



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

GRADO EN DERECHO

PLAN 2010

TRABAJO FIN DE GRADO

**“Contratación online entre empresas
en el marco internacional.
Competencia judicial y la ley
aplicable.”**

AUTORA: Evelina Slakaityte

TUTOR: José Blas Fuentes Mañas

CNVOCATORIA: Septiembre de 2014

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL	
.....	4
II. CONTRATOS INTERNACIONALES ENTRE EMPRESAS B2B (BUSINESS-TO-BUSINESS). NEGOCIO A NEGOCIO	
.....	6
III. CONTRATACIÓN ONLINE INTERNACIONAL. CONTRATOS ENTRE EMPRESAS B2B. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	
.....	8
1. <i>Foro general del domicilio del demandado en la Unión Europea</i>	9
2. <i>Foro general de la sumisión expresa</i>	11
3. <i>Foro general de la sumisión tácita</i>	13
4. <i>Foro especial del lugar en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda</i>	15
A. Significado de “obligación contractual”	16
B. Concreción de la obligación que sirve de base a la demanda.....	17
C. Lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda	17
.....	17
IV. CONTRATACIÓN ONLINE INTERNACIONAL. CONTRATOS ENTRE EMPRESAS B2B. DERECHO APLICABLE	
.....	24
1. <i>Autonomía de la voluntad y elección de la ley aplicable</i>	25
2. <i>Alcance de la remisión a reglas no estatales</i>	28
3. <i>La ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Los ocho tipos de contratos del artículo 4.1 del Reglamento Roma I</i>	29

4. <i>La ley aplicable en ausencia de elección por las partes del artículo 4.2 del Reglamento Roma I. Significado de la prestación característica</i>	33
5. <i>Criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Cláusula de escape</i>	37
6. <i>Criterio de los vínculos más estrechos del artículo 4.4 del Reglamento Roma I. Cláusula de cierre</i>	38
7. <i>Adaptación de los criterios de los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I a los contratos electrónicos internacionales entre empresas B2B</i>	39
8. <i>Determinación casuística del Derecho aplicable a los contratos electrónicos internacionales entre empresas B2B según el artículo 4 apartados 3 y 4 del Reglamento Roma I</i>	40
V. LÍMITES AL JUEGO DEL DERECHO SELECCIONADO PARA REGULAR EL CONTRATO	41
1. <i>Orden público del foro</i>	41
2. <i>Caracterización de las leyes de policía</i>	42
3. <i>Aplicación de las leyes de policía de la lex fori</i>	44
4. <i>Derecho imperativo extranjero de la lex contractus</i>	44
5. <i>Eficacia de las normas imperativas de terceros Estados</i>	45
6. <i>Disposiciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo</i>	48
VI. CONCLUSIONES	49
ANEXO: JURISPRUDENCIA	53
BIBLIOGRAFÍA	54

I. INTRODUCCIÓN. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA INTERNACIONAL

La práctica generalizada de las nuevas tecnologías de la información y la fácil y cómoda entrada a Internet permite, a los empresarios un nuevo modo de celebrar los contratos con otras empresas vía online. El contrato electrónico facilita la compra-venta de productos o servicios mediante los sitios web y la contratación electrónica descarta los obstáculos geográficos, lo que permite, que las partes contratantes puedan concluir un acuerdo sin la necesidad de estar ambas partes presentes en el mismo lugar físico. Eso supone la posibilidad de celebrar un contrato internacional con tan sólo un “click”¹.

La aparición de nuevos medios electrónicos en nuestra vida cotidiana, supone su uso no sólo como medio de ocio o entretenimiento, sino que, para las empresas es un medio, a través del cual, pueden vender o comprar bienes y servicios. Muchas son las compañías que han encontrado en Internet, un medio que facilita ofrecer o adquirir bienes y servicios con numerosos clientes y no solamente a nivel nacional, además, ocasionalmente a nivel internacional, y sobre todo, por un coste considerablemente menor que ofrece la comercialización tradicional². Por lo tanto, la contratación electrónica es un acto de compra-venta que se realiza a través de Internet y que una vez concluido dicho contrato de forma voluntaria, aunque haya sido celebrado vía electrónica y no soporte físico, genera la exigibilidad de las obligaciones contraídas. Las normativas Estatales admiten la eficacia y validez de los contratos electrónicos y ante los Tribunales la forma electrónica tiene el mismo valor probatorio que la forma escrita en papel³.

La contratación electrónica suscita un gran interés en el ámbito de Derecho Internacional Privado, ya que Internet supone un contexto propiamente internacional y

¹Vid. ORTIZ VIDAL, M^a. D., *Contratos Electrónicos Internacionales B2C y protección del pequeño empresario*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, núm. 1, 2014, p.1, disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>

²Vid. FERNANDEZ MASIA, E., *Cláusulas de Sumisión en Contratos Electrónicos Internacionales*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 5, 2002, p. 1, disponible en: <http://www.reei.org>.

