertos efectos en el contrato internacional de *Hosting*, por ejemplo, cuando las partes hacen una remisión expresa a esos usos y prácticas en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, siendo tratados, en este caso, como pactos *inter partes* sometidos a los límites impuestos por la *lex contractus*, y también, cuando la remisión a los mismos es realizada por el propio Derecho nacional o por el Derecho institucional (por ejemplo, art. 23 Reglamento 44/2001).

9.3- Otra cuestión bien diferente es la elección, en base al art. 3 CR, de un cuerpo de normas específico de origen transnacional con calidad suficiente como para regir el contrato (Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL) y los Principios UNIDROIT) probabilidad ésta que ha tenido cabida en el artículo 3.2 de la Propuesta de Reglamento Roma I en el sentido siguiente “*las partes también podrán elegir como ley aplicable principios y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria*”.

En ellos se contiene un régimen elaborado y equilibrado de las normas, tanto dispositivas como imperativas, equiparable al de los ordenamientos más avanzados. Estos cuerpos normativos transnacionales cuentan con la calidad jurídica suficiente para regular un contrato internacional de modo completo y dotarlo de fuerza vinculante ante cualquier tribunal. Se trata de unas normas que se ajustan a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos y nos acerca a las soluciones adoptadas, al otro lado del Atlántico, por los *Restatements* estadounidenses que tanta repercusión han tenido en las modernas actividades de la unificación jurídica internacional.

9.4- En segundo término y en defecto de elección de ley por las partes, el artículo 4 del CR establece la aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato. Para su determinación hay que acudir a la presunción del párrafo segundo de dicho artículo según el cual resultaría aplicable el derecho del país de residencia del contratante que debe llevar a cabo la prestación

## Conclusiones

característica, salvo que ésta no pueda determinarse, en cuyo caso según el párrafo 5 del artículo 4, tendremos que aplicar la ley más estrechamente vinculada, debiendo determinarse ésta directamente del art. 4.1 CR

Efectivamente, en defecto de elección, la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales de *Hosting*, obliga de acuerdo con el art. 4.2 CR, a buscar la prestación característica, que normalmente será la realizada por el ISP, poniendo a disposición del cliente tanto el espacio de alojamiento en el servidor como el acceso o velocidad de transferencia a Internet, y por tanto la ley aplicable será, o bien la ley del país donde se encuentre la administración central del proveedor o ISP, o bien la ley del país donde se encuentre su establecimiento principal o, si según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del principal, será aplicable la ley del país en el que esté situado este otro establecimiento.

Pero hemos de hacer una puntualización, la localización o ubicación física, en un tercer Estado, del ordenador-servidor utilizado por el proveedor para actuar en Internet es irrelevante a los efectos de determinar la sede o el establecimiento del ISP en aplicación del art. 4.2, puesto que este Servidor desempeña sobretodo funciones técnicas y la elección del país en donde se sitúa obedece a elementos circunstanciales, y completamente ajenos a los contratos de *Hosting*, en estos casos el elemento determinante seguirá siendo el lugar donde efectivamente este situado el establecimiento del ISP.

Ahora bien, si el proveedor ha creado una localización ficticia que aparece, por ejemplo en el nombre de dominio de su página web (xxx.es), dirigiendo la publicidad inserta en dicha página en español, y un usuario ha contratado creyendo que la ley aplicable sería la española, cabe entender que en el caso de que tenga su sede o establecimiento en el extranjero, la presunción del art. 4.2 CR debe ceder y será de aplicación la ley española por la manifiesta vinculación del contrato con el ordenamiento jurídico español, en virtud de la cláusula de escape del art. 4.5 CR.

## Conclusiones

De igual manera, la presunción contenida en el art. 4.2 CR, decae en otro supuesto, cuando es imposible identificar la prestación característica, pues ninguna de las dos prestaciones a realizar por las partes es exclusivamente dineraria, muy característico de los contratos de *Hosting* celebrados entre dos proveedores o dos profesionales de la contratación internacional, en este caso, nuevamente, sería de aplicación el art. 4.5 CR

De hecho, en este tipo de contratos, la jurisprudencia no descarta nada, trata de abrazar todos los elementos de hecho presentes en la relación, intentando no sólo saber cual es la ley más íntimamente conectada con el negocio, sino cuál es la ley con cuya aplicación contaron o tuvieron que contar las partes desde el momento en que se produjo su inmersión en el tráfico internacional.

La propuesta de Reglamento Roma I conserva, para los contratos de prestación de servicios, como el *Hosting*, la aplicación de la ley de la residencia habitual de la parte que proporciona la prestación más característica, pero modifica todo el artículo 4 transformando las simples presunciones en normas fijas y sustituyendo la cláusula de excepción por otra. Así, en el párrafo 2, sigue siendo pertinente el criterio de la prestación característica y de los vínculos más estrechos para los contratos a los que no le sea aplicable el párrafo primero.

9.5- Por último, especial mención merece el artículo 5 CR, que determina la Ley aplicable a los contratos concluidos por consumidores, con el objetivo de proteger la posición jurídica, *a priori* más débil, de estos sujetos.

El Convenio de Roma diseña la protección conflictual de los consumidores a partir de dos situaciones diferenciadas, es decir, sólo protege, a la hora de fijar su ley aplicable, algunos contratos concluidos por consumidores, y son los contratos celebrados por consumidores pasivos, (entendiéndose aquellos que se han contratado en el Estado donde el consumidor tiene su residencia habitual o que desde ese Estado dicho consumidor ha realizado los actos necesarios para la celebración de dichos contratos, promovido directa o indirectamente por un proveedor de otro

## Conclusiones

Estado), excluyéndose expresamente otros de su ámbito de aplicación como los contratos celebrados por consumidores activos (entendiéndose aquellos que se han contratado en un Estado distinto de aquel en el que tiene su residencia habitual el consumidor), los cuales quedarían sujetos al régimen general del art. 3 y art. 4 del CR, recibiendo, además de la protección del foro, exclusivamente la protección establecida por los ordenamientos jurídicos estatales a partir de normas imperativas.

La propuesta de Reglamento Roma I, modifica la anterior distinción, pues ya no exige que el consumidor haya realizado los actos necesarios para celebrar un contrato de *Web Hosting* en el país de su residencia habitual, condición sin sentido para estos contratos concluidos vía Internet. Precisamente y sobretodo, para este tipo de contratos, la última frase introduce una cláusula de salvaguardia para proteger al proveedor o ISP en aquellos casos en los que el consumidor miente sobre su lugar de residencia habitual.

9.6- Concurriendo tanto los requisitos materiales como los territoriales exigidos por el artículo 5, los contratos internacionales de *Hosting* celebrados por consumidores pasivos se regirán, según el artículo 5.2 CR, por la ley elegida por las partes contratantes, elección que debe ser verdaderamente existente (verificando que el consentimiento de ambas partes fue claro y no forzado o inconsciente), válida (el CR permite elegir varias leyes aplicables al mismo contrato), y “no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual”.

Se consagra la autonomía de la voluntad en la *electio legis* siempre que esta elección no prive al consumidor de la protección de las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual y la contratación hubiera sido hecha bajo ciertas condiciones objetivas (Art. 5.2 CR), de esta manera, se garantiza que el nivel de protección del consumidor en la contratación internacional sea igual a la que se le otorga en un contrato meramente interno, pero a su vez, no impide que, si la ley elegida le otorga una protección más elevada, el consumidor pueda beneficiarse de ella.

## Conclusiones

Debemos recordar que la regulación otorgada por el artículo 5.2 CR de las cláusulas de elección de la ley aplicable en contratos celebrados por consumidores pasivos prevalece sobre la normativa en materia de cláusulas abusivas, aunque ésta puede desplegar todos sus efectos en los contratos celebrados por consumidores activos en virtud del artículo 7 CR, aunque, en este caso, los consumidores no se podrán beneficiar del mayor grado de protección que pudiera otorgarle el Derecho elegido en el contrato en comparación con el Derecho español, salvo que quede probado que efectivamente esa cláusula no es abusiva, pues le otorga al consumidor una mayor protección que la de su residencia habitual.

En defecto de elección de la ley aplicable por las partes, el contrato internacional de *Hosting* celebrado por un consumidor se regirá por la ley del país de residencia habitual del consumidor (art. 5.3 CR), en cuanto ley del país en el cual la parte protegida desarrolla su actividad social y jurídica y que, por otro lado, se presume que otorga una mejor protección.

## 10

10.1- El principio sobre el que se asienta el sistema de responsabilidad es el establecido en el artículo 15 Directiva 2000/31/CE según el cual, los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan, ni de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios de transmisión y alojamiento de datos (*Hosting*), sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión , selectiva y transitoria, que las autoridades judiciales de un país le soliciten a tenor de lo dispuesto en la legislación nacional, cuando resulte necesario para garantizar la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública y para prevenir, investigar, detectar u perseguir infracciones penales.

## Conclusiones

De lo anterior se deduce que, las reglas de responsabilidad de la Directiva parten de la distinción entre proveedores de contenidos y prestadores de servicios de intermediación. Por lo tanto cuando un prestador de servicios de la sociedad de la información deja de actuar como mero intermediario (prestador de servicios de alojamiento o *Hosting*) respecto de contenidos ajenos, sino que actúa el mismo como proveedor de contenidos, no se les aplica las exenciones de responsabilidad de la Directiva, sino que se les aplicará las reglas generales de responsabilidad por daños del Derecho común.

Sin embargo, cuando el prestador de servicios de intermediación actúe como tal se le aplicará las reglas de responsabilidad de la Directiva, en función de su relación con los contenidos transmitidos y sus posibilidades de control. Es cierto que, la responsabilidad de los ISP de intermediación no puede basarse en el incumplimiento de una obligación general de supervisión, pues ésta no existe, ni tampoco responde de los contenidos que transmite o aloja, pues no los tienen que supervisar, pero sí puede derivar del incumplimiento de obligaciones de supervisión establecidas para casos específicos por las legislaciones nacionales.

10.2- Congruente con las anteriores afirmación encontramos los artículos 13 y siguientes de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

Así, tanto a nivel comunitario como nacional, se ha optado por una posición intermedia, es decir, se parte de un principio general de no responsabilidad del proveedor de *Hosting* por los contenidos que sus servidores almacenen (art. 16 LSSICE), siempre que se reúnan dos requisitos:

- a) desconocimiento del carácter ilícito de la información, o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; y
- b) una actuación diligente tendente a la retirada de los datos o a hacer imposible el acceso a los mismos en el momento en que tienen conocimiento de la ilicitud de los contenidos.

## Conclusiones

Respecto de la primera condición, no basta la mera sospecha de la actividad ilícita o un conocimiento abstracto de la posibilidad de que se estén lesionando bienes o derechos de terceros, sino que ha de ser un conocimiento actual, real o, como dice la ley, efectivo. Este conocimiento efectivo, que ha de probar quien pretenda una indemnización a cargo del ISP de *Hosting*, puede haberse obtenido por cualquier mecanismo o procedimiento, a saber, por aplicación de acuerdos voluntarios de detección, o por una resolución dictada por la autoridad competente declarando la ilicitud y ordenando la retirada de los contenidos.

Con todo, una de las principales críticas que se han formulado hace referencia a la ausencia de un régimen de notificación y retirada de contenidos a instancia de los particulares perjudicados, de manera que no resulta claro cuál es el efecto que para el ISP tiene recibir una queja de un particular comunicándole que los contenidos por él alojados lesionan algunos de sus derechos legítimos. Por el contrario, en EEUU, la DMCA sí que regula eficientemente esta posibilidad de notificación, siempre que ésta reúna ciertos requisitos formales, del perjudicado al proveedor de *Hosting*, para que éste elimine el material que infringe presuntamente los derechos de Autor y así evitar incurrir en responsabilidad.

Respecto de la segunda condición, un actuación diligente procediendo a la retirada de los datos o informaciones o impidiendo el acceso a los mismos, no debemos interpretarlo en el sentido de que se ha de producir una reacción o intervención automática o mecánica, salvo en aquellos supuestos en los que el requerido conocimiento efectivo de la ilicitud provenga de una resolución judicial o administrativa que así lo haya declarado y también en los supuestos en los que la ilicitud resulte manifiesta.

Ahora bien, no operará la exención de responsabilidad a la que hemos hecho referencia si resulta que el destinatario del servicio (el oferente de contenidos) ha actuado bajo la dirección, autoridad o control de su prestador de servicios de intermediación, es decir, el proveedor de *Hosting*, siendo de



aplicación, en estos casos, la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes.

### 11

11.1- Respecto de la determinación del derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores de servicios de *Hosting*, los criterios tradicionales en la materia (art. 10.9.1 CC, “la ley del lugar donde hubiese ocurrido el hecho de que deriven”) naufragan a la hora de señalar la ley aplicable a dicha responsabilidad en el Ciberespacio. Las dificultades que plantea, la localización en un concreto país de actos o actividades ilícitas vinculados a un medio de alcance mundial como es Internet, pone en tela de juicio este método conflictual.

El punto de partida de la justificación funcional de la regla *lex loci delicti commissi* es la consideración de que todos los elementos del ilícito se localizan en un mismo ordenamiento. Cuando daño y hecho generador se localizan en distintos ordenamientos, o la conducta o el daño se producen en diferentes Estados, las expectativas de los interesados se orientan hacia varios ordenamientos, haciendo de la conexión tradicional un criterio de regulación inadecuado para la determinación de una única ley aplicable a esta clase de ilícitos a distancia.

11.2- Ante la ausencia de criterios de solución ofrecidos por el artículo 10.9.1 CC para los supuestos de plurilocalización de hechos y de daños, goza de amplio apoyo en nuestro sistema, el empleo como criterio de base en tales situaciones de la regla de la alternatividad, que permite al demandante fundar su reclamación, bien en el ordenamiento del país donde se localiza el hecho causal (introducción en Internet de la información lesiva, que usualmente coincide con el país donde está el establecimiento del proveedor), bien en la ley del país donde se manifiesta el daño (habitualmente el país de la residencia

## Conclusiones

habitual de la víctima), salvo que se pueda determinar objetivamente que, entre los diversos lugares implicados, existen comparativamente niveles de proximidad dispares con la situación, de manera que no se aplica el criterio de alternatividad sino que procede el recurso a la ley del país en el que realizándose alguna de esas circunstancias (hecho causal o manifestación del daño) quepa apreciar una mayor proximidad con la situación.

No obstante para evitar que sea designada como legislación aplicable la de un Estado con el que los interesados no presentan vínculos significativos, se intentan buscar otros puntos que tengan especial relevancia en la situación conflictiva, y ésta es la postura seguida en la Propuesta de Reglamento Roma II, dando entrada junto a la ley del daño, al principio de la autonomía de la voluntad y al principio de la ley mas estrechamente vinculada, además de prever una especialización normativa para algunos ilícitos a distancia.

11.3- Respecto a las disposiciones conflictuales recogidas en el artículo 14 éste acoge el principio de autonomía de la voluntad de las partes, al posibilitarles la elección de la ley que regulará la obligación extracontractual, mediante acuerdo posterior al surgimiento de su conflicto, salvo que dicha elección se produzca en una relación B2B en cuyo caso podrá realizarse en un contrato negociado con anterioridad al surgimiento del daño.

La elección de la ley deberá ser expresa o resultar de manera cierta de las circunstancias del caso, pero en ningún caso afectará a los derechos de terceros, ni producirá el efecto de excluir las disposiciones imperativas del Estado donde estén localizados los elementos de la situación.

11.4- A falta de elección de la ley en el sentido definido por el artículo 14, el artículo 4 establece una regla o conexión general que, en opinión de los redactores, desea combinar la seguridad jurídica con el equilibrio razonable entre los intereses del presunto autor del daño y la persona perjudicada.

El criterio general, por tanto, es el lugar de producción del daño en el sentido de lugar donde se manifiesta, y así *“la ley aplicable (...) es la del país*

## Conclusiones

*donde se produce el daño(...)*”, con independencia del lugar del hecho generador del daño o del lugar donde se producen las consecuencias indirectas del daño.

Podemos encontrarlos, no obstante, con que la ley aplicable en virtud del art. 4.1 no sea apropiada por ser simplemente fortuita la vinculación con aquel ordenamiento jurídico, en cuyo caso, frente a la aplicación de esta *lex loci damni*, la Propuesta de Reglamento recoge dos excepciones, la de la residencia habitual del causante y de la víctima, siendo ambas comunes (art. 4.2) y, la de aquel otro país que presenta vínculos manifiestamente más estrechos con la obligación extracontractual (art. 4.3).

## 12

En definitiva, la economía digital y con ella la arquitectura y los servicios derivados de la misma, como el *Hosting*, tienen, ya lo hemos comprobado en los últimos 10 años, un gen de innovación. Éste debe permitir combinar lo existente desde el punto de vista tecnológico y jurídico con nuevos elementos internos o externos, anteriores o nuevos, para crear diversos servicios de valor añadido no existentes con anterioridad, seguidos de cerca de una innovación legal obtenida mediante la complementariedad de dos vías, la regulación normativa y la autorregulación.

No sólo se debe responder con rapidez a estos cambios, sino que además se debe explotar los conocimientos y procesos digitales intermedios, siguiendo la estrategia de la combinación de conocimientos, regulación y tecnología.

En este proceso la jurisprudencia ha de jugar un papel fundamental. Hasta ahora los pronunciamientos judiciales, en este ámbito, no son muy abundantes lo que dificulta, en ocasiones, la interpretación y aplicación de la

## Conclusiones

normativa existente a los supuestos derivados del desarrollo del gen de innovación, cada vez mas activo y revolucionario.

**BIBLIOGRAFÍA,  
JURISPRUDENCIA,  
LEGISLACIÓN Y DOCUMENTACIÓN**



# BIBLIOGRAFÍA

## A

- ABARCA JUNCO, A.P., “*Derecho Internacional Privado*”, Vol.1, Colex, 2003.  
  
ID., “El derecho a la intimidad en el DIPr español”, en *BFD UNED*, nº 2, 1993.
- ABASCAL ZAMORA, J.M., “Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT”, en *DN*, nº 81, 1997.
- ABELLAN ALBERTOS, A., “Protección penal de los datos de carácter personal y de los programas informáticos”, en *Diario La Ley*, nº 5812, 2003.
- ABELLAN HONRUBIA, V., y VILA COSTA, B., “*Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*”, 4ªed, Barcelona, Ariel, 2005.
- ADKINSON, W., EISENACH, J., Y LENARD, T., “Privacy on line: A report on the information practices and policies of commercial Websites”, en *The Progress & Freedom Foundation*, Washington, 2002
- AGUAYO, M., MORA, M.C., Y MARTINEZ, F.J., “Hacia la administración electrónica”, en *Revista de Contratación electrónica*, nº 41, 2003.
- AGUSTINOY GUILAYN, A., “*Régimen Jurídico de los nombres de dominio*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ALABAU MUÑOZ, A. “*La Unión Europea y su Política de Telecomunicaciones. En el camino hacia la Sociedad de la Información*”, Ed. Airtel, Madrid 1998.  
  
ID., “*The European Union and its Information Society policy. On the threshold of a new European Governance*”, Fundación Vodafone, Madrid, 2002
- ALBA ROMERO, S., Y GUTIÉRREZ PÉREZ, M<sup>a</sup>V., “Evolución del estatuto jurídico del medicamento en la Unión europea hasta la actual codificación”, en *Noticias de la Unión europea*, nº 197 de junio de 2001.

- ALCARAZ, H., "Consideraciones sobre la interconexión para el servicio telefónico básico", en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4469, de 30 de enero de 1998.
- ALDEN, J., "*Competition Policy in Telecommunications: The case of the United States of America*", Workshop on competition policy in telecommunications, UIT, Geneve, 2002
- ALFORD, R.P., "The virtual World and the arbitration World", en *J.Int. Arb.*, vol. 18, 2001.
- ALVARADO HERRERA, L., "Medios de pago", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº58, 2005.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Derecho internacional privado y Derecho privado europeo", en CÁMARA LAPUENTE. S., (Coord) *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003.

ID., "Comercio electrónico: Competencia judicial internacional y Ley aplicable", en "AAVV, GOMEZ SEGAGE, JA (DIR), Y FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A., (COORDS), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Barcelona, 2001.

- AMORES CONRADI, M.A., "Comentario al art. 10 apartado 9 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Albaladejo, M., (Dir.), Tomo I, Vol. 2, 2ª ed. Edersa, Madrid, 1995.

ID., "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil, art. 22 LOPJ", en *REDI*, vol. XLI, 1989.

- AMORES CONRADI, M.A., Y TORRALBA MENDIOLA, E., "XI tesis sobre el estatuto delictual", en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 8, 2004.
- ANCEL M.E., "Nota a las Sentencias de la Cour de Cass de 8 de febrero, 30 de mayo, 27 de junio, 16 de mayo, 20 de junio y 11 de julio de 2000", en *Rev. Crit. Droit Privé*, vol. 90, nº 1, 2001.
- ANCEL, B., "Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional en los Convenios de Roma y Mexico", en *AEDIPr*, T. II, 2002.
- ANTOINE, M.; MONTERO, E., "*Droit des Technologies de l'information: regards prospectifs*", Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Bégica, 1999.
- AÑOVEROS TERRADAS, B., "*Los contratos de consumo intracomunitarios*", Marcial Pons, Madrid, 2003.



ID., "Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor", en *Diario La Ley*, nº 6264, de 31 de mayo de 2005

- APARICIO VAQUERO, J.P., "El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información", en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 2, 2003-2.
- ARCOS VIEIRA, ML., "*Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*", Aranzadi, Pamplona, 2005.
- ARIAS POU, M., "El futuro Reglamento de la LOPD", en *Diario La Ley*, nº 6455, de abril de 2006.
- ARMSTRONG, S., "*La publicidad en Internet: cómo se transmite su mensaje a través de la World Wide Web*". Deusto, Barcelona, 2002.
- ARPÓN DE MENDIVIL, M., "Algunas cuestiones en el análisis de empresas en Internet", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 10, 2000.
- ARRIBAS LUQUE, J.M., "Sobre la protección adecuada en las transmisiones de datos personales desde la Unión europea a los EEUU: El sistema de principios de puerto seguro", en *La Ley*, nº 5497, del 2002
- ASBO BAISTROCCHI, P., "Liability of Intermediary Service Providers in the Directive on electronic commerce", en *Revista vlex de derecho y nuevas tecnologías*, 2002.

ID., "Liability of Intermediary Service Providers in the Directive on electronic commerce", *Revista electronica de Derecho Informático, REDI*, nº 48, 2002.

- ASTIEN, E., BENSOUSSAN, A., ESCRIG, B., "Dictionnaire des Technologies, de l'information et de la communication", Foucher, Paris, 2000.
- 
- ASTONE, M<sup>a</sup>., "La responsabilità del prestatore di servizi Della società di informazione nella Direttiva 2000/31/CE", en *Europa e diritto privato*, 2003-2,
- AVELLÓ, L., "ICT's: Infraestructuras comunes de telecomunicaciones en el interior de los edificios. Regulación", en *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*, VILLAR URIBARRI, J.M. (Dir.), AA.VV., Aranzadi, Pamplona, 2003.
- AZCONA, S., "*Internet de la @ a la z / Internet de la A a la Z*". Alianza, Madrid, 2001.

## B

- BADIA, F., “*Internet: Situación actual y perspectivas*”, Colección estudios económicos de la Caixa, Barcelona, 2002.
- BALLARINO, T., “La compétence internationale et le droit applicable au contentieux du commerce électronique”, en *RDIPP*, 2002.
- BANISAR, D., Y DAVIES, S., “Global trends in Privacy protection: An International Survey of Privacy, data protection, and surveillance Law and development”, en *Journal of computer & Information law*, vol. 18, 1999.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J., “*Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*”, en McGrawHill, Madrid, 1995.
- BARIATTI, S., “Internet: aspects relatifs aux conflicts de loi”, *RDIPP*, 1997.  
  
