

# Cláusula de prorrogación de la competencia en condiciones generales de la contratación. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21\*

## Jurisdiction clause included in the general terms and conditions. Purpose to the CJEU Judgement of 24th November 2022, case C-358/21

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de derecho internacional privado  
Universidad de Almería*

ORCID: 0000-0002-5507-167X

Recibido:14.06.2023 / Aceptado: 13.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8095

**Resumen:** El TJ admite la idoneidad de un acuerdo de prórroga de la competencia judicial entre comerciantes cuando la cláusula venga contenida en unas condiciones generales de la contratación accesibles mediante un enlace hipertexto enviado por el predisponente, siempre que exista la posibilidad de acceder a ellas antes de la conclusión, salvarlas e imprimirlas, y ello aunque no haya sido necesario marcar una casilla de aceptación.

**Palabras clave:** Convenio de Lugano II, Brexit, condiciones generales de la contratación, *click-wrap agreements*.

**Abstract:** The TJ admits the suitability of a jurisdiction agreement between entrepreneurs when the clause is contained in standard terms accessible through a link sent by the predisposing party, provided that there is the possibility of accessing them before the conclusion of the contract, save and print them, and this even if it has not been necessary to check an acceptance box.

**Keywords:** Lugano Convention, Brexit, general terms and conditions, click-wrap agreements.

**Sumario:** I. Introducción. II. El litigio y la decisión del Tribunal. II. Breve apunte sobre el art. 67 del Acuerdo de retirada del Reino Unido e Irlanda del Norte. IV. De nuevo sobre los requisitos de una sumisión contenida en condiciones generales. 1. El problema de no cliquear. 2. La información como presupuesto. 3. La duda de fondo: el consentimiento. 4. La ausente referencia a la ley rectora del consentimiento. 5. La coda sobre las otras formas. V. A modo de conclusión.

---

\* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i UAL-FEDER «Hacia una Justicia eficiente y sostenible: una aproximación multidisciplinar» (Ref. UAL2020-SEJ-C1965).

## I. Introducción

1. No le faltan razones a los “comentarios de urgencia” de la sentencia del TJUE de 24 noviembre 2022<sup>1</sup> cuando toman como punto de partida la decisión de 21 mayo 2015 en el asunto *El Majdoub*<sup>2</sup> (alguno se remite sin más a lo que en ella se dijo<sup>3</sup>). Su semejanza es evidente, pero no es menos evidente que, si los casos fueran idénticos, esta sentencia no tendría sentido, no existiría. Habrá que conceder por tanto que -al margen el cambio de texto normativo de referencia- algún hecho diferencial existirá. Y, en efecto, vamos a ver cómo se da un paso adelante en la espiritualización de las exigencias para hablar de acuerdo prorrogatorio<sup>4</sup>.

2. Seguramente no hace falta detenerse demasiado en recordar que estamos ante un pronunciamiento referido al Convenio de Lugano de 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (CLII en lo sucesivo), pero va de suyo que, atendida la equivalencia de la mayoría de sus normas sobre competencia judicial, lo que ahora se dice respecto a él vale en la interpretación del RBI bis y al revés. En cuestiones de validez de los acuerdos de prórroga de la competencia caben pocas dudas sobre su fungibilidad<sup>5</sup>.

Prácticamente todas las resoluciones que se han dictado a propósito del art. 17 CB y sus sucesores tienen un hilo conductor, a saber, la identificación de un verdadero consentimiento de las partes y el examen de los requisitos de forma. En un entorno de contratación entre iguales (nada de lo que aquí se dirá vale para los contratos concluidos por consumidores), las soluciones son siempre flexibles, interfiriendo lo mínimo en el desarrollo ágil de la actividad comercial<sup>6</sup>. Si en un momento dado la gran cuestión era dilucidar el valor de unas condiciones impresas en algún documento contractual o impresas después de un pacto verbal, ahora el surgimiento de mecanismos no tradicionales de conclusión de los negocios ha generado incertidumbres de otra naturaleza, porque con frecuencia desaparece el papel (no es baladí recordar que tradicionalmente se tenía un folio delante, fácil de leer) y las formas de conclusión se desmaterializan<sup>7</sup>. En esta tesitura, el problema no es ya el genérico de la validez de la prórroga de competencia contenida en las condiciones generales de uno de los comerciantes, sino el de la acreditación del consentimiento por parte del adherente que -a diferencia de lo que ocurría en el caso estudiado en 2015- no tuvo que clicar en ninguna casilla. El TJ no podía decir otra cosa que lo que dijo, pero el terreno está y seguirá estando minado.

<sup>1</sup> ECLI:EU:C:2022:923.

<sup>2</sup> ECLI:EU:C:2015:334.

<sup>3</sup> Pueden verse los de K. PACULA (“CJEU on Lugano II Convention and choice of court through a simple reference to a website, case *Tilman*, C-358/21”, en <https://conflictflaws.net>, entrada de 24 de noviembre de 2022); G. VAN CALSTER (“*Tilman v Unilever*. CJEU supports choice of court in GTCs even if no possibility of click-wrap is offered”, en <https://gavclaw.com/>, entrada de 28 de noviembre de 2022, que se hace eco de las profecías lanzadas en “*Tilman v Unilever*. A preliminary reference on flag-wrap B2B choice of court under Lugano”, el 29 de junio de 2022); P. DE MIGUEL ASENSIO (“Cláusulas de jurisdicción en condiciones generales accesibles mediante menciones de enlaces: la sentencia *Tilman*”, en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/>, entrada de 2 de diciembre de 2022); M. HO-DAC (“CJEU Rules on Formal Validity of Online Jurisdictional Clauses”, en [www.eapil.org](http://www.eapil.org), entrada de 13 de diciembre de 2022).

<sup>4</sup> A mi juicio, los hechos que dan origen a la presente sentencia tienen también algo en común con los acontecimientos que desembocaron en la de 14 diciembre 1976 (asunto C-25/76, *Galeries Segoura c Bonakdarian*, ECLI:EU:C:1976:178), y donde a la inactividad del destinatario de las condiciones no se anudó consecuencia alguna en cuanto a jurisdicción, salvo que todo se enmarcara en relaciones continuadas entre las partes. No es casualidad que esta sentencia no sea citada en la ahora analizada, pero es menester evidenciar el paralelismo con una confirmación de contrato enviada por correo electrónico en el que figuran (*rectius*, irrumpen) las condiciones generales del prestador del servicio o del vendedor.

<sup>5</sup> Fungibilidad que no se extiende al crucial tema de los procedimientos paralelos, por ejemplo.