³Vid. FERNANDEZ BURGUEÑO, P., *La contratación electrónica en el ordenamiento jurídico español*, p. 1, disponible en: <http://www.pabloburgueno.com/2010/06/la-contratacion-electronica-en-el-ordenamiento-juridico-espanol/>.

deslocalizado. Al presentar dicha internacionalidad y deslocalización en ocasiones no es viable dar respuesta a los conflictos que puede ocasionar la contratación electrónica a través de los regímenes jurídicos tradicionales e internos de cada Estado, y al no existir a día de hoy, en el ámbito de Derecho Internacional Privado, un sistema jurídico armonizado de los contratos electrónicos concluidos a través de Internet, tanto desde el punto de vista de la normativa procesal, como desde el punto de vista material, se originan dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, la determinación de la competencia judicial internacional y, en segundo lugar, la ley aplicable.⁴ Por lo tanto, la única vía factible para ofrecer soluciones para los conflictos, en el ámbito europeo, en materia de contratación a través de Internet, es aplicando el régimen general de obligaciones contractuales regulado en los Reglamentos Europeos.⁵

Para establecer la competencia judicial internacional cuando se haya ocasionado conflictos en los supuestos de los contratos celebrados por medio de redes telemáticas entre empresas (Business-to-Business, o lo que es igual B2B), es necesario concurrir a las reglas generales previstas en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (de aquí en adelante Reglamento Bruselas I)⁶.

En el caso de la Ley aplicable para dichos contratos, se debe acudir a las reglas generales previstas en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (de aquí en adelante Reglamento Roma I)⁷.

En el presente trabajo me centraré en los dos Reglamentos anteriormente mencionados, ya que trataré de aportar soluciones a los conflictos internacionales

⁴Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Civitas, 2013, p. 577.

⁵*Ibidem*, p. 577.

⁶DOUE L 351/1, de 20 de diciembre de 2012.

⁷DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2007.

originados en materia de la contratación electrónica entre empresas en el ámbito europeo.

II. CONTRATOS INTERNACIONALES ENTRE EMPRESAS B2B (BUSINESS-TO-BUSINESS). NEGOCIO A NEGOCIO.

Los contratos business-to-business (de aquí en adelante B2B), se refieren a la contratación de bienes y servicios entre empresas a través de medios telemáticos. El principal papel que juegan dichos contratos es reducir los costes e incrementar los ingresos⁸. Las empresas que utilizan la contratación electrónica B2B, una vez que acceden a la herramienta de la página web a través de Internet, pueden hacer sus pedidos, consultar la disponibilidad de los suministros, controlar, desde el momento de la compra hasta la llegada a su fin, las provisiones y dónde se encuentran las mismas en cada instante⁹. Realizar una compra-venta a través de Internet mediante la contratación B2B, supone una agilización en el trámite de formular el contrato y sobre todo supone una menor inversión de tiempo para poder comprar o vender, ya que los pedidos de los suministros se gestionan en tiempo real a través de la página web. Además implica una enorme posibilidad de interactuar no solamente con las empresas nacionales sino que también con las compañías internacionales, ahorrando tanto tiempo como costes.

La contratación B2B de nuestros días podría equipararse y encontrar sus orígenes históricamente en la denominada “*Electronic Data Interchange*” (EDI) que por primera vez aparece en los años '70, a través de la cual, se transmitían electrónicamente los datos entre diferentes corporaciones, aunque su papel esencial era la expedición de pedidos de suministros o la expedición de las facturas de la compra realizada¹⁰. Dicha contratación electrónica se usa en un ámbito cerrado y en la esfera bancaria o en el mercado de valores, y en las mismas no se prevé la contratación en una red abierta entre los

⁸Vid. Disponible en: <http://www.cea.es/upload/ebusiness/modelos.pdf>.

⁹*Ibidem*,

¹⁰Vid. Disponible en: <http://www.mastermagazine.info/termino/3984.php>.