ID., “La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro Della comunitarizzazione del diritto internazionale privato”, en *Riv. DIPr*, Cedam, 2005.
- BARON, G., “Do the Unidroit Principles of International commercial Contracts Form a new lex Mercatoria?”, en *Arbitration International*, vol. 15, 1999.
- BARONA VILAR, S., “*Comentarios a la Ley de Arbitraje. (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*”, Thomson Civitas, Madrid, 2004  
  
ID., “*Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARRAL VIÑALS, I., “El estatuto jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, en *La regulación del comercio electrónico*, Vlex.com, Madrid, 2003
- BARREIROS FERNANDEZ, J. “*Notariado y contratación Electrónica*” Madrid, Colegios Notariales de España, 2000.
- BARRER, T., “*Information Technology and the evolution of multi-party dispute resolution processes*”, 2003
- BARRES BENLLOCH, M.P., EMBID IRUJO, J., Y MARTINEZ SANZ, F., “*Principios de Derecho contractual Europeo. Los trabajos de la Comisión Lando*”, Madrid, Fundación cultural del Notariado, 2003;

- BARRIUSO RUIZ, C., *“La contratación electrónica”*, Dykinson, Madrid, 1998.
- BATALLA TRILLA, A., “Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario”, en *Diario La Ley*, nº 6001, de abril de 2004.
- BEAURAIN, N. y JEZ, E., *“Les Noms de Domaine de l’Internet, Litec, Paris, 2001.”*
- BENEYTO PÉREZ, J.M., *“Regulación y competencia en las telecomunicaciones”*, Bosch, Barcelona, 2003;
- BENNER, C., *“Flexible Work in the Information Economy. Labour markets in Silicon Valley”*, Blackwell, Oxford, 2001
- BENSOUSSAN, A., *“Internet, aspects juridiques”*, 2ºed. Hermes, Paris, 1998.
- BERAUDO, J.P., “Le Reglement CE du Conseil du 22 septembre 2000 concernant la competente judiciaire, la reconnaissance et l’execution des decisions en matiere civile et commerciale”, en *JDI*, 2001.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. y ALVAREZ OLALLA, M.P., *“Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación”*, Pamplona, Aranzadi, 2000.
- BERCOVITZ, A., *“Apuntes de Derecho Mercantil”*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2004.

ID., “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales de propiedad intelectual”, en *El derecho de Propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Colección análisis y documentos del Ministerio de Cultura, nº 10, 1996.

- BERGÉ, J.S., “Droit d’auteur, conflits de lois et réseaux numériques: retrospective et prospective”, en *Rev. Crit. Droit, Int. Privé*, nº 89, 2000.

ID., “Nota a la Sentencia de la Cour d’Appel de Paris de 3 de octubre de 2001, *Soc. Europe 1 Comm. v. SPRE*”, en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, vol. 91, 2002.

- BERGER, K.P., *“The Lex Mercatoria Doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”*, Law & Pol. Ins. Bus., 1998.
- BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L., “La Competencia en Internet”, en Cremades, J., Fernández Ordoñez, MA., Illescas, R., (Coors), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002.

- BERNARDEAU, L., Y PACIFICO, M., "Internet et le droit des contrats: Observations d'ordre général et identification des intervenants", en *Uniform Law Review*, 1998-1.
- BERTOLI, P., "Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce Della sentenza Fonderie Meccaniche Tacconi", en *Rev. Dir. Int. Priv. Proc*, 2003.
- BERTRAND, A., Y PIETTE-COUDOL, T., "*Internet et le droit*", Presses universitaires de France, Paris, 2000.
- BESGA BASTERRA, T., "España: Protección de datos personales en el sector sanitario", *Revista electrónica de Derechos informático (REDI)*, nº 46, mayo de 2002.
- BESSONE, M., "E-Economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di Internet?", en *Il Diritto dell'Informazione ed dell'Informatica*, 2002.
- BIRKE, R. Y TEITZ, T.E., "Mediation in 2001: The path that brought America to uniform laws and mediation in cyberspace", *American Journal of Comparative Law*, nº 50, 2002.
- BISCHOFF, JM., *Journal du droit international*, nº 2, 1998.
- BLACKMAN, C.R., "Convergence between telecommunications and others media. How should regulation adapt?", *Telecommunications Policy* vol.22, nº3 1998,
- BOCHURBERG, L., "*Internet et Commerce électronique*", Paris, 1999.
- BOELE-WOELKI, K., KESSEDJIAN, Ct. y PELICHET, M., "*Internet: which court decides?, which law applies? = quel tribunal décide?, quel droit s'applique?*". Kluwer Law International, The Hague , 2001.
- BOGGIANO-PICO, A., "*Curso de Derecho Internacional Privado: Derecho de las relaciones privadas internacionales*", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- BOLIN, B., Y TYSVER, D., "Web site legal issues", en *BitLaw: A Resource on Technology Law*, 2003,
- BORKING, J., "*Proposal for building a privacy guardian for the electronic age*", en La Haya, 2000.
- BORKING, J., Y RAAB, C., "Laws, PETs and other technologies for privacy protection", en *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 2001
- BORRAS, A., "Derecho internacional privado y tratado de Ámsterdam", en *Revista española de derecho internacional privado*, vol. II, 1999.

ID., *“La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española”*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998

ID., “Comentario a la STJCE 10 de marzo del 1992, asunto C-214/89, *Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit*”, en *RJC*, 1992.

ID., *“Legislación básica de Derecho internacional privado”*, Barcelona, Tecnos, 2003

- BOSS, A., “The jurisdiction of commercial law: Party autonomy in choosing applicable law and forum under proposed revisions to the uniform commercial code”, *International Lawyer*, vol. 32, nº4, 1998.

- BOTANA GARCIA, G. A., *“Comercio electrónico y protección de los consumidores”*, La Ley, Madrid. 2001.

ID., “Las páginas web como soporte de condiciones generales contractuales (Recensión)”, en *Revista de Contratación electrónica*, nº 46, 2004

- BOTANA GARCIA, G., Y RUIZ MUÑOZ, M., *“Curso sobre protección jurídica de los consumidores”*, MacGrawHill, Madrid, 1999.

- BRANDT GRATEROL, L., “Auditoría de páginas web: Puerta segura al Comercio electrónico”, en *REDI*, nº 13, 1999;

ID., “La descentralización llega a la red”, en *REDI*, nº 15, 1999.

- BRECCIA, U., “Prospettive nel diritto dei contratti”, en *Revista Critica di Diritto Privato*, 2001.

- BREESE, P., *“Guide juridique de l’Internet et du commerce électronique”*, Vuibert, Paris, 2000.

- BRIGGS, A., *Yearbook of European law*, 1997,

- BRISBY, P., “Dispute Resolution in Telecoms. The regulatory perspective”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005.

- BRIZ, J.; y LASO, I. *“Internet y Comercio Electrónico: características, estrategias, desarrollo y aplicaciones”*, 2ª edición, Madrid, ESIC, 2001.

- BROWN, HENRY J.; MARRIOTT, ARTHUR L. *“ADR Principles and Practice”*, Londres, Sweet &Maxwell, 2ª edición, 1999.

- BUCHER, A., Y BONOMI, A., *“Droit international privé”*, Suiza, 2001.

- BURNSTEIN, M.R., “Conflicts on the Net: Choice of Law in transnational Cyberspace”, en *Vanderbilt Journal of transnational law*, nº 29, 1996.

- BUSTO LAGO, J.M., (COORD); ALVAREZ LATA, N., Y PENA LOPEZ, F., "Prestadores de servicios de la sociedad de la información", en *Reclamaciones de consumo. Derecho del consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
  - BUSTO LAGO, J.M., "La responsabilidad civil de los Internet Service Providers (ISPs) por la infracción en la red de los derechos de propiedad intelectual", en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 5, 2004-2.
- ID., "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)", en *Tratado de Responsabilidad civil*, F. REGLERO CAMPOS, (Coord), Aranzadi, Cizur menor, 2003.
- ID., "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 542, de 25 de julio de 2002.
- BUSTOS PUECHE, JE., "La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual", en *Diario La Ley*, nº 6091, septiembre de 2004.

## C

- CABELLO DE LOS COBOS, L.M., "Condiciones generales de la contratación electrónica", en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001.
- CABELLO GONZÁLEZ, J., M., "La contratación internacional", Esic, Madrid, 2000.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "la administración de Justicia ante las nuevas tecnologías. Del entusiasmo a la desconfianza, pasando por el olvido", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 7, 2005
- CACHARD, O., "La Regulation internationale du marché électronique", LGDJ, Paris, 2002.
- CAFFERA, G., Y MARIÑO, A., "Responsabilidad Contractual en el desarrollo de Custom Software: Obligaciones de medio y de resultado y Lógicas no monotónicas", VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Montevideo, 1998

- CAIRO CAROU, H., "Democracia digital: límites y oportunidades". Trotta, Madrid, 2002.
- CALVO ANDUJAR, A., Y SANMARTÍN FENOLLERA, J., "Dominio Público radioeléctrico: comentarios a los artículos 43-45" en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dir.), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.
- CALVO CARAVACA, A., L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Curso de contratación internacional", Colex, Madrid, 2003.

ID., "Contrato internacional, nueva Lex Mercatoria y Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales" *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor L. Díez Picazo*, Civitas, Madrid, 2003.

ID., "Derecho Internacional privado", Vol. I, y Vol. II, Granada, Comares, 2004

ID., "Algunas preguntas críticas en torno al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", en J. OVIEDO ALBAN (Dir.), *Estudios de contratación internacional (régimen uniforme e internacional privado)*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias jurídicas, Bogotá DC, Colombia, 2004.

ID., "Conflictos de Leyes y Conflictos de Jurisdicción en Internet" Madrid, Editorial Colex, 2001.

ID., "Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica", en JA. Echevarria Sáenz, *El comercio electrónico*, Edisofer, Madrid, 2001.

ID., "La prueba del derecho extranjero en la nueva ley española de enjuiciamiento civil 1/2000", en *Diario la Ley*, nº 6178, enero 2005

- CALVO FERNÁNDEZ, S. ; REINARES LARA, P., "Comunicación en Internet", Paraninfo, Madrid, 2001.
- CAMACHO CLAVIJO, S., "El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002 de 19 de diciembre de reforma de la Ley de ordenación del comercio minorista)", en *Diario La Ley*, nº 6466, abril 2006.
- CAMARA LAPUENTE, S., "Un Derecho privado o un Código civil para Europa: Planteamiento, nudo y desenlace", en *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003.
- CAMPO PRIETO, R., Y FERNANDEZ GÓMEZ, E. "El sistema de pago a través del móvil", en *Revista finanzas y contabilidad*, nº 53, Eds. Deusto, 2004.

- CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., "Algunas consideraciones sobre la libertad informática y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Pamplona, 2003.
- CAPRIOLI, E.A. Y SORIEUL, R., "Le Commerce international électronique vers l'émergence de règles juridiques transnationales", en *JDI*, nº 2, 1997.
- CARBAJO GASCÓN, F., "Publicaciones electrónicas y Propiedad Intelectual", Madrid, Colex, 2002.
- CARBAJO GASCÓN, F., Y MORALEJO MENÉNDEZ, I., "Distribución y dominio en el mercado electrónico", en *Revista de Contratación electrónica*, nº 35, 2003
- CARBALLO PIÑEIRO, L., "Competencia judicial internacional y modificación de prestaciones de ejecución continuada: más allá de la STC 61/2000", en *AEDIPr*. Nº 1, 2001.

ID., "*Obligaciones de no hacer y competencia judicial internacional*", La Ley, nº 5543, 30 de abril de 2002.

- CARBONE, S.M., "Il contratto senza legge e la convenzione di Roma del 1980", en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, Vol. XIX, 1983.
- CARLYLE PAUL, "*Legal Regulation of Telecommunications: The impact on Internet Services*", Ed. Hart Publishing, Oxford- Portland Oregon, 2000.
- CARRASCO BLANC, H., "Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos de Internet. El caso –ENTEL", *Revista electrónica de Derecho Informático nº 26, 2000.*
- CARRASCO LINARES, J., "*ASP, una compleja relación jurídica*", Revista Electrónica de Derecho Informático, REDI, nº 35 de junio de 2001.
- CARRASCO PERERA, A., Y MENDOZA LOSANA, A.I., "Interconexión y acceso a redes", en ARPON DE MENDIVIL, A., T CARRASCO PERERA, A., (Dir.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona 1999.
- CARRASCO PERERA, A., "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-of-Commerce*", en A.L. CALVO CARAVACA; P. BLANCO MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003.

ID., "*El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*", Madrid, Civitas, 1992.

ID., "*Globalización y Derecho internacional privado*", liberlibro.com, Albacete, 2002.



- CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en DIPr", en *REDI*, nº 2, 1992.  
  
ID., "*Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*", Comares, Granada, 2004.  
  
ID., "Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-of-commerce", en *Globalización y Derecho*, CALVO CARAVACA, A., Y BLANCO MORALES LIMONES, P., Madrid, 2003  
  
ID., "*Globalización y Derecho internacional privado*", liberlibro.com, Albacete, 2002  
  
ID., "Ley aplicable a las patentes en el derecho internacional privado español", en *Anales de derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 19, 2001  
  
ID., "*El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*", Madrid, Civitas, 1992
- CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M<sup>a</sup> A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E.P., "*La contratación informática, el nuevo horizonte contractual: los contratos electrónicos e informáticos*". Comares, Granada, 2000.
- CARRILLO POZO, L.F., "*El contrato internacional: la prestación característica*", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1994,.  
  
ID., "La Ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia", en *Revista Poder Judicial*, nº 74, 2004.
- CASSANO, G., "Cybersquatting", en *Il Diritto dell'informazione ed dell'informatica*, 2001.
- CASTAN TOBEÑAS, J., "La responsabilidad civil extracontractual", en *Derecho civil español común y foral*, tomo IV, Reus, Madrid, 1993.
- CASTEJON MARTÍN, L. "Nomenclatura, términos técnicos y conceptos de los mercados de las telecomunicaciones". AAVV, *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1999.
- CATCHPOLE, J., "The regulation of electronic commerce: A comparative analysis of the issues surrounding the principles of establishment", en *IJLT*, vol. 9, nº 1, 2001.
- CATELLANO TREVILLA, J.L., "Servicio Universal y los Servicios obligatorios de la Ley General de Telecomunicaciones", en J.F. MERINO MERCHÁN Y MARÍA PÉREZ UGENA, (Coords.), *Curso de Derecho de las Telecomunicaciones*, Madrid, Dykinson, 2000

- CAVANILLAS MÚGICA, S., “Los contratos electrónicos: problemas de Derecho civil relativos a su conclusión”, Comares, Granada, 2003
  - CAVE, M., “Spectrum Management for a Governing world: Case study on the United Kingdom”, International Telecommunication Union, 2002.
  - CENTENO, C., “El futuro de la identificación electrónica: retos y oportunidades para el sector público”, en *The IPTS Report*, nº 79, de noviembre de 2003.
  - CERF, V., “How the Internet came to be”, *The Online User's Encyclopedia*, Bernard Aboba (coord), Addison-Wesley, 1993.
  - CERINA, P., “Contratti internazionali di informatica e legge applicabile: prime considerazioni”, en *Dir, Inform.* 1994.
  - CERUTTI, S., “Il contratto telematico”, Esselibre, Nápoles, 2003.
  - C.G.J. MORSE, “Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention”, en *ICLQ*, 1992.
  - CHAILLÉ DE NERÉ, S., “Les difficultés d'exécution du contrat en droit international Privé”, Aix-en-Provence, 2003;
  - CHATILLON, G., “Le droit international de l'internet”, Bruselas, Bruylant, 2002.
  - CHECA MARTÍNEZ, M., “Fundamentos y límites del forum shopping: modelos europeo y angloamericano”, en *RDIPP*, nº 3, 1998.
  - CHILLÓN MEDINA, J.M., “Funciones de resolución de controversias de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones” en *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Coord. GOMEZ REINO Y CARNOTA, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
  - CHRISTIAN PAUL, “Trois approches de la régulation des usages” en “*Problemes politiques et sociaux. Les enjeux juridiques de l'internet*”, Nº893, Paris, 2003.
  - CLARIZIA, R., “Il contratto informatico”, en AAVV, a cura di S. MAZZA-MUTO, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002.
  - CLEMENTE MEORO, M., “Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 4, 2000
- ID., “La protección del consumidor en los contratos electrónicos”, en *Contratación y comercio electrónico*, ORDUÑA MORENO (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- CLEMENTE MEORO, M.; y CAVANILLAS MÚGICA, S., "Responsabilidad civil y contratos en Internet: su regulación en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", Comares, Granada, 2003
- CLIMENT BARBERÁ, J. "Derecho y Nuevas Tecnologías" Valencia, Universidad Cardenal Herrera-CEU, 2001.
- COLEMAN, J.L., "La concepción mixta de la justicia correctiva", en *La responsabilidad extracontractual*, ROSENKRANTZ, C.F.,(COORD.), Gedisa, Barcelona, 2005.
- COMANDÉ, G., Y SICA, S., "Il commercio elettronico. Profili giuridici", Giappichelli, Torino, 2001.
- CONDE Y LUQUE, R., "Derecho Internacional privado", Pamplona, Anacleto, 2004
- CORRIPIO GIL DELGADO, M.R., "Los contratos informáticos. El deber de información precontractual", Universidd Pontificia Comillas, Madrid, 1999.  
 ID., "La protección de los datos personales en Internet", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, de 15 de septiembre de 2001.  
 ID., "Regulación jurídica de los tratamientos de datos personales realizados por el sector privado en Internet", Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.
- CRABIT, E., "La Directive sur le commerce électronique. Le projet Mediterranee", *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2000.
- CREMADES J., FERNANDEZ ORDOÑEZ M.A. y ILLESCAS R. (Coords), "Régimen Jurídico de Internet", La Ley, Madrid, 2002.
- CREMADES J., Y RUIZ NUÑEZ, M., "El secreto de las comunicaciones: comentarios al artículo 33" en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dirs), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.
- CREMADES, J., "El paraíso digital", Plaza & Janes, Barcelona, 2001  
 ID., "Numeración, Direccionamiento y Denominación: Comentarios a los Art. 16 y ss." en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dirs), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004
- CREMADES, J., Y GONZÁLEZ MONTES, J.L. "La Nueva ley de Internet (Comentarios a la ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la sociedad de

*la Información y del comercio electrónico)*”, en AA.VV, La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2003.

- CRESPO VITORIQUE, I., “Requisitos exigibles para la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas: comentarios al artículo 6” en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA, (Coords), La Ley, Madrid, 2004.
- CRUQUENAIRE, A., Y LAZARO, C., “La clause de marché intérieur: chef de voûte de la Directive sur le commerce électronique”, *Le commerce électronique sur les rails?. Analyse et propositions de mise en oeuvre de la Directive sur le commerce électronique*, MONTERO E (DIR), Cahiers du CRID, nº 19, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- CRUZ RIVERO, D., “Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente a la firma manuscrita”, en *Revista de la contratación electrónica*, nº 60, 2005.

## D

- D. G. CRACKNELL y IAN BROWN, “*Conflict of Laws*”, London, Old Bailey Press, 2002.
- DANIEL TANÚS, G., “La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISP)”, en *Revisata vlex de derecho y nuevas tecnologías*, 2001.
- DARANAS PELAEZ, M., (Trad). “Jurisprudencia constitucional extranjera. Tribunal Constitucional Alemán. Ley del Censo”, en *BJC*, nº 33 de 1984
- DAVARA FERNANDEZ, M.A., “*La protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*”, Fundación Vodafone, Madrid, 2003.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “*La protección de datos personales en el sector de las telecomunicaciones*”, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.

ID., “*Manual de Derecho informático*”, 4ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2002.

ID., “*Anuario de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs)*”, Fundación Vodafone, Madrid, 2004.

- DAVID JA CAIRNS Y CREMADES, B.M., “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, en *La Ley* nº 5538, de 2002.

- DAVIS, G., "Website and multimedia development agreements", en *Multimedia Report: Protecting your client's legal and business interest*, practising law institute, Patents, Copyright, Trademarks and literacy property course handbook series, vol. 467, 1997.
  - DE ANGEL YAGÜE, R., "*Tratado de responsabilidad civil*", Madrid, 1993
  - DE CARRERAS SERRA, F., "Derecho al secreto de las comunicaciones", en *Temas básicos de Derecho constitucional*, ARAGÓN, M., (Dir), Civitas, Madrid, 2001,
  - DE CUEVILLAS MATOZZI, I., "*La oferta contractual en el comercio internacional (Un estudio a la luz del derecho uniforme y del derecho privado español)*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
  - DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M., "Equilibrios y problemas que Internet presenta en España", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 10, 2000.
- ID., "Informe especial: La Ley General de Telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 18 de 2004.
- ID., "*La ley general de telecomunicaciones de 2003 en el contexto de la liberalización europea y española*", *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, nº18, 2004.
- DE LA CUETARA, J.M.; ARIÑO, R.; ZAGO, T. "*Autorizaciones y Licencias en Telecomunicaciones. Su regulación presente y futura*" Granada, Comares, 2000.
  - DE LA DEHESA, G., "*Comprender la Globalización*", Alianza Editorial, Madrid, 2000,
  - DE LA QUADRA SALCEDO, T. "*Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*", Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2003.
  - DE MAEKELT, T.B., "*Teoría general del derecho internacional privado*", Academia de ciencias políticas y sociales, Caracas, 2005.
  - DE MATOS, A.M., "Consummation transfrontiere: d'un espece cloisonné á un espace judiciare européen", en *Rev. Eur. Droit Cons.* 2000.
- ID., "Le contrats transfrontieres conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne", Marseille, PUAM, 2001
- DE MIGUEL ASENSIO, PA. "*El Derecho internacional privado ante la globalización*", AEDIPr, T.1, 2001.

ID., *“Contratos internacionales sobre propiedad industrial”*, 2ªed. Madrid, Civitas, 2000.

ID., “Integración europea y Derecho internacional privado”, en *RDCE*, 1997.

ID., “La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el art. 4 del Convenio de Roma de 1980”, en *La Ley*, nº 95, de abril de 1995.

ID., *“Derecho privado de Internet”* Madrid, Civitas , 3ª edición, 2002.

ID., “La protección de datos personales a la luz de la reciente jurisprudencia del TJCE”, en *UAIPIT*, 2004.

ID., “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, en *Dir. Com. Int.*, vol. 12, 1998

ID., “Avances en la interpretación de la normativa comunitaria sobre protección de datos personales”, en *Diario La Ley*, nº 5964, de febrero de 2004.

- DE PELADILLA SALORD, C., “La empresa de la sociedad de la información y la ley”, en *Revista de Contratación electrónica*, nº 30, 2002.
- DE QUINTO ZUMÁRRAGA, F., “Protección Informática y legal de datos personales”, en *Revista vlex de derecho y nuevas tecnologías*, 2002.
- DEL AGUILA OBRA, A.R., *“Comercio Electrónico y estrategia empresarial: hacia la economía digital”*, Madrid, RA-MA, 2000.
- DELGADO KLOOS, C. y GARCIA RUBIO, C. “Historia de Internet” en el libro *Régimen Jurídico de Internet*, Cremades, J.; Fernandez Ordoñez, M.A.; Illescas, R. (Coords), Madrid, La Ley, 2002.
- DELGADO PLANÁS, A., “Responsabilidad de los operadores en el proyecto de ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico”, en *REDI, Revista electronica de Derecho informático*, nº43, 2002.
- DELGADO PORRAS, A., “La propiedad intelectual ante la tecnologías digital: las obras multimedia”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información; perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Comares, Granada, 1998.
- DEPREZ, P., y FAUCHOUX, V., *“Les contrats de l’Internet et du multimedia”*. Dixit, Paris, 2000.
- DESANTES REAL, M., “El Convenio de Bruselas (competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales) y el TJCE: criterios de interpretación y orientaciones metodológicas”, en *La Ley, Comunidades Europeas*, año 9, suplemento 34, de 29 de abril de 1988.

