



COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y ACUERDOS DE SUMISIÓN EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL

por **Rafael Arenas García**

Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN: Este trabajo se ocupa de la determinación de la competencia judicial internacional en los conflictos surgidos en la contratación electrónica de acuerdo con el DIPr. español. Se analiza el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 y sus relaciones con el Derecho de producción interna, así como el régimen de las cláusulas de sometimiento a arbitraje. El análisis distingue entre los contratos de consumo y el resto. En todos los contratos que no sean de consumo la cláusula de elección de tribunal incluida en un contrato celebrado por medios electrónicos será considerada, por lo general, como eficaz. Si el contrato ha de ser calificado como un contrato de consumo el resultado es la ineficacia de la cláusula en la mayor parte de los supuestos si el consumidor ha de ser calificado como un consumidor pasivo. No resulta fácil, sin embargo, diferenciar entre consumidores activos y pasivos en la contratación electrónica. En el trabajo se opta por mantener que el mero hecho de que el cocontratante del consumidor disponga de una página web accesible desde el Estado del domicilio del consumidor no es suficiente para entender que el consumidor haya de ser considerado como un consumidor pasivo. Las cláusulas compromisorias serán eficaces, salvo que uno de los contratantes sea un consumidor. En estos casos tal cláusula será considerada por los tribunales españoles como contraria al orden público.

Palabras clave: Competencia judicial internacional, arbitraje, contratos de consumo, elección de tribunal, Reglamento 44/2001, LOPJ.

ABSTRACT: This article deals with the determination, from a Spanish PIL perspective, of international jurisdiction in conflicts arising out of international contracts. The author analyses the scope of Regulation 44/2000 and the relations of this instrument with Spanish domestic law. Arbitration clauses are also considered. The study distinguishes between consumer contracts and other kind of contracts. Jurisdiction agreements included in non-consumer contracts are valid, but in consumer contracts these jurisdiction agreements will be invalid in most cases if the consumer is a passive one. Establishing whether the consumer must be qualified as passive or active is far from easy. This article holds that the fact that the person who contracts with the consumer has a web site that is accessible from the state of the consumer is not enough to qualify the consumer as passive. Arbitration agreements will be valid, unless one of the parties is a consumer. In these cases Spanish courts would consider the arbitration agreement as running against Spanish public order.

Key words: International jurisdiction, arbitration, consumer contracts, jurisdiction agreement, Regulation 44/2001, Spanish Organic Law on Judicial Power.

I. INTRODUCCIÓN

1. El objeto de este trabajo es realizar un somero repaso a algunos de los problemas que plantea la determinación de la competencia judicial internacional en los litigios relativos a la contratación elec-

trónica en aquellos supuestos en los que se ha concluido un acuerdo de elección de tribunal. También se realizará una breve referencia a alguno de los problemas que plantea la sumisión a arbitraje en los contratos de consumo concluidos a través de Internet. Se pretende así realizar una panorámi-

ca de la forma en que la autonomía de la voluntad afecta a la determinación de los tribunales competentes en materia de contratación electrónica.

El análisis que seguiré, por tanto, se enmarca en el sector de la competencia judicial internacional, dentro del Derecho internacional privado (DIPr.). Conviene hacer explícita esta obviedad para no dejar pasar la ocasión de indicar que como todo análisis en materia de DIPr. el que aquí se realizará solamente será válido desde la perspectiva de un foro determinado. Esto es, las premisas, desarrollos y conclusiones a las que se pueda llegar no tendrán una eficacia universal, válida para cualquier ordenamiento del mundo, sino que se adoptarán teniendo en cuenta las circunstancias de un ordenamiento jurídico determinado que se toma como referencia. En este caso el Derecho español. No puede operarse de otra forma en DIPr. toda vez que pese al adjetivo «internacional» que le caracteriza, el DIPr. es un Derecho estatal, que solamente puede ser correctamente analizado desde la perspectiva de un sistema concreto, de tal forma que lo que puede ser correcto en relación al DIPr. español puede no serlo respecto al DIPr. francés o brasileño. En DIPr. las afirmaciones generales son peligrosas y, con frecuencia, difícilmente universalizables. Es por eso que aquí nos limitaremos al estudio del DIPr. español en sus distintas dimensiones; esto es, DIPr. institucional y autónomo, dejando de lado o limitando las referencias al DIPr. español de origen convencional dada la escasa relevancia que presenta en la materia que nos ocupa.

2. De acuerdo con lo que se ha expuesto, por tanto, en el primer apartado del trabajo estudiaremos el régimen competencial en el DIPr. institucional (comunitario) y en el DIPr. autónomo (de producción interna). En el primero de estos ámbitos nos ocuparemos del análisis del Reglamento 44/2001 mientras que en el segundo será el art. 22 de la LOPJ el centro de nuestro interés.

Ni que decir tiene que el DIPr. institucional tiene carácter preferente sobre el DIPr. autónomo, por lo que en cada supuesto que se plantee la autoridad española que se encuentre conociendo deberá estudiar en primer lugar si resulta posible la aplicación del régimen institucional y solamente en el caso de que éste no resulte aplicable recurrirá al DIPr. autónomo.

Lo anterior, sin embargo, no implica que la eficacia del DIPr. autónomo se limite estrictamente a los supuestos en los que el Reglamento 44/2001 no re-

clame su aplicación. El DIPr. autónomo también puede ser considerado en función de las remisiones que contiene el propio Reglamento. En estos casos de remisión el Reglamento comunitario sigue siendo aplicado, aunque como mera norma de remisión, debiendo resolverse la cuestión litigiosa a partir de la normativa autónoma reclamada por la norma institucional (1). Con frecuencia esta perspectiva no es seguida por los tratadistas, quienes en estos supuestos de remisión prefieren considerar que se produce una limitación en el ámbito de aplicación del Reglamento (2). Se trata de un planteamiento extendido, pero que, en primer lugar, no responde a la realidad normativa, pues la aplicación del DIPr. autónomo se fundamenta, precisamente en la aplicación del Reglamento, y no en su inaplicación; y, en segundo lugar, puede conducir a errores de interpretación. Así, si se afirma la no aplicación del Reglamento comunitario en los supuestos en los que el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro (3) ¿cómo se explica que en tales supuestos el demandante domiciliado en el Estado del foro pueda recurrir a los criterios del Derecho autónomo basados en la nacionalidad en las mismas condiciones que los nacionales del Estado del foro, tal como establece el art. 4 del Reglamento 44/2001? Si se excluyese la aplicación del Reglamento en tales casos también se excluiría la de su art. 4, lo que resultaría incompatible con el propio Reglamento (4).

3. El estudio se iniciará, por tanto, con el análisis del ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001 para, a partir de ahí estudiar el régimen de los acuerdos de elección de tribunal con carácter ge-

(1) Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Thomson/Civitas, 4.^a ed., 2007, p. 62.

(2) Vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, 8.^a ed., Comares, Granada, vol. I, p. 95. Más correctamente M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Thomson/Civitas, 2.^a ed., 2007, p. 104, aclaran que la referencia al ámbito de aplicación espacial tiene como objeto diferenciar los supuestos en los que el Reglamento 44/2001 regula directamente la competencia judicial internacional respecto a aquellos otros en los que remite dicha regulación a los Derechos nacionales.

(3) A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 96.

(4) Este es, quizás, el ejemplo más llamativo de la inconsistencia de negar la aplicación del Reglamento 44/2001 en los supuestos de demandado domiciliado en un Estado no miembro, pero no es el único. Esta exclusión debe enfrentarse a las matizaciones contenidas en el propio Instrumento, y que conducen a que se aplique en múltiples supuestos de demandados domiciliados en un Estado no miembro. Así, en los casos de competencias exclusivas de un Estado miembro, sumisión a los tribunales de un Estado miembro, demandas presentadas en materia de contratos de consumo contra cocontratantes del consumidor que no están domiciliados en un Estado miembro, pero que tienen en un Estado miembro una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento siempre que el litigio derive de la explotación de la agencia, sucursal o establecimiento; y así un largo etcétera de supuestos.

neral y, específicamente en los contratos de consumo. A continuación se realizará un estudio similar en el DIPr. autónomo español, centrado en el análisis del régimen de sumisión a los tribunales españoles, la incidencia en la competencia judicial internacional de los tribunales españoles de las cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros (la *derogatio fori*) y las particularidades que presenta la elección de tribunal en los contratos de consumo. En la segunda parte (apartado III) se analizarán los distintos supuestos que se aprecian en la práctica de la contratación a través de medios electrónicos, considerando tanto los casos en los que exista una cláusula de elección de tribunal o de sometimiento a arbitraje y aquellos otros casos en los que no se han concluido cláusulas de este tipo; estudiando en cada caso las diferencias existentes entre los contratos celebrados con consumidores y los contratos entre comerciantes (B2C y B2B).