particulares¹¹. En dicho sistema cerrado actúan un número limitado de empresas, además en los sistemas cerrados las empresas participantes antes de iniciar el intercambio de mensajes entre sí con eficacia jurídica, concluyen pactos, con los cuales aceptan la participación en este sistema cerrado de tráfico de datos, que garantizan la firmeza de las transferencias y el reconocimiento recíproco de su carácter vinculante¹². El artículo 2.b) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico, recoge la definición de qué se entiende por "*intercambio electrónico de datos*" definiendo como aquella: "*transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto*"¹³". Por lo tanto, en los acuerdos EDI como existen pactos previos sobre la utilización de la transmisión de datos vía electrónica con fines comerciales y al ser utilizados en los sistemas cerrados aportan las garantías acerca de origen de dichas transmisiones de datos, además, en el sistema cerrado los participantes son fáciles de identificar, por el hecho, de que antes de participar en dicho sistema se concluyen dichos acuerdos EDI con la entidad correspondiente que controla el sistema de tráfico de mensajes de datos¹⁴. Los acuerdos EDI ofrecen seguridad y confianza a los participantes del sistema cerrado, ya que en todo momento se puede saber la identidad del remitente, también, se puede comprobar la certeza y el contenido de los mensajes de datos transmitidos una vez concluida la transacción. En el ámbito europeo, sobre los acuerdos EDI destaca el Modelo europeo, desarrollado por la Comisión Europea que sirve de referencia a la hora de redactar los mismos¹⁵.

Con el paso de tiempo, las contrataciones electrónicas han ido no solamente evolucionando sino que también han ido expandiéndose e incluyendo cada vez más actividades en su campo de operaciones a través de Internet. Hoy en día los contratos

¹¹Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 3ª ed. Iustel, 2011, p. 550.

¹²*Ibidem*, p. 550.

¹³DOUE L 145/1, de 21 de abril de 2004.

¹⁴Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los negocios...*, *op. cit.* p. 550.

¹⁵*Ibidem*, p. 551

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

B2B, se relacionan con el uso de Servidores Seguros, que se reconocen por su navegación mediante el Protocolo HTTPS¹⁶ y que proporciona a las empresas la posibilidad de hacer todo tipo de compra-venta a través de Internet. Además, con el transcurso del tiempo, se han ido creando portales de vendedores en Internet, haciendo grupos de diferentes actividades o productos que ofrecen las empresas, como, por ejemplo, agrupándose en los portales textiles, alimenticios y etc.

Una de peculiaridades que presentan los contratos B2B es que se trata de una compra-venta a través de Internet en tiempo real entre empresas y que nunca tendrá en cuenta dicha contratación el destinatario final, es decir, se trata de un contrato que se concluye exclusivamente entre empresas, si incluimos el cliente final ya no estaríamos hablando del contrato B2B, sino que del contrato B2C (Business-to-Consumer, que significa, del Negocio al Comprador)¹⁷.

III. CONTRATACIÓN ONLINE INTERNACIONAL. CONTRATOS ENTRE EMPRESAS B2B. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.

Como ya había mencionado con anterioridad, en el presente trabajo me centraré en aportar soluciones a los conflictos que pueden surgir en materia de contratación electrónica internacional entre empresas B2B, pero abarcando solamente el ámbito europeo y la normativa de la Unión Europea.

Para determinar la competencia judicial internacional en las disputas provenientes de contratos entre empresas o comerciantes B2B, tenemos que aplicar las reglas generales previstas en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, referente a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I). El

¹⁶Se trata de un protocolo de aplicación, que permite transferir los datos vía electrónica con toda la seguridad, ocasionalmente utilizado por las tiendas online, bancos y en general por todos los portales web donde se necesita enviar datos personales o las contraseñas.

¹⁷Vid. Disponible en: <http://www.mastermagazine.info/termino/3984.php>.

Reglamento Bruselas I, fija los siguientes foros de competencia judicial internacional: en primer lugar, el domicilio del demandado en un Estado miembro, en segundo lugar, la sumisión tácita o expresa y, el por último, el lugar de la obligación que sirve de base a la demanda.

1. Foro general del domicilio del demandado en la Unión Europea.

Uno de los foros generales previstos en el Reglamento Bruselas I artículo 2, es el domicilio del demandado. Para saber en que Estado tiene el demandado su domicilio debemos atender lo previsto en los artículos 59 y 60 del mismo Reglamento. Por un lado, el artículo 59 del Reglamento Bruselas I prevé: “1. *Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. 2. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro*”¹⁸. Por otro lado, el artículo 60 prevé que según donde este ubicada la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal de la sociedad u otra persona jurídica se entenderá que es ahí donde tiene su domicilio. A primera vista parece fácil ubicar el domicilio del demandado, pero en materia como la contratación online entre empresas, este foro de competencia judicial internacional, suscita varios problemas¹⁹.

El primer inconveniente que se puede plantear en relación a los contratos internacionales concluidos a través de Internet entre empresas B2B, es que, cabe la posibilidad de desconocer el domicilio del demandado. Es muy común, en las contrataciones B2B a través de los medios electrónicos que las empresas no se identifiquen, no se sabe quienes son, ni de donde son, ni si quiera en que Estado tienen su domicilio. Para resolver este tipo de dificultad, en la normativa nacional española se han propuesto dos soluciones, por un lado, la utilización de la firma digital y, por otro

¹⁸Vid. El art. 59 del Reglamento Bruselas I.

