

CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EN CONTRATOS ELECTRONICOS INTERNACIONALES

Enrique Fernández Masía²

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: COMERCIO ELECTRÓNICO Y MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. II. ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO: a) fundamento y admisibilidad de la sumisión expresa en el sistema español de competencia judicial internacional. B) requisitos necesarios para su eficacia y cuestiones problemáticas planteadas en la contratación electrónica. III. CLÁUSULAS DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: COMERCIO ELECTRÓNICO Y MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

1. La irrupción en nuestras vidas de los nuevos medios electrónicos no sólo ha supuesto la aparición de un innovador instrumento de entretenimiento y ocio sino que ha provocado la definitiva creación de un mercado mundial de bienes y servicios. Las organizaciones empresariales han visto en internet un medio de aumentar de forma exponencial sus transacciones comerciales con un número ilimitado de clientes, con unos costes, en general, mucho menores de los que se incurren en la comercialización tradicional de sus productos. La especial naturaleza de la red además no sólo favorece a las empresas ofertantes de sus bienes y servicios sino que de igual manera presenta ventajas para los restantes participantes en el comercio electrónico ya sean otras organizaciones empresariales o consumidores finales, quienes pueden elegir y realizar comparaciones entre una más amplia gama de productos, a la vez que, en teoría, consiguen una reducción de los precios al existir una mayor competencia⁽¹⁾.

² Profesor Asociado de Derecho internacional privado. Universidad de Castilla-La Mancha.

© Enrique Fernández Masía. Todos los derechos reservados.

¹ LENDA, P.; "Choice of Law in European Electronic Commerce Contracts", pp.20-21, disponible en <<http://www.jura.uni-muenster.de/eclip/documents>>; KAUFMANN-KHOLER, G.; "Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges?", en *Internet, Which Court Decides?, Which Law Applies?*, ed.K.Boele-Woelki y C.Kssedjian, La Haya, Kluwer, 1998, pp.137.

2. Estas consideraciones han permitido que el desarrollo del comercio electrónico sea hoy una auténtica realidad y que desde todas las instancias se apoye la utilización de internet como un medio para la comercialización de bienes y servicios⁽²⁾. Una utilización de medios electrónicos para formalizar las transacciones comerciales que dada la tipología de participantes en las mismas da lugar a la aparición de dos grandes segmentos de contratación: frente a los contratos realizados en la red entre profesionales –comercio electrónico entre empresarios o B2B-, este nuevo medio potencia el incremento de los contratos de consumo –también conocidos como B2C- ⁽³⁾.

3. Las diferentes circunstancias que rodean a estas relaciones contractuales, así como en especial la presencia de una parte débil en una de ellas, suponen una diferenciación en cuanto al régimen jurídico aplicable a las mismas e igualmente abren las posibilidades a la utilización de mecanismos distintos para la resolución de las controversias que pueden surgir en este ámbito. Así, y tomando en consideración la escasa cuantía económica de las transacciones en las que participa una persona que adquiere un bien para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, se justifica la solución de estos litigios mediante medios alternativos prácticos, eficaces y poco onerosos que permitan obtener una indemnización al consumidor⁽⁴⁾. De esta forma, por ejemplo, a nivel de la Unión Europea, el fomento del acceso a sistemas alternativos de solución de litigios se reconoce como un objetivo que puede garantizar la confianza de los consumidores en el mercado interior y con ello, se puede posibilitar que el comercio electrónico pueda alcanzar su máximo desarrollo en territorio comunitario⁽⁵⁾.

² Para la Unión Europea sirva de referencia el considerando número 2 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DOCE L n.º.178, de 17 de junio de 2000), que señala que “*el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades de empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre que internet sea accesible para todos*”; para Estados Unidos puede consultarse el documento titulado “Consumer Protection in the Global Electronic Marketplace”, de septiembre de 2000, elaborado por la Oficina de protección del consumidor de la Federal Trade Commission, disponible en <<http://www.ftc.gov/bcp/icpw/lookingahead/lookingahead.htm>>; En este mismo sentido, han de tenerse en consideración los trabajos realizados en el seno de la OCDE, organización que ha adoptado la “Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce”, disponible en <<http://www.ftc.gov/opa/1999/9912/oecdguide.htm>>.

³ Vid. DE LA CUETARA MARTINEZ, J.M. y ECHEVARRIA BARBERO, J.M.; “Comercio electrónico. Requisitos legales para su desarrollo”, en *Régimen Jurídico de Internet*, Madrid, La Ley, 2002, pp.1093-1100; PHILIPPE, M.; “Where is Everyone Going with Online Dispute Resolution”, pp.1-2, disponible en <http://www.ombuds.org/cyberweek2002/ODR_MirezePhillipe.doc>.

⁴ Vid. FENOULHET, T.; “Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l’information dans le cadre européen” y DE LAMBERTERIE, I.; “Le règlement en ligne des petits litiges de consommation”, disponibles en <<http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>>.

⁵ Vid. Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002, COM (2002) 196 final; Dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en donde se aboga por el uso extensivo de la

Estos métodos alternativos de solución de litigios han de observarse, en consecuencia, como la plasmación práctica del principio de acceso a la justicia del consumidor en este ámbito, esto es, si se quiere que los consumidores perciban que los derechos concedidos por los diferentes actos normativos de la Comunidad tienen valor práctico, deben existir mecanismos que permita garantizar su ejercicio efectivo⁽⁶⁾. En este camino en los últimos años asistimos al esfuerzo realizado por parte de las autoridades comunitarias por crear una red extrajudicial europea -Red EJE- ⁽⁷⁾, cuyos miembros han de aplicar una serie de principios que tienen por objeto que los consumidores y los comerciantes tengan la seguridad de que sus reclamaciones serán tramitadas con rigor, imparcialidad e independencia⁽⁸⁾. Bajo este mismo prisma ha de contemplarse, por una parte, la creación de una Red específica de órganos extrajudiciales en materia de servicios financieros FIN-NET (FINancial Services Complaints NETwork)⁽⁹⁾, y por otra, el lanzamiento del proyecto ECODIR, un mecanismo de conciliación y mediación en línea para resolver las controversias surgidas

resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, en particular cuando las partes están domiciliadas en Estados miembros diferentes y teniendo en cuenta el coste y la demora que conlleva la vía judicial, DOCE L n.º.178, de 17 de junio de 2000.

⁶ En este sentido, el artículo 17 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, cit., establece que los Estados miembros velarán porque su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de litigios previstos en las legislaciones nacionales.

⁷ Resolución del Consejo, de 25 de mayo de 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo, DOCE C n.º.155, de 6 de junio de 2000. Esta iniciativa se enmarca en un objetivo más amplio: lograr un mejor acceso a la justicia en Europa. Para ello, junto con el lanzamiento de esta red extrajudicial en octubre de 2001, la Comisión está trabajando en un sistema permanente de información entre los órganos judiciales nacionales. Para lograr este sistema, en primer lugar, se adoptó por el Consejo a finales de mayo de 2001 la Decisión relativa a la creación de una red judicial europea en materia civil y mercantil, DOCE L n.º.174, de 27 de junio de 2001, y en segundo lugar, se ha aprobado el Reglamento del Consejo por el que se establece un marco general para las actividades comunitarias con el fin de facilitar la puesta en práctica de un espacio judicial europeo en materia civil, DOCE L 115, de 1 de mayo de 2002.

⁸ Ya que los mecanismos utilizados por los órganos extrajudiciales notificados por parte de los Estados miembros a la Comisión no tienen ni mucho menos las mismas características, se ha hecho preciso diferenciar entre aquellos principios que han de ser aplicados en procedimientos en los que una tercera parte neutra propone o adopta una decisión (Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial en materia de consumo (DOCE L n.º.115, de 14 de abril de 1998), y aquellos otros que han de ser tomados en consideración en procedimientos en los que la parte neutra intenta acercar a las partes en litigio y ayudarles a llegar a un acuerdo por consentimiento mutuo (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 (DOCE L n.º.109, de 19 de abril de 2001).