<sup>6</sup> La bibliografía sobre esta cuestión es oceánica. Un resumen reciente en I. ANTÓN JUÁREZ, “Elección expresa de los tribunales estatales competentes. Los entresijos del art. 25 del Reglamento Bruselas I bis desvelados por el Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Murcia, 2019, pp. 221 ss.

<sup>7</sup> Como pone de relieve M. HO-DAC en la nota precitada, la doctrina del TJ queda enmarcada en un contexto europeo más amplio, el de la prevalencia de lo digital. En este sentido, son trasladables al marco contractual las orientaciones sentadas a propósito del desarrollo de los procedimientos en el punto 3.2 de la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La digitalización de la justicia en la UE. Un abanico de oportunidades”, de 2 diciembre 2020 (WD(2020) 540 final).

## II. El litigio y la decisión del Tribunal

3. Los hechos en los que se basa pueden ser resumidos como sigue: una sociedad con domicilio en Bélgica, Tilman, concluye en 2010 un contrato (no por medios telemáticos) en virtud del cual se comprometía con Unilever, sociedad suiza, a empaquetar y embalar cajas con bolsitas de té. Un año más tarde, un segundo contrato modifica el precio acordado, incluyendo en él una previsión en virtud de la cual el negocio se regiría por las condiciones generales de la compradora, que podían ser descargadas y consultadas merced a un enlace hipertexto incluido en él<sup>8</sup>. Tales condiciones preveían que las partes contratantes se sometían “irrevocablemente” a la exclusiva competencia de los tribunales ingleses para la resolución de cualquier litigio que se derivase directa o indirectamente del contrato, y que se aplicaría la ley inglesa. Surgidas discrepancias en cuanto al precio facturado y a raíz de un pago parcial de las facturas emitidas por la vendedora, ésta interpone demanda ante los órganos jurisdiccionales belgas, reclamando las cantidades no satisfechas. La alegación de las condiciones generales y consiguiente declinatoria fue desestimada en primera instancia, declarándose competente el juez belga (se supone que en base al foro del lugar de ejecución); no obstante, en apelación se dio validez a la cláusula de sumisión. En su posterior recurso ante la *Cour de cassation*, la demandante denuncia la infracción del artículo 23, apartados 1 y 2, CLII, aduciendo que la situación no es la misma que aquella en la que se celebra un contrato por internet, en la que marcar la casilla de aceptación de las condiciones generales de venta es condición necesaria para la conclusión.

El tribunal requirente repasa los requisitos acuñados por el TJUE en punto a existencia de consentimiento y por ende validez de las cláusulas de sumisión contenidas en condiciones generales, constatando que en el contrato de 2011 no se incorporaba la cláusula atributiva de competencia, ni aquellas venían anexadas. De otro lado, evidenciaba que ese contrato fue enviado y firmado por la actora, y mencionaba el enlace hipertexto a una página web en la que podían ser consultadas, descargadas e impresas. La duda le surge porque no se le hizo marcar la correspondiente casilla de aceptación. En consecuencia, la cuestión viene formulada según el siguiente tenor: «¿Es conforme al artículo 23, apartados 1, letra a), y 2, del Convenio [de Lugano II] una cláusula atributiva de competencia recogida en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito 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 parte a la que se opondrá tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales seleccionando una casilla en el sitio web en cuestión?».

4. La sentencia se estructura en tres niveles: aplicabilidad del CLII, cláusulas contenidas en condiciones generales, sumisión por medio de un enlace. A efectos expositivos, permítaseme estructurar el pronunciamiento en los siguientes bloques:

1. La incidencia del Brexit (fundamentos 28-31): se comienza aclarando que, *ratione temporis*, el acuerdo de retirada de Reino Unido no afecta a la competencia del tribunal inglés elegido, *ex* CLII<sup>9</sup>. Recuérdese que el art. 67 del Acuerdo de retirada de Reino Unido e Irlanda del Norte dispone que se apliquen -entre otras- las normas reglamentarias de competencia

<sup>8</sup> Hay que precisar que el enlace no conducía directamente a las condiciones generales, sino a una página web en la que podían ser consultadas.

<sup>9</sup> Al margen de lo que se dirá en el apartado siguiente, y salvo error u omisión por mi parte, se genera una situación *incómoda* en relación con el mencionado acuerdo: en un asunto como el que nos atañe, el art. 67 dispone la aplicación del Derecho de la Unión, de forma que podrá darse un caso como el presente en el que un litigio llega a los tribunales ingleses una vez resuelta la cuestión prejudicial planteada por la Corte de casación belga, bastante después del periodo transitorio (recuérdese que terminó el 31 de diciembre de 2020). En general, cada vez que surja controversia sobre competencia judicial no es descabellado pensar que los asuntos incoados antes de 2021 accedan a los tribunales ingleses bastantes años después. Pues bien, mientras que para las controversias que conciernen a Gran Bretaña su intervención ante el TJ está fuera de toda duda, *ex* art. 90, y que para materias particularmente delicadas (las de la parte segunda del Acuerdo, derechos de los ciudadanos) la posibilidad de acudir en demanda de interpretación prejudicial está prevista en el art. 158 (y durante un plazo bastante prolongado), si un juez inglés albergara dudas sobre el alcance de las normas procesales europeas, no hay nada previsto sobre la posibilidad de utilizar este instrumento idóneo para la cooperación entre órganos judiciales. Teniendo en cuenta el peso de la jurisdicción inglesa en temas patrimoniales o lo mucho que ha colaborado en lo relativo al sistema Bruselas II, por ejemplo, no habría sido mala idea abrirle la puerta de las cuestiones prejudiciales.

judicial internacional a los procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio, mientras que el 127 y 129 hace lo propio respecto al Derecho de la Unión (CLII por ejemplo)<sup>10</sup>. Sin perjuicio de lo que se dirá *infra*, en este caso el primer litigio se inició en 2015, lo que justificaría su aplicabilidad.