II. RÉGIMEN DE LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE TRIBUNAL

1. Reglamento 44/2001

A) *Ámbito de aplicación del Reglamento*

4. El Reglamento 44/2001 deberá aplicarse en la mayoría de los supuestos de contratación electrónica de que deban conocer las autoridades españolas. Dado que España es un Estado miembro del Reglamento (5), los jueces y tribunales españoles deberán considerar la aplicación de este en los supuestos en los que deban determinar su competencia judicial internacional.

Para determinar si en un supuesto dado el Reglamento es aplicable deberá examinarse si el caso entra en el ámbito de aplicación material y temporal del Reglamento. En la actualidad no podrá dejar de aplicarse este Instrumento por razones temporales en España, ya que todo proceso iniciado con posterioridad al 1 de marzo de 2002 entrará en su ámbito

(5) De entre los Estados miembros de la Unión Europea solamente Dinamarca no es Estado miembro (art. 1.3), ya que el Reino Unido e Irlanda, que disponían de la posibilidad de decidir su vinculación por el instrumento, optaron en su momento por participar en él. De todas formas, a partir del 1 de julio de 2007 el Reglamento 44/2001 se aplica también en Dinamarca, tal como resulta del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005 [*Diario Oficial (DO)* núm. L 299, de 16 de noviembre de 2005]. Vid. la información sobre la entrada en vigor de este Acuerdo en el *DO*, núm. L 94, de 4 de abril de 2007.

de aplicación temporal (6). Hoy en día la concreción del ámbito de aplicación temporal del Reglamento solamente resultará problemática en los Estados que se han incorporado recientemente a la Unión Europea y, a partir del 1 de julio de 2007, en Dinamarca, pudiendo dudarse en estos casos acerca de si un determinado proceso se ha iniciado antes o después de la entrada en vigor del Reglamento en el Estado de que se trate. En el caso de España, en cambio, transcurridos más de cinco años desde la entrada en vigor del Reglamento no es pensable que se planteen excesivas dudas sobre su aplicación. En cualquier caso, no está de más recordar que el momento que ha de tomarse como relevante es el del inicio del proceso en primera instancia, de tal manera que una vez iniciada ésta no han de producirse alteraciones en el régimen regulador de la competencia judicial internacional. Esto es, la entrada en vigor del Reglamento cuando el proceso se encuentra en apelación o casación no implica que pueda volverse sobre la determinación de la competencia judicial internacional. Esta ha debido quedar fijada a partir de la normativa en vigor en el momento inicial del procedimiento y, con carácter general, considerando la situación existente en ese momento (7).

El art. 1 del Reglamento se ocupa de su ámbito de aplicación material. De acuerdo con este precepto el Reglamento se aplica en materia civil y mercantil, excluyendo determinadas materias (estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones, quiebra, convenios entre quebrado y acreedores, seguridad social y arbitraje). De la delimitación contenida en el art. 1 se deriva que el Reglamento se ocupará del Derecho privado patrimonial, con exclusión de cuestiones de capacidad, familiares y sucesiones. Dentro del Derecho patrimonial se excluye, además, lo relativo a la quiebra y a la seguridad social, además del arbitraje, cuestión esta última sobre la que habremos de volver más adelante. En los supuestos que nos ocupan no resultará frecuente que operen las exclusiones del art. 1. Los contratos que suelen concluirse a través de Internet o por otros medios electrónicos se referirán en la mayoría de los supuestos a materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, por lo que aquí no nos detendremos más en el análisis del alcance del art. 1 del Reglamento.

(6) Vid. arts. 66 y 76 del Reglamento.

(7) Vid. E. M. RODRIGUEZ GAYÁN, «Excepciones a la aplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* como criterio determinante de la competencia judicial internacional», *Revista de la Corte Española de Arbitraje (RCEA)*, 1993, vol. IX, pp. 107-127, p. 108.

5. Tal como indicábamos en la introducción, no en todos los supuestos en los que el Reglamento resulte aplicable por razones materiales y temporales se aplicará finalmente la regulación competencial contenida en el mismo. Las abundantes remisiones explícitas e implícitas al Derecho autónomo de los Estados miembros tienen como consecuencia que es frecuente la necesidad de considerar conjuntamente la regulación institucional y la autonomía, tal como tendremos ocasión de ejemplificar a lo largo de este trabajo. Aquí nos limitaremos a esbozar los principios generales que rigen la relación entre el Derecho autónomo e institucional en materia de competencia judicial internacional, centrándonos en aquellos aspectos que pueden resultar más importantes en relación a nuestro objeto de estudio.

La regulación competencial en el Reglamento 44/2001 se estructura a partir de una regla de base y de una serie de excepciones a esta regla de base (8). De acuerdo con la regla de base deberemos distinguir entre aquellos supuestos en los que el demandado está domiciliado en un Estado parte y aquellos otros en los que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado no parte. En el último caso será el DIPr. autónomo del Juez que está conociendo el que determine si tal Juez goza o no de competencia judicial internacional para conocer del supuesto planteado. Esta regla de base, sin embargo, solamente se aplicará cuando no se de alguna de las excepciones previstas en el propio Reglamento, tales excepciones operarán en los supuestos de competencias exclusivas (art. 22), sumisión expresa o tácita (arts. 23 y 24), foros de protección (arts. 8 a 21) y medidas cautelares (art. 31). En relación al tema que nos ocupa hemos de reparar especialmente en los supuestos de foros de sumisión expresa y también en la regulación de los contratos de consumo (arts. 15-17).

6. La aplicación de la normativa autónoma para la determinación de la competencia judicial internacional en los supuestos en los que exista un acuerdo de elección de tribunal se limitará en pri-

(8) En lo que se refiere a las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, pues junto con éstas nos encontramos también con ciertas «normas de aplicación» de las que aquí no nos vamos a ocupar. Se trata de la regulación de la litispendencia y la conexidad (arts. 27 a 30) y de la verificación de oficio de la competencia (arts. 25 y 26). Sobre la diferencia entre normas reguladoras y normas de aplicación en materia de competencia judicial internacional, así como acerca de las relaciones entre unas y otras, *vid.* R. ARENAS GARCÍA, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 27-39.

mer lugar, a los supuestos en los que la sumisión se realice a los tribunales de un Estado no miembro (9); en segundo término, a los casos en los que ninguna de las partes esté domiciliada en un Estado miembro, la sumisión se realice a los tribunales de un Estado miembro y la demanda se presente en el Estado a cuyos tribunales se han sometido las partes; finalmente, tal como veremos en el apartado C), la regulación autónoma también deberá considerarse en ciertos supuestos cuando la sumisión se produzca en el marco de un contrato de consumo.

En los dos supuestos que se acaban de mencionar será el Derecho autónomo del Juez que está conociendo el que determine el efecto del acuerdo de sumisión. En el primer caso, sumisión a los tribunales de un Estado no parte, deberemos examinar si tal sumisión supone privar de competencia al Juez que está conociendo, tanto en los supuestos en los que resultara aplicable la regulación competencial del Reglamento 44/2001 como en aquellos otros en los que lo que resultara aplicable fuera el DIPr. autónomo del Estado en el que se plantea el litigio. En el segundo caso corresponderá al Derecho autónomo determinar si el acuerdo tiene la virtualidad de convertir en competentes a los tribunales a los que se han sometido las partes. Esta última remisión al Derecho autónomo se deriva del art. 22.3 del Reglamento, mientras que la primera es una construcción doctrinal que carece de base positiva en el Reglamento, pero que se encuentra generalmente admitida (10).

B) *Requisitos para la eficacia de la cláusula de elección de tribunal*

7. De acuerdo con el Reglamento 44/2001 para que una cláusula de elección de tribunal sea eficaz deben concurrir una serie de requisitos, tanto sustanciales como formales. Nos ocuparemos en primer lugar de los primeros para examinar después brevemente los requisitos formales del acuerdo. El primero es que al menos una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro. En los supues-

(9) *Vid.* sobre esta cuestión A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Eurolex, Madrid, 1994, pp. 139-146.