⁹ Vid. <http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/adr.htm>.

en las relaciones transfronterizas de consumo⁽¹⁰⁾. Todas estas iniciativas tienen en común la idea de promocionar los sistemas alternativos de solución de litigios, para que estos se conviertan en un complemento, y en la gran mayoría de las ocasiones, en el paso previo decisivo, para que las controversias derivadas de los contratos internacionales de consumo no lleguen nunca a conocerse por parte de los distintos tribunales nacionales⁽¹¹⁾.

4. Frente a este planteamiento, las circunstancias que rodean al comercio electrónico entre empresarios no han provocado hasta ahora un abandono de los métodos de resolución de controversias utilizados tradicionalmente en el comercio internacional⁽¹²⁾. El recurso a unos tribunales nacionales o a un procedimiento arbitral para que resuelvan las diferencias surgidas en el desarrollo de una operación contractual se constituye en una característica común también en este sector de la contratación internacional. Sin embargo, los especiales caracteres que rodean a la contratación electrónica, y en concreto, la posibilidad de contratar de forma continuada con empresas situadas en países muy distantes, conducen a que la inseguridad jurídica que toda transacción internacional conlleva pueda incrementarse de manera notable dada la multiplicidad de jurisdicciones conectadas y por consiguiente la disparidad de posibles legislaciones nacionales finalmente aplicables⁽¹³⁾. No es de extrañar, en consecuencia, que en este concreto ámbito de la contratación, la utilización de cláusulas de sumisión a unos determinados tribunales nacionales o a un órgano arbitral sea habitual. Los específicos problemas que plantean este tipo de cláusulas en la contratación electrónica es el objeto del presente trabajo.

II. ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO.

¹⁰ <<http://www.ecodir.org>>; Vid. sobre este proyecto, SALAUN, A.; “The ECODIR Project: a step further to consumer confidence on the Net”, en *Essays on Online Alternative Dispute Resolution*, ed. S. Geiseler-Bonse, Eclips Series, 2001, pp.15-29.

¹¹ Vid. abundando en esta idea, FERNANDEZ MASIA, E.; “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001”, *EC*, (en prensa).

¹² Aunque si parece incidir en una pretendida reforma procesal que tienda a facilitar mecanismos judiciales más adaptados a las necesidades surgidas en este ámbito, tal y como refleja el artículo 18 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, cit., donde se impone a los Estados miembros que velen porque “*los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados*”.

¹³ WINTERS, D.K.; “Bricks to Clicks: Counseling Clients as They Move Online. Jurisdictional Implications in the Operation of a Web Site”, disponible en <http://www.pbmlaw.com/PressRoom/bricks_clicks.shtml>.

A) Fundamento y admisibilidad de la sumisión expresa en el sistema español de competencia judicial internacional.

5. La autonomía de la voluntad de las partes expresada a través de su acuerdo de elección de foro pretende designar la competencia de unos determinados tribunales nacionales –efecto prorrogatorio–, al mismo tiempo que, generalmente, se busca con el mismo que los restantes órganos jurisdiccionales que no han sido escogidos se declaren incompetentes para conocer del litigio –efecto derogatorio–. La aceptación del juego de la voluntad de las partes en este sector del Derecho internacional privado se fundamenta en varias razones:

a) En primer lugar, hemos de afirmar que en situaciones de igualdad entre los contratantes, el principio de autonomía de voluntad es el que mejor responde a los intereses de las partes en la relación, pues estas últimas pretenderán maximizar los mismos a través de la elección de los tribunales competentes y del derecho aplicable⁽¹⁴⁾. No cabe duda que, en principio, nadie puede pensar que alguien va actuar en contra de sus propios intereses y menos cuando estamos ante una cuestión tan delicada, y tan importante *ex post* si surgiera una controversia, como es la de elegir quienes van a ser finalmente los tribunales nacionales competentes para conocer de la misma.

b) En segundo lugar, en este ámbito de la contratación electrónica, tal y como ya hemos señalado, la búsqueda de seguridad jurídica mediante la incorporación de una cláusula de sumisión se convierte en imprescindible⁽¹⁵⁾. Dadas las posibilidades que ofrece internet por las que cualquier empresario puede contratar con organizaciones empresariales situadas en países muy distintos, la inclusión de una convenio atributivo de competencia supone reducir la incertidumbre normativa que toda relación contractual internacional conlleva de forma inherente.

c) En tercer lugar, tal y como manifiestan M. VIRGOS SORIANO y F. J. GARCIMARTIN ALFÉREZ, la aceptación de la autonomía de la voluntad como criterio de competencia judicial internacional viene fundamentada en forma de

¹⁴ Vid. VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p.197, quienes señalan que las partes son “*los mejores jueces de sus propios intereses*”, ya que son las que poseen mayor información sobre los caracteres de su relación y en consecuencia, quienes mejor pueden designar a los tribunales nacionales que están en mejor situación para conocer de los posibles litigios que puedan surgir. Es, por otra parte, este mismo fundamento el que impide normalmente aceptar una libertad absoluta de las partes para elegir el foro competente en aquellas situaciones en las que una de ellas se encuentra en una posición de inferioridad respecto de la otra– posiciones de asimetría contractual como en los contratos de consumidores o de seguros–.

¹⁵ JACQUOT, F., y WEITZEL, B.; “Le règlement des litiges”, en *Le guide juridique du commerçant électronique*, Montreal, 2001, p.231. Tal y como señalan A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ; *Conflictos de leyes y de jurisdicciones en Internet*, Madrid, Colex, 2001, p.43, la sumisión expresa tiene una gran importancia en los contratos electrónicos porque “*cubre de seguridad jurídica, desde el principio, la transacción entre sujetos que comercian online desde países que pueden resultar muy lejanos*”.

coherencia sistemática⁽¹⁶⁾. El principio dispositivo es el principio informador de la normativa procesal civil. La lógica privada presente en este concreto sector normativo imbuje igualmente a las concretas disposiciones de competencia judicial internacional: si aceptamos que las partes son las únicas que deben decidir si quieren hacer valer sus derechos derivados de sus relaciones contractuales ante la justicia estatal, ha de considerarse como consecuencia natural que puedan optar por elegir a que tribunales nacionales quieren acudir.

6. Dadas las razones apuntadas no es de extrañar que la autonomía de la voluntad de las partes expresada mediante una cláusula atributiva de competencia sea un principio fundamental aceptado en los actuales sistemas de competencia judicial internacional⁽¹⁷⁾. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que el análisis de una concreta cláusula de elección de foro no es independiente de todo Ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, los sistemas de competencia judicial internacional nacionales establecen unas condiciones diferentes para otorgar eficacia procesal a este tipo de convenios. Es únicamente desde la perspectiva de un Ordenamiento jurídico, y en concreto, desde el derecho procesal ante cuyos tribunales se quiere hacer valer la cláusula, desde donde se puede establecer la verdadera eficacia de la misma tanto en su aspecto prorrogatorio como derogatorio de la competencia judicial de los tribunales de un Estado. En nuestro caso, el examen será realizado tomando en consideración al Derecho español como el sistema procesal aplicable, esto es, se contempla que es ante los tribunales españoles ante los que se quiere hacer valer la cláusula de elección de foro pactada en un contrato electrónico internacional.

7. El régimen positivo relativo a la sumisión expresa está contenido en el artículo 23 del Reglamento (CE) n.º.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⁽¹⁸⁾, en el artículo 17 del Convenio de Lugano

¹⁶ VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; *Derecho procesal...*, op.cit., pp.196-197.

¹⁷ Vid. en este sentido, el documento elaborado por A.H.HAINES titulado “Les conventions d’élection de for dans le contentieux international: leur utilisation et les problemes juridiques qu’elles soulevent dans le cadre du texte provisoire”, documento preliminar n.º.18 de febrero de 2002 para la Comisión I de la XIX Sesión diplomática de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado celebrada en abril de 2002.

¹⁸ DOCE L 12, de 16 de enero de 2001. Citado en lo sucesivo como “Reglamento de Bruselas”. Este instrumento comunitario a partir del 1 de marzo de 2002 viene a sustituir en los distintos Estados miembros con la excepción de Dinamarca, al 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 –en adelante Convenio de Bruselas-, pues de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca que figura como anexo al TUE y al TCE, este país queda fuera de toda vinculación respecto de los instrumentos que se pudieran adoptar en relación con el Título IV de la Tercera parte del TCE.

relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988⁽¹⁹⁾ y en el artículo 22.2 de la LOPJ.