2. Las grandes líneas (fundamentos 33 ss.): como es habitual, se enuncian el marco general en la materia, principios construidos en base al RBI. Se subraya que las condiciones de validez del pacto deben ser analizadas de forma estricta (en la medida en que desplaza la regla general del *actor sequitur forum rei*), porque la existencia de un acuerdo de voluntades es lo que justifica la primacía de la elección. El foco se proyecta por ello sobre los tribunales nacionales, que deben examinar si la cláusula ha sido consentida y si ese consentimiento ha sido manifestado de forma clara y precisa, siendo así que los requisitos de forma del art. 23.1 (RBI) pretenden garantizar que efectivamente así conste. A partir del fundamento 40 se recopilan los desarrollos acerca de los acuerdos contenidos en condiciones generales, recordando la necesidad de que las remisiones sean expresas, poniendo el acento en que hayan sido comunicadas y que fueran controlables por una parte que actúe con una diligencia normal y evidenciando la novedad que supone el apartado 2 del art. 23, o sea, la posibilidad de guardar e imprimir la información transmitida por medios telemáticos.
3. La aplicación de estas ideas al caso cuestionado llega a partir del fundamento 46<sup>11</sup>:
  - a. la regla general es la licitud de las comunicaciones por medios electrónicos: es válida la cláusula contenida en condiciones generales si se hace remisión a estas de forma expresa en el contrato.
  - b. la comunicación electrónica queda prevista en el art. 23.1, y se entiende que existe si el enlace funciona y es accesible antes de la firma.
  - c. la aceptación se produce con la firma, siendo irrelevante que no se necesite marcar una casilla específica o que la página en donde se recojan no se abra automáticamente.
  - d. los requisitos de forma se cumplen cuando existe la posibilidad de salvar e imprimir las condiciones.
  - e. hasta aquí parece que la respuesta es satisfactoria; sin embargo, existe una especie de coda en los apartados 56-58 evidenciando que, al ser relaciones continuadas entre empresarios, cabe la posibilidad de que, además de la forma prevista en la letra a del art.

<sup>10</sup> Recuérdese, art. 127.1: «Salvo disposición en contrario del presente Acuerdo, el Derecho de la Unión será aplicable al y en el Reino Unido durante el período transitorio». Mientras tanto, en lo que nos interesa, el art. 67 dispone que: «1. En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 del Reglamento (UE) n.o 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (...), se aplicarán los actos o disposiciones siguientes: a) las disposiciones en materia de competencia judicial del Reglamento (UE) n.o 1215/2012; (...); 2. En el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, se aplicarán los actos o disposiciones siguientes respecto del reconocimiento y la ejecución de resoluciones, documentos públicos, acuerdos y transacciones judiciales, como se dispone a continuación: a) el Reglamento (UE) n.o 1215/2012 se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del final del periodo transitorio, así como a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente y las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes del final del periodo transitorio». Otra historia distinta es hasta qué punto puede un acuerdo como este, negociado entre la UE y Gran Bretaña, extender el periodo temporal durante el que se aplica el CLII sin contar con la voluntad de los Estados parte ajenos a la UE: *cfr.* B. CORTESE, “Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano: “how can i just let you walk away?””, en *CDT*, 2021, p. 156. Tendría que haberse previsto en el *Agreement on arrangements between Iceland, the Principality of Liechtenstein, the Kingdom of Norway and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland following the withdrawal of the United Kingdom from the European Union, the EEA Agreement and other agreements applicable between the United Kingdom and the EEA EFTA States by virtue of the United Kingdom’s membership of the European Union*.

<sup>11</sup> Excurso: existe un párrafo bastante innecesario (el 55) donde se deja claro que no hay que tomar en consideración las exigencias de protección de los consumidores. Tratándose de relaciones entre empresas, era evidente. Un recordatorio tan prescindible puede significar o bien una regla prohibitiva tajante (es decir, lo que vale para profesionales no vale para los casos que impliquen a consumidores) o bien ser simplemente la evidencia de que la cuestión ha quedado abierta y el recordatorio d que no caben trasplantes.

23.1 se esté en presencia de alguna otra de las admitidas en ese párrafo, extremo este que debe ser comprobado por el juez nacional.

En definitiva, el fallo afirma que el art. 23 CLII debe interpretarse en el sentido de que «se ha estipulado válidamente una cláusula atributiva de competencia cuando esta se recoge en unas condiciones generales a las que un contrato celebrado por escrito remite a través de un enlace hipertexto a un sitio web en el que se pueden consultar, o a partir del cual se pueden descargar e imprimir, antes de la firma de dicho contrato, sin que se haya instado a la parte a la que se opone tal cláusula a aceptar las citadas condiciones generales marcando una casilla en dicho sitio web».

### III. Breve apunte sobre el art. 67 del Acuerdo de retirada del Reino Unido e Irlanda del Norte

5. Hoy por hoy el panorama está claro: la validez de una cláusula de prórroga en favor de un tribunal británico será enjuiciada conforme al CLH 2005, y si éste no fuera aplicable se atenderá al sistema procesal del tribunal del foro elegido, con independencia del Estado en el que residan las partes del negocio. El problema viene a raíz del tenor del antes mencionado art. 67 del Acuerdo de retirada: ¿Se ha de dar por buena la afirmación según la cual el eventual proceso que se inicie ante los tribunales ingleses es el mismo que el incoado en Bélgica ocho años atrás? Téngase en cuenta que el art. 67 del Acuerdo habla de proceso judicial (y en las demás versiones lingüísticas accesibles se piensa siempre en términos procedimentales); nunca se ha dado relevancia al surgimiento de una diferencia, no basta la controversia<sup>12</sup>. Si fuera el mismo proceso, el juez inglés quedaría vinculado por (o al menos heredaría) las actuaciones desarrolladas en Bélgica, y las partes tendrían que partir de lo que hayan realizado en esa jurisdicción. No es el caso: habrá que presentar una nueva demanda, nueva contestación, practicar nuevas pruebas, etc.<sup>13</sup>. No creo que la referencia a la sentencia *Sanicentral*<sup>14</sup> sea afortunada, porque afirmar que la cláusula de sumisión produce consecuencias a partir de la fecha en que se ejercita la acción judicial es una obviedad que queda lejos de ser una respuesta tajante para interpretar el tan mentado art. 67. En consecuencia, si estamos ante procedimientos diferentes, habrá que concluir que la fecha relevante es la de la presentación de la demanda británica y los órganos judiciales ingleses decidirán en torno a la validez de la cláusula de elección conforme a sus propias normas procesales (en este caso, el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005), no conforme al art. 23 CLII<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Se podría incluso traer a colación el art. 32 RBI bis, que no rompe con la solución jurisprudencial de la sentencia del TJ de 7 junio 1984 (asunto C-129/83; ECLI:EU:C:1984:215), idónea en definitiva de cara a la aplicación del CLII.

<sup>13</sup> Dentro de una misma jurisdicción, cuando un juez se declara territorialmente incompetente, se emplaza a las partes para que comparezcan, sin limitarse a remitir los autos y continuar sin más el proceso iniciado ante el incompetente: con más razón es extrapolable esta idea cuando hablemos de diferentes jurisdicciones.

Salvando las distancias, en el ámbito material de la responsabilidad parental, adviértase cómo ni siquiera en los casos de transferencia de la competencia se puede hablar de un mismo procedimiento que continúe en otra jurisdicción.

<sup>14</sup> STJ de 13 noviembre 1979, asunto C-25/79, ECLI:EU:C:1979:255.