(10) *Vid.* J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7.^a ed., Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2002, p. 279; H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2.^a ed., LGDJ, París, 1996, p. 80; U. MAGNUS, «Art. 23», en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels I Regulation*, Múnich, Sellier, 2007, pp. 385-386.

tos en los que ninguna de las partes del acuerdo se encuentre domiciliada en un Estado miembro, la cláusula despliega un efecto parcial. De acuerdo con el art. 22.3 del Reglamento en estos casos los tribunales de los Estados miembros diferentes de aquél a cuyos tribunales se ha producido la sumisión solamente podrán entrar a conocer del litigio cuando el tribunal al que se han sometido las partes decline su competencia. Esto implica que la cláusula despliega solamente un efecto negativo (privar de competencia a los tribunales diferentes del designado que podrían ser competentes en ausencia de la sumisión); pero no un efecto positivo, pues tal como hemos visto en el apartado anterior, el tribunal designado no determinará la eficacia de la cláusula a la luz de lo que establezca el Reglamento, sino de acuerdo con su propio DIPr. autónomo.

El segundo requisito para la eficacia de la cláusula de elección de tribunal es que la sumisión se realice a un tribunal o tribunales de un Estado miembro. Ya hemos visto que en caso de que la sumisión se realice a tribunal o tribunales de un Estado no miembro será el DIPr. autónomo del Juez que está conociendo el que determine la eficacia de dicho acuerdo de sumisión.

El tercer requisito es que el acuerdo se refiera a una determinada relación jurídica. Esto es, no se admiten los acuerdos generales que afecten al conjunto de relaciones entre quienes lo hayan suscrito. En los casos que nos ocupan no es previsible que este requisito plantee problemas, ya que nuestro objeto son precisamente los acuerdos que se refieren a los contratos concluidos por medios electrónicos, lo que implica que en estos casos siempre estará determinada la relación a la que se refiere la sumisión.

Finalmente, el acuerdo de elección de foro solamente puede operar en materia de foros de protección de acuerdo con lo previsto en la regulación específica contenida en los arts. 13 (contrato de seguro), 17 (contrato de consumo) y 21 (contrato de trabajo). Además, el acuerdo no puede privar de competencia tribunales exclusivamente competentes de acuerdo con lo previsto en el art. 22 (competencias exclusivas). En un apartado posterior nos ocuparemos de las limitaciones que se derivan para los acuerdos de elección de tribunal de la normativa en materia de contrato de consumidores.

8. El acuerdo de elección de tribunal debe hacerse, de acuerdo con lo previsto en el art. 23 del Re-

glamento 44/2001 de una forma determinada. Las formas posibles, de acuerdo con lo previsto en el art. 23.1 son la forma escrita, la forma verbal con confirmación escrita, en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; o en el comercio internacional de una forma conforme a los usos que las partes debieren conocer y que fueren ampliamente seguidos y regularmente observado en los contratos del mismo tipo. El art. 23.2 aclara que «se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo».

En relación a los contratos que nos ocupan, los concluidos por medios electrónicos, lo usual será que el acuerdo de elección se realice por medio de una transmisión electrónica, lo que, tal como se acaba de indicar, será considerado como equivalente a un acuerdo escrito. En este sentido no han de plantear ningún problema aquellos supuestos en los que el acuerdo de elección de tribunal consta en un intercambio de correos electrónicos entre los contratantes. De todas formas, éstos serán los supuestos menos usuales, pues lo habitual en la contratación electrónica es que ésta se realice por medio de páginas web interactivas. En estos supuestos solamente podrá entenderse que existe un acuerdo escrito cuando quien accede a la página web ha de realizar alguna acción que muestre su conformidad con el acuerdo (hacer *click* sobre una casilla en la que muestra su conformidad con las condiciones del contrato, entre las que figura la elección de tribunal es lo más frecuente) (11). Además, debe quedar un registro duradero del acuerdo, lo que implica que debe existir la posibilidad de que con posterioridad a la conclusión de éste sea posible su consulta (12). La posibilidad de imprimir el acuerdo o guardarlo en formato electrónico debe ser suficiente para entender que se cumple con este requisito formal.

C) Particularidades que se plantean en los contratos de consumo

9. Tal como ya se ha adelantado, en los contratos celebrados por consumidores el régimen de los

(11) Vid. J. SUQUET CAPDEVILA, «Páginas web: Cláusulas de sumisión en condiciones generales en el comercio internacional por Internet», en P. CASANOVAS (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003, pp. 141-161, pp. 148-149.

(12) Cf. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 454-455. Vid. J. KROPHOLLER, *op. cit.*, p. 292.

acuerdos de sumisión ofrece particularidades relevantes. La sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento 44/2001 regula la competencia judicial internacional en determinados supuestos de contratos de consumidores. En los supuestos que entran en el ámbito de aplicación previsto por el art. 15 del Reglamento (el primer precepto de esta sección cuarta) la competencia queda regulada por lo previsto en los arts. 16 y 17 del Reglamento, sin perjuicio, tal como se establece en el art. 15.1 *in fine*, de la previsión de los arts. 4 y del art. 5.5 del Reglamento (13). En tales supuestos el consumidor podrá demandar tanto en los tribunales del Estado del domicilio del demandado como ante los tribunales del Estado del domicilio del cocontratante del consumidor. El cocontratante del consumidor, en cambio, sólo podrá presentar su demanda ante los tribunales del Estado en el que se encuentra domiciliado el consumidor.

En estos supuestos, además, queda reducida la posibilidad de elección de tribunal, ya que, de acuerdo con lo previsto en el art. 17 del Reglamento, los acuerdos de elección de tribunal sólo prevalecerán sobre los criterios de competencia previstos en el art. 16 cuando sean posteriores al nacimiento del litigio, cuando permitan al consumidor presentar la demanda ante tribunales diferentes de los señalados en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento o cuando se hayan celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos con domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro y acuerden que sean competentes los tribunales del Estado miembro del domicilio o residencia común, siempre que el Derecho de tal Estado permita tales acuerdos. Fuera de estos supuestos, los acuerdos de elección de tribunal no podrán prevalecer sobre las previsiones del art. 16 del Reglamento.

10. Tal como acabamos de ver, la posibilidad de elección de tribunal queda enormemente reducida en los supuestos de contratos de consumo incluidos en la protección que ofrece la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento 44/2001. Se trata de una medida que pretende favorecer al consumidor, ya que impide que mediante la vía de una

(13) De acuerdo con el art. 4, si el demandado está domiciliado en un Estado no parte la competencia se determinará de acuerdo con lo previsto en el Derecho interno del Juez que esté conociendo. Según el art. 5.5 el tribunal del lugar en el que se encuentre situada una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento será competente para conocer de los litigios derivados de la explotación de dicha sucursal, agencia o establecimiento.

cláusula de sumisión se le pueda privar de la posibilidad de acudir al tribunal que le resulta más cercano, el de su propio domicilio. En los litigios de consumo, normalmente de escasa cuantía, puede resultar que los costes de acudir a un tribunal extranjero no se vean compensados por lo que, en su caso, pueda obtenerse en el proceso judicial iniciado. Es por ello que en este ámbito se permite la existencia de un *forum actoris* favorecedor de la parte débil en la relación (14). Esta limitación se aplicará también, evidentemente, en los supuestos de contratación electrónica, por lo que con frecuencia las cláusulas contenidas en los clausulados generales de las empresas que ofrecen sus servicios en la red serán inútiles, pudiendo el consumidor afectado litigar ante los tribunales de su propio domicilio, incluso aunque haya prestado su consentimiento a un acuerdo de elección de tribunal a favor de tribunales situados en un Estado diferente al de su domicilio.

El punto más delicado en la aplicación de la regulación de la competencia judicial en materia de contratos de consumo contenida en los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001 será, precisamente, la determinación de su ámbito de aplicación, puesto que los contratos excluidos de esta protección se someterán al régimen general, que, como hemos visto, favorece la eficacia de los acuerdos de elección de tribunal. A continuación examinaremos cuáles serán los supuestos protegidos, centrándonos en aquellas cuestiones que pueden resultar más problemáticas en el sector de la contratación electrónica.

11. Los supuestos protegidos serán aquellos en los que nos encontremos ante un contrato de consumo en el que el consumidor pueda ser considerado como un consumidor pasivo de acuerdo con lo previsto en el art. 15 del Reglamento. Además, debe darse que la parte demandada esté domiciliada en un Estado miembro del Reglamento. En caso de que el demandado sea el cocontratante del consumidor se considerará que está domiciliado en un Estado miembro si, pese a estar domiciliado en un Estado no miembro, dispone de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro y el litigio se refiere a la actividad de dicha sucursal, agencia o establecimiento.

