



REVISTA LEX MERCATORIA
ISSN 2445-0936



Vol. 23, 2023. Artículo 1
DOI:10.21134/lex.vi23.1901

LA INCORPORACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO DE LA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA JUDICIAL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN UN CONTRATO DE ADHESIÓN ENTRE EMPRESARIOS SEGÚN EL CONVENIO DE LUGANO II

THE INCORPORATION AND CONSENT OF THE CLAUSE CONFERRING JURISDICTION BY ELECTRONIC MEANS IN A CONTRACT OF ADHESION BETWEEN EMPLOYERS UNDER THE LUGANO II CONVENTION

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Granada

Resumen

Se comenta en este artículo la STJUE de 24 de noviembre de 2022 (as. C-358/21). Esta resolución judicial examina los requisitos del artículo 23.2 del Convenio de Lugano II que se tienen que dar para la validez de una cláusula atributiva de competencia judicial que se inserta en un contrato comercial a cuyas condiciones generales se remite mediante un hipervínculo en una página web.

Abstract

This article comments on the CJEU of 24 November 2022 (Case C-358/21). This court decision examines the requirements set in Article 23.2 of the Lugano II Convention to be fulfilled for the validity of a clause conferring jurisdiction inserted in a commercial contract to whose general terms and conditions a hyperlink on a website refers.

Palabras clave

Cláusula atributiva de competencia judicial, Convenio de Lugano II, contratación en línea, registro duradero, *click-wrap agreements*, hipervínculo

Keywords

Clause conferring jurisdiction, Lugano II Convention, on-line recruitment, durable record, click-wrap agreements, hyperlink

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LUGANO II RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LA STJUE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2022 (as. C-358/21). 1. El asunto litigioso. 2. Aplicación del Convenio de Lugano II. III. REQUISITOS FORMALES PARA LA VALIDEZ DEL CONVENIO ATRIBUTIVO DE COMPETENCIA JUDICIAL SEGÚN EL CONVENIO DE LUGANO II. IV. LA INCORPORACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO DE LA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA JUDICIAL EN EL CASO CONCRETO. 1. La cláusula de remisión a un contrato de naturaleza distinta del contrato que vincula a las partes. 2. La incorporación y el consentimiento de la cláusula atributiva de competencia judicial por medios electrónicos. V. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente el TJUE se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 23.2 del Convenio de Lugano II en la sentencia de 24 de noviembre de 2022 (as. C-358/21)¹. La resolución judicial nos brinda la posibilidad de examinar los requisitos que se tienen que dar para la incorporación y la aceptación de una condición general atributiva de competencia judicial por remisión de otra cláusula, que se encuentra en una página web por medio de un hipervínculo, y se asegura que puede ser registrada de modo permanente por quien se adhiere a ella, pero no existe un icono para aceptar esta condición general.

El primer tema de interés del caso litigioso, que no es menor, es la cláusula de remisión a otro clausulado en el que figura la cláusula atributiva de competencia judicial. El segundo tema, que es la cuestión prejudicial, se centra en los requisitos que se tienen que dar para que la cláusula pueda surtir efectos en la contratación en línea.

Según la resolución del Alto Tribunal Europeo, la ausencia en la página web de la empresa contratante de un icono de aceptación de la condición general atributiva de competencia judicial no es óbice para su validez, conforme con el artículo 23.2, si la otra empresa tiene posibilidad de poder almacenarla en un registro duradero. Ello asegura el conocimiento real de la cláusula, lo cual tiene una mayor relevancia si cabe cuando se trata, como en el caso presente, de una condición general. Su aceptación posterior, como muy tarde en el momento de la conclusión del contrato, ha de hacerse según las formas previstas en el artículo 23.1.

El Convenio de Lugano II tiene por objetivo principal la regulación de las distintas formas en las que puede acordarse una cláusula atributiva de competencia judicial, pero no contiene una regulación más específica para cuando se trata de una condición general (una cláusula no negociada). Por otra parte, este Convenio Europeo no se preocupa de garantizar el conocimiento previo de esta cláusula a la otra parte contratante. Sólo cuando la forma de contratación es electrónica, el artículo 23.2 exige que el aceptante de la cláusula pueda registrarla previamente en un soporte duradero.

En esta sentencia, el TJUE aborda la cuestión prejudicial desde dos planos relacionados pero diferenciados. Por una parte, la validez en sí de la cláusula en atención a los elementos que contiene según el contrato en línea suscrito entre las partes, y, por otra, la forma de aceptación posterior de la cláusula, que no deja de ser una cuestión que habrá de ser resuelta más adelante, en otro momento, por el tribunal que sea competente.

II. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LUGANO II RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LA STJUE DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2022 (as. C-358/21)

1. El asunto litigioso

Una empresa suiza (Unilever) y otra empresa belga (Tilman) conciertan el 22 de noviembre de 2010 un contrato comercial de empaquetamiento y embalaje de cajas de bolsitas de té por un precio determinado (se trata, pues, de un contrato obra). El 6 de enero de 2011 se modifica el precio

¹ ECLI:EU:C:2022:923.