<sup>15</sup> Otro dato (por fortuna ajeno al caso comentado): Reino Unido es parte del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, desde 1 de octubre de 2015 como parte de la UE y desde el 1 de enero de 2021 de forma independiente. En consecuencia, se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro que impliquen a una parte domiciliada en RU y otra en un EM (recuérdese que Gran Bretaña no ha conseguido acceder al CLII, rechazada por la UE). La discrepancia viene en cuanto a la fecha, porque la posición británica es que los pactos posteriores a 1 de octubre de 2015 quedan regulados por el Convenio, no por el Derecho de la Unión. La transcendencia es enorme, tanto en lo que toca a las materias cubiertas (art. 2) como en cuanto a las modalidades formales admitidas en el art. 3 CLH, más estrechas que las del RBI bis o el CLII, sin perjuicio de las diferencias en sectores como el tipo de acuerdos permitidos, la respuesta a la presentación de la demanda ante un tribunal no competente o el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones. Extraigo la información de L. B. DITTRICH, *Ensuring Efficient Cooperation with the UK in civil law matters. Situation after Brexit and Options for Future Cooperation*, estudio realizado bajo los auspicios del Comité de asuntos legales del Parlamento europeo, Bruselas, 2023, p. 22. Disponible en la siguiente dirección: <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/supporting-analyses/sa-highlights> (consultada el 8 de mayo de 2023). Aunque este informe parece no ponderarlo suficientemente, conviene no perder de vista la importancia que está llamado a adquirir el CLH 2005, que permitirá mantener la posición privilegiada de Reino Unido como centro de la litigación comercial internacional, en sustitución de CLII, a pesar del *hard Brexit* en temas de cooperación judicial civil.

De otra parte, el agotamiento de los efectos del art. 67 del Acuerdo supone la reaparición de las *anti suit injunctions* ema-

6. Ahora bien: si se acepta lo enunciado *supra*, lo siguiente es la paradójica situación en la que, solicitado el reconocimiento en Gran Bretaña de la decisión de la *Cour de Cassation* belga declarando su falta de competencia, el tan mencionado art. 67 del Acuerdo sanciona la aplicabilidad de las normas del CLII/RBI bis<sup>16</sup>. A partir de aquí puede darse que la resolución simplemente se limite a declarar que unos tribunales son incompetentes, y no habrá duda de que la apreciación de la validez del acuerdo de prórroga se hará si se presenta demanda en Reino Unido y conforme al Derecho propio, con riesgo -más teórico que real- de pérdida de coherencia (que el juez belga no sea competente no significa que el inglés sí lo sea); pero si además la resolución a reconocer afirma que la cláusula en cuestión es válida, habría que descartar la *ultraactividad* de los criterios de competencia de origen europeo, en la medida en que el reconocimiento de esa segunda parte del pronunciamiento estaría violentando de algún modo los límites temporales marcados por el art. 67. En una coyuntura tan extraña, la ortodoxia impondría a mi juicio un tratamiento diferenciado del régimen de reconocimiento.

#### IV. De nuevo sobre los requisitos de una sumisión contenida en condiciones generales

##### 1. El problema de no cliquer

7. Como se apuntaba, el desarrollo tecnológico nos conduce desde el cuestionamiento de la validez las cláusulas de prórroga contenidas en condiciones generales no incorporadas expresamente en el contrato a tener que afrontar fórmulas de prestación del consentimiento que escapan a los esquemas clásicos. En la tan citada sentencia *El Majdoub* se trataba de los llamados *click-wrap agreements*, es decir, aquellos en los que el usuario declara que consiente en las condiciones generales de la contraparte, condiciones que no se abren automáticamente en la página web sino sólo cuando se cliquea sobre el icono -fácilmente visible, con frecuencia en forma de *pop-ups* o *banners* que aparecen durante la navegación - que invita a hacerlo para verlas, siendo necesario pinchar en otra casilla para señalar que se consiente, que se está de acuerdo, que se acepta (evidentemente no es obligatorio leerlas antes). El elemento esencial es que se requiere de una acción positiva por parte del adherente, que puede ser juzgada sin duda como manifestación de consentimiento. Parecidos son los *scroll-wrap agreements*, en los que se exige desplazarse por la página web hasta encontrar el icono relativo a las condiciones generales. En el caso de los *browse-wrap agreements*, sin embargo, las condiciones aparecen en algún lugar de la página web, de alguna manera... o no: las condiciones generales de la contratación empleadas por una parte no se presentan directamente, sino que son accesibles mediante un hipervínculo, tal vez al final de la página, tal vez en otro sitio, en otra pantalla, sin ser evidenciadas antes de la conclusión del contrato (no es necesario acceder y consentir los términos, ni hacer *click* en ningún sitio específico antes de tener por concluido el negocio en cuestión). En las formas más extremas se reputa aceptación sólo por el hecho de usar la página web o por comprar<sup>17</sup>. Por supuesto no se habla de aquellos contratos en los que

---

nadas por los tribunales ingleses en defensa de las cláusulas de prorrogación: sentencia de la *England and Wales High Court (Commercial Court)* de 18 noviembre 2022 ([2022] EWHC 2927 (Comm)), en un asunto de alguna manera similar al comentado (aquí el litigio empieza en 2022), en el que se envió por correo electrónico el enlace a las condiciones generales; el tribunal lo da por bueno y afirma que *previsiblemente* será aplicable el CLH 2005. Sobre este tema, M. AHMED/P. BEAUMONT, "Exclusive Choice of Court Agreements: Some Issues on the Hague Convention on Choice of Court Agreements and its Relationship with the Brussels I Recast Especially Anti-Suit Injunctions, Concurrent Proceedings and the Implications of Brexit", en *Journal of Private International Law*, 2017, pp. 402 ss.

<sup>16</sup> La STJ de 15 noviembre 2012 (asunto C-456/11, *Gothaer*, ECLI:EU:C:2012:719) habla de la «...necesidad de una interpretación del concepto de «resolución» contenido en el artículo 32 del Reglamento nº 44/2001 que incluya aquellas resoluciones en virtud de las cuales un tribunal de un Estado miembro declina su competencia con base en una cláusula atributiva de competencia». Adviértase sin embargo que algo así no existe en el CLH 2005.

<sup>17</sup> N. KIM, *Wrap Contracts. Foundations and Ramifications*, Oxford, 2013, p. 2; M. GEBAUER, "Contracts Concluded by Electronic Means in Cross-Border Transactions. "Click-Wrapping" and Choice-of-Court Agreements in online B2B Contracts", en A. DE FRANCESCO (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 214; en la doctrina española realiza una breve presentación de esta tipología en E. GÓMEZ VALENZUELA, *Ley aplicable a perfeccionamiento del contrato electrónico*, La Coruña, 2022, pp. 8 ss. La forma de consentir no es reprochable sólo porque en lugar de cliquer se haya de posar un dedo en la pantalla; lo importante es el conocimiento previo.

no se puede acceder a las condiciones antes de la conclusión (*shrink-wrap*), que no superarían en ningún caso el filtro representado por la doctrina del TJUE.