ID., "La Directiva sobre comercio electrónico. Mercado interior y servicios financieros de la sociedad de la información", en *Derecho de Internet, Contratación electrónica y firma Digital*, MATEU DE ROS Y CENDOYA MENDEZ DE VIGO (Coods), Aranzadi, Pamplona, 2001.

- DESRUELLE, P., "Desarrollos futuros del comercio electrónico empresa-empresa (B2B): perspectiva de la cadena de valores", en *The IPTS Report*, nº 68, 2002
- DESSEMONTET, F., "Conflict of Laws for Intellectual Property in Cyberspace", en *J. Int. Arb.*, vol. 18, 2001.

ID., "Internet, le droit d'auteur et le droit international privé", en *Revue Suisse de Jurisprudence (SJZ)*, nº 15, 1996, pags. 285-294; y GINSBURG, J., "Global use/Territorial rights: Private International Law questions of the global information infrastructures", en *Journal for the copyright society of the USA*, vol. 42, 1995,

ID., "Le droit applicable á la propriété intellectuelle dans le cyber-espace", en *AAVV, Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, Paris, Litec, 2001

- DI MAGGIO, PAUL; HARGITTAI, ESZTER; NEUMAN, W.RUSSELL Y ROBINSON, JOHN P.; "The Internet's effects on Society", *Annual Reviews of Sociology*, 2001.
- DIAZ FRAILE, J.M., "Aspectos jurídicos mas relevantes de la Directiva y del Proyecto de ley español de comercio electrónico", en *Contratación y Comercio electrónico*, ORDUÑA MORENO (Cood), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

ID., "Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley Español de Comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración", *RCDI*, vol. 77, 2001.

- DICEY & MORRIS, "The conflict of Laws", Londres, 2000.
- DÍEZ LÓPEZ, I., "La Administración de las Telecomunicaciones: comentarios a los articulo 46 ss" en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dirs), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.
- DIEZ PICAZO, L., "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", Vol. I y II, Madrid, Civitas, 1996.

ID., "Derecho de Daños", Civitas, Madrid, 1999

- DIEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., Y MORALES MORENO, A.M., "Los principios de Derecho europeo de los contratos", Madrid, Civitas, 2002;

- DOMÉNECH, E., Y ALMIRON, N., “Negocios 3.0”, Vergara, Barcelona, 2002.
- DOMINGO PÉREZ, G., “E-Commerce y el establecimiento permanente”, en *REDI*, nº 35, 2001;
- DOMINGO RIPALDA, J., “El tratamiento de los datos personales en Internet”, en *Revista electrónica de derecho Informático*, nº 51, 2002
- DOMÍNGUEZ GONZALEZ, A., “Comentarios a lo establecido por la Disposición Final Primera de la nueva LGT” en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dirs), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.

ID., “Mercados de referencia y operadores con poder significativo en el mercado: comentarios al artículo 10”, en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dirs), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.

- DOMÍNGUEZ GRAGERA, ML.: “Normativa aplicable a la firma electrónica (Directiva 99/93 y Real Decreto Ley 14/1999)”, en *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002.
- DONG HEE SHIN, “Technology convergence and regulatory challenge: A case from Korean Digital media broadcasting”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005,
- DRAETTA, U., “*Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*”, Giuffré, Milano, 2001.

ID., “*Internet et commerce électronique en droit international des affaires*”, Bruxelles, Bruylant, 2003.

- DREW, H.,. “*Redes con Microsoft TCP/IP*” 3ª edición, Madrid, Prentice Hall Iberia S.R.L. 1999.
- DROZ G.A.L. Y GAUDEMONT-TALLON, H., “*La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Reglement de Conseil concernant la competente judiciaire, la reconnaissance et l’execution des decisions en matiere civile et commerciale*”, en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, Vol. 90, 2001.
- DUMORTIER, J., Y GOEMANS, C., “Marcos para la privacidad en el entorno de las operaciones en línea”, en *The IPTS Report*, nº 42, de marzo de 2000
- DUTOIT, B., “*Droit international privé suisse. Commentaire de la loi federale du 18 decembre 1987*”, 2ªEd. Basilea y Francfort sur le Main, Helbing & Lichtenghahn, 1997.



- DUVERNOY, C., Y DESMEDT, A., "One year with electronic communications regulatory framework: A report on the results of the article 7 notification procedure", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005.

## E

- ECHEZARRETA FERRER, M.T., "La contratación internacional en el e-commerce", en *Revista de Derecho Informático*, nº 42, enero de 2002
- ECIJA BERNAL A.; SAIZ PEÑA C. A., "*Contratos de Internet. Modelos y Comentarios prácticos*", Aranzadi, Pamplona, 2002
- ELIAS FUSTÉ, A. "Instituciones en Internet: ICANN e ISOC" en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coors), Madrid, La Ley, 2002.
- ELIAS, M.S "Situación legal de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías", en *Revista Electrónica de Derecho Informático, REDI*, nº 32, 2001
- ERDOZAIN, J.,C.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., "*Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*", Tecnos, Madrid, 2002.
- ESLAVA RODRÍGUEZ, M., "El *locus delicti commissi* en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet", en *Informática y Derecho*, nº 34, 2002.  
  
ID., "Obligaciones extracontractuales", en *Derecho internacional privado*, CALVO CARAVACA, A.L., Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J (Dir), vol. II, Granada, comares, 2005.
- ESPINAR VICENTE, J.M., "*El Derecho Procesal civil Internacional*", Madrid, La Ley, 1988;  
  
ID., "Competencia judicial y Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el ámbito de la Comunidad Europea", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al Prof. D. Manuel Díez, Pérez González, M.*, (Cood), 1993.  
  
ID., "*Teoría General de Derecho Internacional Privado*", en Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2000.

- ID., "El marco constitucional del Derecho Internacional Privado español", en *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 11, 2003.
- ID., "El concepto de residencia habitual en el sistema español de Derecho Internacional privado", en *Revista de Derecho privado*, nº 64, 1980.
- ESPINOSA CALABUIG, R., "Ámbito de la cláusula atributiva de competencia según el Convenio de Bruselas de 1968", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002.
- ID., "Interpretación del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en *Revista Noticias de la Unión Europea*, abril 1995.
- ESPLUGUES MOTA, C., "Comentarios al artículo 34: Normas aplicables al fondo de la Controversia", en Barona Vilar, S (Coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje. (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)* Thomson Civitas, Madrid, 2004
- ID., "Hacia una delimitación del concepto de materia contractual incluida en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968: La sentencia *Arcado c. Havilland*", en *La Ley Derecho comunitario*, 1989.
- ID., "Los principios aplicables a los contratos mercantiles en materia internacional elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado (UNIDROIT)", en *REDI*, 1993.
- ID., "Régimen jurídico de la contratación internacional", en *Derecho del Comercio Internacional*, Eurolex, Madrid, 1996.
- ESPLUGUES MOTA, C., Y ESPINOSA CALABUIG, R., "*Legislación básica de Derecho del Comercio Internacional*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
  - ESPLUGUES MOTA, C. (DIR.); PALAO MORENO, G; ESPINOSA CALABUIG, R; FERNANDEZ MASIÁ, E., "*Derecho del comercio Internacional*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
  - ESPLUGUES MOTA, C., Y HARGAIN, D., "*Derecho del Comercio Internacional. Mercosur- Unión Europea*", Ed. Reus SA, y Ed. IB de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005.
  - ESPLUGUES MOTA, C., ALVAREZ GONZALEZ, S., RODRIGUEZ MATEOS, P., SANCHEZ LORENZO, S., (Dir.), "*Legislación de Derecho Internacional Privado*", 8ªed. Comares, Granada, 2005.
  - ESPLUGUES MOTA, C., BARONA VILAR, S., Y HERNANDEZ MARTI, J., "*Contratación Internacional*", 2ªed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
  - ESTEBAN DE LA ROSA, F., "*La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*", Comares, Granada, 2003.

- ESTEVE GONZÁLEZ, L., *"Infracciones de Derechos de Autor en Internet y Derecho Internacional Privado"*, Universidad de Alicante, 2001.

ID., "La firma electrónica en la celebración del contrato electrónico a través de Internet entre empresas (B2B)", en *UA/PI*, 2003.

- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., "La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos", en *Diario La Ley* nº 5615, de 19 de septiembre de 2002.

## F

- FACH GÓMEZ, K., "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)", en *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, CALVO CARAVACA, A.L. Y AREAL LUDEÑA, S (Coords), Madrid, Colex, 2005.

- FAHMY, M.A. "WG-ITR, Council Working Group on ITRs.", *International Telecommunication Regulations*. International Telecommunication Union, Session of the ITU Council, 2003

- FALLETI, G., *"Il Contratto di Application service provisioning"*, Diritto Informatico, 2001.

- FALLON, M., "La protection international de l'acheteur sur l'interrésseau dans le contexte communautaire", en *La protection des consommateurs acheteurs á distance. Analyse du droit suisse á la lumiere du droit communautaire et du droit compare*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

ID., "Proposition pour une convention européenne sur la loi aplicable aux obligations non contractuelles", en *European Review of Private Law*, nº1, 1999.

- FALLOON, M Y MEEUSEN, J., "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit internacional privé", en *Revue critique de droit internacional privé*, nº 3, 2002.

- FARRÉ, P., "La defensa de la propiedad intelectual frente a la piratería: medidas de protección en el entorno analógico y en el digital", en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 5, 2004-2.

- FAUVARQUE-COSSON, B., "Le droit international privé classique á l'epreuve des réseaux", en *Le droit internacional de l'internet*, G.CHANTILLON (Dir), Bruylant, Bruxelles, 2002.

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SL., “La lex informática: la insoportable levedad del no ser”, en *Noticias Jurídicas*, octubre 2005.
- FELIU ALVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “La competencia judicial internacional y la ley aplicable a los contratos de consumidores por vía electrónica: una necesaria coordinación”, en *Gaceta Jurídica*, nº 219, junio 2002.
- FÉLIX GALLEGO HIGUERAS, G., “¿Cómo proteger los derechos de autor de sus creaciones intelectuales publicadas en Internet?”, en *Revista electrónica de derecho informático, REDI*, nº 13, agosto 1999.
- FERNÁNDEZ ALBOR BATAR, A., “Aspectos fundamentales de la contratación electrónica”, en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

ID., “Régimen jurídico de la contratación en Internet” en *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001

- FERNÁNDEZ AMOR, A., “Comercio electrónico internacional: ¿Cómo atribuir rendimientos empresariales a una pagina Web y un servidor?”, en *REDI*, nº 41, 2001;
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., “Nuevos apuntes sobre el Derecho internacional privado de la Comunidad europea”, en Z. D. De Clément (Coord), *Estudios de Derecho internacional en homenaje al Profesor Ernesto R. Rey Caro*, Tomo II, Córdoba, Argentina, Lerner Editores, 2002.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., “Algunas notas acerca de la contratación y el comercio electrónico”, en *Contratación y Comercio Electrónico*, ORDUÑA MORENO, F.J., CAMPUZANO, A.B., PLAZA PENADES, J., (Coors) Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

ID., “La contratación electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999 sobre firma electrónica”, en *Actualidad Civil* nº 14, abril 2000.

- FERNANDEZ FARRERES, G., “Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones” en *Telecomunicaciones, Infraestructuras y libre competencia*, GOMEZ REINO Y CARNOTA, E., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- FERNANDEZ FERNANDEZ, MC., “La firma electrónica avanzada en el Derecho europeo”, en *Bases de un Derecho contractual europeo. Bases of a European Contract Law*, ESPIAU ESPIAU, S; VAQUER ALOY, A (Eds), Valencia, Tirant on line 559119, 2003.
- FERNÁNDEZ MASIA, E., “La protección internacional de los programas de ordenador”. Comares, Granada, 1996.

ID., "Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales", en *REEI*, vol. 5, 2003

ID., "Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001", en *Estudios sobre consumo*, nº 63, 2002

ID., ., "Los Derechos de Propiedad Intelectual en la nueva sociedad de la información: perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado", Granada, Comares, 1998.

ID., "Primeras consideraciones sobre el Anteproyecto de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)", en *Actualidad Civil*, 2003

- FERNÁNDEZ MEDINA PATÓN, E., MOYA QUILES, R., Y PIATTINI VELTHUIS, MG., "Seguridad de las tecnologías de la información. La construcción de la confianza para una sociedad conectada", AENOR, Madrid, 2003,

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., "En torno a la interacción entre privacidad e Internet", en *Revista Datos Personales*, nº 7 de enero de 2004.

ID., "Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet", Civitas, Madrid, 2004.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Sistemas de Comercio Internacional", Civitas, 2001.

ID., "La unificación del Derecho Mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea", en *Diario La ley*, nº 5860, de septiembre de 2003.

- FERNANDEZ ROZAS, J.C., Y SANCHEZ LORENZO, S., "Derecho Internacional privado", Civitas, Madrid, 2004.

- FERNANDEZ ROZAS, J.C.; ARTUCH IRIBERRI, E. "El Convenio Arbitral en el arbitraje comercial internacional", Madrid, Eurolex, 1997.

- FLORES DOÑA, M. S., "Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación", Ed. De Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

- FRAGUAS GADEA, L., "La libre circulación de medicamentos", en *Rev. Noticias de la Unión europea*, nº 184, 2000.

- FRAILE, P., "La retórica contra la competencia en España (1975-1975)", Fundación Argentaria, Madrid, 1998.

- FRANCISCO DE QUINTO ZUMARRAGA, A.M., "Manual de Seguridad en Internet. Soluciones técnicas y jurídicas", Madrid, 2003.

- FRANDA, M., "Global Internet Governance", en *"Governing the Internet. The Emergence of an International Regime"*, Ed. Lynne Rienner Publishers, EEUU, 2001.
- FREEMAN, R.L., *"Telecommunication System Engineering"*, John Wiley, New York, 1996.
- FREYSSINET, E., "La Lucha contra el cibercrimin: necesidad de un adiestramiento especial sobre pruebas digitales", en *The IPTS Report*, nº 57, 2001.
- FUENTES MAÑAS, J.B., "Determinación de la competencia judicial internacional en los ilícitos a distancia sobre derechos de autor en Internet", *RCEA*, 2003.
- FUNDINAGA, K., "Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet", en *Revista de derecho informático*, nº 91 de febrero de 2006.

## G

- G.A.L DROZ, Y GAUDEMONT-TALLON, H., "La Transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la competente judiciaire, la reconnaissance et l'execution des decisions en matiere civile et commerciale", en *Rev. Crit. Droit int. Privé*, vol. 90, 2001.
- G.A.L. DROZ, "*Delendum est forum contractus?, (vingt ans après les arrest De Bloos et Tessili interpretant l'article 5, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*", Recueil Dalloz, 1997,  
ID., "Regards sur le droit international privé comparé", en *RCADI*, vol. 229, 1991.
- GABRIEL, H.D., "The new United Status Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on electronic commerce", en *Uniform Law Review*, 2000-4.
- GABRIELA SARMIENTO, M., "E-Services", en *Revista electrónica de derecho informático*, nº 43, 2002
- GANELES, CM., "Cybermediation: A new twist on an old concept", *Albany Law journal of Science and Technology*, nº 12, 2002.

- GARBERÍ LLOBREGAT, J., "Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo", *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 569, 2003.
  - GARCÍA CACHAFEIRO, F., "No sujeción a autorización previa de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (comentario al art. 6 de la LSSICE)", en *Revista de contratación electrónica*, nº 45, 2004.
  - GARCÍA CACHAFEIRO, F., Y GARCÍA PÉREZ, R., "La Libertad de prestar servicios en Internet (Comentario al artículo 7 de la ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico)", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 5, Pamplona, 2004.
- ID., "Reflexiones sobre las restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información", en *Revista de la contratación electrónica*, nº 42, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y DE LA QUADRA-SALCEDO, T., (Coords), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, en AAVV, Civitas, Madrid, 1999
  - GARCÍA FERNÁNDEZ, A., "Servicios Universal: comentarios a los artículos 22-24" en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, Cremades y Rodríguez Arana, (Dir), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.
  - GARCIA MASIA, P., "Internet y el derecho de las Telecomunicaciones: el régimen jurídico de acceso a la red", en *Principios de Derecho de Internet*, Tirant Lo Blanc, Valencia, 2002.
  - GARCIA MEXIA, P., "*Principios de Derecho de Internet*", Valencia, Tirant on line, 2002.
  - GARCÍA RODRÍGUEZ, I., "Derecho aplicable y orden publico comunitario", en *R/E*, vol. 20, 1993.
  - GARCÍA RUBIO, M.P., "La absoluta invalidez del RD 1906/1999 de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales", en *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
  - GARCÍA VALDECASAS SOLIS, M., "Servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil: Comentarios al Artículo 4" en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dir), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.
  - GARCIA VIDAL, A. "El acceso al comercio electrónico en Internet", en AAVV, GOMEZ SEGADÉ, JA (DIR), Y FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A., (COORDS), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001

ID., "La responsabilidad por los contenidos ilícitos de paginas web ajenas con las que se establece un Link" en *Derecho de los negocios*, nº 127, abril 2001.

ID., "Los contratos de Acceso a Internet", en *Revista de contratación electrónica*, nº 6 de 2000;

- GARCIA SANZ, R.M., "El Derecho de autor en Internet", Colex, Madrid, 2005.
- GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., "¿Cabén reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?", *REDI*, 1995, vol. XLVII,

ID., "Las Cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del derecho", *REDI* 1998-2.

- GARDEÑES SANTIAGO, M., "La ley aplicable a la responsabilidad derivada del delito en el derecho internacional privado español", en *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2000.
- GARMENDIA SANZ, C.M., "Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona, sala 1ª, sección 15ª, de fecha 27 de junio de 2002", en *Diario La Ley*, nº 5630, de 10 de octubre de 2002,
- GARROTE FERNÁNDEZ DIEZ, I., "La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos", en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 6, 2000.

ID., "Propiedad intelectual en Internet: El derecho a establecer enlaces en la www", en *Revista de Propiedad intelectual*, nº 1 de enero de 1999.

ID., "El Derecho de autor en Internet (Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE", Comares, Granada, 2003.

ID., "El derecho de autor en Internet: la directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información". Granada, Comares, 2001

- GATTEI, C., "La proposte europeee per un diritto d'autore delle opera digitali su Internet", en el Simposio *la legge e la Rete*, Roma 12 de noviembre de 1997;
- GAUDEMONT TALLON, H., ., "Droit privé et Droit communautaire: quelques reflexions", *RMUE*, nº 437, abril 2000,

ID., "Las cláusulas atributivas de competencia en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en *AAVV, Competencia judicial y ejecución*



de sentencias en Europa. Ponencias del coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo, Luxemburgo, 1991", Pamplona, 1993.

ID., Comentario a la STJCE 10 de marzo del 1992, asunto C-214/89, *Powell Duffryn c. Wolfgang Petereit*", en *Revue de Droit Internationale Privé*, 1992,

- GAUTRAIS, V., LEFEBVRE, G., Y BENYENKHLEF, K., "Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica", en *RDAl*, nº 5, 1997.
- GERARD CARAT, "Pagos a través de teléfonos móviles: plataformas y actores alternativos", en *Revista vlex de derecho y nuevas tecnologías*, 2000
- GIL, O., "*Telecomunicaciones y política en Estados Unidos y España. (1875-2002)*", Centro de investigaciones sociológicas, Madrid, 2002.
- GILLIES, L., "A review of the new jurisdiction rules for electronic consumer contracts within the European union", en *JILT*, nº 1, 2001;
- GINSBURG, J., "The private International Law of copyright in an Era if Technological Change", en *Rec. des Cours*, vol. 273, 1998.
- GOLDMAN, E., "A fresh look at Web Development and Hosting Agreements", en "*Multimedia and Web Strategist*" Vol. 4, nº 1, 1998
- GOLDSTEIN OLIVER, F., Y BARBRY, E., "À propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998", en *Cahiers Lamy Informatique*, septiembre 1998.
- GOMEZ ACEBO DENNES, A., Y GARCIA VALDECASAS SOLIS, M., "Evaluación de la conformidad de equipos y aparatos: comentarios al artículo 39" en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dir.), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.
- GOMEZ CASTALLO, J.D., "La autorregulación e Internet", en GOMEZ SEGADE, J.A. (Dir. ), *Comercio Electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- GOMEZ REINO Y CARNOTA, E., "La comisión del Mercado de las Telecomunicaciones" en *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*", Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- GOMEZ SEGADE, J.A. "El Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información" AAVV, GOMEZ SEGADE, JA (DIR), Y FERNÁNDEZ ALBOR BALTAR, A., TATO PLAZA, A., (COORDS), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001

ID., J.A., "El derecho de autor en el entorno digital", en *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*, AISGE, Editorial Reus, Madrid, 1999.

ID., "El Derecho de autor en el entorno digital", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 3, 1999;

- GÓMEZ T., "La liberalización de las Telecomunicaciones" en *El Control público de las telecomunicaciones. Autoridades reguladoras*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad Penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces", Aranzadi, Pamplona, 2004.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J., "Diversification, specialisation, flexibilisation et materialisation des règles de Droit International Privé", en *Recueil des cours*, nº 287, 2000.

ID., "La reforma del sistema español de derecho internacional privado. Algunas propuestas para su debate", en *Revista española de derecho internacional privado*, 2000.

- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., Y BORRAS, A., "Conferencia de la Haya de Derecho internacional Privado. Comisión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (22 a 24 de abril de 2002)", en REDI, vol. LIV, 2002.
- GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, J., "Napster: copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho de Autor en Internet", en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 6, 2000.
- GONZÁLEZ GONZALO, A., "La formación del contrato tras la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico", Comares, Granada, 2004.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., "Retención de datos de tráfico de las telecomunicaciones y proceso penal", en AAVV, *Estudios jurídicos de la Sociedad de la Información y nuevas tecnologías*. Libro con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Madrid, 2005.

ID., "La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión europea: Una aproximación crítica", en *Diario La Ley*, nº 6456, de abril de 2006.

- GONZALEZ MALABIA, S., "Tutela judicial del comercio electrónico", Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- GONZÁLEZ, A., "1987-2003: ¿Hacia una convergencia internacional?", en Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?, *Revista de Internet, Deecho y Política*, nº 1, 2005.
  - GONZALEZ, A., Y PAZ-ARES, T., "Actualidad Nuevas tecnologías", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menendez)*, nº 3, 2002.
  - GONZALO QUIROGA, M., "Arbitrabilidad de la controversia internacional", Alhulia, Granada, 2003.
- ID., "Orden Público y Arbitraje Internacional en el marco de la globalización comercial: arbitraje y derecho aplicable al fondo de la controversia internacional", Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003.
- GOTHOT, P., Y HOLLEAUX, D "La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", La Ley, Madrid, 1986.
  - GRAMUNT FOMBUENA, MD., "El régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información", en *Societas & Lex*, nº 8, 2002.
  - GRENFELL, M., "Is this the right number?. Regulatory due diligence and valuation in international Telecoms transactions: a checklist", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005.
  - GRETEL 2000. Grupo de regulación de las Telecomunicaciones. "Convergencia, Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, Audiovisual e Internet", Madrid, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, Vol.I., y Vol. II, 2000
  - GREWLICH, K.W. "Access to global Networks European Telecommunications Law and Policy, *German Yearbook of International Law*, vol. 41, 1998.
  - GRIGERA NAON, H.A., "Choice of Law problems in international commercial arbitration", *RCADI* vol, 289, 2001
  - GRINGAS, C., "The Law of the Internet", Londres, Butterworth, 1997.
  - GUELL L. LACRUZ, M., "Aventuras de la propiedad intelectual en el país de Internet", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 11, 2001.
  - GUILLEMARD, S., "Le cyberconsomateur est mort, vive l'adhérent", *JDI Clunet*, 2004.
  - GUILLÉN CATALÁN, R., "Aplicación de la Directiva de protección de datos personales y su libre circulación en el marco de Internet. Comentario a la sentencia del TJCE, Luxemburgo (pleno) de 6 de noviembre de 2003", en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº5, 2004-2.