8. En general, el artículo 23 del Reglamento de Bruselas contiene el régimen aplicable para que las cláusulas de elección de foro tengan eficacia ante nuestros tribunales, un régimen que es compartido por los tribunales de los demás Estados miembros⁽²⁰⁾. Sin embargo, este precepto no tiene un alcance universal. Por el contrario, es preciso que se den dos condiciones cumulativamente para que se apliquen las reglas contenidas en esta disposición⁽²¹⁾: a) que las partes hayan optado por elegir a los órganos jurisdiccionales de un Estado parte y b) que al menos una de las partes esté domiciliada en territorio comunitario⁽²²⁾. Fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas, es aplicable con carácter general el artículo 22.2 de la LOPJ⁽²³⁾. Dado el carácter modelo que el sistema de Bruselas tiene para el régimen contenido en la LOPJ, es preciso que la interpretación de este último precepto sea coincidente, en la medida de lo posible, con la mantenida con el artículo 23 del

¹⁹ Aplicable cuando se hayan escogido los tribunales de un Estado parte en este Convenio que no sea un Estado miembro de la Comunidad –Suiza, Noruega, Islandia o Polonia-, de acuerdo con el artículo 54 ter 2 a) de este texto convencional. Dada la semejanza de este precepto con el artículo 17 del Convenio de Bruselas, precedente inmediato del artículo 23 del Reglamento de Bruselas, las consideraciones que se puedan realizar sobre el sistema de Bruselas serán válidas, en principio, también para esta disposición. Sin embargo, ello no evitará las necesarias referencias a las pequeñas modificaciones aportadas al texto del artículo 23 del Reglamento de Bruselas en relación con el artículo 17 del Convenio de Bruselas, y por consiguiente las diferencias existentes también con relación a este texto convencional.

²⁰ Téngase en cuenta que, tal y como señalan M.VIRGOS SORIANO y F.J.GARCIMARTIN ALFÉREZ, hay que tener siempre presente la doble naturaleza material y procesal de este tipo de cláusulas, que conlleva consecuentemente también la diversidad de normativa aplicable a las mismas. La normativa procesal tendría un efecto de primacía sobre la normativa relativa a los contratos, de tal forma que, en principio, la eficacia de este tipo de cláusulas será determinada por las normas procesales y únicamente en aquellos aspectos que éstas últimas guardasen silencio quedarían regulados por el Derecho de los contratos, *Derecho procesal...*, op.cit., pp.200-201.

²¹ Artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas: “*Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes*”.

²² Sin embargo, y a pesar de ser éste un requisito ineludible para la aplicación del régimen uniforme contemplado en el artículo 23 del Reglamento de Bruselas, en el apartado 3 de este mismo precepto se contempla cual ha de ser la conducta de los tribunales de los Estados miembros ante una cláusula de elección de foro en la que se han designado como competentes a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y ninguna de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro: “*Cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliado en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubieren declinado su competencia*”.

²³ En realidad, tal y como señala P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, 3 ed., 2002, p.450, el empleo del artículo 22.2 de la LOPJ respecto de una cláusula de elección de foro por la que las partes se someten a los tribunales españoles resultará excepcional en el ámbito del comercio electrónico, ya que en tal caso únicamente juega si ninguno de los contratantes tiene su sede en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado contratante del Convenio de Lugano.

Reglamento de Bruselas⁽²⁴⁾. Por ello, y a salvo de lo que pueda especificarse, en las próximas páginas nuestro estudio se centrará en las exigencias previstas en el Reglamento de Bruselas para que una cláusula de elección de foro sea válida.

B) Requisitos necesarios para su eficacia y cuestiones problemáticas planteadas en la contratación electrónica.

9. La primera cuestión que ha de resolverse anteriormente a cualquier otra es determinar la existencia de un verdadero acuerdo entre las partes. Acuerdo que ha de expresarse mediante una voluntad común de las partes de designar como competentes a unos concretos tribunales nacionales para conocer de los litigios que surjan de una determinada relación jurídica⁽²⁵⁾. En relación con esta cuestión hay que tomar en consideración que el concepto de acuerdo atributivo de competencia debe ser objeto de una interpretación autónoma y que por tanto no cabe una simple remisión al Derecho interno de los Estados miembros⁽²⁶⁾. Este acuerdo atributivo de competencia tiene, por otra parte, un carácter exclusivo, salvo pacto en contrario de las partes⁽²⁷⁾. Por lo tanto, excepto en aquellos casos en que se prevén límites a la autonomía de la voluntad –foros exclusivos y foros de protección-, este acuerdo expreso tiene primacía sobre las demás

²⁴ Vid. sobre la necesidad de una interpretación coincidente del régimen de la LOPJ con el modelo de Bruselas, VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; *Derecho procesal...*, op.cit., pp.81-82 y 217-218.

²⁵ Debe entenderse que el acuerdo puede referirse a un concreto órgano jurisdiccional o bien atribuir la competencia a los tribunales de un Estado en su conjunto, sin que sea preciso la existencia de una vinculación o conexión entre la controversia y el tribunal/es designado/s. En este sentido, el TJCE en su sentencia de 17 de enero de 1980, as-56/79, S.Zelger c. S.Salinitri, Rec., pp.2397 y ss., declaró que “*el artículo 17...que prevé la competencia exclusiva del tribunal designado por las partes de acuerdo con las formas prescritas...hace abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado*”, fdo. 4. Igualmente téngase en cuenta en relación con la identificación del órgano jurisdiccional competente en la cláusula atributiva, la Sentencia de 9 de noviembre de 2000, as. C-387/98, Coreck Maritime c.Handelsveem, en donde se acepta la posibilidad de que la cláusula no tiene que formularse de manera que identifique de forma directa al tribunal competente sino que “*basta con que la cláusula identifique los elementos objetivos sobre los cuales las partes se han puesto de acuerdo para elegir el tribunal o los tribunales a los que desean someter los litigios que hayan surgido o que puedan surgir. Estos elementos, que deben ser suficientemente precisos para permitir al Juez que conoce del litigio determinar si es competente, pueden ser concretados, en su caso, por las circunstancias propias de cada situación*”, fdo.15. En este concreto caso, la cláusula atributiva de competencia contenida en un conocimiento de embarque señalaba que “*cualquier litigio que se suscite en relación con el presente conocimiento de embarque será resuelto en el país en el que el porteador tenga su establecimiento principal y se aplicará el Derecho de este país, salvo disposición en contrario contenida en el presente conocimiento de embarque*”.

²⁶ De acuerdo con lo mantenido por el TJCE en la Sentencia de 10 de marzo de 1992, en el caso Powell Duffryn c. W.Petereit, as. C-214/89, Rec.I-1745 y ss., en donde se aceptó que “*una cláusula de atribución de competencia que forme parte de los estatutos de una sociedad anónima, constituye un acuerdo a efectos de lo establecido en el artículo 17 del Convenio, que vincula a todos los accionistas*”, fdo. nº.17.

²⁷ Presunción de exclusividad reconocida expresamente por el artículo 23 del Reglamento de Bruselas.

normas de competencia previstas, y en especial, significa que el demandado podrá siempre hacerlo valer incluso ante los tribunales de su propio domicilio que deberán, por consiguiente, declinar su competencia⁽²⁸⁾.

10. Junto con la existencia de un acuerdo, la segunda de las exigencias previstas en el artículo 23 del Reglamento de Bruselas se concreta en la necesidad de cumplimiento de una serie de condiciones de validez formal de dicho acuerdo. Estas condiciones de forma son requisito inexcusable para reconocer la validez del acuerdo y, por tanto, no tienen una función meramente probatoria. El cumplimiento de las exigencias formales en la cláusula de elección de foro se explica tanto en razón del necesario aseguramiento de una verdadera existencia de la voluntad de las partes⁽²⁹⁾, como también en el otorgamiento de seguridad a las legítimas expectativas de las mismas⁽³⁰⁾. El artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas, como ya hacía su antecesor el artículo 17.1 del Convenio de Bruselas, establece que los acuerdos de elección de foro pueden celebrarse de tres formas distintas⁽³¹⁾. Veamos cuales son y su posible interpretación en relación con la contratación electrónica.