(14) Vid. R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores en el Convenio de Bruselas de 1968», *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, 1996, vol. XLVIII, núm. 1, pp. 39-69, p. 54.

to. Analizaremos a continuación la interpretación y consecuencias de estas condiciones de aplicación de la normativa protectora del consumidor en el Reglamento 44/2001.

En primer lugar, debemos encontrarnos ante un contrato de consumo. De acuerdo con el art. 15 del Reglamento tales contratos serán aquellos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que puede considerarse ajeno a su actividad profesional. A partir de aquí se han planteado algunas dudas acerca de si debían ser considerados como contratos de consumo aquéllos en los que el consumidor actúa como «consumidor final»; esto es, con el fin de obtener un bien o servicio que no será reintroducido en el mercado; o si, por el contrario, todos los supuestos de contratación de un profesional con una persona que actúa fuera del ámbito de su profesión deberían ser considerados como contratos de consumo. Se trata de un debate interesante, pero que no plantea particularidades especiales en el ámbito de la contratación electrónica, por lo que me remito a las consideraciones que ya vertí en otro lugar sobre este extremo (15).

Presenta mayor interés el análisis de las condiciones que han de cumplir los contratos de consumo para poder ser considerados como supuestos protegidos; lo que solamente sucederá cuando nos encontremos ante una venta a plazos de mercaderías o un préstamo a plazos u otra operación vinculada a la financiación de la venta de mercaderías o, en el resto de supuestos, cuando la parte que ejerce actividades comerciales o profesionales ejerce éstas en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado, o a varios Estados miembros entre los que se encuentre el Estado miembro del domicilio del consumidor y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades (16). De los tres supuestos el que presenta mayor interés a nuestros fines es el tercero de ellos, ya que la determinación de los casos en los que una actividad comercial o profesional se dirige al Estado del domicilio del consumidor puede resultar especialmente compleja en la contratación electrónica. En estos supuestos puede dudarse acerca de si el hecho de que la página web del profesional sea accesible desde el Estado del domici-

lio del consumidor ha de interpretarse en el sentido de que dicho profesional dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor. De las dificultades que plantea la interpretación de este precepto es muestra que el Consejo y la Comisión optaran por realizar una declaración conjunta (no publicada) acerca del entendimiento de esta letra del c) del art. 15.1 (17). De acuerdo con esta declaración no ha de bastar con que una página web sea accesible desde el Estado del domicilio del consumidor para que resulte aplicable la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento 44/2001, sino que es preciso que dicha página web invite a la celebración de contratos a distancia y que efectivamente uno de esos contratos se haya celebrado por el medio que fuere.

La declaración del Consejo y de la Comisión sobre el art. 15 del Reglamento 44/2001 no ha conseguido resolver las dificultades que plantea la interpretación de la letra c), del primer apartado de este precepto, manteniéndose aún ciertas dudas sobre el alcance del artículo. Sin pretender analizar aquí en profundidad esta cuestión, que justificaría un estudio independiente, ha de apuntarse que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la página web de que se trate es interactiva; esto es, permite que la contratación se realice a través de ella; y aquellos otros casos en los que la página web es «pasiva», limitándose a ofrecer información o publicidad sobre el producto. En el primero de los casos podría presumirse que el profesional o comerciante dirige sus productos a dicho Estado, a salvo de que se proteja de esta posibilidad limitando expresamente los territorios desde los que permite contratar (18); aunque también se ha sostenido que esta presunción no ha de operar, ni siquiera para las páginas web interactivas, a salvo de que existan otros indicios de que la actividad se dirige al Estado del domicilio del consumidor (19). La declaración del Consejo y de la Comisión pretendería, precisamente, evitar que la mera existencia de la página web interactiva implicara que el comerciante o profesional pudiese verse obligado a litigar en cualquier Estado miembro en el que se encontrase el domicilio de un consumidor que hubiese contratado a través de la página web.

(15) Vid. R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, pp. 41-50; vid. también B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, pp. 88-96 y referencias allí contenidas.

(16) Art. 15.1, letras a), b) y c).

(17) Puede consultarse la declaración en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, N. BOUZA VIDAL, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, M. VIRGÓS SORIANO, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 17.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 139-140.

(18) Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 476-477; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Contratos internacionales de software*, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 218-219.

(19) Vid. J. KROPHOLLER, *op. cit.*, pp. 226-227.

En las páginas web «pasivas» operaría, en cambio, la presunción contraria: no cabría interpretar que el empresario dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor a salvo de que existiesen otros elementos que permitiesen llegar a una conclusión diferente. Esta idea había sido ya utilizada por la jurisprudencia de Estados Unidos, que se negó a asumir competencia en un supuesto en el que el comerciante demandado en Nueva Jersey sobre la base de que su página web era accesible en dicho Estado. La decisión de la *Court of the District of New Jersey* de 12 de septiembre de 1997 rechazó que esta circunstancia fuera base competencia suficiente con el argumento de que la página web del demandado era puramente pasiva, limitándose a ofrecer información y fotografías de los hoteles que operaba el demandado (20). De esta forma, las páginas que se limiten a ofrecer información sobre la empresa o los productos de la misma no justificarán por sí solas la aplicación de las normas de competencia protectoras de los consumidores contenidas en los arts. 16 y 17 del Reglamento 44/2001; pero el hecho de que tales páginas web no sirvan de base por sí solas para la aplicación de la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento no impide que en determinadas circunstancias sí que pueda llegar a considerarse que los contratos realizados por los consumidores a partir de la información facilitada por dicha página web no puedan ser considerados como supuestos protegidos. Esto sucederá cuando en la página web se ofrezca la posibilidad de realizar dichos contratos y estos sean efectivamente concluidos a través de cualquier medio (21).

Por mi parte, sin embargo, considero este resultado excesivo. Si se trata de un página web pasiva, aunque incluya un número de teléfono o fax con el fin de que el consumidor pueda realizar su pedido, o incluso aunque en ella figure una dirección de correo electrónico de contacto, no por esta circunstancia deberíamos considerar que las actividades se dirigen al Estado del domicilio del consumidor. Cuando en nuestro ordenador se abre una página web solicitada por nuestro navegador somos nosotros los que nos «desplazamos» a la ubicación de dicha página web. Es el consumidor el que se dirige a la página web de que se trate; por tanto en estas circuns-

(20) Cf. S. CAMACHO CLAVIJO, *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*, Reus, Madrid, 2005, p. 220, n. núm. 480.

(21) Vid. A. LÓPEZ-TARRUELLO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 219.; M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 172.

tancias no podemos equiparar la habilitación de una página web en Internet con la realización de publicidad en todos los Estados desde los que es accesible dicha página web, de la misma forme en que no podemos cargar a un comerciante con establecimiento abierto en un determinado país con el riesgo de internacionalidad que pueda derivarse de que su local sea visitado por consumidores extranjeros o residentes en el extranjero, o que le sean realizados pedidos telefónicos o por correo electrónico desde otros países. La apertura de una página web pasiva, incluso aunque incluya datos para el contacto con el comerciante en cuestión, no debe, pues, ser una circunstancia que, por sí sola, permita interpretar que el comerciante dirige su actividad a todos los países desde los que es accesible la mencionada página.

12. Tal como ya ha sido adelantado, la regulación protectora del consumidor contenida en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento 44/2001 solamente operará en aquellos supuestos en los que el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro; se asimila a estos supuestos aquellos en los que el cocontratante del consumidor se encuentra domiciliado en un Estado no miembro, pero tiene una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro y el contrato se refiere a la explotación de dicha sucursal, agencia o establecimiento (22). De esta forma, la protección del consumidor en los supuestos de demandado domiciliado en un tercer Estado queda encomendada al Derecho autónomo de cada Estado, de acuerdo con lo que es un principio general del sistema de Bruselas I. Se trata de una limitación que puede plantear algunos problemas en aquellos supuestos en los que el Derecho autónomo del Juez que se encuentra conociendo no prevea una protección para el consumidor equivalente a la comunitaria; pudiendo darse en estos casos que el consumidor carezca de un foro que le permita ejercitar sus derechos; pero este resultado indeseable será responsabilidad del legislador autónomo, no del legislador comunitario.