Pues bien, si de consentimiento negocial se trata, no puede ser equivalente aquella situación en la que se exige la aceptación formal y de forma indubitada mediante el marcaje de una casilla y la de un contrato que contiene una referencia a las condiciones generales de un contratante, disponibles en una página web. Sólo en el primer caso se puede afirmar de manera clara que el contratante es consciente de lo que está contratando<sup>18</sup>. En ausencia de *click*, para el TJ hay que poner condiciones: «...la remisión en el contrato escrito a condiciones generales mediante la mención del enlace hipertexto a un sitio web cuyo acceso permite, en principio, conocer esas condiciones generales, siempre que ese enlace hipertexto funcione y pueda ser abierto por una parte que aplique una diligencia normal, equivale *a fortiori* a una prueba de comunicación de esa información»<sup>19</sup>. La regla es razonable, sólo quedan algunas dudas, que trataré de evidenciar en las siguientes líneas.

## 2. La información como presupuesto

8. A nadie se le oculta que el espacio dejado a la autonomía de las partes en la ordenación de la competencia judicial internacional tiene como función aportar seguridad jurídica, previsibilidad y por ende ahorro. La reiterada afirmación según la cual hay que interpretar estrictamente los acuerdos de sumisión choca con la evidente flexibilidad con la que se ha afirmado que se satisfacen los requisitos reglamentarios, porque entre disponer de un pacto y no tenerlo no hay duda de que, para un tribunal, aquella es la mejor opción (la trayectoria de manga ancha respecto al uso de condiciones generales de la contratación es palmaria). Ahora bien, el Derecho está para resolver problemas, por lo que cuando lo que se convierte en objeto de controversia es la existencia de acuerdo en tal o cual esquema negocial, esa autonomía deja de cumplir su función y pierde su sentido; la clarificación de cómo se puede elegir un tribunal y en qué supuestos se considerará nula la elección, elaborando unos pocos tipos de casos<sup>20</sup>, puede rescatarla. Respecto a los acuerdos de sumisión contenidos en condiciones generales el TJUE ha realizado esa tarea de manera impecable desde los albores del sistema, hasta el punto de que lo que concierne al art. 17 CB y sucesores es hoy por hoy territorio bastante pacífico (compárese por ejemplo con la problemática que aún perdura sobre la determinación del lugar de ejecución del contrato o el lugar del daño en caso de obligaciones extracontractuales)<sup>21</sup>.

Siendo conscientes de que los negocios mercantiles conforman un sector en el que no se necesita tutelar especialmente a ninguna de las partes, la respuesta del intérprete es muy sencilla: accesibilidad de la información más adhesión equivale a consentimiento perfecto<sup>22</sup>. Téngase en cuenta además que, cuando se contrata, las partes suelen detenerse en los aspectos esenciales del negocio (las prestaciones respectivas), sin pararse a negociar los demás elementos del intercambio, que en presencia de estos nuevos métodos de contratación se vuelven invisibles<sup>23</sup>. Existe además la tendencia a cerrar las ventanas

<sup>18</sup> No hace falta insistir en que bajo ningún concepto se discute en estos casos la existencia de contrato. La voluntad negocial existe, las partes están de acuerdo en sus elementos esenciales. La discusión afecta exclusivamente a la incorporación de las condiciones generales, eventualmente sólo de una cláusula compromisoria o de prórroga.

<sup>19</sup> Párrafo 51.

<sup>20</sup> Por razones de seguridad jurídica, es augurable que se elabore una respuesta construida sobre unas pocas grandes líneas, esencialmente liberales. El exceso de matices genera un Derecho complejo en extremo, apto sólo para especialistas, fuente de dudas, incertidumbre y por ello imprevisibilidad.

<sup>21</sup> El tema está muy bien tratado en el trabajo -ya un clásico- de A RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994, pp. 207 ss. en particular. Más recientemente, F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, en *CDT*, 2010, n° 2, pp. 65 ss.; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Madrid 2017 (edición digital sin número de página).

<sup>22</sup> Los arts. 5 y 7 de la Ley de condiciónes generales de la contratación vendrían a ser el marco general sustantivo para la vinculación de los términos predisuestos.

<sup>23</sup> La ausencia de formalismo, la “ceguera” generada por las pantallas, la incomodidad del modo en que se ofrece la información, la sensación -a veces- de que no se está entrando en una relación contractual, invitan escasamente a dedicar tiempo y recursos a los aspectos jurídicos de la relación: *cf.* R. MOMBERG, “Standard Terms and Transparency in Online Contracts”.

emergentes -muchas inútiles- para acelerar la navegación y el proceso de contratación<sup>24</sup>. Esa desatención, el comportamiento expeditivo, el centrarse en lo esencial, es lo más racional, y no choca con la existencia de un consentimiento perfecto. Sería impensable que para hablar de éste fuera imprescindible indagar o acreditar el dominio exhaustivo de los términos del negocio; el ordenamiento no puede inmiscuirse en si se ha conocido o no lo que en las condiciones se establece, porque paralizaría el tráfico, la seguridad jurídica y la eficiencia, al tiempo que castigaría las expectativas de aquellos intervinientes más activos que extraen conclusiones de la inercia de la contraparte. Si cabe hablar de una obligación personal de diligencia, el reverso es que ninguna instancia suple su falta<sup>25</sup>. Las reglas se elaboran, pues, teniendo en mente al operador medio.

9. Basta, por tanto, la accesibilidad a las informaciones. Hasta tal punto no interesa el conocimiento que no se hace referencia a la necesidad de acuse de recibo. La información previa inspira toda la normativa relevante en la materia: el art. 10.3 de la Directiva de comercio electrónico establece que «[l]as condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas»<sup>26</sup>, sin posibilidad de exclusión tampoco cuando se trate de contratos entre profesionales; otro tanto establece el art. 3.1.b del Reglamento 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, al obligar a los proveedores de servicios a que sus condiciones generales «se encuentran fácilmente disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea, incluso en la fase precontractual»<sup>27</sup>. Lo que dice el TJ es por lo tanto coherente con los principios básicos de la contratación electrónica. Se necesita que la existencia de las condiciones generales haya sido comunicada en una manera ajustada a la buena fe, para que sea manifiesta, que sean fácilmente accesibles en pantalla, archivables y reproducibles<sup>28</sup>, y a partir de ahí que cada cual actúe como considere oportuno<sup>29</sup>.