11. En primer lugar, el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas exige que el acuerdo atributivo de competencia conste por escrito o que exista una confirmación escrita de un acuerdo verbal⁽³²⁾. Con esta exigencia se pretende asegurar la existencia de

²⁸ Sobre el tema, Vid. GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; “Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso de derecho”, *REDI*, nº.2, 1998, pp.103-119.

²⁹ El objetivo principal de estas exigencias formales es neutralizar “*los efectos de las cláusulas que podrían pasar desapercibidas en los contratos. Por ello, estas cláusulas sólo se tomarán en consideración si son objeto de un convenio, lo que supone un intercambio de consentimiento entre las partes*”, Informe del Sr.P.Jenard 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 nº.189, de 28 de julio de 1990. p.155. En un sentido similar se pronuncia el TJCE en la Sentencia de 16 de marzo de 1999, as. C-159-97, *Trasporti Castelleti c. Hugo Trumpy*, en donde se señala que “*la realidad de la existencia del consentimiento de los interesados continúa siendo uno de los objetivos de dicha disposición, justificado por el deseo de proteger a la parte contratante más débil, evitando que pasen desapercibidas cláusulas atributivas de competencia insertadas en el contrato por una sola de las partes*”, fdo.19.

³⁰ De acuerdo con M.VIRGOS SORIANO y F.J. GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho procesal...*, op.cit., p.207, la posible ignorancia de una de las partes no puede invocarse como pretexto frente a la otra para el incumplimiento de la cláusula de elección de foro siempre que las condiciones de forma establecidas en el artículo 23 del Reglamento de Bruselas hayan sido contempladas.

³¹ El artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas señala que “*el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:*

a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o

b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o

c) 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”.

un pleno consentimiento por ambas partes en la elección de los tribunales competentes. No es necesario que las declaraciones de voluntad sean realizadas simultáneamente ni que sean recogidas en un único documento⁽³³⁾. Lo exigible en todo caso es que ambas queden recogidas en forma escrita.

Este requisito de la formalización por escrito de la cláusula de elección de foro, como podemos fácilmente imaginarnos, plantea problemas en el contexto de la contratación electrónica. Por ello no es de extrañar que en el Reglamento de Bruselas se haya introducido un nuevo apartado segundo al artículo 23 en el que se declara que “*se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero*”. La Comisión Europea explica que con este nuevo apartado se trata de tener en cuenta tanto el desarrollo de las nuevas técnicas de comunicación como los objetivos buscados por la Directiva sobre comercio electrónico⁽³⁴⁾, y de esta manera no hay lugar a cuestionarse sobre la validez de una cláusula de elección de foro que se concluya en un soporte no escrito pero cuyo contenido sea accesible a través de una pantalla⁽³⁵⁾. En este caso, el artículo 23.2 del Reglamento de Bruselas acepta la teoría de la “equivalencia funcional” contemplada en el artículo 6 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996 en relación con el término “escrito”⁽³⁶⁾. Con esta idea se quiere hacer exigible que toda la

³² Sobre la necesidad de la confirmación escrita del previo acuerdo verbal y la posibilidad de que la misma sea realizada de forma unilateral, pueden consultarse las Sentencias del TJCE de 14 de diciembre de 1976, Segoura c. Rahim Bonakdarian, As. 25/76, Rec., p.1851 y ss., y de 11 de julio de 1985, As.221/84, Berghoefer c. ASA, Rec., pp.2699 y ss.

³³ Se acepta plenamente, en consecuencia, lo que es práctica habitual en el comercio internacional como es el esquema basado en un envío de una oferta escrita y una posterior aceptación de la misma también realizada por escrito. En todo caso, no se requiere que la aceptación vaya específicamente dirigida a la cláusula de elección de foro, sino que bastará que si la misma se contenía en la oferta, se acepte por completo el texto de esta última.

³⁴ En particular, el artículo 9 de la Directiva sobre comercio electrónico, cit., declara que “*los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular 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 de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica*”. Con el mismo fin de otorgar validez a los contratos celebrados por vía electrónica, en Estados Unidos se adoptó en el año 1999 la Uniform Electronic Transactions Act por parte de la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.

³⁵ Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 14 de julio de 1999, COM (1999) 348 final, pp.18-19. Con este mismo objetivo, al otro lado del Atlántico, la section 110 de la Uniform Computer Information Transactions Act, adoptada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws en el año 2000 con la finalidad de regular las transacciones propias de la sociedad de la información, permite las cláusulas de elección de foro en internet declarando que: *a) The parties in their agreement may choose an exclusive judicial forum unless the choice is unreasonable and unjust, b) A judicial forum specified in an agreement is not exclusive unless the agreement expressly so provides*’.

³⁶ KAUFMANN-KHOLER, G. y RIGOZZI, A.; “Le Règlement Bruxelles I”, *Jusletter*, 5 de febrero de 2001, disponible en <<http://www.weblaw.ch/jusletter>>. El artículo 6 de La Ley Modelo de la CNUDMI

información que se encuentre en forma de datos informatizados ha de ser legible e interpretable y que ha de conservarse todo programa informático que sea necesario para hacer legible tal información.

12. Pero lo verdaderamente relevante en este caso se plantea con la necesaria manifestación del consentimiento por escrito de las partes a través de la firma manuscrita de ambas contemplada en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas. No sólo es requisito ineludible que el contenido de la cláusula de elección de foro se consigne en forma escrita sino que se precisa que el consentimiento de las partes en someterse a tal cláusula se manifieste de forma escrita y tal exigencia vendrá dada por la presencia en el contrato que contenga dicha cláusula de la firma manuscrita de los contratantes⁽³⁷⁾. Tal exigencia ha de ser confrontada con la realidad de la contratación electrónica. En este caso, y aplicando el esquema que presupone el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas, sería necesario: a) el almacenamiento en un registro duradero que equivaldría a la consignación por escrito de la cláusula –ya visto con anterioridad– y, b) el equivalente a la firma. En este último caso, y ante el silencio del Reglamento de Bruselas, aplicando el canon de interpretación sistemática, parece razonable acudir a la 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⁽³⁸⁾. En su artículo 5 se reconocen los mismos efectos jurídicos a la firma electrónica que cumpla con los requisitos contemplados en la Directiva con la firma manuscrita realizada en soporte papel⁽³⁹⁾. En consecuencia, hay que entender que el cumplimiento de la forma

sobre comercio electrónico señala: “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”. Este criterio del equivalente funcional utilizado por esta Ley modelo está basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del comercio electrónico. Sobre este criterio puede consultarse, CAPRIOLI, E. y SORIEUL, R.; “Le commerce international électronique: vers l’emergence de regles juridiques transnationales”, *Journ.dr.int.*, vol.124, 1997, pp.323 y ss. La Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico puede consultarse en la dirección electrónica <<http://www.uncitral.org>>.

³⁷ Aunque no es necesaria una firma de carácter específico en relación con la cláusula de elección de foro, si es que es preciso, en primer lugar, que si el contrato consta en un único documento se consignen las firmas de ambas partes en el texto donde se contemple dicha cláusula y, en segundo lugar, si el esquema negocial responde al modelo de una oferta seguida de una aceptación, tales documentos habrán de ser firmados respectivamente por cada una de las partes, de tal modo que si la cláusula de atribución de competencia se encuentra en la oferta se hará preciso la aceptación firmada por escrito de la otra parte, y si la cláusula se incluyese en la aceptación sería preciso un nuevo escrito firmado confirmando el texto del acuerdo por parte del oferente inicial.

³⁸ DOCE C n.º.13, de 19 de enero de 2000. Esta Directiva ha sido transpuesta al Ordenamiento español a través del Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica (BOE n.º.224, de 18 de septiembre de 1999). Sobre el mismo, puede consultarse, ALCOVER GARAU, G.; “El Real Decreto-Ley sobre firma electrónica”, *Revista de la contratación electrónica*, n.º.1, 2000, pp.7-27.