¹⁹Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 881.

lado, es obligatorio que las empresas que actúan en el mercado económico a través de Internet se identifiquen. Aunque dichas exigencias no se pueden imponer a las empresas o comerciantes establecidos en los Estados no miembros de la Unión Europea o Espacio Económico Europeo, salvo en los supuestos en los que las empresas, sus bienes o servicios, los han dirigido exclusivamente a España. Empresas y comerciantes en el caso de no cumplir con dichas obligaciones serán sancionados con penas pecuniarias, lo cual impulsa a las compañías a no ocultar sus domicilios a la hora de emprender actividades comerciales a través de vías telemáticas²⁰.

Una segunda dificultad que podría presentarse en materia de contratación electrónica entre empresas, es el “*domicilio aparente*” del demandado. En ocasiones las empresas o comerciantes que intervienen en el mercado económico a través de Internet, aportan el “*domicilio aparente*”, es decir, no el “*domicilio real*” de la sociedad. Se tratará de un “*domicilio aparente*” cuando una compañía usa un específico idioma de un determinado país en su página web, lo cual induciría pensar que es ahí donde tiene su domicilio habitual. Otra opción sería, en la página web de una sociedad, proponer la referencia de una sede, centro, establecimiento u oficina en un determinado país, cuando en realidad no se encuentra ahí ubicado ninguno de los sitios mencionados en la página online. La solución que aporta el artículo 2 del Reglamento Bruselas I, para estos supuestos, es que el demandante pueda solicitar, que se resuelvan las discrepancias, tanto ante los Tribunales del Estado del “*domicilio aparente*”, como ante los Tribunales del “*domicilio real*” del demandado. Con estos recursos proporcionados por el Reglamento Bruselas I, se pretende concienciar y advertir a los empresarios intervinientes en el mercado económico a través de Internet que, proponer un “*domicilio ficticio*” puede tener sus consecuencias negativas cuando se encuentren en una situación litigiosa, ya que dicho “*domicilio aparente*” podrá ser tomado como el foro de competencia o punto de conexión por las normas de Derecho Internacional Privado²¹.

Por último, es necesario tratar el problema del domicilio cambiante del demandado. El domicilio de una empresa o de un negociante es muy importante cuando se pretende demandarle, pero ninguna normativa impide que las compañías cambien su domicilio a

²⁰*Ibidem*, pp. 881-882.

²¹*Ibidem*, p. 882.

otro país, es decir dicho cambio se puede producir en cualquier momento y en ocasiones algunas empresas, para eludir la justicia, reemplacen, su domicilio a otro Estado. Para prevenir dicho inconveniente no hay ninguna ley, pero ello no impide que la empresa la que se pretende demandar, por cambiar su domicilio pueda quedar exenta de un juicio. El Reglamento Bruselas I ofrece otros foros de competencia judicial internacional a los que podrá acogerse el demandante²².

2. Foro general de la sumisión expresa.

El artículo 23 del Reglamento Bruselas I recoge otro de los foros generales de competencia judicial internacional, la sumisión expresa. La voluntad de las partes de elegir el Tribunal sólo será válida cuando se cumplan cumulativamente dos requisitos. Por un lado, se debe tratar de una elección por ambas partes contratantes de un Tribunal de un Estado parte. En segundo lugar, al menos una de las partes del conflicto debe tener su domicilio en un Estado miembro. Si no se cumpliesen ambas condiciones no procedería la aplicación de las reglas comprendidas en dicha disposición. Una vez que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 23 del Reglamento Bruselas I y una vez pactado entre las dos partes del contrato sobre un determinado Tribunal nacional, dicho Tribunal adquiere la competencia exclusiva para conocer el asunto, salvo pacto en contrario entre los contratantes²³. Ello conlleva a la conclusión, que salvo los foros exclusivos o foros de protección, el foro elegido expresamente entre las partes será de carácter prioritario sobre las demás disposiciones de competencia previstas en el Reglamento Bruselas I²⁴.

Aparte de exigir el artículo 23.1 del Reglamento Bruselas I las dos condiciones mencionadas con anterioridad, elección de un Tribunal de un Estado miembro y que al menos una de las partes tenga su domicilio en un país miembro, exige también que se

²²*Ibidem*, p. 882.

²³El art. 23 del Reglamento de Bruselas I reconoce expresamente la presunción de exclusividad del Tribunal elegido entre las partes.

²⁴*Vid.* FERNANDEZ MASIA, E., *Cláusulas de Sumisión en Contratos Electrónicos Internacionales*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 5, 2002, pp. 8-9, disponible en: <http://www.reei.org>.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

cumpla uno de otros tres requisitos formales²⁵. Son unas condiciones que darán validez al acuerdo entre ambas partes contratantes de la elección del Tribunal competente²⁶.