La necesaria articulación del Reglamento comunitario y del Derecho autónomo plantea, sin embargo, un problema precisamente en los supuestos de acuerdo de elección de tribunal, tal como expuse ya en otro lugar (23). El supuesto es el siguiente: en un contrato celebrado entre un consumidor do-

(22) Art. 15.2 del Reglamento.

(23) Vid. R. ARENAS GARCÍA, *loc. cit.*, pp. 57-58.

miciliado en un Estado miembro y un profesional domiciliado en un tercer Estado se acuerda que los tribunales competentes para cualquier litigio derivado del contrato serán los de un Estado miembro diferente del domicilio del demandado. En caso de que consumidor plantee demanda ante los tribunales del Estado en que se encuentra domiciliado el Juez que ha de conocer deberá considerar la eficacia del acuerdo de elección de tribunal contenido en el contrato. De acuerdo con lo previsto en el art. 23 del Reglamento se trata, en principio, de un acuerdo eficaz, pues una de las partes está domiciliada en un Estado miembro y la sumisión se realiza a tribunales de un Estado miembro. Podríamos pensar que el apartado 5 del art. 23 priva de eficacia a dicho acuerdo, por haberse concluido en un supuesto de contrato de consumidores; pero si observamos el caso comprobaremos que en este caso el acuerdo es compatible con este apartado 5, toda vez que este último se limita a prohibir los acuerdos incompatibles con el art. 17, precepto que, a su vez, establece los acuerdos atributivos de competencia que prevalecerán sobre las disposiciones «de la presente sección»; y en el caso que nos ocupa la competencia no vendrá determinada por la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento 44/2001, sino por el Derecho autónomo del Juez que está conociendo, ya que el demandado se encuentra domiciliado en un Estado no miembro. Pese a que el Derecho autónomo del Estado del Juez prohíba tales acuerdos nos encontraremos con que la preferencia del art. 23 del Reglamento sobre el Derecho autónomo del Juez que está conociendo impide tomar en cuenta la prohibición del Derecho de origen interno.

Se trata, sin duda, de un resultado no querido que es fruto de la defectuosa articulación del art. 23 del Reglamento con el resto del Reglamento. Creo, sin embargo, que es posible encontrar una interpretación que salve este obstáculo. Basta para ello interpretar que del primer inciso del art. 15.1 («En los contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5...») se deriva que en todos los contratos de consumo protegidos la única normativa que puede operar es la contenida en los arts. 15 a 17 y aquella a la que se remitan estos preceptos. De esta forma, en los contratos de consumo protegidos el art. 23 solamente resultaría aplicable en la medida en que el art. 17 a él remite, sin que pueda operar en los supuestos en los que, de acuerdo

con la remisión del art. 4 del Reglamento, es el DIPr. autónomo del Juez que está conociendo el que determina la competencia judicial internacional. En estos supuestos la eficacia de los acuerdos de sumisión solamente podrá valorarse a partir de lo que establezcan las normas de competencia judicial internacional autónomas.

2. DIPr. Autónomo español

A) *La sumisión a los tribunales españoles*

13. El art. 22.2.º de la LOPJ establece que los tribunales españoles serán competentes en el orden jurisdiccional civil «con carácter general cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España». De acuerdo con este precepto, por tanto, la sumisión a los tribunales españoles es un criterio general de atribución de competencia judicial internacional. Este criterio operará, evidentemente, también en los supuestos de contratación por medios electrónicos.

La LOPJ no limita en ninguna forma las materias en las que puede operar el acuerdo de elección de tribunal. Pese a ello se ha venido sosteniendo que el acuerdo atributivo de competencia no puede operar en los supuestos de competencias exclusivas recogidos en el art. 22.1.º de la LOPJ (24). De acogerse esta interpretación, la prorrogación de competencia de los tribunales españoles no podría operar en los casos en los que la conexión del art. 22.1.º de la LOPJ remite al extranjero. En la mayoría de los supuestos de contratación electrónica este límite resultará, sin embargo, inoperante, por lo que no nos detendremos en este debate.

La sumisión será eficaz incluso en aquellos supuestos en los que el litigio no presente ninguna conexión sustancial con España. Si bien en su momento se llegó a plantear la exigencia de una mínima conexión con nuestro país para que fuese ad-

(24) Vid. P. GONZÁLEZ GRANDA, «Artículo 36», en A. LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, t. I, pp. 403-426, p. 421; M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCÍA-MARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, pp. 302-303, mantienen que en la LOPJ deben aplicarse los mismos límites a la elección de tribunal que en el Reglamento 44/2001, por lo que deberemos entender que excluyen la operatividad de la sumisión en las materias de competencia exclusiva (*ibidem*, p. 304). Se trata, sin embargo, de una limitación que no tiene una base positiva clara. Vid. R. ARENAS GARCÍA, «Falta e impugnación de la competencia judicial internacional en la LEC (2000)», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado (AEDIPr.)*, 2001, t. I, pp. 155-199, pp. 172-173.

misible la prorrogación de competencia a nuestros tribunales en la actualidad se admite pacíficamente que la mera voluntad de las partes es criterio suficiente de competencia, sin que quepa añadir requisitos adicionales a los contenidos en el art. 22 de la LOPJ.

14. Plantea mayor interés la concreción de los requisitos del acuerdo de elección. La LOPJ nada establece al respecto por lo que la cuestión queda abierta. La posición tradicionalmente mantenida era la de que el régimen de la sumisión en competencia judicial internacional debería ser, con las matizaciones necesarias, el de la sumisión en competencia territorial, aplicándose analógicamente la normativa relativa a esta última cuestión (25). De mantenerse esta interpretación resultará que la regulación sobre la sumisión expresa en la competencia territorial regiría también para la competencia judicial internacional.

La aplicación de esta normativa supondría una importante restricción en las posibilidades de la sumisión. El art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) prohíbe los acuerdos de sumisión en los contratos de adhesión o en condiciones generales impuestas por una de las partes. Además, no se permiten tales acuerdos en los contratos con consumidores o usuarios. La mayoría de los supuestos de cláusulas de elección de tribunal concluidas en el comercio electrónico quedarían, de esta forma, privadas de eficacia en el DIPr. autónomo español. Más adelante volveremos sobre los contratos de consumo, limitándonos aquí a señalar que se ha criticado la exclusión de las cláusulas de elección de tribunal contenidas en condiciones generales en los contratos entre profesionales. Tal exclusión supondría una alteración significativa de la práctica comercial internacional que carece de sentido pues entre comerciantes (relaciones B2B) no existe una parte que deba ser protegida de las cláusulas predispuestas por su cocontratante. En coherencia con esta crítica se ha mantenido que la exclusión de los acuerdos de sumisión contenidos en condiciones generales del art. 54 de la LEC se aplique únicamente para la determinación de la

(25) Cf. M. A. AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, 1989, vol. XLI, pp. 113-156, pp. 137-138; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 94. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 302, mantienen, sin embargo, la aplicación analógica de la regulación formal del sistema de Bruselas I. Sobre esta cuestión, *vid.* también F. F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, Colex, 2008, pp. 202-204.

competencia territorial, y no de la competencia judicial internacional (26), dada la divergencia entre los intereses presentes en uno y otro tipo de regulación (27).

El acuerdo podrá realizarse en cualquier forma, rigiendo el principio de libertad de forma propio de nuestro sistema. Se debe probar, no obstante, el auténtico consentimiento de las partes, ya que el acuerdo ha de establecerse de forma clara, explícita y bilateral, estableciéndose la renuncia al fuero propio y la designando aquél al que se someten las partes (28). Pese a que se ha mantenido la aplicación analógica de la regulación del sistema de Bruselas I a estas cuestiones (29), no existen argumentos que permitan llegar a este resultado. La integración de las normas del sistema autónomo de competencia judicial internacional debe realizarse a partir de los principios del sistema autónomo y no del convencional o institucional; o, al menos, la carga de la prueba corresponde a quien sostenga la no consideración de los principios propios de la estructura más cercana al sector que ha de ser integrado.

B) *El régimen de la sumisión a los tribunales extranjeros*

15. En el DIPr. autónomo español no se encuentra expresamente regulada la posibilidad de derogar la competencia de los tribunales españoles en beneficio de tribunales extranjeros; esto es, la *derogatio fori*. Esta ausencia de regulación ha sido fuente de un intenso debate doctrinal y de una jurisprudencia cambiante. En el momento actual, y sin entrar en los argumentos y detalles de la discusión (30), puede afirmarse que la jurisprudencia ha admitido la *derogatio fori* (31); aunque con ciertos límites; entre ellos la imposibilidad de que pueda operar en materia de competencias exclusivas españolas, y tampoco en aquellos casos en los que pueda perjudicar a la parte débil en la relación (32).