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

acordado en el contrato comercial de obra y el modo de facturación. Es en este segundo contrato en el que figura una cláusula de remisión a las condiciones generales que tiene previamente redactadas la empresa comitente para los contratos de compraventa de productos que vende. En este otro clausulado figura una cláusula atributiva de competencia judicial en virtud de la cual «cada parte contratante se sometería irrevocablemente a la exclusiva competencia de los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio que se derivase directamente o indirectamente del contrato». Por consiguiente, cualquier controversia que surgiese entre la empresa suiza y la empresa belga deberá ser sometida a los órganos jurisdiccionales ingleses. Obviamente no es esta la principal cuestión, es decir, si los tribunales ingleses son los que deben conocer de un asunto litigioso derivado del contrato comercial de obra, sino, como veremos más adelante, si la empresa suiza pudo tener un conocimiento real de la cláusula atributiva de competencia judicial para poder consentirla después. La cláusula de remisión, negociada o no (ya que no sabemos si el contrato comercial de obra y la modificación posterior del mismo fueron objeto de negociación entre las empresas), informa a la empresa contratista (se da a conocer a ella) que puede consultar y descargar desde un sitio web mediante un enlace hipervínculo (o hipertexto se dice también en la sentencia) las condiciones generales del contrato de venta de productos de la empresa comitente. Estas condiciones generales, entre las cuales figura la cláusula de competencia judicial, forman parte del contrato comercial de obra después de su modificación en virtud del acuerdo entre ambas empresas, que tuvo lugar el 6 de enero de 2011. Habrá estipulaciones del condicionado ge-

neral de la venta comercial de productos que son compatibles con el contrato comercial de obra, y otras no. Entre estas estipulaciones totalmente compatibles está la cláusula atributiva de competencia judicial a los tribunales ingleses. Quien tenía plenamente conocimiento de estas cláusulas era la empresa comitente, quien las había redactado de antemano para las compraventas futuras con terceros. Pero para que las pudiera conocer la empresa contratista, tenía que tener acceso a ellas. Para ello debía acudir al sitio web de la empresa comitente, buscar el enlace, concretamente el texto o la imagen sobre el que se puede hacer el clic para poder consultar las condiciones generales y, en su caso, descargarlas. Según consta en la sentencia, en el mismo contrato comercial de obra modificado se había indicado el sitio web para acceder a las condiciones generales mediante un enlace hipervínculo.

2. Aplicación del Convenio de Lugano II

La cuestión prejudicial que es objeto de pronunciamiento en la STJUE de 24 de noviembre de 2022 es la conformidad de la referida cláusula con el artículo 23.1, letra a) y 2 del Convenio de Lugano II². En concreto, si es conforme con este precepto una cláusula atributiva de competencia judicial recogida en unas condiciones generales a las que en un contrato celebrado por escrito se remite a través de un hipervínculo a un sitio web en el que se pueden consultar, descargar e imprimir tales condiciones generales, sin que se haya instado a la otra parte a aceptar las citadas condiciones generales seleccionando una casilla en la página web.

² Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 339/3, de 21 de diciembre de 2007).

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Es necesario reseñar que el Convenio de Lugano II es aplicable al estar vigente cuando se insta la cuestión judicial por la empresa contratista, que es el momento procesal para hacer valer la cláusula de competencia judicial (aps. 30 y 31), según la cual las controversias que pudieran surgir entre las empresas (una con domicilio social en Bélgica, y la otra con domicilio social en Suiza) deberían someterse a los tribunales ingleses. Aunque el Reino Unido ya no forma parte de la UE, el Acuerdo de Retirada, firmado el 24 de enero de 2020, y que entró en vigor el 1 de febrero de 2020, establece un período transitorio de ejecución, que comienza con la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo, el cual ha concluido el 31 de diciembre de 2020³. Por consiguiente, hasta esta fecha a cualquier controversia que pudiera surgir entre las empresas belga y suiza es de aplicación el Convenio de Lugano II al formar parte del Derecho europeo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Reglamento (UE) n° 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, en lo sucesivo Reglamento Bruselas I bis]. Por las fechas que figuran en el apartado de la sentencia referido específicamente al litigio principal y ateniendo a la cuestión prejudicial planteada no cabe duda de que es de aplicación al caso controvertido el artículo 23.1, letra a) y 2 del Convenio de Lugano II.