En primer lugar, el artículo 23.1 del Reglamento Bruselas I requiere que el pacto sobre el Tribunal competente, se celebre por escrito o en caso de haber acordado verbalmente se recoja la confirmación de lo acordado por escrito. Con esa condición, se quiere garantizar que el acuerdo concluido entre los contratantes del Tribunal competente, se ha perfeccionado con pleno consentimiento de ambas partes²⁷. No es obligatorio que lo pactado se recoja ni en un único documento, ni simultáneamente²⁸. Dicho requisito en la contratación electrónica entre empresas con anterioridad planteaba cierta incertidumbre, por eso el Reglamento Bruselas I ha insertado un nuevo apartado segundo en el artículo 23 en el cual manifiesta que: “*se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo*”.

La segunda opción que propone el artículo 23.1 del Reglamento Bruselas I para dar validez formal a la elección del Tribunal competente entre los contratantes es: “*una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas*”. En comercio internacional es usual que dos empresas tengan relaciones comerciales habituales y continuas entre sí, por lo tanto, dicha disposición ofrece una opción para aquellas empresas. Una vez estipulado el acuerdo sobre el Tribunal competente, no será necesario pactar de nuevo el foro de competencia, cada vez que concluyan un contrato de compra-venta de bienes o servicios entre las mismas empresas. Con ello el precepto pretende que las compañías o negociantes ahorren en los gastos que supone formular el

²⁵ El art. 23.1 del Reglamento Bruselas I prevé que: “*acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:*

- a) *Por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o*
- b) *En una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas, o*
- c) *En el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.*

²⁶ Vid. FERNANDEZ MASIA, E., *Cláusulas de Sumisión...*, op.cit., p. 9.

²⁷ *Ibidem*, p. 9.

²⁸ *Ibidem*, pp. 9-10.

contrato y por otra parte pretende dotar de seguridad jurídica al conjunto de actividades comerciales que se practican entre las mismas empresas²⁹.

En tercer y último lugar, el artículo 23.1 del Reglamento Bruselas I propone que la elección del Tribunal competente sea: “*en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado*”. La tercera posibilidad que propone dicha disposición es similar a la opción proporcionada en el apartado b) del artículo 23.1 del Reglamento Bruselas I, ya que pretende dar validez formal a los usos habituales que se practican en el comercio internacional. Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) para que pueda aplicarse esta última opción es necesario que exista un uso o costumbre alegado y que se pueda probar que un considerado sector comercial siga dicho uso de modo generalizado, aunque no es necesario que dicho uso estén practicando todos los Estado miembros³⁰.

3. *Foro general de la sumisión tácita.*

El tercero de los foros generales que establece el Reglamento Bruselas I en el artículo 24 en materia de obligaciones, es la sumisión tácita³¹. La sumisión tácita procede, sin tener en cuenta el lugar del domicilio habitual, con la simple presentación de la demanda y la comparecencia del demandado ante un determinado Tribunal, pero siempre y cuando dicha comparecencia del demandado no sea con la intención de impugnar la competencia judicial internacional³². La comparecencia del demandado se

²⁹*Ibidem*, p. 13.

³⁰Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1997, As C-106/95, MSG y Les Gravières Rhenanes.

³¹El art. 23.1 del Reglamento Bruselas I establece: “*con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el tribunal de un Estado miembro ante el que compareciere el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia o si existiere otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 22.*”

³² Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed. Colex, 2006, p. 27.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

refiere a la: “*presencia legal del demandado en el proceso que lo faculta para ejercer los actos procesales que le corresponden como parte en el proceso*”³³.

Por otro lado, el artículo 24 del Reglamento Bruselas I prevé expresamente que la competencia exclusiva de un Estado miembro prevalezca sobre la sumisión tácita. Aunque no sucederá de la misma manera cuando la sumisión tácita es posterior en los supuestos de la sumisión expresa³⁴. Ello quiere decir, que, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa.

Para que pueda haber lugar a la sumisión tácita el litigio debe haberse iniciado ya³⁵. Otra de las notas que ostenta la misma disposición de la sumisión tácita, es que debe de tratarse de un Tribunal de un país miembro, pero sin necesidad que exista un vínculo objetivo entre el Tribunal elegido tácitamente y el procedimiento que se pretende incoar³⁶. La sumisión tácita será aplicable solamente para aquellos procedimientos judiciales internacionales que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I³⁷.

Por último, el artículo 24 del Reglamento Bruselas I al guardar silencio con respecto el domicilio de alguna de las partes en el Estado miembro, suscita muchas discusiones entre los autores. Se sostienen varias tesis al respecto.