³⁹ Artículo 5: “Efectos jurídicos de la firma electrónica. 1. Los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma: a) satisfaga el requisito jurídico de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los

“por escrito” del artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas requerirá la necesaria consignación de la firma electrónica de ambas partes.

13. El empleo de la firma electrónica como requisito legal de la forma escrita de la cláusula de atribución de competencia plantea directamente en el ámbito de la contratación electrónica el problema de la eficacia a nivel internacional de este mecanismo de autenticación y de seguridad. Para resolver esta cuestión es preciso tener en cuenta que la Directiva sobre firma electrónica introduce el régimen jurídico de prestación de servicios de certificación cuyos destinatarios van a ser los encargados de velar porque todo el sistema de firmas digitales funcione de forma correcta, mediante la emisión de los correspondientes certificados que aseguran la correlación entre una clave y la identidad del titular de ésta⁽⁴⁰⁾. El régimen de acreditación y ejercicio de la actividad de los prestadores de estos servicios de certificación está sometido a la ley de país de origen del prestador. Correlativamente y, con base en el principio del reconocimiento mutuo, se reconoce que los certificados emitidos por los prestadores de servicios de certificación establecidos en un Estado miembro van a equipararse a los certificados emitidos por los prestadores nacionales⁽⁴¹⁾. Fuera del ámbito integrado, la equiparación de los certificados emitidos por un prestador de servicios de certificación establecido en un tercer Estado únicamente se logrará mediante la celebración de tratados internacionales por parte de ese Estado con la Comunidad Europea⁽⁴²⁾.

datos en papel; y b) sea admisible como prueba en procedimientos judiciales”. Esta disposición está en línea con el criterio de equivalencia funcional sobre la firma previsto en el artículo 7 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico en donde se señala que “cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido el acuerdo pertinente”. En los países miembros de la Unión Europea no hay dudas de que el método utilizado al que se refiere esta última disposición ha sido la firma electrónica, un método que puede llegar a ser tan fiable como la tradicional firma manuscrita, aunque siempre que se someta a una condiciones mínimas de seguridad.

⁴⁰ Sobre el mismo, JULIA BARCELO, R. y VINJE, T.; “Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º.228, 1998, pp.695-714; DOMÍNGUEZ GRAGERA, M.L.; “Normativa aplicable a la firma electrónica (Directiva 99/93/CE y Real Decreto-Ley 14/1999), en *Régimen jurídico...*, op.cit., pp.1341-1348.

⁴¹ Artículo 4 de la Directiva sobre firma electrónica. Téngase en cuenta el artículo 10 del Real Decreto-Ley sobre firma electrónica así como el artículo 23.1 de la Orden de 21 de febrero de 2000 por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de los prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica (BOE n.º.45, de 22 de febrero de 2000).

⁴² Artículo 7 de la Directiva sobre firma electrónica. Véase igualmente el artículo 10 del Real Decreto-Ley sobre firma electrónica y el artículo 23.2 del Reglamento de acreditación aprobado por la Orden de 21 de febrero de 2000. Sobre esta cuestión es interesante tomar en consideración el artículo 12 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre firma electrónica de 2001 en donde se establece un principio general de reconocimiento de las firmas y certificados electrónicos extranjeros siempre que éstos posean un grado de fiabilidad sustancialmente equivalente a aquellos expedidos en el Estado en que se pretenden hacer valer. Vid. sobre esta última cuestión, MADRID PARRA, A.; “Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL para

14. La segunda de las posibilidades aceptadas por el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas para cumplir con la exigencia de la forma de la cláusula atributiva de competencia consiste en que ésta se realice “*de una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas*”. La justificación de esta modalidad se basa en su correspondencia con las circunstancias presentes en el comercio internacional: la existencia de unas relaciones comerciales frecuentes y duraderas entre las mismas organizaciones empresariales provoca la aceptación como marco regulador de las mismas de aquellas condiciones contractuales que normalmente vienen siendo observadas entre las partes incluyendo la cláusula de elección de foro que ha sido estipulada por las mismas para la resolución de los litigios⁽⁴³⁾. Al considerar a los usos interpartes en este precepto, además, se permite un ahorro de costes en la redacción del contrato y se dota de seguridad jurídica al conjunto de las operaciones comerciales⁽⁴⁴⁾.

14. Por último, la tercera de las posibilidades previstas en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas permite que la cláusula de elección de foro se lleve a cabo “*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*”. Al igual que en el anterior supuesto, con esta modalidad formal se pretende acercar la regulación jurídica a la práctica existente en el comercio internacional mediante la aceptación de los usos presentes en un concreto sector, al mismo tiempo que se otorga seguridad jurídica a las operaciones comerciales englobables en el mismo. Para que pueda ser de aplicación esta modalidad formal, la jurisprudencia del TJCE exige la prueba de la existencia del uso alegado, quedando acreditado éste cuando la “comunidad de comerciantes” del sector comercial considerado siga un determinado comportamiento de forma generalizada, aunque no es preciso que la práctica sea seguida en todos los Estados miembros⁽⁴⁵⁾.

15. Se ha señalado que las dos últimas posibilidades previstas en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas pueden tener una decisiva importancia en aquellos supuestos en donde la contratación se ha realizado en el marco de una red cerrada de

las firmas electrónicas”, en *Régimen jurídico...*, op.cit., pp.859-864. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas puede consultarse en la dirección electrónica <<http://www.uncitral.org>>.

⁴³ RODRÍGUEZ BENOT, A.; *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp.296-297.

⁴⁴ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.; *Conflictos de leyes...*, op.cit., p.45.

⁴⁵ Vid. Sentencia de 20 de febrero de 1997, As. C-106/95, MSG c. Les Gravières Rhénanes, Rec. I-911 y ss.; Sentencia de 16 de marzo de 1999, as. C-159-97, Trasporti Castelleti c. Hugo Trumpy, cit. Sobre estas exigencias puede consultarse, ESPINOSA CALABUIG, R.; “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley U.E.*, nº.4851, 30 de julio de 1999, pp.1-5; RODRÍGUEZ BENOT, A.; “Transporte marítimo de mercancías, espacio judicial europeo y cláusulas de elección de fuero”, *Aranzadi Comunidad Europea*, Mayo, 2000, pp.31-41.

comercio electrónico y es posible entender que se ha creado un hábito entre las partes o que existe un uso en el sector comercial al que pertenecen⁽⁴⁶⁾. En efecto, es claro que en aquellas supuestas de comercio electrónico en redes abiertas en donde la relación contractual se ha perfeccionado entre organizaciones empresariales situadas en países distantes y no pertenecientes al mismo sector comercial la posibilidad de que la formalización de la cláusula atributiva de competencia cumpliera con los requisitos expuestos parece excepcional.

Sin embargo, en nuestra opinión tampoco aquellos casos donde las partes están vinculadas por una relación comercial duradera y donde sus acuerdos están fijados convenientemente mediante un marco general a través de un mensaje EDI, serían encuadrables, de forma general, en estas formas de prestación del consentimiento⁽⁴⁷⁾. Por el contrario, en la práctica el acuerdo marco de intercambio de datos suele ser redactado en soporte papel y una vez firmado por las partes, es trasladado a soporte informático⁽⁴⁸⁾. Si como es habitual el acuerdo de elección de foro se encuentra como cláusula del acuerdo marco⁽⁴⁹⁾, tal situación sería subsumible en el supuesto de la necesaria formalización por escrito del convenio atributivo de competencia⁽⁵⁰⁾.