III. REQUISITOS FORMALES PARA LA VALIDEZ DEL CONVENIO ATRIBUTIVO DE COMPETENCIA JUDICIAL SEGÚN EL CONVENIO DE LUGANO II

El Convenio de Lugano II establece ciertos requisitos formales -no meras condiciones, ni siquiera exigencias como se dice en alguna resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea- según la forma que se adopte para la celebración del acuerdo atributivo de competencia judicial, el cual ha de ser tratado como una cláusula independiente del resto de las cláusulas del contrato comercial o civil del que forma parte. El artículo 23.1 regula los requisitos formales, de forma disyuntiva, del acuerdo de las partes sobre la competencia judicial, por lo tanto, se parte de la premisa de que es un acuerdo negociado -es al menos lo que se presupone al usar la norma este concepto-, que se incorpora en contratos civiles o mercantiles (cfr. art. 1.1). La palabra «acuerdo» expresa jurídicamente la concurrencia de dos voluntades negociales consensuadas, por lo tanto coincidentes, para producir efectos de relevancia jurídica. En la Sentencia se subraya que este acuerdo responde al principio de la autonomía de la voluntad, con cita de algunas resoluciones judiciales (ap. 37). Como cualquier acuerdo de sumisión, el acuerdo atributivo de competencia judicial es, conforme con el artículo 23, un acuerdo comercial accesorio pero independiente que, cuando cumple los requisitos formales, formará parte del contrato civil o comercial en el que se inserta.

Por la relevancia que tiene este acuerdo, ya que determina no sólo qué tribunal juzgará una futura controversia sino consecuentemente el ordenamiento jurídico que sea de aplicación, el legislador europeo exige el cumplimiento de determinados requisitos formales para asegurar que efectivamente las partes del contrato civil o

³ Decisión (UE) 2020/135 del Consejo, de 30 de enero de 2020, relativa a la celebración del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE L 29/1, de 31 de enero de 2020).

comercial han consentido ese acuerdo. Son requisitos estrictamente europeos, distintos, pues, de los que sean establecidos por los Derechos nacionales. El artículo 23, particularmente el apartado primero, ha de analizarse a la luz de las reglas establecidas para la formación del consentimiento efectivo según la Sentencia (vid. aps. 38 y ss., con cita de resoluciones judiciales, sobre las distintas formas de prestar el consentimiento).

La norma reguladora tiene como premisa la libertad de forma, puesto que el acuerdo atributivo de competencia judicial puede ser por escrito pero también verbalmente, sólo que en este caso debe ser confirmado por escrito (art. 23.1, letra a). La confirmación por escrito puede hacerse por cualquier medio. En la contratación con consumidores la aceptación de la cláusula debería ser siempre por escrito, pero no es exigible según el Convenio de Lugano II (cfr. arts. 15 a 17).

El acuerdo atributivo de competencia judicial puede, no obstante, pactarse en la forma según los hábitos que tuvieran establecidos las partes del contrato civil o comercial (art. 23.1, letra b). Esta disposición, de especial relevancia para la contratación comercial, flexibiliza la forma de prestar el consentimiento para que sea válido este acuerdo. Permite, p. e., que la aceptación de este acuerdo pueda ser tácito si en un sector de transacciones civiles o comerciales es habitual que sea así, atendiendo a la conducta o del comportamiento del destinatario del mismo. En las relaciones comerciales duraderas, continuadas y sucesivas puede resultar suficiente un acuerdo verbal sin que sea necesaria la confirmación por escrito (en todo caso, la confirmación debería ser por escrito al comienzo de las relaciones comer-

ciales, pero no cada vez que se inicie nuevamente o continúe la relación jurídica), debiendo ser flexible, en todo caso, el tribunal que tuviera que juzgar la validez formal de la cláusula. En el caso concreto, la relación entre las empresas litigantes es calificada por la Sentencia de «continuada» (ap. 55). En las relaciones comerciales duraderas, continuadas y sucesivas se puede estar también a lo establecido en el contrato marco sobre la forma de aceptación de la cláusula.

En el ámbito propio de las transacciones internacionales, como en el caso que nos ocupa, se puede estar a los usos que en cada sector económico haya conforme a los cuales se presta el consentimiento contractual, usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho ámbito comercial, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes contratantes (art. 23.1, letra c).

Tanto la disposición anterior como esta relativiza la forma requerida para que una cláusula atributiva de competencia judicial sea válida. Los usos, al igual que los hábitos, han de responder a criterios objetivos.

En el Convenio de Lugano II aparece una disposición que no estaba en el Convenio de 1988 (cfr. el antiguo art. 17) para tener en cuenta el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación⁴. Esta nueva disposición acoge una nueva realidad de formación o forma contractual, cual es la contratación electrónica, que es también una forma escrita de contratación. «Por «escrito» -dice el artículo 23.2- equivaldrá a toda comunicación realizada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuer-

⁴ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (DOCE, L 319/9, de 25 de noviembre de 1988).