- GUZMÁN LATORRE, D., *“Tratado de derecho internacional privado”*, Editorial jurídica de Chile, 2003.

## H

- HARDÍ, H, *“The History of the Net”*, School of Communications, Grand Valley State University, 1993.
- HARDÍ, L, *“The Evolution of ARPANET email”* History Thesis, UC Berkeley, 1994.
- HARRIS, J., “Jurisdiction Clauses and void contracts”, en *European Law review*, 1998.
- HARTLEY, T.C., “Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach”, en *Rec. Des Cours* , vol. 266, 1997.
- HATZIPARADISSIS, A., *“Indicadores económicos y la nueva economía”*, The IPTS Report, nº 78, octubre 2003.
- HAY, P., “Flexibility versus predictability and uniformity in choice of law”, en *RCADI*, vol. 226, 1991.
- HAYES, D., “Advanced Copyright issues on the Internet” en *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 7, 1998.
- HELFER, L.R., *“International Dispute Settlement at the trademark domain Name Interface”* Loyola Law School, Public Law and Legal Theory, Research paper nº 2001-9, Los Angeles, Abril 2001.
- HELIODORO ALCARAZ, “Consideraciones sobre la interconexión para el servicio telefónico básico”, en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4469, de 30 de enero de 1998.
- HERMAN VERBIST & CHRISTOPHER IMHOOS, “Arbitration, Telecommunications and Electronic Commerce. A summary of the Final report of a working party of the ICC Commission on International Arbitration”, *ICC International Court of Arbitration*, nº 10-2, 1999.
- HERNÁNDEZ GUERRERO, F.J., “Las tecnologías de la información y los derechos humanos: el envés de la tecnología digital, hacia la sociedad vigilada”, en *Fiscalía.org*, 2002.

- HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P., "Certificados digitales, autenticación y confianza en Internet", en *Revista de la contratación electrónica*, nº 58, 2005,.
- HERNANDEZ, C., "Hackers, los piratas del chip y de Internet", *Revista Vlex de Derecho y Nuevas tecnologías*, 2001.
- HERNANDO COLLAZOS, I., "*Contratos informáticos (Derecho informático, legislación y práctica)*" Carmelo, San Sebastián, 1995.
- HERNANDO, I., "Commercial Communications and Services in the Information Society: Tax implications of Electronic Commerce", en *Information Technology Law*, Basic Study, 2000
- ID., "*Other Intellectual Property Laws Aplicable to IT Components: IT Components and Contracts*", *Information Technology Law*, Basic Study, 2000
- HERRAN ORTIZ, A.I., "*El Derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de proteccion de datos*", en Dykinson, 2004.
- HERRANZ CONDE, C., "Los Proveedores de Servicios de Internet", en AAVV, *Régimen Jurídico de Internet*, CREMADES, FERNANDEZ-ORDOÑEZ E ILLESCAS (Coords), La Ley, Madrid, 2002
- HERVE J, "La telemedicina en Derecho comparado: algunos aspectos jurídicos", en *Diario La Ley*, nº5795, 2003.
- HEUTGER, V., "Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration", en *European Review of Private Law*, vol. 10, 2002,.
- HEUZE, V., ., "De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Rev. Crit. Droit Privé*, vol. 89, nº 4, 2000.
- HILL, J., "Choice of Law in contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", en *International and Comparative Law Quarterly*, nº 53, 2004.
- HOBBS Z, "*The Internet Hobbes Cronology v.4.0*" by The MITRE Corporation, 1999.
- HONDIUS, E., "European private Law: Survey 2000-2002", en *European review of private law*, vol. 10, 2002.
- HUET, J., "De la vente de logiciel", en AAVV, *Mélanges Catala*, Paris, Litec, 2001;

- HUGENHOLTZ, P.B., "Caching and Copyright: The Right of temporary Copying", en *EIPR*, 2000.
- HUIDOBRO MOYA, J.M., Y PASTOR LOZANO, P., "*Infraestructuras Comunes de Telecomunicaciones. Nueva reglamentación comentada de las ICT*", Creaciones Copyright SL, Madrid, 2003.

## I

- IGLESIAS BUHIGUES, J.L., "La cooperación judicial internacional en materia civil", en *Colección Escuela Diplomática*, nº 5, Madrid, 2001.
- ID., "La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam", en *Revista General de Derecho*, Valencia, nº 644, mayo 1998.
- ID., "Las obligaciones extracontractuales en el Anteproyecto de Convenio CEE y en el derecho conflictual español", en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*. Madrid, tomo II, 1979, pp. 1123-1145.
- ID., "Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en la CEE y en Derecho español", en *Instituto de Estudios Administrativos. Cuadernos de Administración pública*, nº 7, Madrid, 1977
- ID., "El espacio judicial integrado en Europa occidental: Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988", en *Gaceta jurídica de la CEE*, nº 68, julio 1989.
- ID., "El convenio "paralelo" CEE-AELC relativo a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil", *Gaceta jurídica de la CEE*, boletín nº 51, julio 1988.
- ID., "Proyecto de Convenio CEE sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", en *Revista Instituciones Europeas*, vol. 7, Madrid, 1980.
- ID., "Le nouveau système de règles de conflit du Droit International Privé espagnol", en *Revue Critique de DIPr*, nº 2, Paris, 1976.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L., Y DESANTES REAL, M., "Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa", en *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, RODRÍGUEZ IGLESIAS Y LIÑAN NOGUERAS (Dirs), Granada, Civitas, 1993.

ID., "Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del Convenio del Bruselas de 1968 en la LOPJ de 1985", en AAVV, *Las relaciones de vecindad*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1985.

- ILLESCAS ORTIZ, R., "Comunicación comercial y oferta contractual electrónica: la propuesta de contrato entre la prohibición y las incertezas", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 40, 2003.

ID., "*Derecho de la contratación electrónica*", Madrid, Civitas, 2001;

ID., "*La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica*" en *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, Pamplona, 2003

ID., "Los Principios de UNIDROIT: ¿Una nueva lingua franca para la redacción de los contratos comerciales internacionales?", en *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del comercio internacional*, ALVARADO, L., CLAVERO, M., Y OTROS (Coords)., Aranzadi, Pamplona, 2003, pags., 385-393

- ILLESCAS ORTIZ, R., Y PERALES VISCASILLAS, M. P., "*Derecho Mercantil Internacional. el derecho uniforme*", Editorial centro de estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 2003.
- IRIARTE AHON, E., "Creando un Sociedad Democrática en torno a Internet", *Revista Electrónica de Derecho Informático*, enero 2002.
- IZQUIERDO TOLSADA, M., "*Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*", Madrid, 2001.

## J

- JAY M. ZITTER, J.D., "Liability of Internet Service Provider for internet or e-mail Defamation", en *American Law Report*, 84 A.L.R. 5<sup>th</sup> 169, 2000.
- JAYME, E., "Le Droit International privé du nouveau millénaire; la protection de la personne humaine FACE á la globalisation", en *Rec. De Cours.*, vol. 282, 2000.
- JENARD, P., "*Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968*", DOCE C 189 de 28 de julio de 1990.

- J.H. GIJRATH, S., "Interoperability revisited: How far does the duty to negotiate access and interconnection extend", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2006.
- JIJENA LEIVA, R.J., "Propiedad intelectual e Internet", en *Revista electrónica de derecho informático, REDI*, nº 10 de mayo de 1999.
- JUENGER, F.K., Y SÁNCHEZ LORENZO, S., "Conflictualismo y lex mercatoria en el Derecho Internacional privado", en *REDI*, vol. 52, 2000.
- JULIA BARCELÓ, R. "*Comercio Electrónico entre empresarios: la formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*", Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.  
ID., "Contratos electrónicos B2B: Creación de un marco jurídico a la carta", en *Régimen jurídico de Internet*, 2002.  
  
ID., "La reponsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos", en *Revista de Contratación electrónica*, nº 6, 2000  
  
ID., "Liability fon on line Intermediaries: A European Perspective", *European Intellectual Property Review* nº12, 1998.  
  
ID., "On line Intermediaries Issues: Comparing E:U and U.S. Legal Frameworks" *European Intellectual Property Review* nº3, 2000
- JULIA BARCELÓ, R., MONTERO, E., Y SALAUN, A., "La proposition de Directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies", en *Commerce électronique (Le temps des certitudes)*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, nº 17, Bruylant, Bruselas, 2000.
- JULIÁ BARCELÓ, R., Y KOELMAN, K.J., "La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de comercio electrónico: problemas no resueltos", en *Revista de Contratación electrónica*, nº 6, 2000.

## K

- KASSIS, A., "*Le nouveau droit européen des contrats internationaux*", L.G.D.J., Paris, 1993.
- KATSH, M., E.; RIFKIN, J., "*Online dispute resolution: resolving in cyberspace*", Jossey-Bass, San Francisco, 2001.
- KAUFFMANN KOHLER, G., "La resolución de litigios en línea, perspectivas y retos para el contencioso internacional contemporáneo", en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, nº 4, 2003.



ID., "Choice of courts and choice of law clauses in electronic contracts", en AAVV, *Aspects juridiques du commerce électronique*, Zurich, Schulthess, 2000.

ID., "*Internet: mondialisation de la communication-mondialisation de la résolution des litiges?*", en K.Boele-Woelki y C. Kessedjian, *Internet Which Courts Decides? Which Law Applies? Quel Tribunal Décide? Quel droit s'applique?*, La Haya, Kluwer, 1998.

- KELLOGG, M.K., THORNE, J., Y HUBER, P.W., "*The Telecommunication Act of 1996*", Little, Brown & Company, Boston 1996

ID., "*Federal Telecommunication Law*", Little, Brown & Company, Boston 1992.

- KENNETH, S., "*Trademark Law Lost in Cyberspace: Trademark Protection for Internet Addresses*", Harvard Journal of Law and Technology , n°9 1996

- KESSEDJIAN, C., "Un exercice de rénovation des sources du Droit des contrats du commerce international: les Principes proposes par l'Unidroit", en *Rev. Crit. Droit, Inter. Privé*, 1995.

- KLEINWÄCHTER, W., "*Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance.*", World Summit Information Society by International Telecommunication Union, 2003

- KNÖFEL, S., "Mandatory Rules and Choice of Law: A Comparative Approach to article 7(2) of the Rome Convention", en *JBL*, 1999.

- KOCH, B.A., "The European Group on Tort Law and its principles of european tort law", en *The American journal of comparative law*, American society of comparative law, vol. 53, n° 1, 2005

- KOELMAN, K.J., "Online Intermediary Liability", en *Copyright and electronic commerce (Legal Aspects of electronic Copyright management*, Ed. P.B. Hugenholtz, La Haya, 2000.

- KOHN, S., Y RUBIN, L., "A Primer on Current U.S. Copyright Law and its Applicability to the digital Environment", *Understanding Basic Copyright Law 1998*, Practising law Institute, Patents, Copyright, Trademarks and literary Property Course Handbook series, n° 527, 1998.

- KRONKE, H., "Applicable law in Torts and contracts in Cyberspace", en K. BOELE-WOELKI Y C. KESSEDJIAN (eds.), en *Internet Which Courts decides?, Which law applies? Quel tribunal decide? Quel droit s'applique?*, la Haya, Kluwer, 1998.

- KUNER, C., "*European Data Privacy Law and Online Business*", en Oxford University Press, 2003;

## L

- LAGARDE, P., "Le nouveau Droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", en *Rev. Crit. Droit Int. Privé*, Vol. 80, 1991.  
  
ID., "Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain. Cours general de droit international privé", en *Rec. Des Cours*, vol. 196, 1986-I  
  
ID., "Approche critique de la lex mercatoria", *Etudes B. Goldman*, Paris, Litec., 1982
- LAGUNA DE PAZ, J.C., "*Telecomunicaciones: regulación y mercado*", Aranzadi, Pamplona, 2004.
- LANDO, O., "European Contract Law", en *International Contracts and Conflicts of Laws. A collection of Essays*, London, Graham & Trotman, 1990.  
ID., "The conflict of Law of Contracts. General Principles", en *Rec. Des Tours*, vol. 189, 1984-I.  
  
ID., "The future development of European civil and comercial law", en *Derecho patrimonial europeo*, PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., Y REYES LOPEZ, M.J., (Coords), Aranzadi, 2003.  
  
ID., "El Derecho contractual europeo en el tercer milenio", en *Derecho de los negocios*, nº 116, 2000, pags., 1-20.;
- LANDO, O., Y BEALE, H., "*Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised*", La Haya, Kluwer, 2000;
- LANZOS SANZ, A., "Los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial en el ámbito de las nuevas tecnologías", en *Revista electrónica de derechos informático, REDI*, nº 54, de enero 2003.
- LAPRÉS, DA., "L'exorbitante affaire Yahoo!", en *JDI Clunet*, 2002.
- LE TOURNEAU, P., "*Theorie et pratique des contrats informatiques*", Dalloz, Paris, 2000
- LEFEBVRE, F., "*Memento Practico. Contratos mercantiles 2003-2004*", Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2002.
- LEHMANN, L.M., "El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa", en *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001

- LESSIG, L., *"El Código y otras leyes del ciberespacio (Code and other laws of cyberspace, 1999)*, Madrid, Taurus, 2001.
- LESSING, L.; ALBEROLA, E., *"El código y otras leyes del ciberespacio"*, Taurus, Madrid, 2001.
- LETE ACHIRICA, J., *"Los principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales"*, en *Actualidad Aranzadi*, nº6, 1996.
- LEVY, S., *"Hackers. Heroes of the Computer Revolution"*, Penguin-USA, Nueva York, 2001.
- LIPARI, N., *"Diritto privato e diritto privato europeo"*, en *AAVV, Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Giuffré, Milano, 2002.
- LIPOVETSKY, S., *"Les clauses limitatives de responsabilité et de garantie dans les contrats informatiques: approche comparative France/Etats Unis"*, en *Petites affiches*, nº 152, 2000.
- LISCO, CC., *"Case study in online mediation: Resolution across borders"*, 2003,
- LITTLE, C., *"Welcome to the Web"*, *Business Law Today*, nº 7, 1998.
- LLACER MATA CÁS, M.R., *"El tratamiento lícito de los datos personales en Internet"*, en *Revista vlex de Derecho de las nuevas tecnologías*, 2001
- LLANEZA GONZALEZ, P. *"Internet y Comunicaciones Digitales. Régimen Legal de las tecnologías de la información y la Comunicación."* Barcelona, Ed. Bosch, 2000.
- ID., *"Nuevo Marco Regulatorio de la Telecomunicaciones"* Barcelona, Ed. Bosch, 2002.
- ID., *"Aplicación práctica de la LSSICE"*, Barcelona, Bosch, 2003.
- ID., *"La LSSI existe: Practik de la LSSICE"*, en *Noticias Jurídicas*, abril 2003.
- ID., *"La protección de datos personales en el entorno Web"*, en *Revista Datos personales*, nº 7, enero 2004.
- LLODRA GRIMALT, *"El contrato celebrado bajo Condiciones Generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido"*, Tirant on line, Valencia, 2002
- LÓPEZ GARCÍA, G., *"Modelos de comunicación en Internet"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ, A., “*Contratos Internacionales de Software*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

ID., “An European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce”, en *CMLR*, vol. 38, 2001.

ID., “Cross border disputes on Online Consumer Contracts in the European union: the Brussels Convention, the Brussels regulation and the role of alternative dispute resolution systems”, en *Journal of network industries*, vol. 2, nº 2, 2001.

ID., “la ley aplicable a la propiedad industrial e intelectual en la Propuesta de Reglamento Roma II”, en *Gaceta Jurídica*, nº235, 2005, pags. 23-43, en especial pag.26

- LOPEZ-TAFAL BASCUÑANA, J.J., “*Las telecomunicaciones: un sector clave en las economías modernas*”, Información Comercial Española, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid., 2001

- LOVINK, G., “*Fibra oscura. Rastreado la cultura crítica de Internet*”, Tecnos, Madrid, 2003.

- LOZA CORERA, M., Y RODRÍGUEZ CASAL, C., “Nueva legislación europea en materia de protección de datos”, en *Diario La Ley*, nº 5549, mayo de 2002.

- LUCAS, A., “*Aspectos de derecho internacional privado de la protección de las obras y los objetos de derechos conexos transmitidos por las redes digitales mundiales*”, Doc. OMPI GCPIC/1, de 25 de noviembre de 1998.

- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “*Informática y protección de datos personales. Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*”, en *Cuadernos y Debates*, nº 43, Madrid, 1993.

ID., “La primera jurisprudencia sobre el Derecho a la autodeterminación informativa”, en *Revista Datos personales*, nº 1 de marzo de 2003.

## M

- MAC BRIDE, R., Y ESTEVE GONZALEZ, L., “La firma electrónica en la celebración del contrato electrónico a través de Internet entre empresas

(B2B)", en *Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información*, 2004

- MAGRO SERVER, V., "La delincuencia informática. ¿Quién gobierna en Internet?", en *Diario La Ley*, nº 6077, septiembre de 2004.
- MADRID PARRA, A., "El negocio jurídico electrónico", en *Revista de la contratación electrónica*, nº 28, 2002.

ID., "Seguridad en el Comercio electrónico", en *Contratación y comercio electrónico*, Orduña Moreno (Cood), Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- MAESTRE, J.A., "*El Derecho al Nombre de Dominio*", Aranzadi, Pamplona, 2002
- MALDONADO ELVIRA, S., "Formación y Validez del contrato electrónico: Estudio comparado", en *Revista de derecho Informático*, nº 51, octubre 2002.

ID., "Sitio Web y contenidos en el nuevo marco jurídico de los derechos de autor", en *Revista electrónica de derecho informático, REDI*, nº 29, de diciembre de 2000

- MALLETT-POUJOL, N., "Les enjeux juridiques de l'internet", en *Revue Problems politiques et sociaux*, nº 893, octubre 2003.
- MANEVY, I., "*Online dispute resolution: What future?*", 2002,
- MARCUS F., "Global Internet Governance", en "*Governing the Internet. The Emergence of an International Regime*", Ed. Lynne Rienner Publishers, EEUU, 2001.

- MARIA RICCIO, G., "La Responsabilità civile degli Internet providers alla luce Della direttiva n. 2000/31/CE", en *Revista electrónica de derecho informático*, nº 47, 2002

- MARINI, L., "Profili giuridici del commercio elettronico nel Diritto internazionale e comunitario", en *Diritto del commercio internazionale*, 2000.

- MÁRQUEZ LOBILLO, P., "Empresarios y profesionales en la sociedad de la información", en *Cuadernos Mercantiles*, nº 33, Madrid, 2004.

ID., "Reflexiones conceptuales a propósito de los términos comercio electrónico, contratación electrónica, contrato informático y contratación informática", en *Revista de Derecho informático*, nº 69 de abril de 2004.

- MARRELLA, F., "*La nuova Lex Mercatoria*", Cedam, Padova, 2003.

- MARROIG POL, L., "La Seguridad Nacional y el Acceso a los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas", en *Doctrina La Ley*, nº 5799, 2003.
  - MARTIN CASALLO LÓPEZ, J.J. "Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet", Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.
  - MARTIN CASALS, M., "El European Group on tort law y la elaboración de unos principios europeos del derecho de la responsabilidad civil (Grupo Tilburg/Viena o Spier/Koziol)", en *AAVV Derecho privado Europeo*, 2003.
  - MARTÍN CAVE, "Spectrum Management for a Covering world: Case study on the United Kingdom", International Telecommunication Union, 2002.
  - MARTÍN REYES, MA., "Servicios de la sociedad de la información: ámbito coordinado y sujetos de los mismos", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 41, 2003.
  - MARTIN, A., Y DE QUINTO ZUMÁRRAGA, F., "Manual de seguridad en Internet. Soluciones técnicas y jurídicas", en *Revista vlex de derecho y nuevas tecnologías*, 2003
  - MARTIN, MS., "Keep it online: The Hague Convention and the need for online alternative dispute resolution in international business to consumer e-commerce", *Boston University International Law Journal*, nº 20, 2002.
  - MARTINEZ GARCÍA, E., "El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
  - MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., "Vida privada en Internet", en *Revista Datos personales*, nº 8 de marzo de 2004.
  - MARTÍNEZ NADAL, A, "Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación", Madrid, Civitas, 2001
- ID., "La Ley de firma electrónica" Madrid, Civitas, 2ª edición, 2000.
- ID., "Aproximación al concepto jurídico de dinero electrónico", en *Diario La Ley*, nº 5842, septiembre 2003.
- ID., "Firma electrónica, certificados y entidades de certificación", en *Revista de contratación Electrónica*, 2004
- MARY HARNEY, I., "European Communities (Directive 2000/31/EC). Regulations 2003." En *Revista de Contratación electrónica*, nº38, 2003
  - MARZO PORTERA, A., MARZO PORTERA, I., MARTINEZ FLECHOSO, G., "Los contratos informáticos y electrónicos: guía práctica y formularios", Barcelona, Experiencia, 2004.

- MARRELLA, F. "La nuova Lex Mercatoria", Cedam, Padova, 2003.
- MASEDA RODRÍGUEZ, J , "Aspectos internacionales de la concesión comercial", Universidade do Santiago de Compostela, 2000  
 ID., "Algunas consideraciones respecto de los arts. 5.1 y 17 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968", en *La Ley*, nº 4296, de 27 de mayo de 1997  
 ID., "Ley aplicable y protección de agentes comerciales establecidos en la comunidad", en *La Ley*, nº 5298 de abril de 2001.
- MAS-FOVEAU, S., Y BENACHOUR-VERSTREPEN, M., "Le commerce électronique en toute confiance. Diagnostic des pratiques et environnement juridique", Litec, Paris, 2001.
- MASSAGUER FUENTES, J., "La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El Tratado OMPI sobre derecho de autor (WCT) y el Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas (WPPT)", en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 13, 2003.
- MATEU DE ROS CEREZO, R., "¿Hay consentimiento en los contratos en masa?", en *Cuadernos de derecho y comercio*, Consejo general del notariado, nº 42, diciembre 2004.  
 ID., "El consentimiento electrónico en los contratos bancarios", en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, nº 79, 2000.
- MATEU DE ROS, R.; CENDOYA MENDEZ DE VIGO, J.M. "Derecho de Internet: contratación electrónica y firma digital" Pamplona, Aranzadi, 2001.
- MATIAS CLAVERO, G., Y ARIAS OLIVA, M., "Dirección Estratégica de redes organizacionales", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 46, de octubre de 2003.
- MAYOR MENÉNDEZ, P., "Hacia una nueva configuración de los títulos habilitantes en la normativa reguladora de las telecomunicaciones", en *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*, VILLAR URIBARRI, JM., (Dir), Aranzadi, Pamplona, 2003  
 ID., "La Nueva Ley General de Telecomunicaciones", en Calvo Diaz, G, (Dir), *El nuevo marco jurídico de las Telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- MCCROHAN, K.F. "Facing the threats to electronic commerce", *Journal of Business & Industrial Marketing*, Vol. 18, nº2, 2003.
- MCEVEDY, V., "The DMCA and the e-commerce Directive ", *EIPR*, 2002.