(26) Cf. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional*, Civitas, Madrid, 2000, p. 217.

(27) *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, p. 94.

(28) *Vid.* STS (Civil) de 18 de junio de 1990 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 1990/4764).

(29) M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, 2.ª ed., p. 302.

(30) Sobre estas cuestiones me remito a R. ARENAS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 233-255.

(31) *Vid.* las Sentencias del TS (Sala Civil) de 13 de octubre de 1993 (*REDI*, 1994, vol. XLVI, núm. 1, pp. 301-302, con nota de J. J. ÁLVAREZ RUBIO, *ibid.*, pp. 302-304) y de 10 de noviembre de 1993 (*ibid.*, pp. 388-389, con nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *ibid.*, pp. 389-393).

(32) *Vid.* la Sent. de la AP de Madrid (Sección 14.ª) de 10 de julio de 2000, *REDI*, 2001, vol. LIII, pp. 472-474, con nota de R. ARENAS GARCÍA,

Dejando aparte los casos relativos a consumidores o usuarios, de los que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente, la regulación española, tal como está siendo interpretada, conduce a la eficacia de los acuerdos de derogación de la competencia de los tribunales españoles en beneficio de los extranjeros con el límite de las competencias exclusivas españolas. Los requisitos formales del acuerdo habrán de ser los mismos que ya hemos examinado al estudiar la sumisión a tribunales españoles, manteniéndose la duda acerca de la aplicación del art. 54.2 de la LEC, lo que conducirían a la ineficacia de todas las cláusulas derogatorias contenidas en condiciones generales. Tal como ya se expuso, tal prohibición no es adecuada desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, por lo que se ha defendido una aplicación estricta del precepto únicamente para la determinación de la competencia territorial. De esta forma, en la contratación entre comerciantes (B2B) serían posibles las cláusulas que derogaran la competencia de los tribunales españoles incluidas en condiciones generales, si bien se mantendría la exigencia de su carácter explícito, bilateral y la necesidad de que se incluya la renuncia al fuero propio junto con la atribución de competencia al tribunal designado; a salvo, claro está, de que no se pretenda que la cláusula tenga efecto derogatorio, sino meramente atributivo de competencia sin privar de ésta a los órganos jurisdiccionales que pudieran gozar de ella con independencia de la cláusula.

16. La regulación autónoma no solamente se aplicará en aquellos casos en los que se excluya la del Reglamento 44/2001, sino también cuando este instrumento remita al DIPr. autónomo. Tal como indicamos en su momento esto sucederá cuando nos encontremos ante una cláusula que remita a tribunales de un Estado no miembro, cuando ninguna de las partes en el litigio tenga su domicilio en España y la sumisión se realice a favor de tribunales españoles y cuando se trate de un contrato de consumo de los previstos en el art. 15 del Reglamento y el demandado se encuentre domiciliado en un Estado no miembro, tal como examinamos en el apartado 1.C) anterior. En estos casos la eficacia del acuerdo de sumisión deberá ser

ibid., pp. 474-481; *AEDIPr.*, 2002, t. II, pp. 699-705, con nota de N. Bouza VIDAL, *ibid.*, pp. 705-709. El demandante en el proceso que dio origen a esta decisión planteó la ineficacia de la cláusula de elección de tribunal en beneficio de los de Estados Unidos. El argumento empleado era el de que se trataba de una cláusula abusiva. Este argumento fue rechazado por el tribunal, entre otras razones, por ser el demandante una empresa que no gozaba de la condición de consumidor.

examinada a la luz de lo previsto en el DIPr. autónomo español.

La aplicación del DIPr. autónomo español en los supuestos de cláusula de sumisión a favor de tribunales de un Estado no miembro implicará que, de considerarse eficaz esta cláusula se desplazará la competencia a favor de los tribunales españoles que pudiera derivarse del art. 2 del Reglamento (domicilio del demandado) o de cualquier otro precepto del mismo, con exclusión de los foros exclusivos o de los foros de protección. Esta limitación implicará que de encontrarnos ante un supuesto de contrato de consumo protegido según lo establecido en la sección cuarta del capítulo segundo será el art. 17 el que deberemos considerar para determinar la eficacia de la sumisión, aunque, de tratarse de un supuesto permitido por este art. 17 sería el DIPr. autónomo el competente para concretar el régimen del acuerdo, ya que, al tratarse de un acuerdo de sumisión a los tribunales de un Estado no miembro, no operaría el art. 23 del Reglamento.

En el supuesto de litigios relativos a contratos de consumo en los que el demandado se encuentra domiciliado en un Estado no miembro, será el DIPr. autónomo el que establezca el régimen de la eficacia de dicho acuerdo, operando las limitaciones orientadas a la protección de los consumidores que examinaremos en el apartado siguiente.

C) *Protección del consumidor y cláusulas de elección de tribunal*

17. El art. 22.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) contiene la regulación específica en materia de competencia judicial internacional en contratos de consumidores en el DIPr. autónomo español. Este precepto señala que los tribunales españoles serán competentes en materia de contratos de consumidores «cuando el comprador tenga su domicilio en España si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a su adquisición; y en caso de cualquier otro de prestación de servicios o relativo a bienes muebles cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato». Se trata de una redacción que sigue a la del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 en este punto, limitándose a cambiar un «y» por un «o», con el resultado de que la competencia de los

tribunales españoles es amplísima en estos supuestos, ya que es suficiente que se haya realizado una oferta personal o publicidad en España para que los tribunales españoles asuman competencia, y también serán competentes si el consumidor ha realizado en España los actos necesarios para la conclusión del contrato, aunque no exista esta oferta o publicidad. Además, pese a que seguramente la intención del legislador era otra, la redacción del precepto no exige que el domicilio del consumidor se encuentre en España. Quizás por un fallo de redacción no corregido resulta que basta que se den las condiciones apuntadas para que los tribunales españoles asuman competencia, sin necesidad de que el domicilio del consumidor se encuentre en nuestro país. Solamente en los casos de contratos de adquisición a plazos de bienes muebles corporales o de préstamos destinados a este fin se exige el domicilio del consumidor en España.

Las consecuencias de una regulación competencial tan amplia son especialmente llamativas en el sector de la contratación electrónica. Bastará con que un consumidor haya realizado una compra a través de internet en España, hallándose aquí de paso o de vacaciones, para que los tribunales españoles asuman competencia. Incluso aunque los actos necesarios para la conclusión del contrato no hayan sido realizados en nuestro país, basta que haya habido una oferta especialmente hecha o publicidad en España para que los tribunales españoles resulten competentes. Dada la amplitud del supuesto no creo que plantee discusión que la interpretación del inciso «publicidad realizada en España» haya de recibir una interpretación restrictiva, sin que pueda considerarse publicidad realizada en España la circunstancia de que la página web del cocontratante del consumidor sea accesible desde nuestro país.

La defectuosa redacción del art. 22.4.º de la LOPJ implica, sin embargo, una conclusión sorprendente e indeseable, y es la de que también el cocontratante del consumidor puede beneficiarse de los foros previstos en este precepto. Al no limitarse su utilización a los casos en los que el consumidor sea el demandante resultará que también el cocontratante del consumidor podría demandar a éste en España, pese a que no se encuentre aquí el domicilio del consumidor, si se ha realizado una oferta personal o publicidad en nuestro país o si el consumidor ha realizado en España los actos necesarios para la conclusión del contrato. Se trata de un resultado que puede perjudicar gravemente

la posición del consumidor y que debe ser rechazado, basándose para ello en el principio constitucional de protección del consumidor y en la prohibición de los foros competenciales que no traduzcan una relación suficiente entre el litigio y España.

18. La amplitud de la regulación contenida en el apartado 4.º del art. 22 de la LOPJ, tendente a favorecer la posición del consumidor, choca con la ausencia de una prohibición expresa de los acuerdos de elección de tribunal en materia de consumo. Ni en el apartado 2.º ni en el 4.º de la LOPJ se recoge esta prohibición que sí aparece en el Reglamento 44/2001. Pese a esta ausencia, se ha pretendido que en los supuestos de foros de protección y, en concreto, en materia de contratos de consumo, no podría operar la elección de tribunal en nuestro DIPr. autónomo, tanto en lo que se refiere a la prorrogación de competencia a favor de los tribunales españoles como en los supuesto de *derogatio fori* (33). Por mi parte, entiendo que resulta difícil justificar a partir del sistema de competencia judicial internacional recogido en la LOPJ la ineficacia de los acuerdos de elección de tribunal que puedan haberse concluido en relación a los contratos de consumo. Seguramente se trata de un descuido del legislador, pero la normativa competencial no ofrece base suficiente para enmendar dicho descuido.

Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que tales acuerdos sean eficaces. Lo que sucede es que dicha eficacia se verá limitada no por la regulación competencial contenida en la LOPJ, sino por la normativa sobre protección del consumidor. En concreto el art. 54.2 de la LEC y la cláusula 27 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) (34). El primero de estos preceptos veíamos que prohibía los acuerdos de elección de tribunal en los contratos concluidos por consumidores y usuarios. Tal como ya se había indicado se han planteado algunas dudas sobre la aplicabilidad de este art. 54.2 de la LEC a la regulación de la competencia judicial internacional; pero las razo-

(33) Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, pp. 94-96; M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, 2.ª ed., pp. 302 y 304. Los argumentos empleados por unos y otros autores divergen, sin embargo. Mientras que para los primeros la prohibición se basa en razones propias de la estructura de los foros del sistema competencial autónomo, los segundos recurren a la analogía con la regulación del sistema de Bruselas I.

(34) Ley 26/1984, de 19 de julio, BOE, 24-VII-1984.

nes apuntadas para impedir que sean prohibidas las cláusulas de elección de tribunal contenidas en condiciones generales en las relaciones B2B no operan respecto a la prohibición de cláusulas de sumisión en los contratos de consumo. No existen, pues, razones para impedir la operatividad de la previsión del art. 54.2 de la LEC en este punto. Esta conclusión es coherente, además, con la previsión de la mencionada cláusula 27 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU (35), que ya limitaba la posibilidad de elección de tribunal al del domicilio del consumidor, el lugar de cumplimiento de la obligación o al del lugar de situación del bien si fuera inmueble. De esta forma, en los contratos concluidos con consumidores en los que sea aplicable la regulación autónoma española en materia de competencia judicial internacional no podrán ser eficaces los acuerdos de elección de tribunal.

El art. 54 de la LEC y la cláusula 27 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU no operará en ningún caso cuando deba aplicarse el Reglamento 44/2001. El Derecho de origen interno no prevalece sobre el de origen internacional y en el caso de la cláusula 27 no puede oponerse a esta conclusión que es fruto de la transposición comunitaria, existiendo acuerdo en la doctrina sobre la no aplicación de la normativa relativa a condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en los supuestos en los que se aplica el sistema de Bruselas I, pues los instrumentos que ahí se integran cumplen ya la necesaria función de control de la regularidad de tales cláusulas (36).

III. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. Ausencia de previsión expresa

19. A continuación nos ocuparemos de algunos supuestos concretos de contratación a través de internet con el fin de determinar, a partir de las condiciones utilizadas por las diferentes empresas que operan en la red, cuál es el régimen de la competencia judicial internacional en caso de que surja un litigio entre el consumidor y el profesional. Los casos que se presentarán no pretenden, en abso-

luto, ser representativos de la realidad del sector, sino que pretenden únicamente ejemplificar las distintas posibilidades que en el apartado anterior se han planteado al hilo del análisis de los textos positivos vigentes en España.

Comenzaremos por la exposición de aquellos supuestos en los que no existe ninguna previsión sobre la resolución de conflictos para de ahí pasar a algunos ejemplos de elección de tribunal y concluir con los casos en los que el profesional incluye en sus condiciones generales el sometimiento a arbitraje.

20. Tal como se ha indicado, existen supuestos en los que las condiciones utilizadas por las empresas que operan en la Red no incluyen previsión alguna sobre la resolución de litigios. Esto es apreciable, por ejemplo, en las condiciones generales de la empresa *e-dreams* (37). En estos casos la competencia de los tribunales españoles se determinará por lo previsto en el Reglamento 44/2001 o el Derecho autónomo español. Cuando el demandado sea el profesional y se encuentre domiciliado en un Estado miembro del Reglamento, el consumidor podrá elegir entre demandarlo en el domicilio del profesional o en su propio domicilio, tal como prevé el art. 16 del Reglamento comunitario, siempre que se trate de un supuesto de contrato de consumo protegido según lo previsto en el art. 15 del Reglamento. Si no se trata de un contrato de consumo protegido y el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro del Reglamento se aplicará la regulación general de éste, que prevé la competencia general de los tribunales del domicilio del demandado, concurriendo dicha competencia con los foros especiales por razón de la materia del art. 5 y los foros por conexidad del art. 6. En la materia que nos ocupa puede resultar interesante la previsión del art. 5.1 del Reglamento, que permite presentar la demanda ante el tribunal del lugar en el que se haya de cumplir la obligación que sirve de base a la demanda, presumiéndose que dicho lugar es el de entrega de las mercancías en los contratos de compraventa y el de prestación de los servicios en los contratos que tengan este objeto. Esa previsión podría facilitar que el consumidor que no se vea favorecido por las previsiones de la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento pueda litigar ante los tribunales de su propio domicilio.

(35) Vid. sobre esta cláusula B. VILÀ COSTA y M. PONS DE VALL ALOMAR, «DA 1.ª Seis, Cl. 27», en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 442-447.

(36) Vid. J. KROPHOLLER, *op. cit.*, p. 282; J. SUQUET CAPDEVILA, *loc. cit.*, p. 151.

(37) Condiciones consultadas el 14 de noviembre de 2006.

En los casos en los que el demandado se encuentre domiciliado en un Estado no miembro será el DIPr. autónomo el que determine la competencia judicial internacional. Ya hemos visto que el art. 22 de la LOPJ ofrece al consumidor la posibilidad de litigar en nuestro país con relativa facilidad, incluso en casos en los que no tenga aquí su domicilio. Tal como se indicó, sin embargo, sería conveniente interpretar restrictivamente alguna de las posibilidades que ofrece el apartado 4.º del art. 22 de la LOPJ.

2. Elección de tribunal

21. Es relativamente frecuente que, a diferencia de lo que sucede con el clausulado de *e-dreams*, en las condiciones generales predispuestas por el comerciante se incluya alguna previsión sobre el tribunal competente en el caso de que se plantee un litigio en relación al contrato de consumo. A continuación examinaremos dos cláusulas de elección de tribunal: la que se encuentra incluida en el clausulado general de «ATRAPALO», el conocido buscador de vuelos y hoteles; y la que encontramos en las condiciones generales de la empresa norteamericana *Adobe*.

22. «ATRAPALO» incluye en sus condiciones generales una cláusula del siguiente tenor (38):

«6. *El usuario acepta que la legislación aplicable al funcionamiento de este servicio es la española. Serán competentes para conocer de las divergencias que se deriven de la interpretación o aplicación de este clausulado los Jueces y Tribunales del domicilio del usuario. **Atrapalo.com** se reserva el derecho a realizar los cambios que considere oportunos en los términos y condiciones establecidos. Las modificaciones se incluirán de forma destacada en la WEB de **Atrapalo.com**.*

Como se puede apreciar, en este caso la cláusula remite al domicilio del usuario. Se ajusta, por tanto, a las exigencias de la LGDCU, que permite las cláusulas de elección de tribunal a favor de los tribunales del domicilio del consumidor; pero que no se ajusta a lo previsto en el Reglamento 44/2001 ni en el Derecho autónomo español. En lo que se refiere al Reglamento comunitario, hemos visto cómo

se permite que el consumidor plantee su demanda ante los tribunales del Estado del domicilio del cocontratante del consumidor. En este caso la cláusula privaría al consumidor de esta posibilidad y, por tanto, no podría ser considerada en aquellos casos en los que el contrato quedara protegido por la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento 44/2001.

En los supuestos en los que se aplicara el DIPr. autónomo español la cláusula no resultaría eficaz por vulnerar la previsión del art. 54.2 de la LEC. Además, resultaría dudoso que pudiese prevalecer sobre la posibilidad que ofrece el art. 22.4.º para que el consumidor litigue en España si se dan las circunstancias previstas en el precepto, incluso aunque se encuentre domiciliado en otro Estado. Finalmente, si el consumidor pretende demandar en nuestro país a su cocontratante sobre la base de que se encuentra domiciliado en España resulta dudoso que la cláusula pueda prevalecer sobre el foro domiciliar del art. 22.2.º de la LOPJ, máxime si consideramos que nuestra jurisprudencia ha venido considerando que obra de mala fe quien se encuentra domiciliado en España y alega la cláusula de prorrogación de competencia a tribunales extranjeros para intentar conseguir la abstención de los tribunales españoles (39). La cláusula contenida en las condiciones generales de «ATRAPALO» está llamada, por tanto, a tener una escasa virtualidad.