### 3. La duda de fondo: el consentimiento

9. Ni que decir tiene que las dos cuestiones que surgen de inmediato es si se han comunicado las condiciones en un caso como el controvertido, antecedente lógico para saber si se ha prestado el consen-

---

en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, pp. 193 ss.

<sup>24</sup> El tema está muy bien tratado en S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B contenidas en condiciones generales accesibles en una web mediante enlace hipertexto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2022, asunto C-358/21: Tilman SA / Unliever Supply Chain Company AG”, en *La Ley Unión Europea*, nº 110, enero 2023, p. 4, con abundante bibliografía.

<sup>25</sup> Todo lo contrario, como se recordará, en un caso que implicaba a consumidores: la STJUE de 5 julio 2012 (asunto C-49/11; ECLI:EU:C:2012:419) subraya que «...procede considerar que cuando la información que se encuentra en el sitio de Internet del vendedor sólo es accesible a través de un vínculo comunicado al consumidor, tal información no es ni «facilitada» a ese consumidor ni «recibida» por él, en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7» (§37).

<sup>26</sup> Traspuesto en términos muy similares en el art. 27.4 LSSI.

<sup>27</sup> Y por citar un último ejemplo, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior impone la misma información respecto a ley elegida y tribunal competente (art. 22.1.g), exigiendo (apartado 2.c) que sean de fácil acceso para el destinatario *por vía electrónica a través de una dirección comunicada por el prestador*. Si esto no ampara el caso controvertido...

<sup>28</sup> *Cfr.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Manual de Derecho de las nuevas tecnologías*, Cizur Menor, 2023, p. 387. Por eso no va la sumisión contenida en condiciones generales expuestas en la web pero no enviadas en ninguno de los mensajes contractuales: OLG Celle RIW 2010, 164; LG Landshut IHR 2008, 184 (ambos casos aparecen citados en U. MAGNUS, “Comentario...”, *op. cit.*”, p. 639).

<sup>29</sup> La vinculación a las condiciones no puede depender de la efectividad de su conocimiento: *cfr.* R. MOMBERG, “Standard Terms and Transparency in Online Contracts”, en A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge, 2016, p. 190. Lo cual es, por lo demás, extensible al caso de los consumidores, porque no sería racional ni esperable que una persona controle el contenido de las condiciones generales de los profesionales con los que contrata, de forma que lo lógico es un control *a posteriori*, si el predisponente viola sus obligaciones de buena fe: J. ALFARO ÁGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.



timiento. El razonamiento que viene haciendo el TJ es un tanto magmático, equiparando cumplimiento de obligaciones formales con cuestiones de fondo, al deducir del ajuste a los estándares admitidos la existencia de consenso<sup>30</sup>. Es la idea fuerte, de manera que si un acuerdo se ha plasmado en alguna de las formas prescritas en la norma, es que hay acuerdo válido<sup>31</sup>: «la existencia de un «acuerdo» entre las partes en el sentido del artículo 23, apartado 1, del Reglamento Bruselas I puede inferirse del hecho de que se hayan cumplido los requisitos formales establecidos en el artículo 23 apartado 1, de dicho Reglamento»<sup>32</sup>. Ciertamente se puede estar de acuerdo en que hay modos de exteriorizar una cláusula que más claramente incorporan un acuerdo de voluntades que *a priori* no adolece de vicio alguno (por ejemplo, el suscrito por ambas partes, o cuando -como en el asunto *El Majdoub*- se cliquea aceptando), pero ahora nos confrontamos con una duda legítima que apunta a su propia existencia. No se puede exteriorizar lo que no existe<sup>33</sup>, y por ende el examen de ajuste formal puede ser un punto de partida, pero no debería servir para desplazar una indagación atenta a las circunstancias del caso. En definitiva: lo que aquí se debatía no era la forma sino la existencia del acuerdo<sup>34</sup>.

**10.** No merece la pena dedicar mucho esfuerzo a subrayar que no hay problemas formales, si reconducimos la forma a mecanismo idóneo para probar la existencia del acuerdo. Aun sin decir explícitamente que se está hablando de este inciso, los considerandos 46 y siguientes afirman que en el presente supuesto se satisfacen los requisitos de la letra a) del art. 23.1 CLII. Sólo si se está hablando de tal inciso se entienden los fundamentos 56 y sucesivos, vertebrados sobre las letras b) y c) de idéntica disposición. No se discute que se han cumplido los requisitos del art. 23.1.a) en relación con el párrafo 2 CLII: posibilidad de un soporte duradero, posibilidad de salvar e imprimir las condiciones. Garantizados que sean esos objetivos, los instrumentos para alcanzarlos son indiferentes. El ordenamiento no se cierra frente al desarrollo tecnológico y comercial, y por consiguiente el TJ no puede objetar nada a la inclusión de un mensaje con un enlace o a cualquier otro mecanismo fidedigno de intercambio de información<sup>35</sup>.

**11.** Se asume que el destinatario del mensaje ha podido conocer las condiciones, mas quedan algunos puntos oscuros o simplemente pasados por alto: ¿Cómo debe ser el envío para colmar los requisitos que se derivan de la exigencia de buena fe? ¿Basta el hipervínculo cuando las condiciones generales propiamente dichas ni se han enviado ni aparecen en la pantalla del ordenador? ¿Debe revestir algún formato particular? Verlas en la pantalla no es lo mismo que disponer de un vínculo. Conforme con que las partes deben ser diligentes. Conforme con que hubo puesta a disposición. Sin embargo, nada asegura que el enlace no pase desapercibido, o que no funcione, o que no remita a otro enlace, o que no se alteren después unilateralmente tales condiciones, con el consiguiente riesgo de litigiosidad (ojo, no se habla de almacenamiento) o que haya dificultades para imprimirlas<sup>36</sup>. Se echa de menos una explícita -probablemente redundante pero nunca superflua- exigencia de “claridad visual”<sup>37</sup>. ¿Es correcto tener por concluido el contrato sin saber si funciona o no el vínculo, cuando no resulta obligatorio clicar en él? El TJ subordina la validez del acuerdo a que el acceso sea posible antes de la conclusión y que el enlace

<sup>30</sup> Y con la consecuencia absurda de que un acuerdo perfecto que no venga recogido en alguna de esas formas es como si no existiera: STJ de 8 marzo 2018, C- 64/17, Saey Home, ECLI:EU:C:2018:173.

<sup>31</sup> Al respecto, para el reiterado precedente, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales: eficacia del «click-wrapping» (Comentario a la STJUE de 21 de mayo de 2015, Asunto C-322/14, Jaouad El Majdoub y CarsOnTheWeb GmbH)”, en *La Ley Unión Europea*, número 28, 2015, p. 4.