do”⁵. Dada la fecha del nuevo Convenio - publicado el 21 de diciembre de 2007-, el punto de mira era entonces la comunicación por email⁶. La formulación genérica del artículo 23.2 permite que cualquier contratación mediante forma electrónica tiene cabida en esta disposición, como también la contratación digital o en línea. Es requisito, pues, que se proporcione a quien acepta el acuerdo atributivo de competencia judicial un registro duradero para asegurar así el conocimiento real del mismo, es decir, un soporte de naturaleza duradera que permite al otro contratante poder conocer y consultar permanentemente el contenido de dicho acuerdo. La centralidad de la norma para la validez de este acuerdo es que se asegure que el aceptante del mismo pueda registrar de forma duradera su contenido. Efectivamente, el soporte duradero permite a su destinatario estar en posesión de una información como si fuese papel para que pueda tomar una

decisión sobre una oferta contractual. Cuando es por vía de internet, ese conocimiento se proporciona mediante un hipervínculo⁷ en la página web del otro contratante - el hipertexto, al que se refiere la sentencia en algún momento, tiene un significado más amplio⁸ -. Sólo entonces se puede aceptar la cláusula atributiva de competencia judicial, normalmente de forma expresa, haciendo clic, aunque podría ser tácita, incluso verbal, o conforme a los hábitos y usos según los requisitos fijados en el artículo 23.1. En los términos en que está redactado el artículo 23.2, no hay más requisito para la validez formal de la cláusula que su registro duradero.

Existe un claro paralelismo de estas disposiciones, brevemente explicadas, con el derogado Reglamento de Bruselas I (art. 23.1 y 2)⁹ y el nuevo Reglamento de Bruselas I *bis* (art. 25. 1 y 2)¹⁰.

5 Sobre la regulación europea de los contratos electrónicos, 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 178/1, de 17 de febrero de 2000).

6 MANKOWSKI, P., “Kommentar Artikel 25”, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, ed. RAUSCHER, T., ed. Otto Schmidt KG, Colonia, 2015, p. 764 (n. m. 127).

7 En informática, un hipervínculo o hiperenlace (del inglés: *hyperlink*), también conocido simplemente como enlace o vínculo (*link*), es una referencia unidireccional en un documento electrónico que entrelaza diferentes documentos o secciones entre sí. Los usuarios tienen la oportunidad de seguir estos enlaces con tan solo un clic en el texto ancla (texto enlazado) para navegar a los documentos o las secciones correspondientes. Se dice que un usuario que sigue los hiperenlaces navega o recorre el hipertexto (texto con hiperenlaces). Un sistema de software utilizado para ver y crear hipertexto es un sistema de hipertexto, y crear un hiperenlace es hacer un hiperenlace (o simplemente enlazar).

8 El hipertexto es una estructura no secuencial que permite crear, agregar, enlazar y compartir información de diversas fuentes por medio de enlaces asociativos y redes sociales. El hipertexto es un texto que contiene enlaces a otros textos. El término fue acuñado por Ted Nelson alrededor de 1965.

9 Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001).

10 Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

Los tres textos europeos se refieren exclusivamente al acuerdo atributivo de competencia judicial negociado, consensuado, por consiguiente, entre las partes, pero no contienen ninguna referencia específica a este acuerdo como condición general, como cláusula no negociada, en un contrato civil o comercial. El régimen para la validez formal de la cláusula atributiva de competencia judicial que es una condición general no puede ser el mismo que cuando la cláusula es negociada entre las partes. Es *opinio iuris sive necessitatis* que los adherentes a condiciones generales sólo pueden conocer realmente su contenido si se establecen ciertos requisitos de incorporación o inclusión tanto en los contratos civiles y como en los contratos comerciales, si bien en distintos grados, según se es consumidor o empresario. Esta mayor protección debería darse igualmente a los que se adhieren a una cláusula atributiva de competencia judicial según el Convenio de Lugano II y el Reglamento de Bruselas I *bis*, al menos con el recurso de la interpretación axiológica de las normas.

IV. LA INCORPORACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO DE LA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA JUDICIAL EN EL CASO CONCRETO

1. La cláusula de remisión a un contrato de naturaleza distinta del contrato que vincula a las partes

Las empresas litigantes firmaron dos contratos. El primero regula la relación comercial entre las partes, consistente en el empaquetamiento y

embalaje de un producto de consumo. El segundo tiene por objeto la modificación del modo de facturación y del precio que figuraba en el primero. Es en este contrato donde figura una cláusula de remisión (o cláusula de referencia) a un contrato totalmente distinto del que une a las partes¹¹. En concreto, se trata de las condiciones generales de los contratos de compraventa que el comitente concierta con terceras personas que adquieren productos suyos (se supone que entre estos productos figuran los empaquetados y embalados por la otra empresa litigante)¹². La otra particularidad es que el clausulado de este contrato se encuentra en una página web, pudiendo acceder al clausulado mediante un hipervínculo.

La cláusula de remisión insertada en el contrato de modificación del precio y del modo de facturación pudo haber sido negociada o no, pero es aceptada expresamente por la empresa contratista (la cláusula de remisión, como tal, no está sujeta al Convenio de Lugano II). Aun así es valorada, con buen criterio, por el Tribunal Europeo, con cita de la Sentencia de 7 de julio de 2016 (C-222/15, EU:C2016:523 -ap. 48-) -que menciona otras anteriores, sin perder por ello la coherencia de los requisitos formales que exige la normativa europea.