- MEGÍAS QUIRÓS, J.J., "Sociedad de la Información", en *Revista de Contratación electrónica*, nº 27, 2002.
- MÉNDEZ, R. M., "La publicidad ilícita, engañosa, desleal, subliminal y otras". Barcelona, Bosch, 2001.
- MENDOZA LOSANA. A.I., "Competencia civiles y administrativas en los conflictos de acceso a redes de telecomunicaciones. En particular los conflictos de interconexión", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 5, 2004-2.
- MENDOZA LUNA, A., "Los Cookies ¿amenazan a la privacidad de la información en Internet?", en *Revista electrónica de Derecho informático, REDi*, nº 30 de enero de 2001;
- MENÉNDEZ MATO, J.C., "El contrato via Internet", Bosch, Barcelona, 2005.
- MENGUAL GOMIS, O., "El derecho de remuneración compensatoria por copia privada y los CDR-data", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 4, 2004-1.
- MERINO MERCHANT, J.F.; PEREZ UGENA COROMINA, M.; CASTELLANO TREVIÑA, J.L. "Curso de derecho de las Telecomunicaciones", Madrid, Dykinson, 2000.
- MESÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, JA., "La protección de datos de carácter personal en las telecomunicaciones", Dykinson SL, Madrid, 2004.
- MICHAEL K. KELLOGG, JOHN THORNE Y PETER W. HUBER, "Federal Telecommunication Law", Little, Brown & Company, Boston 1992.  
ID., "The Telecommunication Act of 1996", Little, Brown & Company, Boston 1996
- MICHALIS, M., "Regulation of Internet Telephony in the Unites States and the European Union", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2004.
- MICHINEL ALVAREZ, MA., "La Exclusión de la promesa de premio del ámbito de aplicación de las normas sobre consumidores en R. 44/2001. Comentario STJUE /Kapferer/16 de marzo 2006", en *La Ley* nº 6494 de 31 de mayo de 2006
- MIGUEL S. ELIAS, "Situación legal de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías", *Revista Electrónica de Derecho Informático, REDi*, nº 32, 2001



- MIRALLES MIRAVET, S., Y BACHES OPI, S., “La cesión de datos de carácter personal: análisis de la legislación vigente y su aplicación a algunos supuestos prácticos”, en *La Ley*, de 11 de mayo de 2001.
  - MIRANDA BELTRAN, R., “Nuevos servicios y aplicaciones a través del móvil”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras de Red*, nº14, 2003.
  - MITRAKAS, A., Y BOS, J., “The ICC Eterms Repository to support public key infrastructure”, en *Jurimetrics*, vol. 38, 1998.
  - MITRAKAS, A., “*Open EDI and Law in Europe (A regulatory framework )*”, La Haya, Kluwer, 1997
  - MOLES PLAZA, R.J., “*Derecho y control en Internet (La regulabilidad de Internet)*”, Ed. Ariel, Barcelona, 2004.
  - MORALES PRATS, F.; MORALES GARCÍA O.; FERNÁNDEZ PINÓS, J.,E., “*Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*”, Aranzadi, 2002.
  - MORENO LISO, L., “El comercio electrónico y la venta de medicamentos: una cuestión controvertida. Comentario a la STJCE de 11 de diciembre de 2003” en *Aranzadi SA*, 1554/2004.
  - MORENO NAVARRETE, M., A., “*Contratos electrónicos*”, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ID., “*Derecho-e. Derecho del comercio electrónico*”, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MOSTESHAR, S., “*European Community Telecommunications Regulation*”, Ed. Graham & Trotman, Londres 1993.
  - MUIRWATT, H., “Yahoo!, cyber-collision of cultures: Who regulates?”, en *Michigan Journal of International law*, nº 24, 2003.
  - MULAS GOMEZ, V., “El comercio electrónico a través del móvil” en *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, 2002
  - MULLIGAN, D., Y GOLDMAN, J., “The limits and the necessity of Self-Regulation: The Case for Both”, en *Privacy and Self-Regulation in the information Age, US. Department of Commerce*.
  - MUÑOZ CONDE, F., Y GARCÍA ARAN, M., “*Derecho penal. Parte General*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000

- MUÑOZ MACHADO, S., “Telecomunicaciones, Infraestructuras y libre competencia”, GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E.,(Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ID., “La regulación de la red. Poder y derecho en Internet”, Tauros, Madrid, 2000.

## N

- NIKOLINAKOS, N., POLYKALOS, S., Y KOUVELOU, D., “Bitstream Access policy in the EU Electronic Communications sector. Application of ex ante regulation and competition law”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2004.
- NOURISSAT, C., Y TREPPOZ, E., “Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Rome II”, en *Journal de droit international*, nº 1, 2003.
- NOVECK, B.S., “Thinking Analogue About Digital Television? Bringing European content Regulation into The Information Age”, 1999

## O

- O’ROURKE, “Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World”, en *Minnesota Law Review*, Vol. 82, 1998.
- ID., “El derecho fundamental virtual a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas”, en *La ley*, nº 5592, de 2002
- ONTIVEROS RODRÍGUEZ, F., Y MORA LORENZO, C., “La Contratación electrónica”, *Diario La Ley*, nº 5730, 2003.
  - ONTIVEROS, E., “La Economía en la Red”, Taurus, Madrid, 2001.
  - ORDUÑA MORENO, F.J., “Derecho de la contratación y condiciones generales” en *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

ID., "Contratación bajo condiciones generales y contratos bancarios" en *Derecho de la Contratación y Condiciones generales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002

- ORDUÑA MORENO, Fr. J. / PLAZA PENADÉS, J., "*Legislación sobre comercio electrónico y nuevas tecnologías*". Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ORTEGA DÍAZ, J.F., "Sitio Web y enlaces en Internet. Una reflexión desde el ámbito de la propiedad intelectual", en *Revista de Contratación electrónica*, nº 35, 2003.
- ORTEGA GIMENEZ, A., "la transferencia internacional de datos de carácter personal y el derecho internacional privado", en *Diario La Ley*, nº 6237, de abril de 2005.

ID., "La transferencia internacional de datos en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal y el derecho internacional privado", en *UAIPIT*, 2004.

ID., "Transferencia de datos personales entre la UE y EEUU", en *IURIS, Actualidad y practica del derecho*, nº 83, la Ley, Madrid, 2004.

ID., "La determinación de la ley aplicable en materia de protección de datos de carácter personal en Internet", en *Bulletin IPR Helpdesk*, nº 19 febrero 2005

- ORTÍ VALLEJO, A., "*Derecho a la intimidad e informática. Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada*", Granada, Comares, 1994.;
- ORTIZ BRU, C., "La política Europea en materia de telecomunicaciones. Hacia la nueva sociedad de información" en *Contratación y comercio electrónico*, Coord. Orduña Moreno, F.J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, C., "En torno a los problemas de aplicación de las normas de competencia judicial: reflexiones sobre la admisibilidad del Forum non conveniens en el derecho español", *AEDIP*, nº 1, 2001.

## P

- PACIFICO, M., "La firma digitale in prospettiva europea", en *Europa e Diritto privato*, 1998.

- PALAO MORENO, G., "Comentarios a la Disposición Adicional Única de la Ley 60/2003", en Barona Vilar, S (Coor.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje. (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)* Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- ID., "Hacia la unificación de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales en Europa (una visión crítica del Anteproyecto de Propuesta de Reglamento Roma II)", en *Derecho Patrimonial Europeo*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.
- ID., "La Ley aplicable a la responsabilidad civil del médico en derecho internacional privado español", *Anuario de Derecho civil*, 1997.
- ID., "La aplicación de la regla *forum delicti commissi* (el art. 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968) en supuestos de difamación por medio de prensa", en *Noticias de la Unión europea*, nº 141, 1997
- ID., "*Acceso á justiça estatal na sociedade global e novas tecnologias: os casos do brasil e da espanha*", en Justiça, Trabalho e Criminçalidade na Tecnologia Informática, Centro universitario de Joao Pessoa-UNIFE, Paraíba-brasis/universidad de valencia, 2004.
- ID., "*Comercio electrónico y protección de los consumidores en los supuestos de carácter transfronterizo en Europa: problemas que plantea la determinación de los tribunales competentes*", en OCTAVIO PIMENTE, L.,(Coor.. ) Mercosul, ALCA e Integraçao Euro-Latino Americano, vol. 1, Juruá Editora, Chile, 2001
- PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R., Y FERNANDEZ MASÍA, E., "*Derecho del Comercio internacional*", ESPULGUES MOTA, C (Dir), Valencia, tirant lo Blanch, 2003.
- PANTALEÓN, F., "Comentario al artículo 1902", en *Tomo II del Comentario al Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PARDO GATO, J.R., "*Las páginas Web como soporte de condiciones generales contractuales*", Aranzadi, Pamplona, 2003;
- PARERAS, L. G. "*Internet y Derecho*", Barcelona, Masson, 1997.
- PARRAS ROSA, M., Y BERNAL JURADO, E., "El sistema de tarjetas de pago bancario en España y su influencia en el desarrollo del comercio electrónico", en *Estudios sobre consumo*, nº 59, 2001.
- PASQUAU LIAÑO, M., "La contratación a distancia: teoría general del contrato, protección de los consumidores y armonización europea", en *Responsa Iurispritorum Digesta*, v. III, Universidad de Salamanca, 2002.
- PAULSSON, J., "La Lex Mercatoria dans l'arbitrage CCI", *Rev. Arb.*, 1990.

- PEGUERA POCH, M., "La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet", en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, MORALES PRATS Y MORALES GARCÍA (Coords), Aranzadi, cizur menor, 2002.
  - PEKKA HIMANEN, "The Hacker ethic and the spirit of the Information Age", Random House, Nueva York, 2001;
  - PENA LOPEZ, JM., "Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español", en *Revista de Derecho privado*, marzo-abril 2004.
  - PENDÓN MELÉNDEZ, M.A., "Preámbulo. Propósito de los principios", en *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del comercio internacional*, ALVARADO, L., CLAVERO, M., Y OTROS (Coords)., Aranzadi, Pamplona, 2003.
  - PERALES VISCASILLAS, M. P., "Formación del contrato" en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001;
- ID., "Cláusulas contractuales 2004 de la ICC para el comercio electrónico (ICC eTerms 2004) y guía de la ICC para la contratación electrónica", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 59, 2005.
- ID.; "Forma del contrato" en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001.
- ID., "Publicidad y Formación del contrato", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 41, 2003
- PERDIGAO, J., "Internet: Del Hiperenlace al multimedia interactivo", en *The IPTS Report*, nº 12, 1997.
  - PEREZ BUSTAMANTE, R.; MERINO MERCHAN, J.F.; CASTELLANO TREVILLA, J.L. "Política y Derecho de las Telecomunicaciones en la Unión Europea", Madrid, Dykinson, 2000.
  - PEREZ CHULIÁ, B., "Régimen Jurídico del sector audiovisual y de las telecomunicaciones: un desafío para Europa", Comares, Granada, 2002.
  - PEREZ DAUDÍ, V., "Comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo de 2 de junio de 1999", *Revista vlex de derecho y nuevas tecnologías*, 2001.
  - PÉREZ GIL, J., "Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el Convenio sobre Ciberdelito", en *Actualidad Penal*, nº 36, 2003.
  - PEREZ LUÑO, A.E., "Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: La libertad informática", en *ADPEP*, nº 2, de 1989/90.

- PEREZ PEREIRA, M., "Paginas Web: condiciones, políticas y términos legales. (Recensión del libro de Brandt Graterol, L., Ed. Legis, Caracas, 2001), en *Revista de Contratación electrónica*, nº 43, 2003.
- PÉREZ RUIZ, M., A., "*La publicidad en España*", Fragua, Madrid, 2001.
- PEREZ SERRANO, P.L., "La formación de las empresas en el comercio electrónico", *Revista de Contratación electrónica*, nº 36, 2003
- PÉREZ VERA, E., "*Derecho internacional privado*", vol. II, UNED, Madrid, 2005
- PETERSON, C.H., "Private international law at the end of the twentieth century: progress or regress?", *AJCL*, 46, 1998.
- PICAZO SENTÍ, P., Y CHAVELI DONET, E., "El tratamiento de datos por terceros. Algunas peculiaridades prácticas", en *Revista electrónica de derecho informático*, nº 48, 2002.

ID., "El tratamiento de datos personales en el sector de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico", *Revista vlex de Derecho de las nuevas Tecnologías*, 2002.

- PICÓ Y JUNIO, J., "El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales", en *La Ley*, nº 6198, de febrero de 2005.
- PINOCHET OLAVE, R.; GRAMUNT FOMBUENA, M.D., "*Contratos electrónicos y defensa del consumidor*", Marcial Pons, Madrid, 2001.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., "*El Derecho fundamental a la protección de datos personales*", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- PLANELL, E., "Casos límite para la UDRP (reflexiones a propósito del asunto Barcelona.com)", en portal UOC ([www.uoc.edu](http://www.uoc.edu)), publicado en julio 2002
- PLAZA PENADES J., "*Propiedad intelectual y sociedad de la información: (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y responsabilidad civil en la Red)*". Aranzadi, Pamplona, 2002

ID., "Contratación electrónica y pago electrónico.(en el derecho nacional e internacional)" en *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003;

ID., "Alojamiento y descarga de fonogramas desde una página Web sin autorización de la productora musical. Comentario a la SAP Barcelona (secc. 15ª) de 27 de junio de 2002 (AC 2002, 1551)", en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 2 , 2003-2.

ID., "El marco jurídico de la contratación electrónica", en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 4, Pamplona, 2004.

ID., "La contratación Electrónica en la Ley de Servicios de la sociedad de la Información y Comercio Electrónico", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Nº 1-2003.

ID., "La firma electrónica tras la reforma operada por la Ley 24/2001", en *Revista de contratación electrónica*, nº 26, 2002.

ID., "La Ley 59/2003 de Firma electrónica", *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2004.

ID., "La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otra redes (su regulación en el derecho comunitario y en la LSSICE)" en *Contratación y Comercio Electrónico*, Orduña Moreno, F.J. (Coord), Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

ID., "Responsabilidad de los Proveedores de servicios de la sociedad de la información" en *Propiedad intelectual y Sociedad de la Información (Tratado OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad civil en la Red)*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- PLENDER, R., Y WILDERSPIN, M., "The European Contracts Convention", Londres, 2001.
- PLENTER, S., "Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the global information infrastructure: A never-ending story?", en *EIPR*, 2001.
- POILLOT, E., "L'acquis communautaire et le droit de retractation", en *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, nº 4, 2005.
- POMBO, F., "Contratación electrónica", en *Régimen jurídico de Internet*, Cremades, J., Fernandez Ordoñez, MA., Illescas, R., (Coords), La Ley, Madrid, 2002.
- PONS DE VALL ALOMAR, M., Y VILADAS JENE, A., "Propiedad Intelectual e Internet", en *Regimen Juridico de Internet*, Cremades, J., Fernandez Ordoñez, MA., Illescas, R., (Coords), La Ley, Madrid, 2002.
- PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., "Auditoria legal de un sitio Web", en *Noticias jurídicas*, mayo 2005.

ID., "Contratos de Hosting. Una visión general acerca de las principales cuestiones que conviene tener en cuenta al negociar este tipo de contratos", *REDI*, nº 41, 2001.

ID., "Titularidad y Protección Jurídica de los sitios Web", *Revista electrónica de derecho informático REDI*, nº43, 2002.

ID., "Web site development and Hosting agreements", *Computers and Law*, vol.11-4, 2000

ID., "Responsabilidad por daños causados por virus", en *Noticias jurídicas*, octubre de 2001

- PRIETO ANDRES, A., "La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones", en *La Ley* nº5620, de septiembre de 2002.

ID., "Los riesgos jurídicos de la utilización de links en un sitio web" en *Revista Electrónica de derecho informático* nº42.

- PROSSER, T., "*Law and the Regulators*", Clarendon Press, Oxford, 1997.
- PUCHADES MUÑOZ, P., "Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública y privada. Comentarios al artículo 30" en *Comentarios a la ley 32/2003 de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, CREMADES Y RODRÍGUEZ ARANA (Dir.), La Ley y Fundación Vodafone, Madrid, 2004.

## Q

- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común atento a los objetivos del mercado interior", en *Bases de un Derecho Contractual europeo. Bases of European Contract Law*, ESPIAU ESPIAU, S., Y VAQUER ALOY, A., (Ed.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

ID., "Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento Roma I de 15 de diciembre de 2005", en *INDret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2006, pp. 1-21

## R

- RAMONET, I., "*La post-televisión: multimedia, Internet y globalización económica*". Icaria, Barcelona, 2002.
- RAMOS HERRANZ, I., "Medios de pago electrónicos" en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001.



ID., "Obligaciones previas al inicio de la contratación electrónica (comentario al art. 27 de la LSSICE)", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 50, 2004.

ID., "Propiedad industrial e intelectual" en *Revista de Contratación electrónica*, nº 36, marzo de 2003.

- RAMOS SUÁREZ, F., "¿Es legal el uso de cookies?", en *Revista electrónica de derecho informático, REDI*, nº 1 de 1998.

ID., "Implicaciones jurídicas de la Tecnología Wap", en *Revista de Derecho Informático*, nº 22 de mayo de 2000.

ID., "Protección de los derechos de autor en Internet", en *Revista vlex de derecho de las nuevas tecnologías*, 2001.

- RAUSTIALA, K., "Form and substance in international agreements", en *American Journal of international Law, American Society of International Law*, vol. 99, nº 3, 2005.

- RAWSON, S., "Impact of new communications framework on service providers", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2003.

- REBOLLO DELGADO, L., "Difusión a través de Internet de infracciones penales o administrativas, sin consentimiento de los interesados", en *Revista Datos personales*, nº 9 de mayo de 2004.

ID., "Sentencia del TJCE de 6 de noviembre de 2003. Caso Bodil Lindqvist", en *Revista Datos personales*, nº 9, de mayo de 2004.

- REGLERO CAMPOS, F., "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en *AAVV Tratado de responsabilidad civil*, Cizur Menor, 2002

- REIDENBERG, J., "Hearing the EU Data Protection Directive: Implications for the US Privacy Debate", ante el *Subcommittee on Commerce, Trade and Consumer protection of the House Committee on Energy and Commerce of EEUU*, de 8 de marzo de 2001.

- REQUEJO ISIDRO, M., "La ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la prestación transnacional de servicios en el seno del EEE", en *REDI*, 2003-II, vol. LV.

ID., "Tessili y Concorde, De Bloos y Leathertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: un Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas fiel a sí mismo, veintitrés años después", *La Ley*, 2000-I, D-7.

- REVUELTA PEREZ, I., *"Incidencia de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicio de la sociedad de la información y del comercio electrónico en el servicio universal de telecomunicaciones: la inclusión del acceso a Internet"*, Revista electrónica de la Universidad de Valencia, 2003
  - RIBAS ALEJANDRO, J., *"Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet"*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- ID., "Legislación norteamericana sobre protección de la propiedad intelectual en Internet", en *Circulares Landwell*, nº5010, 1999
- ID., "Retención de dominios por parte del PSI", en *Circulares Landwell*, nº1015, 1999.
- ID., "Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 9 de octubre de 2000.
- RIBERA BLANES, B., "Hipervínculos y Frames desde la perspectiva del derecho de reproducción del autor (Análisis de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor en la sociedad e la información)", en *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 13, abril 2003.
  - RICO CARRILLO, M., "El dinero electrónico y la ley financiera", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 40, 2003.
- ID., "El pago mediante tarjetas en el comercio electrónico a través de Internet", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 3, 2000.
- RIGNEY, T.J., "Avoiding Slim reasoning and Said results: A proposal for indecency and obscenity regulation in radio and broadcast television", *Federal Communications law journal*, nº 297, 2003.
  - RIVERO CRUZ, D., "Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente a la firma manuscrita", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 60, 2005.
  - ROBERTO SOBRINO, W.A., "Las nuevas responsabilidades legales derivadas de Internet & e-Commerce y los nuevos seguros que amparan los riesgos", *Revista electrónica de Derecho Informático, REDI*, nº 32, 2001
- ID., "Responsabilidad de las empresas Proveedoras de Servicios de Internet (Information Providers)", en *Revista electrónica de Derecho Informático, REDI*, nº 25, 2000
- RODRÍGUEZ BENOT, A., "Delimitación de la noción de consumidor en la contratación internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968", en *La Ley*, 1997.

ID., "La influencia de la globalización en la elaboración, aplicación e interpretación del sistema de Derecho internacional Privado: especial referencia al comercio electrónico y a la contratación internacional", en CALVO CARAVACA, AL. Y BLANCO MORALES LIMONES, P., (eds). *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003.

- RODRÍGUEZ CASAL, C., Y LOZA CORERA, M., "Los servicios de localización y la contratación móvil en España", en *Revista de contratación electrónica*, nº 26, 2002
  - RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J., "Los Registros en la sociedad de la información", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº3, 2003,
  - RODRÍGUEZ ILLERA, R., "Internet y Telecomunicaciones: El reparto de la cadena de valor", en Cremades, J., Fernández Ordoñez, MA., Illescas, R., (Coors), *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002
  - RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., "*Intervención judicial en los datos de tráfico de las comunicaciones*", Bosch, Barcelona, 2003.
  - RODRÍGUEZ LÓPEZ DE LEMUS, P., "Comercio electrónico: Una nueva vía para los negocios", en *Revista vlex de derecho y nuevas tecnologías*, 2002
- ID., "Protejamos nuestros datos", en *Revista vlex de Derecho de las Nuevas Tecnologías*, 2002.
- RODRÍGUEZ PEREDA, K., "Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet", en *Revista electrónica de derecho informático, REDI*, nº 29, 2000.
  - RODRÍGUEZ PINEAU, E., "Punitive damages y orden público ¿comunitario?", en *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. Gonzalez Campos*, Tomo II, Eurolex, Madrid, 2005.
  - RODRÍGUEZ RUIZ, B., "Derechos de autor en el ciberespacio", en *Internet, una profecía*, MAYOR, P., Y DE AREILZA, J.M., (Coors), Ariel, Barcelona, 2004.
  - RODRÍGUEZ RUIZ, D., "Tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos y demás contratos a distancia", en *Revista de la Contratación electrónica*, nº 52, 2004.
  - RODRIGUEZ YLLERA, R., "*Las Comunicaciones móviles en la encrucijada regulatoria*", *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras de Red*, enero 2003.
  - ROMERO GARCIA MORA, G., "Perspectivas para el consumidor ante el derecho europeo de contratos", *INC*, 2003

- ROSENKRANTZ, C.F., *“La responsabilidad extracontractual”*, Gedisa, Barcelona, 2005.
- ROWLAND, D., Y MACDONALD, E., *“Information Technology Law”*, Londres, Cavendish PublishingLtd. 1997.
- RUBÍ PUIG, A., “Potestades sancionadoras de la Federal Communications Comisión en materia audiovisual”, en *INDret, Revista para el análisis del Derecho*, nº 331, enero 2006.
- RUEDA VALDIVIA, R., “La unificación europea del derecho conflictual: presente y futuro”, en *AAVV: La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, 2003.
- RUFFINI GANDOLFI, M.L., “Problèmes d’unification du droit en Europe et le Code européen des contrats”, en *Rev. Int. Dr. Comp*, 2002.
- RULE, C., *“Online dispute Resolution for Business: B2B, e-commerce, consumer, employment, insurance and other commercial conflicts”*, San Francisco, Jossey-Bass, 2002.

## S

- SABIDO RODRÍGUEZ M., *“La creación intelectual como objeto de intercambios comerciales internacionales”*, Universidad de Extremadura, 2000.
- SAIZ GARCIA, C., *“Objeto y sujeto del derecho de autor”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SALELLES, J.R., “El derecho de reproducción del productor de fonogramas en el entorno digital. Particular consideración del reproche de su infracción desde el derecho de la competencia desleal (Comentario a la SAP Barcelona (secc. 15ª) de 27 de junio de 2002)”, en *Revista de propiedad intelectual*, nº 13 de abril de 2003.
- SALVADOR CODERCH, P., “Causalidad y responsabilidad”, en *InDret*, nº 3, 2002.
- SÁNCHEZ ALMEIDA, C. y MAESTRE RODRÍGUEZ, JA. (coautor), *“La ley de Internet: régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico”*. Servidoc, Barcelona, 2002.

ID., *“La Ley de Internet”*, Barcelona, Servidoc, 2002

- SÁNCHEZ BRAVO, A., "El Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercrimen: control vs. Libertades públicas", en *Diario La Ley*, nº 5528, abril de 2002.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. "Derecho *privado europeo*", Granada, Comares, 2002.  
  