Una de ellas la llamada “*tesis paralela*”. Autores como V. Fuentes Camacho o J.C Fernández Rozas, afirman que debería de exigirse paralelamente lo previsto en el artículo 23 del Reglamento Bruselas I, que trata sobre la sumisión expresa, y, que exige que al menos una de las partes tenga el domicilio en un país miembro.

³³*Ibidem*, p. 27.

³⁴Sentencia del TJUE de 24 de junio de 1981, As C-150/80, Elefanten.

³⁵Vid. HERNANDEZ RODRIGUEZ, A., *Derecho Internacional Privado*, Lección 4ª. Competencia judicial internacional. Regulación por instrumentos internacionales, p. 31, disponible en: <http://ocw.unican.es/ciencias-sociales-y-juridicas/derecho-internacional-privado/materiales/Leccion%204.pdf>

³⁶Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed. Colex, 2006, p. 28.

³⁷*Ibidem*, p. 29.

Por otro lado, se encuentra la “*tesis del domicilio del demandante*”, una postura que mantiene los autores como P. Jenard, J.P. Beraudo, o H. Gaudemet-Tellon, afirman que procede la sumisión tácita del artículo 24 del Reglamento Bruselas I, sólo en los supuestos cuando el demandado se encuentra domiciliado en un Estado miembro.

Y por último, “*la tesis expansiva*”, apoyada por la mayoría del los autores, como P. Mayer, P. Kaye, L. Mari y etc., e incluso por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE), entendiendo que la sumisión tácita procede sin tener en cuenta donde se encuentra el domicilio de las partes. Procederá la misma, independientemente, si ambas partes se encuentran domiciliadas en un Estado miembro, o solamente una de ellas o incluso cuando las partes contratantes estuviesen domiciliadas en terceros Estados³⁸.

4. Foro especial del lugar en que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda.

Junto a los foros generales previstos en el Reglamento Bruselas I en materia de obligaciones contractuales se ofrece el foro especial previsto en el artículo 5.1 del Reglamento, que asigna la competencia judicial internacional a los Tribunales: “*del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda*”. Es un foro de competencia judicial internacional que manifiesta la conexión más estrecha entre el litigio y el Tribunal competente³⁹. Dicho foro en materia de contratos celebrados a través de medios electrónicos, pero para aquellos que se realizan offline operará de la misma manera que para los demás contratos internacionales⁴⁰.

Según el apartado primero del artículo 5 este foro especial en materia contractual sólo será de aplicación cuando el demandado tenga el domicilio en un Estado miembro y la intención sea la de demandar ante los Tribunales de otro país miembro: “*las*

³⁸*Ibidem*, p. 29

³⁹Sentencia del TJUE de 28 de septiembre de 1999, As C-440/97, GIE Groupe Concorde y otros.

⁴⁰*Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 884.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro". El foro previsto en el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I además de determinar la competencia judicial internacional, dentro de ella, establece el órgano judicial competente, es decir determina la competencia territorial interna, para conocer el asunto, al referirse expresamente el propio artículo "*tribunal del lugar*"⁴¹.

La medida acogida por el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo aportando el significado de obligación contractual, y por lo tanto aportando una noción para saber que se entiende por "*obligación que sirve de base a la demanda*" y que alcance tiene el lugar de cumplimiento de ésta⁴².

A. Significado de "*obligación contractual*".

El Tribunal de Justicia de Luxemburgo a la hora de determinar la noción de "*obligación contractual*" en primer lugar, advierte que es imposible adoptar el significado de la misma con la mera remisión a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos países miembros⁴³. Por lo tanto el Alto Tribunal requiere una definición de un concepto autónomo que sea totalmente distinto a que podrían aportar los diversos ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁴. Esta iniciativa del Tribunal de Justicia de Luxemburgo optar por un concepto autónomo, es comprensiva, sin embargo, el propio Tribunal no aporta una descripción que se debería de entender por dicha noción en materia contractual⁴⁵. En cambio, es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que proporciona el significado de obligación contractual, que, comprendería todas aquellas obligaciones: "*libremente asumidas por una parte frente a*

⁴¹Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 492.

⁴²*Ibidem*, p. 493.

⁴³*Ibidem*. p. 493.

⁴⁴*Ibidem*, p. 493.

⁴⁵*Ibidem*, p. 494

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

otra”⁴⁶. Es decir, abarcaría una condición contractual todas aquellas obligaciones provenientes de una relación directa y libremente constituida entre las partes contratantes, o por una parte frente la otra⁴⁷.

B. Concreción de la obligación que sirve de base a la demanda.

Por otro lado, es preciso puntualizar que se entiende por la obligación que sirve de base a la demanda. El Tribunal de Luxemburgo ha manifestado en varias sentencias que: “*la obligación a tomar en consideración es aquella correspondiente al derecho contractual en base al cual se funda la acción del demandante*”⁴⁸. En un supuesto cuando exista dos obligaciones autónomas y separables procedidas de un mismo contrato que deben de cumplirse en dos distintos países miembros y que sean recurridas por el demandante, el Tribunal del Estado miembro sólo será competente para conocer de aquella obligación que se debe de cumplir en su país ⁴⁹.

C. Lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.

Por último, es importante determinar cuál será el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. El artículo 5.1.a) del Reglamento Bruselas I añade el foro del lugar donde se debe de ejecutar la obligación, suponiendo que dicho lugar es, habitualmente, el que produce una conexión mas estrecha entre el Tribunal competente y el litigio. Pero el foro mencionado, precisa varias aclaraciones. Por un lado, hay que destacar la diferencia entre el lugar en que según el contrato deba efectuarse la obligación que sirve de base a la demanda y el lugar donde justamente se haya efectuado la misma, sin tener en cuenta de que ese lugar concluya o contravenga,

⁴⁶Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1998, As C-51/97, Rèunion européenne y otros.

⁴⁷*Vid.* ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 494.

⁴⁸Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1976, As C-14/76, De Bloos y Bouyer o Sentencia del TJUE de 26 de mayo de 1982, As C-133/81, Ivenel y Schwah.

⁴⁹Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 1997, As C-420/97, Leathertex.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

lo previsto en el contrato. Es sobre todo importante aclarar que se entiende por el lugar de cumplimiento de la obligación en aquellos supuestos cuando las partes contratantes no hayan establecido el mismo en el contrato. Ante esta situación el propio Reglamento Bruselas I aporta dos soluciones.

Por un lado, prevé el supuesto de compra-venta de mercaderías. El primer apartado del artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I determina que, competencia judicial internacional será del Tribunal de aquel Estado miembro en el que hubieran sido o debieran ser entregadas las mercancías según el contrato. El lugar de entrega de las mercancías debe ser interpretado como un concepto autónomo sin posibilidad de que se aporte una noción a través de distintos ordenamientos jurídicos nacionales⁵⁰. Por lo tanto, se entenderá en este caso, aquel lugar donde las mercancías serán entregadas o debieran ser entregadas materialmente al interesado en su destino final⁵¹. En definitiva, dicho lugar será aquel que establecerá el contrato de compra-venta de mercancías y siempre se tratará de un concepto autónomo ya que no es posible recurrir a las deducciones legales de ningún ordenamiento interno para interpretarlo⁵².

Por otro lado, es importante sintetizar varias precisiones que ha establecido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en aquellos casos cuando la entrega de las mercancías se realiza en el mismo país miembro pero en varios lugares, o incluso aquellos casos de entrega de mercancías en varios países miembros. Así, en relación a los supuestos de entrega de mercancías en el mismo Estado miembro de la Unión Europea pero cuando existen varios lugares de reparto, cuando la demanda se refiere a todas las entregas, el Alto Tribunal, prevé, como regla general, que competencia judicial internacional será de aquel Tribunal, entre cual existe el vínculo más estrecho con el contrato, es decir, donde se debe realizar la entrega principal, que en ocasiones ello

⁵⁰Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Civitas, 2013, p. 546.

⁵¹Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 495.

⁵²Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 546.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

significa atender los criterios económicos⁵³. En caso de no poder fijarse competencia judicial internacional o tal lugar según el criterio anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) opina que cada lugar de entrega de las mercancías presenta la suficiente proximidad con la disputa y por lo tanto, se trata de un vínculo de conexión característico en la esfera de competencia judicial internacional. Con lo cual, el demandante según competencia territorial prevista en el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I podrá demandar ante cualquier Tribunal del lugar de entrega de la mercancía que elija, y muy importante subrayar que, una vez atribuida competencia de un Tribunal que haya elegido el demandante, éste será competente para conocer de todas las demás demandas derivadas del mismo contrato⁵⁴. En cuanto a los supuestos cuando el lugar de entrega de mercaderías se ubica en diversos países miembros, el foro de competencia judicial internacional será preferente de aquel lugar de entrega o prestación principal⁵⁵, si no se podría determinar dicho lugar, igual que en caso anterior, el demandante podrá elegir el Tribunal competente, y, que una vez mediada dicha elección será el único Tribunal competente para conocer de las demás demandas provenientes del mismo contrato⁵⁶.

Por otro lado, el artículo 5.1.b) segundo apartado del Reglamento Bruselas I, regula el supuesto de prestación de servicios, previendo que competencia judicial internacional será de aquel Tribunal del Estado miembro, donde se haya prestado el servicio o se debe de prestar el servicio según el contrato. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo mantiene que la opción prevista en el art. 5.1 del Reglamento de Bruselas I, en los supuestos de prestación de servicio, está siendo una prolongación del principio general de la competencia judicial internacional de aquellos Tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado⁵⁷.

⁵³Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2007, As C-386/05, Color Drack.