La cláusula de remisión es una cláusula individual o particular que remite a otras cláusulas. La cláusula de remisión es una técnica de contratación, especialmente en la contratación comercial, sobre todo en la contratación duradera, continuada y sucesiva, también cuando las condiciones generales tienen por base un contrato marco. Cuando no se adjuntan directamente las

11 Sobre las cláusulas de remisión o referencia, por todos, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas predispuestas*, prólogo FONT GALÁN, J.I., ed. Marcial Pons, 1999, pp. 438 ss.

12 Como si fuese un contrato formulario, pero que no lo es.

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

cláusulas al contrato, cabe hacer, no obstante, una remisión mediante una oportuna cláusula, siendo eficaz para cumplir el artículo 23 del Convenio de Lugano II (aps. 37 a 45 y 47), siempre que sea expresa según el Alto Tribunal Europeo (así, la Sentencia de 14 de diciembre de 1976, as. 24/76, EU:C:1976:177). La debilidad de esta cláusula de remisión es que no asegura, en absoluto, el conocimiento de las cláusulas/condiciones generales a las que remite. Por lo tanto, para que una cláusula de remisión al clausulado de otro contrato puede surtir efectos, esta debe informar a la otra parte cómo se accede a él. «Debe ser comprobable -el clausulado al que se remite-, dice la sentencia, por una persona normalmente diligente» (ap. 25). De lo contrario, cuando no suceda así, la misma cláusula de remisión, siendo una condición general, no quedaría incorporada al contrato del que forma parte. En principio, cualquier empresa, por muy pequeña que sea, debería tener conocimientos como para poder acceder a una página web mediante un hipervínculo. Toda información errónea o deficiente debida a una cláusula de remisión impide que la cláusula atributiva de competencia pueda surtir efectos jurídicos, aun cuando aquélla haya sido aceptada expresamente. Sería deseable que la condición general de remisión fuese expresa y estuviese ubicada en el contrato (como en el caso concreto), y que, por supuesto, fuese clara y comprensible. En el caso concreto, puede resultar sorprendente para la otra parte que las controversias que pudieran surgir estarían sujetas a la resolución de un tribunal de un tercer país, circunstancia de la que podría advertirse en la misma cláusula de remisión.

2. La incorporación y el consentimiento de la cláusula atributiva de competencia judicial por medios electrónicos

El asunto litigioso se mueve en dos planos que no son totalmente coincidentes. Por una parte, para la aplicación del artículo 23.1 y 2 del Convenio de Lugano II se debe probar la realidad del consentimiento de la cláusula atributiva de competencia judicial, y por otra, se debe acreditar, con carácter previo, la incorporación de la cláusula al contrato de obra. Sólo si se incorpora el contrato hay certeza de que el aceptante la conoce y la comprende.

A la cláusula de sumisión exclusiva a los tribunales ingleses, como las demás condiciones generales, se podía acceder mediante el enlace del hipervínculo que figura en la página web de la empresa comitente (y predisponente de las condiciones generales), lo cual permitía no sólo conocer cada una de las cláusulas, sino que se podían descargar según consta en los hechos que se recogen en la sentencia (ap. 16).

De acuerdo con el contenido de la cláusula de remisión, y en atención a los hechos relatados, deberían darse, en principio, por cumplidos los requisitos del artículo 23.2: «"Por escrito" equivaldrá a toda comunicación realizada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo». La posibilidad de la descarga de las condiciones generales, entre las que figura la cláusula de sumisión expresa a los tribunales ingleses, asegura, pues, a la empresa su registro duradero (p. e., imprimiéndolas en papel, guardarlas en un móvil, en un *pendrive* o en el disco duro o subirlas a la nube).

Pero hay una singularidad en el caso litigioso que no debe ni puede quedar desapercibida. No se instó a la empresa contratista a marcar una casilla para manifestar que aceptaba las condiciones generales, que además ni siquiera existía. El artículo 23.2 omite, como también el artículo 25

del Reglamento de Bruselas *bis*, cualquier referencia a otro requisito en la contratación electrónica que no sea el registro duradero de la cláusula atributiva de competencia judicial. La cuestión prejudicial que formula la *Cour de Cassation* de Bélgica se centra precisamente en si es conforme al artículo 23, apartados 1, letra a) y del 2, del Convenio de Lugano II una cláusula atributiva de competencia judicial, sin que se haya instado a la parte a aceptarla marcando una casilla en el sitio web de la empresa comitente. Esta cuestión prejudicial tiene como trasfondo la pregunta de cómo se puede prestar el consentimiento de la cláusula sin que haya un *click-wrap* para su aceptación.

En la contratación en línea, en lugar de la firma electrónica -que no es un requisito esencial-, el consentimiento contractual se manifiesta normalmente pinchando en el icono de aceptar, pero caben otras formas de aceptación. Los mismos Reglamentos europeos citados admiten otras formas de aceptación si no hay una casilla para aceptar o por alguna razón no se puede pinchar el icono de aceptación.