ID., "La unificación del Derecho contractual europeo vista desde el derecho internacional privado", en *Derecho Patrimonial Europeo*, PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L., Y REYES LOPEZ, M.J., (Coords), Aranzadi, 2003.
- SANCHEZ RODRIGUEZ, A.J., "Títulos Habilitantes para la prestación de servicios de Internet", en *Régimen Jurídico de Internet*, Javier Cremades y otros, coords, La Ley, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ SANTIAGO, J., Y IZQUIERDO PERIS, JJ., "Difamar en Europa: las implicaciones del caso Shevill", en *RIE*, 1996.
- SANCHO VILLA, D., "Transferencia internacional de datos personales", en *APD, Madrid, 2003*
- SANTAELLA GARCÍA ROYO, I., "Condiciones aplicables al acceso a las redes y recursos asociados y a su interconexión. Comentarios al Artículo 12", en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, CREMADES, J Y RODRÍGUEZ ARANA, J. (Coors), La Ley, Madrid, 2004.
- SANTAMARÍA RAMOS, F.J., "La firma digital y el comercio electrónico", en *Diario La Ley*, nº 6164, de enero de 2005.
- SARZANA DI S. HIPÓLITO, F., "*IL contratti di Internet e del commercio elettronico*", Giuffré, Milano, 2001.
- SCHONNING, P., "Applicable Law in transfrontier on-line transmissions", en *RIDA*, vol. 170, 1996.  
  
ID., "Internet and the applicable copyright law: A Scandinavian Perspective", en *EIPR*, vol. 21, 1999.
- SCHULZ, A., "*Une note sur leurs rapports avec une future convention de la Haye sur les accords exclusifs d'élection de for*", Doc. Prel. Nº 31, de junio de 2005
- SCHULTZ, T., "Online Dispute Resolution: an overview and selected issues", en *United Nations Economic Commission for Europe Forum on Online dispute Resolution*, University of Geneve, 2002.
- SCOTT M., "*The Potential Relevance to the United State of the European Union's Newly Adopted Regulatory Framework for Telecommunications*", FCC, Office of Plans and Policy, Working paper series, Julio 2002.

- SELIAN, A., "3G Mobile Licensing Policy: From GSM to IMT-2000. A comparative Analysis", International Telecommunication Union, 2004
- SELVADURAI, N., "The Regulation of the Information Society in the European Union", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2004.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., "El régimen jurídico de los nombres de dominio", *Contratación y comercio electrónico*, AAVV, Orduña Moreno, F.J., (Dir.), Tiranto lo Blanch, Valencia, 2003.
- SERRANO GÓMEZ, E., "La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías", en Cuadernos Civitas, 2000;
- SEUBA TORREBLANCA, J.C., "Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento Roma II", en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº 269, Barcelona, 2005.
- SIGÜENZA HERNANDEZ, F.J., "Contratos de las nuevas tecnologías", en *Contratos Mercantiles 2003-2004*, Ed. Francis Lefebvre SA, Madrid, 2002.
- SINGH, M., "E-services and their role in B2C e-commerce", en *Managing Service quality*, nº 12, 2002.
- SOLOVAY, N., Y REED, CK., "The internet and Dispute Resolution: Untangling the Web", Law Journal Press, New York, 2003.
- SORIA, B., "Internet, ¿Anarquía contemporánea u orden medieval?", en *Revista del Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en Red*, nº 10 de 2000.
- SORIANO GARCIA, J.E., "Licencias individuales y autorizaciones generales en la nueva Ley General de telecomunicaciones; el cuadro general de la liberalización económica como marco preciso para lograr el cambio conceptual" en *Telecomunicaciones, Infraestructuras y libre competencia*, Coord. GOMEZ REINO Y CARNOTA, E., Tirant lo blanch, Valencia 2003.
- SQUIRE, SANDERS & DEMPSEY Ltd. "Adapting EU Telecommunications Regulatory Framework to the Developing Multimedia Environment", 1998.
- STERIO M., "The globalization era and the conflict of law: What Europe could learn from the United States and Viceversa", en *Cardozo Journal of International and comparative law*, vol. 13 nº 1, 2005.
- STONE, P., "Internet Consumer Contracts and European private international law", en *Information and communications technology law*, vol. 9, 2000.

- STONEY, M.A., Y STONEY, S., "The problems of jurisdiction to e-commerce. Some suggested strategies", in *Logistics Information Management*, Vol. 16, nº 1, 2003
  - STRENGER, I., "La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international", *RCADI*, vol. 227, 1991
  - STRIVENS, P., "New Access Conditions. A challenge to competitive Telecoms Operators and Service Providers", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2003.
  - STROWEL, A., Y IDE, N., "La responsabilité des intermédiaires sur Internet: actualités et question des hyperliens (première Partie)", *RIDA*, nº 185, 2000.
  - SUÑÉ LLINAS, E., "Protección de datos personales en el sector de la telecomunicaciones: dos Directivas en cinco años no solucionan el agujero negro de Internet", en *Revista Datos personales*, nº 1 de marzo de 2003.
  - SUQUET CAPDEVILA, J., "Internet, marcas y competencia judicial internacional: ¿O la superación de la regla forum delicti commissi?", en *Diario La Ley*, nº 6073 de julio de 2004.
  - SWEET & MAXWELL "*Handbook of arbitration practice*", London, 1998.
  - SWING, GP., "Technology and Legal Practice Symposium issue: Using the internet as a resource for alternative dispute resolution and online dispute resolution", *Syracuse Law Review*, nº 52, 2002.
  - SYMEONIDES, SC., "Codifying Choice of Law Contracts. The Oregon experience", en *RebelsZ*, 2003.
- ID., "Choice of Law in the American Courts in 2005: Nineteenth Annual Survey", en *53 American Journal of comparative law*, 2006.
- ID., "Tort Conflicts and Rome II: A view from Across", en *AAVV: Festschrift für Eric Jayme*, Munich, 2004.

## T

- TATO PLAZA, A. "Aspectos Jurídicos de la publicidad y de las comunicaciones comerciales en Internet", en *AAVV, Comercio electrónico en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2001

ID., "La publicidad en Internet, en autores, consumidores y comercio electrónico", Colex, Madrid, 2004.

- TAKAHASHI, K., "Jurisdiction in matters relating to contract: Art. 5 (1) of the Brussels Convention and Regulation", ELR, Vol. 27, 2002.
- THOUMYRE, L., "Responsabilités sur le web: une histoire de la réglementation des réseaux numériques", en *lex Electronica*, vol. 6, nº 1, 2000.
- TILLMAN, C., "The Relationship between party autonomy and the mandatory rules in the Rome Convention", JBL, 2002.
- TORRE DE SILVIA Y LÓPEZ DE LETONA, J.; "Internet, propiedad industrial y competencia desleal", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- TRUNK, A., "European Directives in the field of electronic Commerce: Interplay with German Law", en *Selected Legal Issues of E-Commerce*, Kluwer Law International, La Haya 2002.

## V

- VALLE, J., Y SORIA, J., "Un breve apunte sobre la nueva ley General de Telecomunicaciones", La Ley nº 5915, Madrid, 2003
- VALLEPUGA GONZÁLEZ, P., "Responsabilidad de los Prestadores de servicios de la Sociedad de la información", en *REDI, Revista electronica de derecho informático*, nº 30, 2001;
- VAN DEN BERG, A.J. "International dispute resolution: towards and international arbitration culture" London, Kluwer law International, 1998.
- VAN OVERSTRAETEN, T., "Droit Aplicable et Jurisdiction competente sur Internet", en *RDAl/IBLJ*, nº 3, Bruxelles, 1998.
- VAN OVERSTRAETEN, T., BRUYNDONCKX, B., SZAFRAN, E., Y ROUSSEAU, S., "Belgium finally adopted the Electronic Communications Act transposing the EU Telecom. Package", en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005.
- VARGAS GOMEZ URRUTIA, M., "Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y jurisdicciones en el Ciberespacio", en *D. Negocios*, abril del 2000.



ID., "Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico" en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001

ID., "Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico" en *RCE* nº 4, 2000.

- VATTIER FUENZALIDA, C., "Los Principles of European Contract Law: un nuevo paso hacia la armonización de las obligaciones contractuales en la Unión Europea", en *Noticias UE*, nº 159, 1998.

ID., "Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico", en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, FERNANDEZ ORDOÑEZ E ILLESCAS, (Coords), La Ley, Madrid, 2002.

ID., "Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico", en *Revista de Contratación electrónica*, nº 18, 2001.

- VÁZQUEZ QUINTANA, J.M., "Internet y Telecomunicaciones: Modelos de convergencia", en *Régimen Jurídico de Internet*, CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, MA., ILLESCAS, R., (Coords), Madrid, la Ley, 2002.

- VEGA VEGA, J.A., "Contratos electrónicos y protección de los consumidores", Cometa, Zaragoza, 2005.

- VELAZQUEZ BAUTISTA, R. "Legislación de Informática y Telecomunicaciones" Madrid, Colex, 2000.

ID., "Protección jurídica de los datos personales automatizados", Madrid, Colex, 1993.

- VERBIEST, T., Y WERY, E., "Le droit de l'internet et de la société de l'information", Bruselas, Lacier, 2001.

- VERDERA SERVER, R., Y ESPULGUES MOTA, C., "Comentarios al artículo 9: Forma y contenido del convenio arbitral", en Barona Vilar, S (Coor.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje. (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)* Thomson Civitas, Madrid, 2004

- VICTORIA MAS; J., S., "Nueva publicidad, comercio electrónico y demás propuestas interactivas: lectura de un mito platónico a vueltas con la palabra inerte", Universidad de Málaga, Servicios de Publicaciones e Intercambio Científico, Málaga, 2002.

- VIDA FERNANDEZ, J., "El condicionamiento de la organización administrativa de los Estados Miembros por la política comunitaria de telecomunicaciones" en *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Coord. GOMEZ REINO Y CARNOTA, E., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

- VILA COSTA, B., *“El Abuso de Posición dominante en la CEE”*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979.
- ID., *“El Acta Única Europea: Balance y perspectivas”*, en *La Ley Comunidades Europeas*, junio 1986.
- ID., *“Comentario al artículo 3, al art. 10 bis y cláusulas 28 y 29 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”*, en AAVV, Arroyo Martínez, I, y Miguel Rodríguez, J., (Coords), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999.
- ID., *“Identidad europea y mercado interior: un modelo constituyente”*, en *Revista Española de Derecho europeo*, nº 2, abril 2002.
  - VILA SOBRINO, J.A. *“Aspectos Técnicos para el desarrollo de aplicaciones de comercio electrónico”*, en AAVV, *Comercio Electrónico en Internet*. Madrid, Marcial Pons, 2001.
  - VILCHES TRASSIERRA, A., *“las personas jurídicas y la firma electrónica en la Ley 59/2003”*, en *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, nº 6, 2004-3.
  - VILLAR PALASÍ, J.L.: *“Nombres de dominio y Protocolo de Internet”* en *Régimen Jurídico de Internet*, Coords. Cremades, Fernandez-Ordoñez e Illescas, La Ley, 2002.
  - VILLAR URIBARRI, J.M. (dir) *“El servicio universal de telecomunicaciones y su financiación”*, en *La nueva regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*, VILLAR URIBARRI, J.M. (Dir.), AA.VV., Aranzadi, Pamplona, 2003.

ID., *“El Régimen jurídico de las Telecomunicaciones, Televisión e Internet”* en AA.VV. Aranzadi, Pamplona, 2002.
  - VIÑAS FARRE, R., *“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL-CNUDMI). Participación de España en sus actividades”*, en *Anuario de la Asociación de las Naciones Unidas en España*, nº 2, 1999.

ID., *“Procesos de integración y modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil”*, en *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003.

ID., *“Intercambio electrónico de datos”*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLIII, nº1, 1991.

ID., *“Posibles incoherencias entre el Derecho internacional privado comunitario y la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre*

servicios en el mercado interior”, en *Cuestiones actuales de Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Colex, 2005.

ID., “El Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil”, en *Revista española de Derecho internacional*, vol. 1, 1994.

- VIRGÓS SORIANO, M., “Artículo 10.5 CC”, en AAVV, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, vol. 2, 2º ed. Ed. Edersa, Madrid, 1995.

ID., “Obligaciones y contratos” en AAVV, *Derecho internacional privado. Parte especial*. 6º Ed. Revisada, Madrid, Eurolex, 1995

- ID., “La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato”, en AAVV, *Estudios homenaje al al Prof. A. Menendez*, T. IV, Madrid, 1996,

ID., “*Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*”, Madrid, Tecnos, 1989.

- VIRGÓS SORIANO, M., Y GARCIMARTIN ALFEREZ F.J., “Estado de origen vs. Estado de destino, Las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, en *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº 251, Barcelona, noviembre 2004.

ID., “El convenio de Bruselas y las propuestas para su reforma. Art. 5.1.i), 21, 24, 27.2” en BORRAS, A, (ed.) *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

ID., “*Derecho procesal civil internacional*”, Madrid, Civitas, 2000.

- VIVANT M., “*Les contrats du commerce électronique*”, Ed. Litec, Paris, 1999.

ID., “L’informatique dans la theorie générale du contrat”, en *Dalloz Chr.*, nº 15, 1994.

- VON MEHREN, A., “La redaction d’une convention universellement acceptable sur la competente judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: Le projet de la Conference de la Haye peut-il aboutir?”, en *Revue critique de droit international privé*, 90, 2001.

## W

- WAGSTAFF, T., "Personal jurisdiction in Cyberspace and the Stream of Commerce", en *The Cyberspace Law Review*, 2000
- WEBER, A. Y WEHN DE MONTALVO, U., "El pan, la banda ancha y el benchmarking del programa eEurope en los países candidatos", en *The IPTS Report*, nº 77, 2003
- WEITZENBOECK, EM., "Electronic Agents and the formation of contracts", en *IJLT*, vol. 9, nº 3, 2001.
- WIRZENIUS A., "*Fixed Mobile Interconnection: the Finnish case*", Secretaría de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, Ginebra, 2002.
- WOLFGANG KLEINWÄCHTER, "*Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance.*", World Summit Information Society by International Telecommunication Union, 2003.

## X

- XALABARDER, R., "Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millenium Copyright Act", en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, MORALES PRATS Y MORALES GARCIA (Coords), Aranzadi, Cizur menor, 2002.

## Z

- ZABALO ESCUDERO, M.E., "La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en el derecho internacional privado español", en *Revista Española de Derecho internacional*, nº 43, 1991.

# JURISPRUDENCIA

## COMUNIDAD EUROPEA

- STJCE de 30 de mayo de 2006 en el asunto c-317/04 y c-318/04 "*Parlamento Europeo v. Consejo de la UE y Comisión*", Rec. 2006 sin publicar, disponible en <http://curia.eu.int>
- STJCE de 16 de marzo de 2006, C- 234/04, en asunto "*Kapferer v. Schlank & Schick GmbH*", Rec. 2006, en <http://curia.eu.int>
- STJCE de 15 de diciembre de 2005, asunto C-253/04 "*Comisión CE v. República Helénica*", DO C 36 de 11 de febrero de 2006
- STJCE de 15 de diciembre de 2005, en el asunto C-252/04 "*Comisión CE v. República Helénica*", DO C 48 de 25 de febrero de 2006
- STJCE de 15 de diciembre de 2005, asunto C-254/04 "*Comisión CE v. República Helénica*", DO C 36 de 11 de febrero de 2006.
- STJCE de 8 de diciembre de 2005, asunto C-33/04 "*Comisión CE v. Gran Ducado de Luxemburgo*", DO C 36 de 11 de febrero de 2006
- STJCE de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, "*Comisión v. Consejo*", Rec. 2005 I-7879
- STJCE de 8 de septiembre de 2005 en los asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, relativos a "*Mobistar SA v. Municipio de Fléron*" y "*Belgacom Mobile SA v. Municipio de Schaerbeek*", Rec. 2005, I-7723
- STJCE de 14 de julio de 2005, asunto C-31/05 "*Comisión CE v. República Francesa*", DO C 271 de 29 de octubre de 2005.
- STJCE de 14 de julio de 2005, asunto C-192/04, "*Lagardere Active Broadcast v. Société pour la perception de la rémunération équitable y Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH*", Rec. 2005 I- 7199
- STJCE de 7 julio de 2005, asunto C- 353/03 "*Société des Produits Nestlé SA v. Mars UK Ltd*", Rec. 2005 I-6135

- STJCE de 30 de junio de 2005, asunto C- 286/04 "*Eurocemex SA v. OAMI*" Rec. 2005 I- 5797.
- STJCE de 12 de mayo de 2005, en el asunto C- 112/03 "*Société financière et industrielle du Peloux v. Axa Belgium e.a*", Rec. 2005 I-3707
- STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C- 464/2001 "*Johann Gruber v. Bay Wa AG*", Rec. 2005, I-439
- STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02 "*Petra Engler v. Janus Versand GMBH*", Rec. 2005, I-481.
- STJCE de 16 de septiembre de 2004, asunto C- 329/02 "*Sat 1 v. OAMI*" Rec 2004 I-8317
- STJCE de 9 de septiembre de 2004, asunto C-70/03, "*Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España*", Rec. 2004, I-7999.
- STJCE de 5 de febrero de 2004, en el asunto C-265/02 "*Fráhuil SA v. Assitalia Spa*" Rec. 2004 I-1543
- STJCE de 5 de febrero de 2004, en el asunto C-18/02, "*DFDS Torline A/S v. SEKO*", Rec. 2004 I-1417.
- STJCE de 7 de enero de 2004, asunto C-500/01, "*Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España*", Rec. 2004 I-583.
- STJCE de 11 de diciembre de 2003, en el asunto C-322/01 "*DocMorris*", Rec. 2003 I-14887.
- STJCE de 6 de noviembre de 2003, C- 101/01, "*Bodil Lindqvist*", Rec, 2003, I-12971.
- STJCE de 20 de mayo de 2003, en los asuntos C-465/00, C-138/01 y C-139/01 "*Osterreichischer Rundfunk*", Rec. 2003, I-4989.
- STJCE de 1 de octubre de 2002 en el asunto C-167/00, "*Verein fur Konsumenteninformation v. K.H.Henkel*", Rec. 2002 I-8111.
- STJCE de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-334/00 "*Fonderie officine meccaniche Tacconi Spa. v. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrick GMBH*", Rec. 2002, I-7357
- STJCE de 11 de julio de 2002, en el asunto C- 96/00, "*Rudolf Gabriel v. Schlank & Schick GmbH*", Rec. 2002, I-6367
- STJCE de 19 de febrero de 2002, C-256/00, "*Besix v. WAGAB y Plafog*", Rec. 2002, I-1473 ss

- STJCE de 13 de diciembre de 2001, en el asunto C-79/00 relativo a "*Telefónica de España SA v. Administración General del Estado, con intervención de Retevisión SA*", Rec. 2001, I- 10075.
- STJCE de 18 de enero de 2001, asunto C-488/99, "*Comisión v. Luxemburgo*", Rec. 2001, I-607.
- STJCE de 30 de noviembre de 2000, asunto C- 384/99 "*Comisión v. Bélgica*", Rec. 2000, I-10633.
- STJCE de 13 de julio de 2000, C- 412/98, "*Group Josi Reinsurance Company SA. v. Universal General Insurance Company UGIC*", Rec. 2000, I-5925.
- STJCE de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-243/98, "*Océano Grupo Editorial y Salvat editores v. Rocío Murciano Quintero*", Rec 2000. I-4941.
- STJCE de 23 de noviembre de 1999, asunto C-369 y C-376/96, "*Arblade v. Leloup*, Rec. 1999, I-8453 y ss.
- STJCE de 5 de octubre de 1999, C-420/97, "*Leathertex v. Bodetex BVBA*", Rec. 1999, I- 6779 ss.
- STJCE de 28 de septiembre de 1999, C-440/97, "*Group Concorde v. Captain of the ship Suhadiwarno and others*", Rec. 1999, I-6324 ss
- STJCE de 22 de junio de 1999, C- 342/97 "*Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co v. Klijsen Handel Bu*", Rec. 1999, I-3819
- STJCE de 27 de abril de 1999, C- 99/96, "*Hans Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek*", Rec, 1999, I-2277 y ss;
- STJCE de 16 de marzo de 1999, C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali Spa v. Hugo Trumpy SpA*, Rec. 1999, I-1636 y ss
- STJCE de 27 de octubre de 1998, en el asunto C-51/97, "*La Reunion Européenne SA et autres v. Spliethoff's BevrachtingsKantoor BV et autre*" Rec. 1998 I-6511.
- STJCE de 3 de julio de 1997, C- 269/95, "*Benincasa v. Dentalkit*", Rec, 1997, I-3767 y ss;
- STJCE de 5 de junio de 1997, C- 56/96, "*VT4 Ltd. v. Vlaamse Gemeenschap*", Rec. 1997, I-3134 ss;
- STJCE de 20 de febrero de 1997, C-106/95, en el asunto "*MSG v. Les Gravieres Rhenanes*", Rec. 1997, I- 911 y ss.;

- STJCE de 11 de julio de 1995, asunto C-266/94, "*Comisión v. España*", Rec 1995 I-2042
- STJCE de 6 de julio de 1995, asunto C-259/94, "*Comisión v. Grecia*", Rec. 1995 I-1947
- STJCE de 15 de junio de 1995, asunto C-220/94, "*Comisión v. Luxemburgo*"; Rec. 1995 I-1589
- STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C-689/93, "*Shevill, Ixora, Trading Inc, Chequepoint SARL, Chequepoint internacional Ltd v. Presse Alliance*", Rec. 1995, I-415 y ss
- STJCE de 29 de junio de 1994, C-288/92, "*Custom made v. Stawa Metalbau*", Rec. 1994, I- 2913 ss.
- STJCE de 19 de enero de 1993, en el asunto C- 89/91 "*Shearson Lehman Hutton v. TVB*", Rec. 1993, I-139;
- STJCE de 17 de noviembre de 1992 asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90, "*Reino de España y otros v. la Comisión*", Rec 1992 I-5833.
- STJCE de 17 de junio de 1992, asunto C-26/91 "*Jacob Handte v. Mecano Chimiques*", Rec. 1992, I-3967 y ss
- STJCE de 26 de marzo de 1992, "*Mario Reichert, Hans Heinz Reichert & Ingeborg K. v. Dresnert Bank AG*" Rec 1992 I-2149
- STJCE 10 de marzo del 1992, asunto C-214/89, "*Powell Duffryn v. Wolfgang Petereit*", Rec. 1992, I-1745.
- STJCE de 13 de diciembre de 1991 asunto C-18/88, "*Regie des Telegraphes et des Telephones ( RTT) v. GB-Inno-BM, SA*", Rec. 1991, I-5941.
- STJCE de 10 de diciembre de 1991, asunto C- 179/90, "*Merci Convenzionale Porto di Genova v. Gabrielli*" Rec. 1991, I-5889.
- STJCE de 25 de julio de 1991, asunto C-353/89, "*Comisión v. Países Bajos*" Rec. 1991 I- 4069
- STJCE de 25 de julio de 1991, C- 221/89 "*The Queen v. Secretary of State for transport y Factortame*", Rec 1991, I-3905 ss.
- STJCE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, "*ERT v. DEP*", Rec. 1991, I-2925



- STJCE de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90; "*Klaus Höfner v. Macatron GMBH*", Rec. 1991, I-1979.
- STJCE de 19 de marzo de 1991, asunto 202/88 "*República Francesa v. Comisión*", Rec. 1991, I-1223.
- STJCE de 27 de septiembre de 1988, en el asunto C-189/87, "*A. Kalfelis v. Schroder*", Rec. 1988, I-5565 y ss.
- STJCE de 8 de marzo de 1988, asunto C-9/87, "*SPRL Arcado v. SA Haviland*", Rec. 1988, I- 1539 ss
- STJCE de 15 de enero de 1987, asunto C-266/85, "*Shevanai c. Kreischer*", Rec. 1987, I- 239 ss.
- STJCE de 4 de diciembre de 1986, asunto 205/84 "*Comisión v. Alemania*", Rec.1986, I- 3755 y ss.
- STJCE de 20 de marzo de 1985 asunto C-41/83, "*Republica italiana v. Comisión*", disponible en <http://curia.eu.int>
- STJCE de 7 de marzo de 1985, en el asunto C- 48/84 "*Spitzley v. Sommer*". Rec. 1985 I-787
- STJCE 22 de octubre de 1981, asunto C-27/81 "*Rohr v. Ossberger*". Rec. 1981 I-2431
- STJCE de 24 de junio de 1981, asunto 150/80, "*Elefanten Schuh v. Jacqmain*", Rec. 1981 I-1671
- STJCE de 17 enero de 1980, C-56/79, *Zelger c. Salitrini I*", Rec. 1980 I-89
- STJCE de 21 de junio de 1978, en el asunto C-150/77, "*Bertrand v. Paul Ott KG*"; Rec. 1978, -01431
- STJCE de 14 de diciembre de 1976, en el asunto C-24/76 "*Colzani v. Rüwa*", Rec. 1976, I-01831.
- STJCE de 30 de noviembre de 1976, asunto 21/76, "*Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*" Rec. 1976, I-1473 y ss
- STJCE de 6 de octubre de 1976, asunto C-14/76, "*De Bloos v. Bouyer*", Rec. 1976, I-1497 ss
- STJCE de 6 de octubre de 1976, C-12/76 "*Tessili v. Dunlop*", Rec. 1976, I-1473 y ss.
- STJCE de 30 de abril de 1974, asunto C-155/73, "*Sacchi*", Rec. 1974, I-409

- STJCE de 15 de julio de 1964, asunto C-6/64 "*Costa v. Enel*", Rec. 1964, I-1141 y ss
- Dictamen del TJCE 1/2003 de 7 de febrero de 2006 sobre competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Rec. 2006, sin publicar.