23. Examinaremos ahora la cláusula de elección de tribunal contenida en las condiciones generales de *Adobe*. En las condiciones de dicha empresa, actualizados a fecha 30 de abril de 2006, se incluía la siguiente cláusula:

«GOVERNING LAW AND JURISDICTION

This Site (excluding linked sites) is controlled by Adobe Systems Incorporated from its offices within the state of California, United States of America. By accessing this Site, you agree that all matters relating to your access to, or use of, this Site shall be governed by the statutes and laws of the State of California, without regard to the conflicts of laws principles thereof. The parties specifically disclaim the U.N. Convention on Contracts for the International Sale

(38) Condiciones consultadas el 16 de noviembre de 2006.

(39) *Vid.* sobre esta cuestión F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abusos del derecho», *REDI*, 1998, vol. L, núm. 2, pp. 93-119, pp. 103-119.

of Goods. You also agree and hereby submit to the exclusive personal jurisdiction and venue of the Superior Court of Santa Clara County and the United States District Court for the Northern District of California with respect to such matters.»

Se trata de una cláusula que regula el Derecho aplicable y la jurisdicción competente, estableciendo como tribunales competentes los de California, Estados Unidos. Desde la perspectiva de los consumidores que actúan desde España y que pretenden litigar en nuestro país contra *Adobe* en relación a algún producto o servicio obtenido a través de su página web esta cláusula no ha de suponer un inconveniente para tal posibilidad.

En primer lugar, no resultará aplicable la regulación contenida en la sección cuarta del capítulo segundo del Reglamento 44/2001, toda vez que *Adobe* es una compañía domiciliada en Estados Unidos. Pese a que pueda tener establecimientos en España u otros Estados miembros, los contratos que se realicen a través de la página web de la sociedad norteamericana no podrán ser incluidos, en principio, en el ámbito de aplicación espacial de dicha sección cuarta a partir de la previsión del art. 15 del Reglamento. De esta forma, será el DIPr. autónomo español el que determine la competencia judicial internacional de nuestros tribunales. Partiendo de la normativa autónoma resultará que la cláusula de elección de tribunal no será eficaz de acuerdo con lo que ya hemos visto, por lo que la competencia de nuestros tribunales tendrá que determinarse a partir de la previsión del art. 22.4.º de la LOPJ. Tal como hemos visto, de acuerdo con este precepto basta que se hayan realizado en España los actos necesarios para la conclusión del contrato para que nuestros tribunales gocen de competencia judicial internacional. El hecho de que no se haya realizado una oferta personal o publicidad en nuestro país no altera este resultado (40).

(40) Resulta interesante en este sentido el examen de la cláusula relativa a los «international users» contenida en el clausulado de *Adobe*. Esta cláusula excluye que las informaciones que aparecen en la página web puedan ser consideradas como publicidad fuera de Estados Unidos. Transcribo a continuación la cláusula: «This Site can be accessed from countries around the world and may contain references to Adobe products, services and programs that are not available in your country. These references do not imply that Adobe intends to announce such products, services or programs in your country. The Site is controlled, operated and administered by Adobe Systems Incorporated from its offices within the United States of America. Adobe makes no representation that the Site, the Services or Materials are appropriate or available for use at other locations outside the United States, and access to the Site from territories

3. Sometimiento a arbitraje

24. Examinaremos ahora el clausulado general de *Amazon*, en el que se incluye una cláusula de sometimiento a arbitraje. A continuación transcribo esta cláusula (41).

«Any dispute relating in any way to your visit to Amazon.com or to products you purchase through Amazon.com shall be submitted to confidential arbitration in Seattle, Washington, except that, to the extent you have in any manner violated or threatened to violate Amazon.com's intellectual property rights, Amazon.com may seek injunctive or other appropriate relief in any state or federal court in the state of Washington, and you consent to exclusive jurisdiction and venue in such courts. Arbitration under this agreement shall be conducted under the rules then prevailing of the American Arbitration Association. The arbitrator's award shall be binding and may be entered as a judgment in any court of competent jurisdiction. To the fullest extent permitted by applicable law, no arbitration under this Agreement shall be joined to an arbitration involving any other party subject to this Agreement, whether through class arbitration proceedings or otherwise.»

La introducción del arbitraje nos enfrenta a problemas que hasta ahora no habíamos examinado. En los casos en los que una disputa se somete a arbitraje queda excluida la aplicación del Reglamento 44/2001 (42). En los casos de arbitraje extranjero —como el que nos ocupa— el régimen de la cláusula compromisoria y del eventual procedimiento arbitral y laudo se regirán por lo previsto en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (43). Este convenio no excluye de su ámbito de aplicación los supuestos en los que una de las partes sea un consumidor, por lo que podría interpre-

where the Site, the Services or Materials are illegal is prohibited. If you access the Site from a location outside the United States, you are responsible for compliance with all local laws. See the section on export control laws below for further information.»

(41) Condiciones consultadas el 13 de noviembre de 2006.
 (42) El art. 1 del Reglamento excluye de su ámbito de aplicación material el arbitraje, lo que incluye tanto los litigios relativos al arbitraje, como la posibilidad de que los tribunales aleguen el Reglamento para impedir la eficacia de una cláusula compromisoria. *Vid.* «Informe Schlosser», *DO*, núm. C 189, de 28 de julio de 1990, pp. 184-256, p. 203; M. DESANTES REAL, *Competencia judicial en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 135-136.
 (43) *BOE*, 11-VII-1977.

tarse que, a la luz del Convenio, las cláusulas compromisorias establecidas entre profesionales y consumidores son válidas y eficaces, pudiendo ser alegadas ante los tribunales estatales en los que se haya presentado demanda relativa a los asuntos sometidos a arbitraje (44).

25. Resulta dudoso, pese a lo anterior, que se admitiera en España la eficacia de una cláusula compromisoria concluida en un contrato de consumo. De la jurisprudencia española en materia de reconocimiento de laudos arbitrales se deriva que una cláusula semejante se consideraría contraria al orden público español, por lo que, previsiblemente, su alegación en el marco de una declinatoria internacional sería rechazada, así como se denegaría en España el reconocimiento del laudo arbitral que pudiera dictarse sobre la base de tal cláusula compromisoria (45).

Pese a que, por la vía del orden público, podrían resolverse las dificultades que se derivarían de una hipotética alegación del Convenio de Nueva York de 1958 en el marco de los contratos de consumo, quizá fuera conveniente afrontar de forma directa la cuestión, teniendo en cuenta las dificultades que plantea la alteración de cualquier texto internacional y más en el caso de un Convenio del que han llegado a ser parte más de un centenar de Estados.

(44) Vid. art. II:3 del Convenio de Nueva York: «El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.»

(45) Vid. el ATS (Civil) de 8 de febrero de 2000 (*Aranzadi Westlaw*, RJ 2000/766), en su Fundamento de Derecho Cuarto, y el ATS (Civil) de 31 de mayo de 2005 (*ibid.*, JUR 2005/167348), también en el Fundamento de Derecho Cuarto.

IV. CONCLUSIÓN

26. El régimen de las cláusulas de elección de tribunal en la contratación electrónica internacional presenta una complejidad notable. Desde una perspectiva formal, la necesidad de conciliar distintos instrumentos, internacionales e internos, implica dificultades en la interpretación y en la legislación, pues el legislador debe tener en cuenta las implicaciones de su actuación en el resto de textos que configuran el sistema regulador. Desde una perspectiva material ha de conciliarse la protección del consumidor con el favorecimiento del comercio electrónico, por las indudables ventajas que presenta tanto para la economía en su conjunto como para el consumidor al favorecer la competitividad y la disminución de los precios.

Los instrumentos de los que disponemos en la actualidad, que solamente en parte tienen en cuenta las particularidades del comercio electrónico, son herramientas imperfectas, cuyo contraste con la rica práctica existente pone de manifiesto la necesidad de adaptaciones y mejoras. A partir de los problemas que aquí se han examinado, resulta preciso, por una parte, avanzar en la coordinación de los instrumentos comunitarios (Reglamento 44/2001) y el Derecho autónomo de los Estados miembros y, por otra parte, abordar los problemas que plantea el arbitraje internacional en los contratos de consumidores.