No es la primera vez que el Alto Tribunal Europeo se pronuncia sobre la incorporación y el consentimiento de una condición general atributiva de competencia judicial, siendo de aplicación la emanada en asuntos en los que son de aplicación cualquiera de los Reglamentos europeos, como así recuerda la Sentencia (ap. 34). Así, las STJCE 14 de diciembre de 1976 (as. 24/76, EU:C:1976:177) y las SSTJUE 9 de junio de 1984, (as. 71/83, EU:C:1984:217) y 8 de marzo de 2018 (as. 64/17, EU:C:2018:173).

La incorporación de una cláusula de competencia judicial mediante contratación en línea fue objeto de examen por primera vez por el Alto

Tribunal Europeo en la Sentencia de 21 de mayo de 2015 (as. 322/14, EU:C:2015:334). En aquel caso, la cuestión principal era sobre la interpretación del artículo 23.2 del Reglamento de Bruselas entonces vigente. Se plantea en este litigio si la técnica de aceptación de las condiciones generales mediante un «clic», en la medida en que la ventana que las muestra no se abre automáticamente con el registro en el sitio web, ni cuando se efectúa la transacción comercial, cumple los requisitos enumerados en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento Bruselas I. Dicha cláusula formaba parte de un contrato de compraventa celebrado de forma electrónica. El argumento principal de la sentencia de 21 de mayo de 2015 es el que sigue: “La técnica de aceptación mediante un clic de las condiciones generales que incluyen una cláusula atributiva de competencia en un contrato celebrado por vía electrónica constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato” (ap. 40). La aceptación, pues, de las condiciones generales mediante un clic no sólo permite que puede ser conocida la cláusula de atribución de la competencia judicial sino que posibilita por norma general que puede ser registrada y aceptada junto con las demás condiciones generales. Se cumplen, por tanto, los requisitos del artículo 23.2 del Reglamento de Bruselas I. La interpretación que hace el TJUE va más allá de una interpretación literal de este precepto al recurrir al criterio hermenéutico axiológico, pero dentro de los límites de la disposición europea. Es significativo que en el caso litigioso la dificultad de acceder a las condiciones generales era mayor que en el asunto que comentamos, si bien no se sabe por qué no se podía abrir automáticamente la ventana que contenía las condiciones genera-

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

les, ni tampoco cuándo se iba a efectuar la transacción comercial.

En el presente litigio, la singularidad del caso es que no se instó a la otra parte contratante a aceptar las condiciones generales en una casilla. Sólo había un hipervínculo a un sitio web cuyo acceso posibilitaba, en principio, conocer esas condiciones generales (requisito de incorporación), siempre que ese enlace funcione (requisito de incorporación), pueda ser abierto por una parte aplicando una diligencia normal (requisito de incorporación) y puedan ser registradas de modo duradero (requisito de incorporación). Sólo de este modo las condiciones generales pueden ser efectivamente comunicadas, lo cual, como dice la Sentencia, se debe comprobar (ap. 50). Si es así, como se entiende en el caso concreto, el adherente de las condiciones generales, entre las que figura la cláusula atributiva de competencia judicial, las puede conocer efectivamente y las puede aceptar después (requisito del consentimiento). Quien debe asegurar el conocimiento de las mismas es la empresa predisponente, pero quien también debe hacer el esfuerzo de conocerlas es la empresa adherente. Implica por esta parte un comportamiento, un deber también de colaboración, siempre y cuando sea suficiente con desarrollar una diligencia normal (la diligencia de un empresario, siguiendo la expresión de nuestro art. 1104 CC, es la que corresponde a un buen empresario). El Convenio de Lugano II no contempla los requisitos de incorporación que deben cumplirse porque parte de la premisa de que se trata de un acuerdo negociado la cláusula de competencia judicial, centrándose exclusivamente en asegurar el consentimiento del mismo, salvo cuando este acuerdo se presta de forma electrónica.

La sentencia considera que a pesar de la

ausencia de una casilla en la página web para poder aceptar la cláusula, la empresa contratista podía conocer las cláusulas abriendo el hipervínculo indicado, como también podía descargarla de modo duradero junto con las demás cláusulas, cumpliendo así la forma que se requiere para la contratación electrónica (ap. 53). Por consiguiente, también puede consentirlas mediante cualquiera de las formas previstas en el artículo 23.1. La ausencia de un icono de aceptar (*I agree*) no imposibilita a la empresa adherente a aceptar de otra forma las condiciones generales. La interpretación que hace el TJUE de la cláusula atributiva de competencia judicial entre las partes litigantes, defendiendo su validez, es acorde con la flexibilidad en la aplicación del artículo 23, debiendo regir esta misma flexibilidad cuando la forma en que se manifiesta una cláusula atributiva de competencia judicial es digital.