Solamente en aquellos supuestos excepcionales en los cuales la cláusula de elección de foro no fuese incluida como cláusula dentro del acuerdo EDI sería posible plantearse la posible aplicación de las dos últimas opciones de exigencias formales contempladas en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas. De esta forma podría utilizarse el argumento de la invocabilidad de un consentimiento que se ajusta a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas cuando las partes, en un acuerdo EDI en el que no han incluido una cláusula de elección de foro, han mantenido previamente relaciones comerciales duraderas que han ido cristalizándose en la celebración de acuerdos EDI en los que sí se han ido incluyendo de manera sucesiva cláusulas de sumisión expresa. En segundo lugar, de igual manera, en aquellas

⁴⁶ FERNANDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, S.; *Derecho internacional privado*, 2 ed., Madrid, Civitas, 2001, p.114; DE MIGUEL ASENSIO, P.; *Derecho privado...*, op.cit., pp451-452.

⁴⁷ Vid. en sentido distinto, DE MIGUEL ASENSIO, P.; *Derecho privado...*, op.cit., p.452, para quien “una cláusula atributiva de competencia contenida en un acuerdo EDI puede ser considerada como expresión de un hábito que las partes tienen establecidas entre ellas...respecto de los litigios derivados de las transacciones realizadas posteriormente entre las partes dentro de ese marco de intercambio electrónico de datos, siempre que las circunstancias del caso no desvirtúen esta constatación”.

⁴⁸ JULIA BARCELO, R.; *Comercio electrónico entre empresarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp.91-94. En este sentido puede consultarse el Modelo Europeo de Acuerdo de EDI aprobado por la Comisión Europea el 19 de octubre de 1994, DOCE C nº.338, de 18 de diciembre de 1994.

⁴⁹ Vid. como ejemplo en el citado Modelo Europeo de Acuerdo de EDI su artículo 12 sobre Resolución de litigios que en la alternativa segunda contempla una cláusula de jurisdicción que señala que “cualquier litigio que surja del presente contrato o en relación con él se someterá a los tribunales de (las partes indicarán un país), que serán los únicos competentes”.

⁵⁰ En este sentido, KAUFMANN-KHOLER, G.; “Internet: mondialisation de la communication...”, art.cit., p.127.

situaciones en que las partes pertenecientes a un mismo sector comercial, celebran un acuerdo EDI en el que no incluyen una cláusula atributiva de competencia, tendría sentido, si las condiciones para la existencia de un uso en el sector comercial considerado se cumpliesen, utilizar la tercera de las opciones previstas en relación con los requisitos formales previstos en el artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas. En todo caso, sin embargo, tales posibilidades insistimos, serían de naturaleza claramente excepcional, siendo habitual también en el supuesto de utilización de redes cerradas de comercio electrónico, el cumplimiento de la forma escrita en tales situaciones.

16. Hasta este momento hemos venido dando por hecho que la cláusula de elección de foro ha sido negociada en términos individuales por ambas partes, cuestión que además el sentido literal del artículo 23.1 del Reglamento de Bruselas parece presuponer. Sin embargo, la realidad desmiente esta idea siendo lo habitual –también en contratación electrónica– que una de las partes proponga unas condiciones generales de la contratación a las que la otra debe adherirse y en las que se incluye una cláusula atributiva de competencia. En tal caso, y ante el silencio mostrado por parte del artículo 23 del Reglamento de Bruselas, tal y como ya hacía su antecesor el artículo 17 del Convenio de Bruselas, la jurisprudencia del TJCE se ha encargado de establecer las concretas exigencias que ha de cumplir una cláusula de elección de foro incorporada de esta forma al marco jurídico contractual para satisfacer las condiciones formales previstas. Estas exigencias cumplen una función de garantía de la existencia de un verdadero consentimiento a las condiciones generales de contratación por parte del adherente⁽⁵¹⁾.

En primer lugar, un requisito exigible consiste en la necesaria remisión dentro del clausulado contractual a las condiciones generales, no siendo preciso, sin embargo, que se tenga que hacer una referencia específica en el contrato a la existencia dentro de estas condiciones generales de la contratación de una cláusula atributiva de competencia. Esta exigencia no debería plantear graves problemas en el contexto de la contratación electrónica, siempre que la parte redactora del contrato que quiera incorporar unas condiciones generales de la contratación, incluya de forma expresa en el texto del acuerdo una remisión expresa a las mismas y ésta sea susceptible de ser controlada por la parte adherente aplicando una diligencia normal⁽⁵²⁾.

En segundo lugar, junto con el anterior requisito, es necesario que el adherente a las condiciones generales de la contratación tenga una posibilidad real de conocer el contenido de tales condiciones generales con anterioridad a la perfección del acuerdo contractual, pudiendo acceder de una manera asequible a una copia de las mismas. Esta

⁵¹ VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; *Derecho procesal...*, op.cit., p.208, para quienes el desarrollo judicial por parte del TJCE está informado por el criterio de la doble garantía, de tal forma que si éste se cumple se entiende que el consentimiento al contrato comprende el consentimiento a la incorporación de las condiciones generales de la contratación.

⁵² En este sentido, Sentencia de 14 de diciembre de 1976, As. 24/76, Estasis Salotti y Gianmario Colzani c. RÜWA, Rec., p.1381 y ss., fdo.12.

segunda exigencia ha de ser evaluada con detenimiento en relación con la práctica habitual en la contratación electrónica⁽⁵³⁾. En las páginas web diseñadas para la celebración de contratos en la red pueden ocurrir dos tipos de situaciones en relación con este requisito de la accesibilidad al texto de las condiciones generales de la contratación⁽⁵⁴⁾:

a) en primer lugar, cabe que exista un acceso directo a las condiciones generales mediante la pulsación de un link, vínculo que la mayoría de las veces se encuentra en un lugar secundario en la presentación de la página web –abajo y a un lado-. En tales situaciones se pueden plantear dudas sobre el cumplimiento de la exigencia citada⁽⁵⁵⁾, aunque nuestra opinión sería favorable a considerar cumplido este requisito en tales casos siempre que: 1) el texto que aparece sobre el link no ofrezca ninguna duda sobre su contenido de tal manera que sea claramente comprensible para la otra parte, 2) que al pinchar el link aparezca de forma directa el texto de estas condiciones generales entre las que debe incluirse de forma ineludible la cláusula de elección de foro y, 3) que el adherente pueda conseguir de una manera sencilla una copia de estas condiciones generales, como por ejemplo, a través de su impresión en soporte papel, no siendo aceptable, por el contrario, en términos generales, que el adherente deba contar con un específico software para poder bajar el contenido de las mismas⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, a pesar de que consideremos cumplido este requisito mediante la introducción de las cautelas señaladas en el diseño de la página web, la novedad que supone esta forma de presentación de las condiciones generales puede inducir a que los tribunales vean esta formalidad insuficiente para considerar que el adherente ha tenido la posibilidad de conocerlas de manera sencilla y actuando con una diligencia razonable⁽⁵⁷⁾, por lo que

⁵³ En principio, tal y como manifiesta S.R.BUCKINGHAM, los mismos principios que regulan las cláusulas de elección de foro en los contratos por escrito deberían ser aplicables, en la medida de lo posible, a estas cláusulas cuando son incluidas en páginas web, “Old Dog Learns New Trick: Using Forum Selection Clauses on Websites”, p.4, disponible en <http://www.lowenstein.com/new/Old_dog.html>.

⁵⁴ RADIN, MJ., ROTHCHILD, J. y SILVEMAN, G.M.; *Internet Commerce: Doing Business in a Networked World*, Foundation Press, 2002, ch.16, p.65.

⁵⁵ Vid. CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.; *Conflictos de leyes...*, op.cit., p.44, donde señalan que con ello se debilita el conocimiento por parte del adherente de las condiciones generales, aunque finalmente llegan a la conclusión de que en tal caso se cumple con la exigencia de forma escrita de la cláusula atributiva de competencia.

⁵⁶ En relación con esta modalidad de accesibilidad a las condiciones generales en el contexto de la contratación electrónica puede consultarse el caso norteamericano Decker v. Circus Circus Hotel, 49 F.Supp. 2d 743 (D N.J. 1999), en el que el tribunal reconoció validez a una cláusula de elección de foro contenida en las condiciones generales de la contratación, estando éstas a disposición del adherente a través de un link situado en la página principal de la web del demandado en el que se señalaba que su contenido se remitía a los términos y condiciones legales de la misma.