<sup>32</sup> Sentencias de 20 febrero 1997 (asunto C-106/95; EU:C:1997:70), 21 mayo 2015, citada *supra*; la cita procede de la sentencia de 7 julio 2016 (asunto C-222/15; ECLI:EU:C:2016:241).

<sup>33</sup> Cuando no se alcanzó un pacto, la forma no basta, escribe U. MAGNUS, “Comentario al art. 25”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Brussels Ibis Regulation: Commentary*, Colonia, 2016, p. 635.

<sup>34</sup> En general, en tema de condiciones generales el problema no es de forma, sino de validez: *Cfr.* S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección de fuero en contratos B2B...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>35</sup> Podemos aceptar que en su momento se tuvieron en mente sólo los intercambios de correos electrónicos (CH. REITHMANN/D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Colonia, 2016, par. 8.73), pero eso es hoy por hoy anecdótico.

<sup>36</sup> De ahí los escrúpulos respecto a estas cláusulas, no bastando la disponibilidad o la publicidad: P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, Madrid, 2022, pp. 1309 ss.

<sup>37</sup> Recuérdese que la ley se preocupa sólo de claridad en la redacción, no de que sea visible.

funcione, pero la prueba de que no funciona no es fácil (¿vamos a exigir un informe pericial?), salvo que se admita como suficiente una simple captura de pantalla indicando error<sup>38</sup>. ¿Cuál debe ser la reacción de un contratante que se ve sorprendido y no quiere quedar vinculado por esa cláusula? (Se supone que basta un mero mensaje rechazándola, es obvio). La conclusión de esa forma laxa de aproximarse a los requisitos del art. 23 CLII (y normas paralelas) es que en casos en los que exista incertidumbre, a partir de una apariencia de pacto se concede el beneficio de la duda al predisponente, obligando al adherente a comparecer ante un tribunal del que como mínimo se puede sospechar que ha sido elegido de un modo no ortodoxo<sup>39</sup>.

#### 4. La ausente referencia a la ley rectora del consentimiento

12. Permítaseme insistir en algo ya reiterado. Como en todo contrato (el pacto para elegir un tribunal competente lo es), se requiere un análisis en clave conflictual, atento al consentimiento y capacidad de las partes<sup>40</sup>. No obstante el silencio del art. 23 CLII<sup>41</sup>, tal análisis impone, en buena lógica, reclamar la *lex causae*, asumiendo que la solución proclamada por el RBI bis no es más que la consagración de una *voluntas legislatoris* inmanente en los textos previos. La realidad es que aquella ecuación que identificaba forma y acuerdo de voluntades significa su anulación. Se hizo en 2015<sup>42</sup> y se vuelve a hacer en 2022.

Como la disciplina convencional no es exhaustiva, hay que dar entrada a dos instrumentos de control (y excluir un tercero sugerido a veces): i) lo que sí: la ley nacional que regula la capacidad y el consentimiento negocial<sup>43</sup>. Existe bastante sintonía en el sentido de que la ley del contrato sea la que discipline también este último punto<sup>44</sup>, a pesar de la exclusión operada por el art. 1 del reglamento Roma I<sup>45</sup>; ii) lo que puede ser que sí: corolario de lo anterior es que el art. 10.2 RRI debe desplegar su función de veto para acreditar que no se ha consentido<sup>46</sup>; adviértase que se habla de ampararse en la ley de la propia residencia habitual, y no es verosímil que esta norma sea llamada a operar con frecuencia, porque en este sector existe un amplio consenso de las legislaciones mercantiles en cuanto a la adhesión a condiciones generales<sup>47</sup>; iii) lo que no: entre comerciantes es rechazable esa idea de un control de contenido basado en un presunto abuso de derecho<sup>48</sup>, más que nada porque atenta contra los principios básicos de

<sup>38</sup> Cfr. M. HO-DAC, “CJEU Rules on Formal Validity... , *cit.*”. Ulteriores sugerencias sobre prueba en P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 1302. Adviértase, adicionalmente, que cuando se cuestione la competencia de un tribunal español, la aportación de una prueba es crucial en la tramitación de la declinatoria, art. 65.1 LEC.

<sup>39</sup> Lo que al final es beneficiar al que normalmente actuará como demandante: cfr. A. DICKINSON, “Lax Standards”, en *Law Quarterly Review*, vol. 135, 2019, p. 369.

<sup>40</sup> Cfr. B. HESS/T. PFEIFFER/P. SCHLOSSER, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, Heidelberg, 2007, p. 159.

<sup>41</sup> Un silencio perturbador y elocuente, porque el propio POCAR pone de manifiesto que fue un tema abordado, pero no resuelto explícitamente: Informe explicativo del Convenio relativo de Lugano de 30 de octubre de 2007, en *DOUE* de 23 diciembre 2009 (2009/C 319/01), p. 27.

<sup>42</sup> De ahí la crítica de A. DICKINSON/J. UNGERER, ““Click wrapping” Choice of Court Agreements in the Brussels I Regime”, en *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2016, pp. 18-19.

<sup>43</sup> Es cierto que no hay demasiada claridad en cuanto a los ámbitos respectivos de aplicación de las leyes. Pero parece razonable aceptar que lo atinente a la libre voluntad o la moral no son cuestiones de forma: U. MAGNUS, “Comentario... , *op. cit.*”, pp. 627 ss.

<sup>44</sup> Por todos, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2021, versión digital, apartado 11.11; más matizado, aludiendo a la calificación procesal o sustantiva del ordenamiento del juez designado, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 2022, RB-2.9.

<sup>45</sup> De hecho, para el caso de autos, el art. 98 de la ley belga de derecho internacional privado extiende las soluciones del RRI a las obligaciones contractuales excluidas de su ámbito de aplicación por el art. 1 de este último.

<sup>46</sup> Vid. M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Comentario al art. 3”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ/L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, p. 159.

<sup>47</sup> Una posible excepción vendría en caso de que vinieran redactadas en un idioma distinto del habitualmente utilizado en las relaciones comerciales.

<sup>48</sup> A propósito del art. 23 RBI, M. VIRGOS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Comentario... , *op. cit.*”, p. 197; U. MAGNUS, “Comentario al art. 25”, p. 623 y la numerosa doctrina recogida en la nota 242. No es baladí evidenciar que quienes defienden un control generalizado no han sabido poner más ejemplos que los de consumidores. MAGNUS (p. 624) expresa una posición

ordenación (seguridad, previsibilidad) y contradice la idea básica del TJUE en el sentido de que basta la información y se impone la diligencia.