No obstante, surge la pregunta de si no se deberían establecer mayores exigencias formales para el acuerdo atributivo de competencia judicial que se manifiesta en forma digital, en particular cuando para conocerlo se tiene que usar el procedimiento del *click-wrap agreement*. En la contratación en línea no hay por norma general negociación, tanto cuando es cerrada como cuando es abierta, o cuando es horizontal o vertical, siendo necesario que se asegure a los adherentes un conocimiento real de las cláusulas para poder aceptarlas con garantías. Mayor celo debería haber cuando la contratación en línea es con consumidores y usuarios. En definitiva, en la contratación en línea se debería proporcionar una mayor información a los contratantes sobre los pasos que deben darse para que una cláusula atributiva de competencia judicial se incorpore y sea consentida.

Hay que reconocer que al menos el Conve-

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

nio de Lugano II y el Reglamento de Bruselas I *bis* son más garantistas que el sistema norteamericano en cuanto al conocimiento real de la cláusula atributiva de competencia judicial que se oferta electrónicamente¹³. En el sistema norteamericano es suficiente que la cláusula sea consentida por medio de la técnica del *click-wrap agreement*, siempre y cuando se garantice que el consentimiento se haya prestado efectivamente por el aceptante. El Derecho norteamericano focaliza la protección del adherente en el consentimiento de las condiciones generales. Por el contrario, el Convenio de Lugano II y el Reglamento de Bruselas I *bis* centran la protección en que la cláusula puede ser registrada de modo permanente. Ello asegura, así, el efectivo conocimiento de la cláusula por parte de quien la quiere aceptar. La técnica del *click-wrap agreement* no asegura un registro duradero de las condiciones generales, que es el principal requisito del artículo 23.2¹⁴. Mediante la técnica del *click-wrap agreement* se puede dar a conocer las condiciones generales, pero no siempre permite que se pueden reproducir con carácter permanente¹⁵. El mismo acceso digital a las condiciones generales no está exento de problemas. Las condiciones generales permanecen en la página *web* del predisponente, pero no siempre queda garantizado que sea de forma permanente. El predisponente puede modificarlas sin que tenga conocimiento de la modificación la otra parte contratante. Desde que tiene lugar la oferta hasta su aceptación el futuro contratante tiene que tener la garantía de que las cláusulas

no se modifiquen. Esa garantía la tiene el adherente sólo si previamente ha podido descargarlas y almacenarlas. En caso de modificación por el predisponente, el adherente puede oponer las que están ya registradas.

Una vez registrada de forma permanente la cláusula atributiva de competencia judicial pre-dispuesta, esta puede ser aceptada en cualquiera de las formas previstas en el artículo 23.1, el cual permite una interpretación y una aplicación flexible. Resuelta, pues, la cuestión prejudicial, corresponderá a los tribunales ingleses comprobar si se cumple alguna de las formas de aceptación previstas en el artículo 23.1, letras b) y c) (aps. 56-58), aun cuando en su decisión se refiere, sin más, al apartado primero del artículo 23 (ap. 59). La cuestión prejudicial, por el contrario, se ciñe al artículo 23.1, letra a) en relación con el artículo 23.2. Estas pequeñas incongruencias de la resolución judicial no empañan la decisión que claramente se pronuncia a favor de la validez de la cláusula en los términos redactados en el caso concreto.

V. CONCLUSIÓN

El TJUE sigue una interpretación literal en la Sentencia de 24 de noviembre de 2022, siendo correcta la interpretación del artículo 23.2 del Convenio Lugano II en su aplicación a la controvertida cláusula atributiva de competencia judicial formulada electrónicamente, la cual cumple

13 Entre otros, vid. LARA AGUADO, Á., “Formación del contrato electrónico”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. SÁNCHEZ LORENZO, S., tomo I, 3ª ed., ed. Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 904 ss. (n. m. 18); SÁNCHEZ LORENZO, S., “Click-Wrap International Contracts”, *Justice, Trade, Security and Individual Freedoms in the Digital Society*, ed. ESTEBAN DE LA ROSA, F. *et aliii*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 253 ss.

14 MANKOWSKI, *cit.*, p. 764 (n. m. 129).

15 *Ídem*, p. 764 (n. m. 129).

Klaus Jochen Albiez Dohrmann

las exigencias de forma a que obliga el precepto para que quede incorporada en el contrato comercial para poder ser aceptada después.