⁵⁷ BEN-YEHUDA, R.C.; “Enforceability of Online Contracts: State and Federal Law Developments”, p.2, disponible en <<http://www.sidley.com/cyberlaw/features>>; BUCKINGHAM, S.R.; “Old Dog Learns...”, art.cit., p.5. En este sentido, Vid. el caso norteamericano Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. Nº.CV 99-7654, 2000 U.S. Dist. Lexis 4553 (C.D. Cal. Mar. 27, 2000), donde el tribunal indicó que

estimamos más adecuado que las empresas al diseñar sus páginas web, y siempre que consideren la oportunidad de incorporar una cláusula atributiva de competencia, opten por la segunda de las posibilidades que vamos a exponer.

b) una segunda opción pasa porque con anterioridad a la prestación del consentimiento por el adherente al contenido del contrato, se abra de forma necesaria una ventana cuyo contenido sea concretamente el texto de las condiciones generales de la contratación entre las que se incluye la cláusula atributiva de competencia⁽⁵⁸⁾. Con esta aplicación informática se logra que el adherente pueda visualizar el contenido de las condiciones generales, aunque sería preciso que siempre tenga además la posibilidad de conseguir de manera sencilla una copia de las mismas. Si por otra parte, la organización empresarial propietaria de la página web quiere tener una total seguridad de que la parte adherente ha tenido conocimiento de las condiciones generales y por tanto presta su consentimiento a la incorporación de las mismas al entramado contractual, siempre es posible y muy recomendable, que se utilice un sistema de ventanas de confirmación por el que únicamente es posible perfeccionar el contrato si el adherente mediante un click de su ratón confirma que ha tenido conocimiento del contenido de la ventana que incluye las condiciones generales de la contratación y acepta las mismas⁽⁵⁹⁾. En consecuencia, siempre que se cumpliesen estas exigencias tampoco nos parece que puedan plantearse graves obstáculos al cumplimiento en este contexto de los requisitos diseñados por el TJCE en relación con la validez formal de las cláusulas de elección de foro en condiciones generales de la contratación.

III. CLÁUSULAS DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

17. La autonomía de la voluntad de las partes a la hora de elegir el órgano finalmente competente para conocer de los posibles litigios que puedan surgir de su

la mera colocación de un link a las condiciones generales en la página principal no indica que haya existido por parte del adherente ningún acto por el que se pueda inducir el consentimiento al contenido de las mismas, al no existir prueba alguna por parte del propietario de la web de que el adherente había pinchado este link.

⁵⁸ En este sentido, Vid. el caso norteamericano *Caspi v. Microsoft Network, L.L.C.*, 323 N.J. Super. 118, (App.Div.), cert. denied, 162 N.J. 199 (1999), donde se aceptó la incorporación de las condiciones generales de la contratación, entre las que se incluía una cláusula de elección de foro, ya que con anterioridad a la perfección del contrato, iban apareciendo una serie de ventanas cuyo contenido era precisamente tales condiciones, y únicamente desaparecían una vez que el usuario de la página web realizaba un click con su ratón sobre el recuadro “I agree”.

⁵⁹ BEN-YEHUDA, R.C.; “Enforceability of Online Contracts...”, art.cit., p.2. Además del caso *Caspi v. Microsoft*, cit., puede consultarse en un sentido similar, los casos norteamericanos *Thoms v. Microsoft Corp.*, nº.88944, 2000 Ill. Lexis 513 (Ill. App. Ct. Dec.28, 1999) y *Groff v. America Online, Inc.*, nº.PC97-0331, 1998 WL 307001 (R.I. Sup. Ct. May 27, 1998), donde los tribunales estadounidenses no dudaron en afirmar que una vez vistos los términos del acuerdo por parte del adherente, no existen dudas sobre la aceptación de los mismos por parte de éste mediante la pulsación con su ratón del recuadro “I agree” en la página web.

relación contractual tiene siempre abierta una segunda puerta: las partes pueden optar por acudir a un arbitraje comercial internacional mediante la inclusión en su acuerdo de una cláusula arbitral. Esta opción también suele ser habitual en el comercio electrónico pues al igual que ya señalábamos en relación con las cláusulas de elección de foro, con la inclusión de un convenio arbitral en el acuerdo contractual se dota de seguridad jurídica a la relación, ya que las específicas características de internet permiten que puedan celebrarse contratos con empresas situadas en países muy distantes y, lo que es más decisivo, con Ordenamientos jurídicos muy diferentes, lo que acrecienta la incertidumbre jurídica que toda relación contractual internacional conlleva. Pero junto con esta razón fundamental, el consentimiento de las partes a este método de resolución de controversias se debe a las características que tradicionalmente se suelen predicar del mismo en relación con la justicia estatal: su rapidez, especialización y confidencialidad.

18. Las partes al pactar la cláusula arbitral no sólo quieren que sus controversias derivadas de su relación jurídica sean resueltas mediante este método sino que además buscan que la justicia estatal no tenga posibilidad de convertirse en juez de su litigio, esto es, pretenden además que los tribunales nacionales acepten el “efecto derogatorio” de su competencia judicial internacional. El reconocimiento de este efecto vendrá otorgado siempre que los tribunales estatales consideren a la cláusula arbitral como eficaz en el foro, cuestión que al igual que ya señalábamos respecto de las cláusulas de atribución de competencia, depende del contenido del Derecho procesal del Estado al que pertenecen dichos tribunales. Por lo tanto únicamente desde la perspectiva de un concreto Ordenamiento jurídico es posible averiguar la eficacia de un convenio arbitral y, en nuestro caso, el análisis se centra en el sistema jurídico español.

19. La norma fundamental para analizar la eficacia de una cláusula arbitral ante los tribunales españoles es el artículo 2 del Convenio sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958⁽⁶⁰⁾. Junto con este precepto, y en razón del carácter complementario que el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961⁽⁶¹⁾, asume respecto al Convenio de Nueva York, es preciso igualmente hacer referencia al artículo 1.2.a) de este texto convencional⁽⁶²⁾.

⁶⁰ BOE nº.164, de 11 de julio de 1977. Este Convenio tiene carácter erga omnes pues España en el momento de la ratificación del mismo no realizó la reserva contemplada en su artículo 3 con el fin de limitar su aplicación a los laudos procedentes únicamente de los Estados contratantes. Su artículo 2 señala: “1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

⁶¹ BOE nº.283, de 4 de octubre de 1975.

⁶² Artículo 1.2. a) del Convenio de Ginebra establece: “A lo fines del presente Convenio se entenderá por: a) “acuerdo compromisorio arbitral”, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien en un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados

El artículo 2.2 del Convenio de Nueva York establece la necesidad de la existencia de un acuerdo de las partes y de que este acuerdo ha de formalizarse de una determinada manera para su validez. En relación con este requisito de la forma del convenio arbitral, en principio, esta disposición parte de la necesaria constatación por escrito de esta cláusula. Esta obligatoriedad no debe extrañarnos dada la función que cumple la forma escrita: además de mostrarse como una prueba inequívoca de la existencia del acuerdo, se asegura que ambas partes manifestaron de forma consciente y libre el sometimiento de su controversia a este método de resolución de controversias⁽⁶³⁾. En definitiva, dada su importancia ex post se logra que tales cláusulas no puedan pasar desapercibidas para las partes.

Sin embargo, frente a esta exigencia formal que equivale a considerar como únicamente válidas aquellas cláusulas de arbitraje incluidas en los contratos realizados por escrito y firmados por ambas partes, la flexibilidad con la que ha venido entendiendo nuestra jurisprudencia esta formalidad conduce a que sea posible, cuando el esquema negocial responda a un intercambio de documentos, aceptar la validez de una cláusula arbitral contenida en los mismos sin la presencia de la firma manuscrita de las partes, siempre que se pueda probar por cualquier otro medio la autenticidad de la procedencia de las declaraciones por escrito de éstas⁽⁶⁴⁾. Esta interpretación permite introducir una cierta matización en relación con lo ya señalado con las cláusulas de elección de foro cuando de lo que se trata es de averiguar que forma sería necesaria que cumpliera una cláusula arbitral incluida en un contrato electrónico internacional para ser eficaz ante un tribunal español⁽⁶⁵⁾.