## **ESPAÑA**

### **Tribunal Constitucional**

- STC 292/2000 de 30 de noviembre, Ref. registro 1463/2000, RTC 2000/292
- STC 155/2000 de 12 de junio, Ref. registro 3609/1996, RTC 2000/155
- STC 98/2000 de 10 de abril, Ref. registro 4015/1996, RTC 2000/98
- STC 91/2000 de 13 de marzo, RTC 2000/61
- STC 144/99 de 22 de julio, Ref. registro 3460/1996, RTC 1999/144
- STC 134/99 de 15 de julio, Ref. registro 209/1996, RTC 1999/134
- STC 94/98 de 4 de mayo, Ref. registro 840/1995, RTC 1998/94
- STC 11/98 de 13 de enero, Ref. registro 2264/1996, RTC 1998/11
- STC 143/94 de 9 de mayo , RTC 1994/143
- STC 254/93 de 20 de julio, Ref. registro 1827/1990, RTC 1993/254
- STC 110/84 de 26 de noviembre, RTC 1984/110

### **Tribunal supremo**

- STS de 28 de junio de 2005 (RJ 2005, 6186)
- STS de 26 de abril de 2005 (RJ 2005, 3928)
- STS de 12 de abril de 2005 (RJ 2005, 3280)
- STS 11 de abril de 2005 (RJ 2005, 4728)
- STS de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005, 61638);
- STS de 4 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 6717)
- STS de 7 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6229)
- STS 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5890)
- STS de 23 de junio de 2004 (RJ 2004, 3635)
- STS de 5 de junio de 2004 (RJ 2004, 5849)
- STS de 2 de junio de 2004 (RJ 2004, 4735)
- STS de 12 de abril de 2004 (RJ 2004, 2611)
- STS de 8 de marzo de 2004, (RJ 2004, 151)
- STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 50)
- STS de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 664)
- STS de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003, 163)

- STS de 20 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1174)
- STS de 13 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1045)
- STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1010)
- STS de 21 de enero de 2003 (RJ, 2003, 1361)
- STS de 21 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10268)
- STS de 7 de junio de 2002 (RJ 2002, 5216)
- STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002, 3312)
- STS de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 3755)
- STS de 14 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 582)
- STS de 5 de julio de 2001 (RJ 2001, 4991)
- STS de 29 de junio de 2001 (RJ 2002, 1470)
- STS de 4 de junio de 2001 (RJ 2001, 3878)
- STS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541)
- STS de 10 de enero de 2001 (RJ 2001, 1309)
- STS de 13 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 863)
- STS 28 de noviembre de 1997 (RAJ 1997, 8435)
- STS 3 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8251)
- STS de 17 de octubre de 1997, (RJ 1997, 7468)
- STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8601)
- STS de 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 528)
- STS de 22 de julio de 1992 (RJ 1992, 6449)
- STS de 22 de abril de 1992 (RJ 1992, 2176)
- STS de 24 de junio de 1991, (RAJ, 1991, 4578)
- STS de 12 de diciembre de 1988, (RJ 1988, 9430)

### **Audiencia Nacional**

- Sentencia de 9 de junio de 2004, (RJCA 2004, 708)
- Sentencia de 11 de febrero de 2004, (RJCA 2004, 421)
- Sentencia de 24 de enero de 2003, JUR 2005, 190526
- Sentencia de 21 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 294008)
- Sentencia de 6 de julio de 2001, (JUR 2001, 293812)

### **Audiencias Provinciales**

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2005, (JUR 2005, 252966)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 31 de mayo de 2005, (EDJ 2005, 96363)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 2004 (Comentario en Diario La Ley 6202 de marzo de 2005)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de octubre de 2004, (AC 2005, 176)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de junio de 2004 en el Recurso de apelación interpuesto por Grupo Moliner Consultores SA contra Motorola España SA (JUR 2004, 245260)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga , de 20 de mayo de 2004, (JUR 2004, 214161)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de febrero de 2004, (AC 2004, 1194)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de enero de 2004, (JUR 2004, 124649)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de septiembre de 2003 (JUR 2003, 269886)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 31 de julio de 2003, (AC 2003, 529)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003, 199804).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 10 de febrero de 2003, (AC 2003, 354)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de enero de 2003, (JUR 2003/165885)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2002, (AC 2002, 1673)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de junio de 2002, (AC 2002, 1551)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 9 de enero de 2002 (AC 2002, 1011)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 18 de junio de 2001, (AC 2001, 1695)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de abril de 2001, (AC 2001, 1067)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 23 de marzo de 2001, (AC 2001, 2243)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de enero de 2001, (AC 2001, 68)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 2 de octubre de 2000, (AC 2000, 1603)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de julio de 2000 (AC 2000, 4363)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 24 de noviembre de 1999, (AC 1999, 2341)

## **Juzgados de Primera Instancia**

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 15 de junio de 2005, (Comentario en Diario La Ley 6299 de julio de 2005)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Quart de Poblet, Valencia, de 21 de octubre de 2002, (RJ 2002, 173)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 2 de enero de 2002 (TOL 209836)
- Sentencia del Juzgado de primera instancia de Madrid, de 16 de marzo de 2001, (AC 2001, 406)
- Sentencia del juzgado de primera instancia nº 13 de Bilbao, de 28 de septiembre de 1999, Caso "OZU" (AC 1999, 1778)
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Elda (Alicante) de 2 de julio de 1999, (AC 1999, 1060)
- Auto del Juzgado de primera instancia nº 5 de Oviedo de 2 de junio de 1999, Caso "Nocilla" (AC 1999, 1071)

## **Comisión del Mercado de Telecomunicaciones**

(disponibles en [www.cmt.es](http://www.cmt.es))

- Resolución de la CMT de 12 de enero de 2006 relativa a la consulta formulada por Vodafone España SA acerca del tratamiento de la interconexión de servicios de emergencia en el ámbito local
- Resolución de la CMT de 15 de julio de 2004 sobre reparto de los costes de la entidad de referencia de portabilidad
- Resolución de la CMT de 5 de febrero de 2004 relativa al conflicto de acceso planteado por "Auna Telecomunicaciones SA" contra desarrollo del "Cable SA"
- Resolución de la CMT de 29 de enero de 2004 por la que se resuelve el conflicto de Interconexión formulado por "Redes y Servicios Liberalizados SA" contra "Telefónica de España SAU"
- Resolución de la CMT de 29 de enero de 2004 por la que se resuelve el conflicto de acceso planteado por "Comunitel Global SA" contra "Retevisión Móvil SA"
- Resolución de la CMT de 29 de enero de 2004 en virtud de la cual se procede a declarar concluso el conflicto de Interconexión entre "Veo Televisión SA" y "Retevisión I, SA" por desistimiento de la primera entidad;
- Resolución de la CMT de 8 de enero de 2004 por la que se pone fin al conflicto de interconexión entre las entidades "Telefónica de España SAU" y la operadora de telecomunicaciones "Opera SL" por desaparición sobrevenida del objeto
- Resolución de la CMT de 18 de diciembre de 2003 por la que se fijan precios de interconexión de terminación de red de Telefónica Móviles España SA.

- Resolución de la CMT de 18 de diciembre de 2003 por la que se fijan transitoriamente los precios de interconexión de terminación en la red de Vodafone España
- Resolución de la CMT de 18 de marzo de 2003 por la que se fijan transitoriamente los precios de la interconexión de terminación de la red de Retevisión Móvil SA;
- Resolución CMT de 21 de noviembre de 2002, que resuelve el conflicto de interconexión planteado por Telefonica de España SAU
- Resolución CMT de 29 de abril de 2002, sobre el conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España SAU solicitando autorización para resolver el vigente acuerdo general de interconexión con Teleconnect Comunicaciones SA por impago, y para desconectar ambas redes;

### Otros Tribunales

- Resolución del TDC de 22 de diciembre de 2004, "*Telefónica Móviles España sobre precios aplicados a Vodafone*", disponible en [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es)
- Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 29 de abril de 2002, sobre abuso de posición dominante de Telefónica en el mercado de servicios de acceso a Internet, disponible en [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es)
- Sentencia de 10 de noviembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, en el asunto "*Emi Music Spain SA, BMG Music Spain SA, Universal Music Spain SL y Sony Music Entertainment (Spain) SA v. Bitmailer S* (Comentario en Diario La Ley 6186 de febrero de 2005)
- Sentencia del Juzgado de lo penal de Madrid de 31 de mayo de 2005, (JUR 2005, 135812)

### ESTADOS UNIDOS

- Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 27 de junio de 2005, en el asunto "*Metro-Goldwyn-Mayer Studios INC., et al. Petitioners, v. Grokster, Ltd., et al.*", nº 04-480. Westlaw 125 S. ct 2764 (2005)
- Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU, de 22 de junio de 1998, en el caso "*K. Zeran v. American online*", WL 524 US 937, 118 S. Ct. 2341 (1998)
- Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU, en el caso "*San Francisco Arts & Athletics, Inc., et Al. v. United States Olympic Committee et Al.*" WL 483 U.S. 522 (1987)
- Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU, en el caso "*Asahi metal industry Co., v. Superior Court*", WL 480 US 102, 107 S. Ct. 1026 (1987)

- Sentencia del Tribunal Supremo de New Jersey, asunto " Blakey v. Continental Airlines Inc", WL 992 F. Supp. 731, 736 n3 (DNJ 1998)
- U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, Northern District of California, 12 de enero de 2006, "*Yahoo! Inc v. La ligue contre le racisme et l'antisemitisme, et l'union des etudiants Juifs de France*". Westlaw 433, F. 3d, 1199 (2006)
- U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit "*Covad Communications Co. et al. v. Bellsouth Corp.*," Case n° 01-16064, U.S., WL 299 F. ed 1272 (2002);
- U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, "*Law officee of Curtis v. Trinko L.L.P. v. Bell Atlantic Corp.*," WL 294 F. 3d 307 (2002);
- U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, "*United States Telecom Association et al., v. FCC*", WL 209 F. 3d 415 (2002)
- Sentencia del Tribunal del Distrito Sureste de Nueva York de 29 de septiembre de 2005, "*Sarl Louis Ferand Intern. V. Wenfinder Inc.*" WL 406 F. Supp. 2d 274, (2005)
- Sentencia del Tribunal del Distrito de Columbia, 22 April 2004, civil action n° 03-1474 (RCL), "*Arista records, Inc., v. Sakfield Holding Company SL (Spanish company)*". WL 314 F. Supp. 2d 27-29 (DDC 2004)
- Sentencia del Tribunal de Distrito de California de 13 marzo de 2002, "*Harlan Ellison v. Robertson, & American on line*", WL 189 F. Supp. 2d 1051 (CD Cal. 2002)
- Sentencia del Tribunal de Distrito E.D. Kentucky de 22 de agosto de 2002, "*Jarmilia Broker v. GTE.net LLC d/b/a Versión Internet Solutions*". WL241 F. Supp 2d 746 (CD K. 2002)
- Sentencia del Tribunal de Distrito de California de 2001 "*Yahoo Inc. v. La ligue contre le racisme et l'antisemitisme*", WL 169 F. Supp. 2d 1181 (ND Cal 2001)
- Sentencia del Tribunal del Distrito norte de California, *en el caso A&M Records, Inc., v. Napster, Inc.*, 2000 US Dist, Lexis 6243. WL 239 F 3d 1004, 1026 9<sup>th</sup> (ND Cal. 2001).
- Sentencia del Tribunal del Distrito Sur de New York, *en el caso Universal City Studios, Inc., v. Reimerdes*, WL 82 F. Supp. 2d. 211 (DC NY 2000).
- Sentencia del Tribunal del Distrito Oeste de Washington "*Eastman Photographic Materials Co. V. Kodak Cycle Co.*", WL 15 Rep. Pat. Cas. 105 1998 (DC W 1998)
- Sentencia del Tribunal de Distrito de Ohio, "*Playboy v. Hardenburgh*", WL. 982 F. Supp 503 (ND Ohio 1997)
- Sentencia del Tribunal de Distrito de Texas, "*Playboy Enterprise v. Webworld Inc*", WL. 991 F. Supp 543 (ND Texas 1997)
- Sentencia del Tribunal de Distrito del Norte de California de 29 de octubre de 1996 entre "*Toys´r Us Inc, et Al. v. Mohamed Ahmad Akkaoui d/b/a Adults´r Us, et. Al*". WL F. Supp 924775 (ND Cal. 1996)
- Sentencia del Tribunal de Distrito del Norte de Illinois de 3 de octubre de 1996 en el caso de "*Intermatic, Inc. V. Toeppen*". WL 947 F. Supp 1227, 1235 (ND ILL. 1996)

- Sentencia del Tribunal de Distrito de California de 19 de septiembre de 1996 el caso "*Panavision Int. V. Toeppen*", WL 945 F. Supp. 1296, 1303, (CD Cal. 1996)
- Sentencia del Tribunal de Distrito de California, "*Sega Enterprises Ltd. V. Maphia*", WL 857 F. Supp. 679, 682 (ND California 1995);
- Sentencia del Tribunal de Distrito de Nueva York "*Strattom Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Company*", WL 323710 (New York 1995).
- Sentencia del Tribunal de Distrito de Florida, "Playboy Enterprises, Inc. v. George Frena, Techs Warehouse BBS System and Consulting and Mark Dyess", WL 839 F. Supp 1552 (MD Florida 1993);
- Sentencia del Tribunal de Distrito de Nueva York, "*Cubby Inc. V. CompuServe, Inc*", WL 776. Supp. 135 (SD New York 1991).

## REINO UNIDO

- Sentencia de la High Court (Queen's Bench Division) de 12 de noviembre de 2004 (Technology and construction court) "*British sugar PLC v. Fratelli Babbini di Lionello Babbini & Co. and others*". WL (2005) I.L.Pr 20
- Sentencia de la High Court of Justice (Chancery division), de 7 de abril de 2004, en el asunto *Apple Corps Limited v. Apple Computer, Inc.*: WL (2004) I.L.Pr 34, 2clc 720.
- Sentencia de la High Court of Justice (Chancery division) de Inglaterra y Gales de 14 de marzo de 2003, en el caso *Paul Staines v. Martin Richard Walsh and Justin Howard*. WL (2003)W.L.R.1062
- Sentencia de la High Court of Justice (Chancery division), de 23 de febrero de 2001, en el caso "*Mirchandani and others v. Somaia and others*" WL (2001) ILPr 16
- Sentencia de la Court of Appeal, civil division, de 19 octubre de 2004, case nº A2/2004/0380, "*Lennox Lewis & others v. Don King*": WL (2005), EMLR 4
- Sentencia de la Court of Appeal, civil division, de 28 de junio de 2002, en el asunto *Ennstone Building Products Ltd. (Formerly Natural Stone Products Ltd). V. Stanger Ltd. (Formerly TBV Stanger Ltd.)*: WL (2002) CMLR 30
- Sentencia de la Court of Appeal, civil division, de 30 de enero de 2002, en el asunto *Kenburn waste management Ktd. v. Bergmann*.
- Sentencia de la Court of Appeal, civil division, de 21 de diciembre de 2001, en el asunto *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Export Ltd*: WL (2001) ILPr 40
- Sentencia de la Queen's Bench Division (Commercial Court) de 30 de marzo de 2001, en el asunto *Definitely Maybe (touring) Ltd. v. Marek Lieberberg Konzertagentur GMBH*, WL (2001) ILPr. 34



## FRANCIA

- Sentencia del Tribunal constitucional francés de 10 de junio de 2004. Westlaw (2005) 1 CMLR 14
- Sentencia del Tribunal Supremo francés en el asunto de 20 de enero de 2004 "*Le serveur administratif SA v. Erhmann and another*", Westlaw (2004) ECC 35.
- Sentencia del Tribunal Supremo francés de 9 de diciembre de 2003 en el asunto "*Sociedad Champagne Louis Roederer v. Castellblanch*" (Rev. Crit. Droit Int. Prive)
- Sentencia del TGI de París de 22 de marzo de 2000, en el asunto "*Cyberpress Publishing v. Scté. Belgacom Skynet*", (Rev. Crit. Droit Int. Prive)
- Sentencia del TGI de Paris, de 22 de mayo de 2000, en el asunto "*Licra v. Yahoo*" (Rev. Crit. Droit Int. Prive)

## DIVERSOS PAISES

- Sentencia del Tribunal di Cassazione de 20 de julio de 2001, en el caso "*Graus Maffei Verfahrenstechnick GMBH, Graus Maffei AG, v. Bristol Myers Squibb Spa*". WL (2001) EMCR 14
- Sentencia Tribunal Supremo Alemán de 11 de marzo de 2004, en el asunto "*Rolex Internet Auction*". Westlaw, (2005) E.T.M.R. 25
- Sentencia Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof, German Federal Supreme Court) de 16 de diciembre de 2003, Case X1 ZR 474/02. Westlaw 2005 I. L. Pr. 14.
- Sentencia del Tribunal Supremo de los Países Bajos (*HoogeRag of Netherlands*), de 19 de diciembre de 2003, en el asunto "*Vereniging Buma, Stichting Stemra v. KaZaA BV*". Westlaw (2004) ECDR 16
- Sentencia de la Cour d'Appel de Bruselas (8ème) de 13 de febrero de 2001, en el asunto "*ASBL IFPI y Scté. Polygram v. Scté. Belgacom Skynet*"; disponible en [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)



# LEGISLACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

## ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

- INFORM IDATE, "Regulatory, Infrastructure and tariff aspects of electronic communications and broadband connectivity in the Outermost Regions (OR). A comparison of current situation with that in the rest of the Community and neighbouring countries", December, 2005.
- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 23 de noviembre de 2005.
- International Telecommunication Union (ITU) New Initiatives Programme "Workshop on Internet Governance", Geneva, 26-27 de Febrero 2004.
- Boletín Informativo de la unidad de Reforma de la reglamentación de la UIT de 2 de enero de 2004.
- Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, "La solución de controversias para el siglo XXI", 2004.
- International Telecommunication Union "ITU and its activities related to Internet- Protocol (IP) Networks", Geneva, 2004.
- International Telecommunication Union, Secretary-General's report, "Policy and Regulatory Issues raised by Global Mobile Personal Communications by Satellite (GMPCS)", Geneva, 2004.
- Report of the International Telecommunication Union "Workshop on Internet Governance", New Initiatives programme, Geneva, 2004.
- Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, Unión Internacional de Telecomunicaciones "Declaración de Principios", Documento WSIS-03/Geneva/doc/4-S, Diciembre 2003.
- Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, Unión Internacional de Telecomunicaciones "Plan de Acción", Documento WSIS-03/Geneva/doc/5-S, Diciembre 2003.
- Conclusions of OCDE "Building Partnerships for Progress", 2003.

- International Telecommunication Union Strategy and Policy Unit “Shaping the future Mobile Information Society, 2003.
- Informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones sobre “Medir el acceso a la sociedad de la información y evaluar la incidencia de las TIC en los objetivos de desarrollo establecidos a escala mundial”, Ginebra, 2003.
- Informe sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones. Indicadores de acceso para la Sociedad de la Información”, Unión Internacional de Telecomunicaciones, Ginebra, 2003.
- International Telecommunication Union “Shaping the future Mobile Information Society”, en International Telecommunication Union Strategy and Policy Unit, 2003.
- International Telecommunication Union, Workshop on promoting broadband, “Promoting Broadband: the Case of the Republic of Korea”, 2003.
- International Telecommunication Union, Workshop on promoting broadband, “Promoting Broadband: the Case of Japan”, 2003.
- Inform of United Nations Conference on Trade and Development, “Online Dispute Resolution: e-commerce and beyond”, Internet edition prepared by the UNCTAD secretariat, 2003.
- Informe “Involucrando a la Sociedad Civil en Políticas de TIC” , de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) y la Campaña Derechos a la Comunicación en la sociedad de la Información (CRIS), presentado para la Cumbre Mundial de la SI, Ginebra, 2003.
- Informe Mundial sobre el Desarrollo de las Telecomunicaciones, “Reivindicar las Telecomunicaciones”, publicado por la UIT en 2002.
- Plan Estratégico de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, 2004-2007. Anexo a la Resolución 71, Rev. Marrakech 2002.
- American Bar Association Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, “Addressing Disputes in Electronic Commerce”, 2002.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas electrónicas con la guía para su incorporación al derecho interno, Resolución 56/80 de la Asamblea General aprobada en su 85º sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001.
- ITU World Telecommunication, “Summary Report: IP Telephony in practice”, Indicators Database and country case studies, 2001.

- Declaración de política general del Comité ad hoc que realiza el Proyecto sobre el comercio electrónico (PCE) en relación con la competencia y la ley aplicable en la contratación electrónica de 6 de junio de 2001. Document ECP/AH1-100 final
- Unión Internacional de Telecomunicaciones, "World Telecommunication Policy Forum: IP Telephony", Ginebra, 2001.
- Declaración del Milenio fue adoptada por 189 Estados Miembros de Naciones Unidas en el quincuagésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General celebrado en septiembre de 2000. Publicada por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas-DPI/2083/Rev.1-2000
- Dictamen 1/1998 sobre la Plataforma de Preferencias de Privacidad (P3P) y Norma de Perfiles Abierta (OPS), de 16 de junio de 1998, Documentos del Working Party sobre protección de datos, disponibles en <http://europa.eu.int>
- Proposed Rules, Federal Register, 15 CFR, Chapter XXIII, Improvement of technical Management of Internet Names and Addresses, de 20 de febrero de 1998, Volume 63 nº 34
- Resolución 101 de la Conferencia de Plenipotenciarios de la UIT (Minneapolis 1998)
- OCDE/GD 221, Difusión sur le web et convergence: Implications pour l'action des pouvoirs publics, de 1997.
- OCDE/GD 139 , L'infrastructure mondiale de l'information et la société mondiale de l'information (GII-GIS): les politiques requises, de 1997.
- Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Comercio Electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno de 1996, Naciones Unidas, NY, 1997.
- International Telecommunication Union, "The Globalization of Telecommunication Services and Global Mobile Personal Communications by Satellite (GMPCS)", Geneva, 1996.
- KMPG, Summary Report of Public Policy Issues Arising from Telecommunications and Audiovisual Convergence, de 1996.
- Unión Internacional de Telecomunicaciones, Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales, Ginebra 1989.
- Actas Finales de la Conferencia Administrativa mundial Telegráfica y Telefónica, Melbourne 1988. (CAMTT-88).

- Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas en lo referente al tratamiento automatizado de los datos personales. BOE nº 274, de 15 de noviembre de 1985.
- Recomendación de la OCDE de 23 de septiembre de 1980 sobre las Directrices de protección de la intimidad y de los flujos de datos de carácter personal a través de las fronteras.

## **COMUNIDAD EUROPEA**

### **REGLAMENTOS**

- Posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (ROMA II). Bruselas, 11 de agosto de 2006, JUSTCIV 137, CODEC 531, OC 410
- Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, conocido como Roma II. Bruselas, 21 de febrero de 2006, COM (2006) 83 final, 2003/0168 (COD)
- Reglamento CE 874/2004 de la Comisión de 28 de abril de 2004, por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel ".eu", así como los principios en materia de registro. DO L 162/40 de 30 de abril 2004.
- Reglamento CE 733/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de abril de 2002 relativo a la aplicación del dominio de primer nivel <.eu>. DO L 113/1 de 30 de abril de 2002.
- Reglamento (CE) 2560/2001 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 2001 sobre pagos transfronterizos en euros. DO L 344 de 28 de diciembre de 2001
- Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 12 de 16 de enero de 2001.
- Reglamento (CE) 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000 sobre el acceso desagregado al bucle local. DO L 336/4 de 30 de diciembre de 2000.

- Propuesta de Reglamento relativa al desglose del acceso al bucle local, COM (2000) 394 de 12 de julio de 2000.

## DIRECTIVAS

- Directiva 2006/24/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. DO L nº 105 de 13 de abril de 2006.
- Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2000/12/CE y 2002/65/CE, de 1 de diciembre de 2005. COM (2005) 603 final.
- Directiva 2002/77/CE de la Comisión de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. DO L 249 de 17 de septiembre de 2002.
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. DO L 201/37 del 31 de julio de 2002.
- Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión. DO L 108/7 de 24 de abril de 2002.
- Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, también llamada "Directiva Autorización". DO L 108/21 de 24 de abril de 2002.
- Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, también llamada "Directiva Marco". DO L 108/33 de 24 de abril de 2002.
- Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DO L 108/51 de 24 de Abril de 2002.
- DIRECTIVA 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de

dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades. DO L 275 de 27 de octubre de 2000.

- Propuesta de Directiva relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM (2000) 386 de 12 de julio de 2000.
- Propuesta de Directiva relativa a un marco reglamentario común para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM (2000) 393 de 12 de julio de 2000.
- Propuesta de Directiva relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y a las instalaciones asociadas, así como a su interconexión, COM (2000) 384 de 12 de julio de 2000.
- Propuesta de Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la vida privada en el sector de las comunicaciones electrónicas, COM (2000) 385 de 12 de julio de 2000.
- Propuesta de Directiva sobre el servicio universal y los derechos de los usuarios respecto de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, COM (2000)392 de 12 de julio de 2000.
- Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del consejo, de 8 de junio del año 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior. DO L 178 de 17 de julio de 2000.
- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se crea un marco comunitario para la firma electrónica. DO L de 19 de enero de 2000
- Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. DO L 171 de siete de julio de 1999
- Directiva 1999/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad. DO L 91/10 de 7 de abril de 1999.
- Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 1998 relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. DO L 320/54 de 28 de noviembre de 1998
- Directiva 98/61/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 1998 por la que se modifica la Directiva 97/33/CE en lo que se refiere a la portabilidad de los números entre operadores y la preselección del operador. DO L 268/37 de 3 de octubre de 1998.



- Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 1998 sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo. DO L 101/24 de 1 de abril de 1998.
- Directiva 98/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 1998, relativa a los equipos terminales de telecomunicaciones y a los equipos de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite, incluido el reconocimiento mutuo de su conformidad. DO L 74/1 de 12 de marzo de 1998.
- Directiva 97/66/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. DO L 24/1 de 30 de enero de 1998.
- Directiva 97/33/CE de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión de telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de oferta de red abierta (ONP). DO L 199 de 26 de julio de 1997.
- Directiva 97/13/CE de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. DO L 117 de 7 de mayo de 1997.
- Propuesta de Directiva sobre la aplicación de la Directiva ONP a la telefonía vocal y al servicio universal de las telecomunicaciones en un entorno competitivo, COM (96) 419, de 11 de septiembre de 1996, que reemplazaría la Directiva 95/62/CE.
- Directiva 95/62/CE relativa a la aplicación de la ONP a la telefonía vocal. DO L 321 de 30 de diciembre de 1995.
- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CE de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DO n° 281, de 23 de noviembre de 1995
- Directiva 93/83 de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. DO L 248 de 6 de octubre de 1993.
- Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales COM (90) 314-SYN 287 y 288, de 24 de septiembre de 1990
- Directiva 92/44/CEE, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de red abierta a las líneas arrendadas. DO L 165 de 19 de junio de 1992.

- Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento de datos personales COM (92) 422 final, DOC nº 311, de 27 de noviembre de 1992
- Directiva 90/387/CEE de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de una Oferta de una Red Abierta de telecomunicaciones (ONP). DO L 192/1, de 24 de julio de 1990.
- Directiva 90/388/CEE de la comisión de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. DO L 192, de 24 de julio de 1990, p.9-16
- Directiva del consejo 89/104/CEE de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas.
- Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988 relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicación. DO L 131, de 27 de mayo de 1988.
- Directiva 86/361/CEE es relativa a la homologación de los equipos de terminales de telecomunicaciones
- Directiva 83/189/CEE de 28 de marzo de 1983 por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas;

## DECISIONES

- Decisión 2006/325/CE del Consejo de 27 de abril de 2006 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de soluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 120 de 5 de mayo de 2006
- Decisión 2005/790/CE del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma en nombre de la Comunidad de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 299 de 16 de noviembre de 2005.
- Decisión de la comisión de 6 de septiembre de 2005 relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren a la Canada Border Services Agency. DO L 91 de 29 de marzo de 2006.

- Decisión de la Comisión de 27 de diciembre de 2004 por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros países. DO L 385/74 de 29 de diciembre de 2004.
- Decisión 2004/535/CE de la Comisión de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que transfieran al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los EEUU. DO L 235 de 6 de julio de 2004.
- Decisión nº 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del consejo de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea. DO L 108/1 de 24 de abril de 2002.
- Decisión de la Comisión de 20 de diciembre de 2001 con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del consejo sobre la adecuación de la protección de datos personales conferida por la ley canadiense *Personal information and electronic documents act*. DO L 2 de 4 de enero de 2002.
- Propuesta de Decisión relativa a un marco reglamentario para la política en materia de espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea, COM (2000) 407 de 12 de julio de 2000;
- Decisión 87/95/CEE relativa a la normalización en el terreno de la tecnología de la información y las telecomunicaciones
- Decisión 82/861/CEE de la Comisión de 2 de diciembre de 1982 asunto *British Telecommunications*, DO L 360 de 21 de diciembre de 1982 p. 6

## RECOMENDACIONES

- Recomendación de la Comisión de 18 de mayo de 2005 sobre la gestión colectiva transfronteriza de los derechos de autor y derechos afines en el ámbito de los servicios legales de música en línea, DO L 276/54 de 21 de octubre de 2005.
- Recomendación de la Comisión de 20 de marzo de 2003, relativa a la armonización del suministro de acceso público R-LAN a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de la Comunidad. DO L 78/12 de 25 de marzo de 2003.

- Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. DO L 109 de 19 de abril de 2001.
- Recomendación 1/1999 sobre tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware, de 23 de febrero de 1999
- Recomendación de la Comisión (98/257/CE), de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DO L 115 de 14 de abril de 1998).
- Recomendación de la Comisión 97/489/CE, de 30 de julio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos. DO 1997 L 208/52, de 2 de agosto de 1997.
- Recomendación 92/382/CEE del consejo de 5 de junio de 1992, relativa al suministro armonizado de un conjunto mínimo de servicios de transmisión de datos por conmutación de paquetes de acuerdo con los principios de la oferta de red abierta (ONP). DOCE L 200 de 18 de julio de 1992.
- Recomendación 92/383/CEE, de 5 de junio de 1992, relativa a la oferta de unos mecanismos armonizados de acceso a la red digital de servicios integrados (RDSI) y de un conjunto mínimo de funciones RDSI con arreglo a los principios de la oferta de red abierta (ONP). DOCE L 200 de 18 de julio de 1992.
- Recomendación 84/550/CEE del Consejo de 12 de noviembre de 1984, relativa a la primera fase de apertura del acceso a los mercados públicos de telecomunicaciones. DOCE L de 16 de noviembre de 1984, pp.51
- Recomendación 84/549/CEE del Consejo de 12 de noviembre de 1984, relativa a la armonización en el campo de las telecomunicaciones. DOCE L de 16 de noviembre de 1984, pp.49;
- Recomendación de la Comisión 81/679/CEE, de 29 de julio de 1981, relativa al Convenio del Consejo de Europa sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. DOL nº 246 de 29 de agosto.

## COMUNICACIONES

- Comunicación de la Comisión al Consejo: Denuncia del Acuerdo entre CE y los EEUU sobre el tratamiento y la transferencia de los datos PNR por las compañías aéreas a los servicios de aduana y protección de fronteras del

Ministerio americano de seguridad interior. Bruselas 16 de junio de 2006.  
COM (2006) 335 final

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones *"i2010-Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo"*, Bruselas a 1 de junio de 2005. COM (2005) 229 final
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de la Regiones, *"Hacia una colaboración mundial para la sociedad de la información: Seguimiento de la cumbre de Ginebra, Cumbre mundial sobre la Sociedad de la Información (CSIM)"*. COM (2004) 111 final de 17 de febrero de 2004.
- Comunicación de la Comisión *"Hacia una asociación mundial para la sociedad de la información: perspectivas de la UE en el contexto de la Cumbre Mundial sobre la sociedad de la información (CMSI) de las Naciones Unidas"*. COM (2003) 271 final de 19 de mayo de 2003.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre *"Un Derecho Contractual Europeo más coherente. Plan de Acción"*, de 12 de febrero de 2003, COM (2003) 68 final.
- Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social y al comité de las Regiones, *"Plan de acción eEurope 2005: una sociedad de la información para todos"*, COM (2002) 263 final.
- Comunicación de la Comisión, de 13 de marzo de 2001 *"eEurope 2002-Impacto y prioridades"*, COM (2001) 140 final.
- Comunicación de la Comisión, el Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones. COM (1999)539 de 10 de noviembre de 1999. Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre Próximas etapas de la política en materia de espectro radioeléctrico. Resultados de la consulta pública sobre el Libro Verde. COM (99) 538 de 10 de noviembre de 1999.
- Comunicación del 4 de febrero de 1998 al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y social y al Comité de Regiones *"La universalización de la sociedad de la información: necesidad de reforzar la coordinación internacional"*, COM (98) 50 final.
- Comunicación al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y social y al Comité de Regiones: *"La Sociedad de la Información: entre Corfú y Dublín. Las nuevas prioridades surgidas"*, COM (96) 395 final;

- Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre las consultas realizadas acerca del Libro Verde de las infraestructuras de Telecomunicación y las redes de televisión por cable. Bruselas, 3 de mayo de 1995. COM (95) 158
- Comunicación sobre la Política comunitaria de la telecomunicaciones (COM (86)325, de 5 de junio de 1986)
- Comunicación sobre el estado de desarrollo de la política comunitaria de las telecomunicaciones (COM (85) 276, de 30 de mayo de 1985);
- Comunicación de la Comisión (COM (79) 650 de 1979 "*La Société Européenne face aux nouvelles technologies de l'information. Une réponse communautaire*").

## RESOLUCIONES

- Resolución del Consejo de 21 de noviembre de 1996 relativa a las nuevas prioridades políticas en materia de sociedad de la información (96/C 376/01).
- Resolución 94/C 379/03 del Consejo de Telecomunicaciones sobre la Primera Parte del Libro Verde de las Infraestructuras de Telecomunicaciones. Propuesta de 18 de noviembre de 1994 y adopción el 22 de diciembre de 1994. DO C 379 de 31 de diciembre de 1994.
- Resolución 93/C 213/01 del Consejo de 22 de julio de 1993, relativa al informe sobre la situación del sector de las telecomunicaciones y la necesidad de que prosiga el desarrollo de este mercado. DO C 213 de 6 de agosto de 1993, p.1-3
- Resolución relativa al desarrollo de la red digital de servicios integrados (RDSI) en la Comunidad, como una infraestructura de telecomunicaciones a nivel europeo a partir de 1993. DO C 158 de 25 de junio de 1992.
- Resolución 88/C 257/01 del Consejo sobre el desarrollo de los Mercados y Servicios de Telecomunicaciones de aquí a 1992. Bruselas 30 de junio de 1988.
- Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la comisión "Recomendaciones acerca de las Telecomunicaciones", DO C 144, de 7 de mayo de 1981, pp 71-75.

## **LIBROS VERDE Y BLANCO**

- LIBRO VERDE sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización” COM (2002) 654 final de 14 de enero de 2003
- Libro Verde de la Comisión sobre Servicios de Interés General”, COM 2003 270 final.
- Libro verde COM (2002) sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 19 de abril de 2002, Documento Tol: 228348.
- Libro Verde sobre espectro radioeléctrico. COM (98) 596 de 9 de diciembre de 1998.
- Libro Verde sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, en la perspectiva de la Sociedad de la Información” COM (97) 623, de 3 de diciembre de 1997.
- El Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medio de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación en la perspectiva de la sociedad de la información. COM (97), Bruselas 3 de diciembre de 1997
- Libro Blanco de la Comisión sobre “Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI”(COM (93) 700 de 5 de diciembre de 1993);
- Libro Verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones. COM (87) 290. Bruselas a 30 de junio de 1987. Versión en castellano de 16 de diciembre de 1987.
- Libro Blanco de la Comisión relativo a la plena realización del mercado interior, del 28 y 29 de junio de 1985. COM (85) 310 final de 14 de julio de 1985

## **CONVENIOS. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO**

- Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (BOE nº 251 de 20 de octubre de 1994. C.e. BOE nº 8 de 10 de enero de 1995).
- Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. (BOE, de 19 de julio de 1993).

- Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Protocolo anejo. Hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DO C 189 de 28 de julio de 1990).

## DOCUMENTOS DIVERSOS

- ACUERDO entre la Comunidad europea y el gobierno de Canadá sobre el tratamiento de datos procedentes del sistema de información anticipada sobre pasajeros y de los expedientes de pasajeros. DO L 82 de 21 de marzo de 2006.
- Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 299 de 16 de noviembre de 2005.
- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), de 2 de junio de 2004. (COM(2003) 427 final-2003/0168(COD)),
- Acuerdo entre la Comunidad europea y los EEUU sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al departamento de seguridad nacional, oficina de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos. DO L 183 de 20 de mayo de 2004.
- Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO C 12 de 15 de enero de 2001
- Comisión Europea "*The development of Broadband Access Platforms in Europe*", Bruselas, 2001.
- Dictamen 7/2000 del grupo de trabajo sobre la propuesta de la Comisión Europea de Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, adoptado el 2 de noviembre de 2000.
- Conclusiones del Consejo de 27 de septiembre de 1999 sobre los resultados de la consulta pública del Libro Verde sobre la convergencia, DO C 283, de 6 de octubre de 1999.
- Resumen de los resultados de la consulta pública relativa al Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones, medios



de comunicación y tecnologías de la información y temas que merecen ulterior reflexión, SEC (98) 1284, de 29 de julio de 1998

- Dictamen del Comité Económico y social sobre el Libro Verde de la convergencia, de 29 de abril de 1998, DO C 214 de 10 de julio de 1998;
- Plan de Acción móvil "Europa en la vanguardia de la Sociedad Global de la Información. Plan de acción móvil, (COM (96) 607 de 27 de noviembre de 1996.
- Informe sobre el estado de la aplicación de una Política comunitaria de las telecomunicaciones (COM (88) 240, de 31 de mayo de 1988).
- Dos Protocolos relativos a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988 (DO L 48, de 20 de febrero de 1989
- Primer Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de la Comunidades europeas del convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, BOE nº 243 de 8 de octubre de 2004;
- Segundo Protocolo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las comunidades europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, hecho en Bruselas el 19 de diciembre de 1988, BOE, nº 243 de 8 de octubre de 2004.

## ESPAÑA

- Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho ad referendum en Madrid el 24 de febrero de 2005. BOE 103 de 1 de mayo de 2006.
- Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (BOE nº 256 de 25 de octubre de 2001).
- Convenio entre España y Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho en Bucarest el 17 de noviembre de 1997 (BOE nº 134 de 5 de junio de 1999, c.e. BOE nº 158 de 3 de julio).

- Tratado entre el Reino de España y la Republica Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992. BOE 26, de 31 de enero de 1994.
- Ley 23/2006 de 7 de julio por la que se modifica el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual aprobada por Real Decreto legislativo 1/1996 de 12 de abril. BOE 162 de 8 de julio de 2006
- Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE nº 264 de 4 de noviembre, corrección de errores BOE 19 de marzo de 2004)
- Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo (BOE 165 de 11 de julio de 2003).
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (BOE 164 de 10 de julio de 2003)
- Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. BOE 281, de 23 de noviembre de 2002.
- Ley 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. BOE 166 de 12 de julio de 2002.
- Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de Marcas, (BOE 294 de 8 de diciembre de 2001)
- LO 15/1999 de Protección de datos de carácter personal. BOE nº 298 de 14 de diciembre de 1999.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder judicial (BOE 157, de 2 de julio de 1985).
- Real Decreto 424/2005 de 15 de abril por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios. (BOE nº 102 de 29 de abril de 2005).
- Real Decreto 2296/2004 de 10 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a redes y numeración. (BOE nº 314 de 30 de diciembre de 2004).
- Real Decreto 1289/1999, de 23 de julio, por el que se crea la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías en España.
- Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. BOE nº 151 de 25 de junio de 1999.

- Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, BOE 224 de 18 de septiembre de 1999
- Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio (que desarrolla la LGTe), relativo al servicio universal, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y la explotación de las redes de telecomunicaciones.
- Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE nº 97 de 22 de abril 1996.
- Orden ITC/701/2005, de 17 de marzo, por la que se regulan las bases, el régimen de ayudas y la gestión y se realiza la convocatoria del programa de extensión de la banda ancha en zonas rurales y aisladas. BOE nº 69 de 22 de marzo de 2005
- Orden de 21 de diciembre de 2001 sobre determinados aspectos del Servicio Universal de Telecomunicaciones;
- Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional, del título IV del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.
- Orden CTE/662/2003 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de 18 de marzo, por la que se aprueba el Plan Nacional de Nombres de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España “.es”
- Resolución de 28 de febrero de 2005, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publican títulos y números de referencia de especificaciones técnicas de interfaces de acceso de operador de redes públicas de telecomunicaciones disponibles al público. BOE nº 75 de 29 de marzo de 2005.
- Ministerio de Sanidad y Consumo “El consumidor y las nuevas tecnologías” 2ª parte de la investigación Tendencias del consumo y del consumidor en el siglo XXI (2001-2002)
- Asociación española de Comercio electrónico, “Comercio electrónico en España, ventas al consumidor B2C”, y “Estudio sobre el comercio electrónico en España B2B”, Madrid, 2001
- Instrucción 1/2000 de 1 de diciembre de la Agencia de Protección de datos relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos.
- Instrucción 1/1998 de la Agencia de Protección de Datos sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación;

- Informe Provisional de la Comisión jurídica sobre la protección de los derechos de la persona ante el desarrollo de los progresos técnicos en el ámbito de la informática. Documento 487/74, de 19 de febrero de 1975.

## **ESTADOS UNIDOS**

- Inform "Local Phone Competition: Status as of December 31, 2001", FCC Wireline Competition Bureau, Industry Analysis and Technology División, Julio 2002;
- Inform "Federal Communications Commission Releases data on Local Telephone Competition", FCC press release, 23 de Julio de 2002;
- Inform "Annual Report and Analysis of Competitive Market Conditions with respect to Commercial Mobile Services", FCC 02-179 wireless competition report, Julio 2002.
- Inform "FCC Adopts Annual Report on State of Competition in the Wireless Industry", FCC press release, junio 2002;
- Inform "Trends in Telephone Service", FCC Wireline Competition Bureau, Industry Analysis and Technology Divisions, julio 2002;
- Inform "Federal Communications Commission Releases Data on High-Speed Services for Internet Access", FCC press release, Julio 2002;
- Federal Trade Commission: U.S. Department of Commerce press release, "US International Trade in Goods and Services" mayo de 2002; y U.S. Department of Labor press release, "The Unemployment Situation", julio 2002.
- 106th Congress of United States of America, Electronic Signatures in global and National Commerce Act, de 29 de junio de 2000.
- Federal Trade Commission, "*On line profiling: A report to Congress*", de junio de 2000,
- *Digital Millenium Copyright Act* of 1998, Publ. L, nº105-304, 112 State 2877,
- Proposal of Department of Commerce estadounidense de 30 de enero de 1998 "Appendix 2, Minimum Dispute Resolution and other Procedures Related to Trademarks, National Telecommunications and Information Administration"

- *Communication Decency Act of 1996*, 47 U.S.C.A.
- Resolución de 24 de Octubre de 1995 de la Federal Networking Council (FNC).
- U.S. House of Representatives, "*Report on the pending Communications Act of 1995*", por US Rep. Thomas Bliley, Commerce Committee, 104 Congress, Julio 1995
- U.S. Senate, "*Report on the Telecommunications Competition and Deregulation Act of 1995*", Committee on Commerce, Science and Transportation, 104 Congress, Marzo 1995
- US Department of Commerce, The National Information Infrastructure. Agenda for Action, de 15 de septiembre de 1993.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, "*Horizontal Merger Guidelines*", 1992 revisado en 1997;
- FCC, "*Application of WorldCom, Inc., and MCI Communications Corp. For Transfer of control of MCI Communications Corp to WorldCom*" CC Docket nº97-211, memorandum opinion and order, 13 FCC Red. 18025 at 18033-34.

## NORMATIVA Y DOCUMENTOS DIVERSOS

- Documento de trabajo nº 49 de diciembre de 2003 y el Anteproyecto de Convención sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro de 26 de diciembre de 2004
- Informe Accenture, "Análisis de la competitividad en el sector de la telefonía móvil en España", en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red, nº 14, 2003.;
- Research Associates, Plataforma Pro-competencia, "Estudio sobre la competencia en el mercado de los servicios de telefonía móvil", en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, nº 14, de 2003
- Grupo de seguridad de las comunicaciones y las tecnologías de la información, "Seguridad informática: La necesidad de regular la certificación de la localización de entidades en el ámbito de las comunicaciones electrónicas", en Revista de Contratación electrónica, nº 43, 2003.

- Informe Forrester, "Internet móvil: un imperativo para los operadores", en Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e infraestructuras en Red, nº 14 de 2003.
- Declaration du Conseil de l'Europe sur la liberté de la communication sur l'Internet, Strasbourg, 28 de mayo de 2003, en *Legipresse*, nº 203, agosto 2003
- Conférence de la Haye de Droit International privé, "L'impact d'internet sur le projet sur les jugements: nouvelles pistes de reflexion", Document preliminaire nº 17 de fevrier 2002
- Centre for International Development, "The Global Information Technology Report 2001-2002: Readiness for the Networked World", University of Harvard, 2002.
- Bureau Permanent de la conference de la Haya de droit international prive, Comunique de presse: "Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé", en *Uniform Law Review*, 1999-3, pp. 687 y ss;
- Recomendaciones del Grupo Bangemann al Consejo Europeo, 26 de mayo de 1994. Informe sobre las medidas específicas que debían estudiar la Comunidad y los Estados miembros para el establecimiento de infraestructuras en el ámbito de la información.