La referida resolución judicial nos invita, en cualquier caso, a reflexionar sobre cuestiones que no se abordan en el Convenio Lugano II. Concretamente, los requisitos de incorporación que deben darse para cuando una cláusula atributiva es una condición general. El Convenio de Lugano II regula los requisitos formales de la cláusula atributiva de competencia judicial - como también el Reglamento de Bruselas I *bis*- partiendo de un presupuesto previo, cual es la negociación de la cláusula. De ahí, la insistencia de su regulación en garantizar el consentimiento de la cláusula mediante diversas formas. Pero cuando es una condición general, en aras de una mayor

protección de los consumidores y de los empresarios¹⁶, se deberían requerir unas mayores garantías, siendo la primera su efectiva incorporación para asegurar el conocimiento real de esta cláusula, con el fin de evitar, así, posibles abusos (que han de juzgarse con criterios europeos), particularmente cuando hay relaciones de dependencia económica o relaciones verticales. Un ejemplo es el reciente Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, el cual tiene por uno de sus objetivos garantizar la comprensión real de las cláusulas en este sector de la contratación¹⁷. O el último de las propuestas europeas, lanzado esta vez por juristas franceses y alemanes, el denominado Código Económico o Empresarial Europeo (2021)¹⁸, el cual aboga en el

16 Es el caso, como advierte el Profesor SÁNCHEZ LORENZO, de las cláusulas contenidas en condiciones generales dentro de contratos de adhesión, incluso al margen de que formalmente se cumplan las condiciones formales referidas en la normativa europea tal y como las interpreta el TJUE. o, en el ámbito de los contratos de consumidores. Se da la circunstancia de que la validez sustancial de estas cláusulas está mediatizada por las propias directivas europeas en materia de protección del consumidor, que actúan como una *lex fori* u orden público del foro cualificados (“El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, REDI, vol. 70 (2018), 2, p. 44).

17 Cfr. el artículo 3 que regula los requisitos de transparencia de las cláusulas en los contratos de intermediación en línea entre plataformas digitales y usuarios profesionales.

18 La UE está construyendo su propio Derecho mercantil, el cual se uniformará y será más accesible para las empresas y profesionales europeos. El Libro Blanco sobre el futuro de Europa (“Reflexiones y escenarios para la Europa de los Veintisiete en 2025”), publicado por la Comisión Europea en el año 2017, ya predecía que “un grupo de países colabora y acuerda un código común de «Derecho mercantil», que unifica los ámbitos comerciales, societarios y otros aspectos legales conexos y ayuda a las empresas de todos los tamaños a operar con mayor facilidad a nivel transfronterizo”.

Con salida del Reino Unido de la UE, ha surgido un nuevo movimiento, auspiciado por la Asociación Henri Capitant, que, a diferencia de los movimientos anteriores, propone ahora un Código Empresarial Europeo, llamado también Código Económico Europeo o Código Europeo de los Negocios, es decir, un código cuyo objetivo prioritario es la codificación, nunca mejor dicho, de reglas uniformes de determinadas relaciones comerciales en el mercado interior. Este Código tiene su origen en un acuerdo firmado por los Gobiernos francés y alemán, conocido como el “Tratado de Aquisgrán”, que fue firmado el 22 de junio de 2019 en la histórica ciudad alemana, uno de los principales centros de la cultura europea con mayor raigambre histórico. Entre los objetivos de este

anteproyecto del Derecho de mercado por unas reglas específicas de incorporación de las condiciones generales entre empresas para proteger a las microempresas así como las pequeñas y medianas empresas¹⁹.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. *et alii*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 249-283.

- “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, REDI, vol. 70 (2018), 2, pp. 17-47.

BIBLIOGRAFÍA

LARA AGUADO, Á., “Formación del contrato electrónico”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. SÁNCHEZ LORENZO, S., tomo I, 3ª ed., ed. Civitas Thomson Reuters, 2016, pp. 867-931.

MANKOWSKI, P., “Kommentar Artikel 25”, *Europäisches Zivilprozes- und Kollisionsrecht Eu-ZPR/EuIPR*, ed. RAUSCHER, T., ed. Otto Schmidt KG, Colonia, 2015, pp. 690- 821.

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas predisuestas*, prólogo FONT GALÁN, J.I., ed. Marcial Pons, 1999.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “Click-Wrap International Contracts”, *Justice, Trade, Ssecurity and Individual Freedoms in the Digital Society*, ed.

Tratado, figura la necesidad de establecer unas reglas comunes para las relaciones comerciales franco-alemanas, creando. Para lograr este objetivo se creó un consejo de expertos económicos ad hoc.

Debe precisarse que los sucesivos textos que fueron aprobados por esta comisión constituyen, inicialmente, la base para unas reglas comunes en el futuro para los mercados nacionales de Francia y de Alemania. Estos mismos textos pretenden auspiciar un marco normativo para el mercado interior.

Entre los diversos temas propuestos para la regulación de un Código Empresarial Europeo se propuso la redacción de unas reglas uniformes del Derecho del mercado. Este texto fue elaborado durante los años 2019-2021 por una comisión *ad hoc* formada por juristas prácticos y académicos alemanes y franceses. Fue aprobado, finalmente, el 28 de junio de 2021 por una asamblea formada por parlamentarios franceses y alemanes.

Para mayor información, *vid.* Code Européen des Affaires.Nouvelles.droit.org.

19 Cfr. el artículo 127, que define las condiciones generales y establece los requisitos de incorporación en los contratos comerciales.