No hay duda de que es preciso que la cláusula arbitral figure por escrito, entendiendo que tal formalidad sería cumplida a través del criterio de la equivalencia funcional previsto en el artículo 6 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, siempre que la información que contiene el mensaje de datos sea accesible para su ulterior consulta. Es preciso, en consecuencia, que el medio electrónico utilizado proporcione suficiente constancia del acuerdo de las partes mediante un registro duradero del mismo⁽⁶⁶⁾. Esta exigencia viene confirmada a través de los trabajos que se

cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

⁶³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.; *Conflictos de leyes...*, op.cit., p.55.

⁶⁴ En este sentido, STS de 5 de mayo de 1998, RAJ 4296, donde se acepta la existencia de un acuerdo arbitral a pesar de la falta de firma de una de las partes de la documentación si de ésta última, se infiere “*la inequívoca voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias surgidas en el desarrollo de una determinada relación negocial*”.

⁶⁵ Vid. Supra.

⁶⁶ Sobre esta necesidad de una interpretación del artículo 2.2 del convenio de Nueva York acorde con la aparición de las nuevas tecnologías y sobre la aceptación de los medios electrónicos, HILL, R., “On-line Arbitration: Issues and Solutions, Arb.Int’l, vol.15, 1999, pp.199 y ss.; ARSIC, J.; “International

están llevando a cabo en el seno de la CNUDMI con el fin de elaborar tanto un texto nuevo del artículo 7 de la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional como un instrumento interpretativo del artículo 2 del Convenio de Nueva York, ambas disposiciones referidas específicamente a la forma del acuerdo de arbitraje y la especial incidencia de las nuevas tecnologías de la comunicación y del comercio electrónico⁽⁶⁷⁾.

Sin embargo, si trasladamos lo aceptado en relación con la contratación tradicional a través de soporte papel a la contratación a través de medios electrónicos, la falta de necesidad de la existencia de la firma manuscrita de las partes en los documentos en los que se incluirían la cláusula arbitral, conduce a que, en principio, no sea obligado en estas situaciones la presencia de una firma electrónica. En todo caso, lo que sí sería preciso es la prueba de la autenticidad de la procedencia de los mensajes electrónicos y que éstos hayan sido convenientemente almacenados de tal manera que sea posible su consulta, aunque no nos cabe ninguna duda de que la mejor prueba de la existencia de un consentimiento de las partes al acuerdo sería la utilización de una firma electrónica, que no olvidemos, en este ámbito tiene los mismos efectos que la firma manuscrita⁽⁶⁸⁾.

20. Hechas estas precisiones, es conveniente igualmente considerar los problemas que pueden presentarse en aquellas situaciones en donde la cláusula arbitral se incluye en unas condiciones generales de contratación. En tales supuestos y al igual que ya señalábamos en relación con las cláusulas atributivas de competencia, es preciso el cumplimiento de dos requisitos – que funcionan como mecanismos de protección de la posición del adherente- para que se consideren como formalmente válidas la incorporación de dichas condiciones generales al clausulado contractual⁽⁶⁹⁾.

En primer lugar, es preciso la remisión expresa dentro del contrato a estas condiciones generales que incluyen entre las mismas a la cláusula arbitral, aunque quede claro que no es necesario en todo caso una referencia específica a esta última. En el supuesto de la contratación electrónica, esta primera exigencia no ha de plantear excesivos problemas. En segundo lugar, es necesario que el adherente tenga la posibilidad real y efectiva de poder conocer el contenido de estas condiciones generales

Comercial Arbitration on the Internet: Has the Future Come too Early”, *J. Int’l. Arb.*, nº.3, 1997, pp.209 y ss.

⁶⁷ Grupo de Trabajo sobre arbitraje y conciliación, Preparación de disposiciones uniformes en forma escrita para acuerdos de arbitraje, Nota de la Secretaría, doc. A/CN.9/WG.II/WP.118, de 6 de febrero de 2002.

⁶⁸ Vid. Supra. Sobre esta idea, MONCAYO VON HASE, A.; “Litiges relatifs au commerce électronique et à l’arbitrage: obstacles juridiques et enjeux”, p.7, disponible en <<http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>>; MANEVY, I.; *Online Dispute Resolution: What Future?*, Mémoire DEA, 2001, pp.37-38, disponible en <<http://www.juriscom.net/uni/mem/17/presentation.htm>>. Un mayor factor de seguridad sería intercambiar con posterioridad los documentos escritos y firmados por ambas partes a través de un medio tradicional-vía fax-, tal y como apunta DE MIGUEL ASENSIO, P.; *Derecho privado...*, op.cit., p.487.

⁶⁹ Vid. VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J.; *Derecho procesal...*, op.cit., p.221.

con anterioridad a la perfección del acuerdo contractual y que además tenga la posibilidad de contar con una copia de las mismas. Este segundo requisito, tal y como ya decíamos en relación con las cláusulas de elección de foro, puede cumplirse atendiendo a la práctica habitual en el diseño de las páginas web comerciales de dos maneras diferentes⁽⁷⁰⁾. Así, se cumpliría esta exigencia cuando se colocase en la página web un link cuyo contenido fuese precisamente el texto de estas condiciones generales incluyendo la cláusula arbitral, aunque las posibilidades que nos permite la tecnología informática nos hacen ser partidarios de una segunda opción que, además elimina cualquier posible duda sobre el desconocimiento del adherente del contenido de las condiciones generales⁽⁷¹⁾. Esta segunda posibilidad se plasmaría en la utilización de ventanas de confirmación cuyo contenido sería el texto de las condiciones generales de la contratación, que aparecerían con anterioridad a la posibilidad de perfeccionar el contrato, y que en todo caso, requerirían para su eliminación de la pantalla el acto afirmativo de su aceptación por parte del adherente mediante un click de su ratón en un recuadro cuyo texto no dejase ninguna duda de lo que se está pidiendo –“Estoy de acuerdo”, “I agree”-⁽⁷²⁾.

IV. CONCLUSIONES.

21. El Derecho no debe ser nunca un obstáculo para el progreso. Partiendo de esta premisa, sin embargo, las normas jurídicas han de servir a los objetivos para las que fueron creadas. En el concreto caso que hemos analizado, el principio de la autonomía de la voluntad se erige en un principio fundamental aceptado por nuestra normativa procesal civil internacional, pero al mismo tiempo, es un principio que se somete para lograr tales objetivos a una serie de exigencias materiales y formales. Por ello, y a pesar de tener en cuenta sus propias características, el cumplimiento de estos requisitos en la contratación electrónica es preciso. Sin embargo, su análisis nos ha demostrado que no son tantas las dificultades que hay que solventar y que por el contrario, también en este ámbito las cláusulas de sumisión pueden cumplir la misión que tradicionalmente tienen encomendadas en la contratación internacional. De esta forma y cumpliendo una serie de cautelas, los empresarios online podrán servirse de estos instrumentos jurídicos cuya

⁷⁰ Vid. Supra.

⁷¹ Así, puede consultarse la sentencia en el caso norteamericano *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 2001 WL 755396, 150 F.Supp. 2d 585 (S.D.N.Y., July 5, 2001), donde el tribunal rechazó otorgar eficacia a una cláusula arbitral contenida en unas condiciones generales porque la situación de las mismas en la página web mediante un hiperlink permitía sostener que los adherentes no habían tenido la posibilidad de poder conocer tales cláusulas y por ello no quedaban obligados por las mismas.

⁷² CRESWELL, C.C.; “Arbitration Clauses in Online Agreements”, disponible en <http://www.acm.org/ubiquity/views/c_creswell_1.html>. En este sentido, véase el caso norteamericano *In Re Realnetworks, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 6584 (May 2000), donde el tribunal afirmó que el diseño de la página web permitía que las condiciones contractuales fueran presentadas de tal manera que el adherente tenía una amplia oportunidad de poder leer y comprender las mismas, permitiéndose además que fuesen impresas o grabadas.

utilización puede ser una pieza clave en el desarrollo progresivo del todavía incipiente pero también imparable fenómeno del comercio electrónico.