## 5. La coda sobre las otras formas

13. El fundamento 56 hace lo que nunca debe hacer una sentencia, pronunciándose sobre lo que no se le ha preguntado («...aunque el órgano jurisdiccional remitente no haya preguntado...») y convirtiéndose según voces autorizadas en “fuente de confusión”<sup>49</sup>.

En efecto, todo el discurso se ha vertebrado hasta aquí en dilucidar si se satisface o no la exigencia de forma escrita del art. 23.1.a CLII, y en el fundamento 53 ya ha dicho que a tal fin basta «la mera posibilidad de salvaguardar e imprimir las condiciones generales antes de la celebración del contrato». Con eso ya tenemos una respuesta a la cuestión formulada. Pero se añade esa coda según la cual el tribunal nacional debe verificar si el acuerdo encaja en la noción de prácticas entre las partes o los usos, como fórmula subsidiaria idónea para salvar la validez del acuerdo<sup>50</sup>. Aunque puedan surgir dudas sobre si esto encaja con la presunta interpretación estricta de la autonomía, desde luego no hay nada tan coherente con la voluntad de posibilitar el acuerdo y no interferir en el tráfico (sin duda, una buena razón para excederse en la respuesta). En consecuencia, se barajan dos posibilidades: i) si cabe registro del intercambio electrónico de informaciones se tratará de forma escrita pura y simple del art. 23.1.a); ii) si no queda constancia, habrá que explorar la viabilidad de subsumir el pacto en las letras b) o c)<sup>51</sup>.

Corolario: lo que está diciendo es que no resulta tan imperativa la posibilidad de salvar a imprimir las condiciones, porque siempre cabe una segunda oportunidad. En realidad, no es nada revolucionario, porque nos movemos en la línea anunciada por un elemento de interpretación tan útil como el informe oficial anexo al CLII, que excluye que los acuerdos por medios telemáticos hayan de encapsularse inexorablemente en uno u otro modo de concluir el acuerdo, dejando a salvo la potencial idoneidad de los tres incisos de la norma y poniendo de relieve que, al ser indubitado que podían encajar en las letras b) y c) del art. 23.1, la única duda era si la letra a) era asimismo adecuada: justamente para disipar sombras está el apartado 2 del art. 23, de suerte que cuando sea posible un registro duradero estaremos en la letra a) y en los demás casos habrá que explorar la viabilidad de las tras dos letras<sup>52</sup>.

14. ¿Confusión? A mi juicio ninguna. Sólo se ofrece una vía subsidiaria cuando las partes mantienen relaciones continuadas. Ahora bien, no podemos dejar de reconocer algunos inconvenientes: i) las opciones de las letras b) o c) del art. 23.1 CLII (y equivalentes) no aparecen expresamente en el CLH 2005, con riesgo de quiebra de la deseable interpretación uniforme<sup>53</sup>; ii) su gran hándicap es la prueba, tan costosa<sup>54</sup>. En particular, quien quiera acogerse a la letra c) tiene la carga de la prueba, y eso en sí mismo constituye un incentivo para que los tribunales y las partes eludan su aplicación: de nuevo estaríamos ante una norma que genera litigiosidad. En la sentencia *MSG c. Les Gravières Rhénanes SARL* el TJ dejó claro que el juez nacional debe investigar si existe un uso y si las partes lo conocían,

tibiamente favorable al control en supuestos similares a los de consumidores y trabajadores (no es muy explicativa la referencia a casos similares).

<sup>49</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, “Cláusulas de jurisdicción..., *cit*”.

<sup>50</sup> La redacción del fundamento 56 es mejorable: «si existe un uso del comercio internacional que las partes conocieren (...), la cláusula atributiva de competencia también podrá estipularse, respectivamente, en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos entre ellas o, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer...». Son vías incompatibles. O una u otra, uso o práctica. Y, si existe un uso, lo que los contratantes hagan o dejen de hacer nos resulta indiferente.

<sup>51</sup> Aunque la sentencia se explaya en el tema de los usos (fundamento 57), el cauce de la práctica consolidada entre ellos no puede ser descartado, y de hecho reaparece en el fallo.

<sup>52</sup> F. POCAR, Informe explicativo del Convenio relativo de Lugano de 30 de octubre de 2007, en *DOUE* de 23 diciembre 2009 (2009/C 319/01), p. 29.

<sup>53</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, “Cláusulas de jurisdicción..., *cit*”.

<sup>54</sup> Sería precipitado elevar a la categoría de uso expandido el comportamiento de Unilever. Por mucho que se aligere el nivel de exigencia probatoria, lo cierto es que la existencia del uso debe ser verificada por sectores, atendiendo al comportamiento de los operadores: STJ de 16 marzo 1999, asunto C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142.

presumiéndose si las partes han entablado relaciones comerciales entre sí o con operadores del mismo sector<sup>55</sup>; iii) se supone que el órgano judicial debe chequear las pruebas que le aporte quien quiera beneficiarse de la existencia de una cláusula de prorrogación sin descartar ninguna de las opciones legales, con la consiguiente farragosa discusión en torno a cada una de ellas.

## V. A modo de conclusión

15. Se agradece el continuismo, sin estridencias, de la sentencia de 24 noviembre 2022. El TJUE engrosa su doctrina en punto a prorrogación de la competencia por medio de condiciones generales, aligera requisitos y evita poner obstáculos al tráfico, favorece la autonomía de las partes y deja claro que lo crucial es satisfacer la carga de informar a su cocontratante y de reaccionar con diligencia. No hay nada nuevo, sólo evolución desde las resoluciones previas, y eso es un plus de seguridad. Pero se echa de menos la superación de las ecuaciones. Sigue aferrado a la idea de que el respeto de una forma legalmente prevista es lo mismo que consenso, y este es un asunto que no ha sido dilucidado, básicamente porque es obviado. Al mismo tiempo, la clave conflictual brilla por su ausencia. El mero hecho de que casos similares hayan sido resueltos de forma distinta por la jurisprudencia de Estados Unidos<sup>56</sup> debería haber puesto sobre la pista de que aquí no valen las soluciones simplificadoras, y las vagas orientaciones que ahora se ofrecen auguran escasa armonía en las interpretaciones nacionales de la norma. ¿Se puede perfilar un poco más cómo deben ser los mensajes que envían enlaces que llevan a cláusulas de prorrogación? Surgirán nuevos supuestos, porque las técnicas comerciales no tienen tope, y sin duda habrá nuevas ocasiones para que se siga enriqueciendo la jurisprudencia.

---

<sup>55</sup> Apartados 21-24.

<sup>56</sup> Un completísimo repaso en S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Cláusulas de elección...”, *op. cit.*”, pp. 7 ss. Asimismo, actualizado a 3 de mayo de 2023, puede verse una rica recopilación de casos en <https://www.termsfeed.com/blog/browsewrap-clickwrap/>