⁵⁴*Vid.* ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 495.

⁵⁵Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2007, As C-386/05, Color Drack.

⁵⁶*Ibidem*,

⁵⁷Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009, As C-533/07, Falco Privatstiftung y Rabitsch.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

Por otra parte, el artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I prevé expresamente que el lugar de prestación de servicio o de entrega de mercancías será donde se debe de prestar dicho servicio o se debe de entregar dichas mercancías “*salvo pacto en lo contrario*”, por lo tanto, dicha referencia necesita ser precisada, y sobre todo porque esta siendo interpretada en diversos sentidos⁵⁸. Según los autores como M. Virgos Soriano, F.J. o Garcimartín Alférez entienden, que si en contrato se haya fijado el lugar donde se debe efectuar la obligación del pago, la regla especial no será aplicable y que la competencia judicial internacional para conocer del asunto será de aquel Tribunal de Estado miembro donde ha sido previsto el lugar de pago en contrato.

En aquellos casos en que lo previsto con anterioridad, es decir en el artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I no se aplicaría a la compra-venta de mercancías o a prestación de servicios, o estaríamos ante un contrato que no entraría en el ámbito de aplicación de dicho artículo pero se sujetará a lo previsto en el artículo 5.1.c) del Reglamento Bruselas I, se aplicará la letra a) del mismo artículo que se refiere a la regla general de la competencia judicial internacional de aquel Estado miembro donde se haya cumplido o se deba cumplir la obligación que sirve de base a la demanda. Ello implica explicar el significado del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda que aporta el Alto Tribunal en varias sentencias⁵⁹. El Tribunal de Luxemburgo, ha explicado que para poder definir el lugar de ejecución de la obligación debe efectuarse atendiendo a la “*ley por la que se rige la obligación controvertida según las normas del conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del litigio*”⁶⁰. La solución jurisprudencial que ofrece el Tribunal de Justicia, pretende unificar las disposiciones de conflictos en materia de contratos llevados a cabo aplicando las reglas previstas en el Reglamento Roma I, lo que imposibilita que el lugar de cumplimiento de

⁵⁸Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Civitas, 2013, p. 547.

⁵⁹Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado...*, *op cit.*, pp. 497-498.

⁶⁰Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1976, As C-12/76, Tessili; Sentencia del TJUE de 17 de enero de 1980, As C-56/79, Zelger y Salinitri; Sentencia del TJUE de 15 de enero de 1987, As C-266/85, Shenavai; Sentencia del TJUE de 29 de junio de 1994, As C-288/92, Custom Made Commercial y Stawa.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

la obligación previsto en el contrato varié del lugar donde se discuta la controversia, aunque lo dicho ocurrirá, siempre y cuando se traté del ámbito de la Unión Europea⁶¹.

Todo lo comentado con anterioridad, es decir, las reglas previstas en el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I serán de aplicación a contratos B2B que se concluyen online pero que se realizan offline. En aquellos supuestos de contratación B2B que, tanto se perfeccionan como se efectúan enteramente online o los llamados “*Contracts Performed Entirely Online*”, que son contratos a través de los cuales se puede adquirir o arrendar el software en Internet, deben ser precisadas varias cuestiones, ya que a la hora de determinar la competencia judicial internacional pueden suscitar diversos problemas y dudas⁶².

En primer lugar, cuando se trata de compra-venta de mercaderías, las cuales pueden ser adquiridas en el soporte material (libro electrónico, grabación musical y etc.) se lleva a cabo dos hipótesis en estos casos. Por un lado, aquellos contratos que no prevén expresamente el lugar de entrega de las mercancías, la solución en este caso sería la aplicación de la ley del contrato, la cual indicaría la ubicación en el que debe de realizarse la obligación que ha sido incumplida, o la transmisión del bien, o donde se debe de efectuar el pago. Aunque en estos casos, el contrato por muy conciso que sea, lo más probable que presumirá de que el lugar de entrega de la compra virtual sea el lugar a través de la descarga directa de la mercancía en el ordenador del comprador. Lo cual quiere decir que este será el lugar pactado entre ambas partes contratantes⁶³. Por otro lado, la hipótesis de que el contrato celebrado entre dos empresas a través de Internet prevea el lugar de entrega del bien comprado mediante descarga, el ordenador del comprador. En esta circunstancia se sostiene varias tesis. Por un lado, la aplicación textual del artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I, lo cual nos llevaría a entender que sería competente el Tribunal del lugar donde se encuentra ubicado el servidor en el que

⁶¹Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado...*, Op. Cit., p. 498.

⁶² Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed. Colex, 2006, p. 676.

⁶³Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 884.

se encuentran albergados los productos que se descargan. Aunque esta tesis suscita cierta incertidumbre, porque el Tribunal competente no estaría conectado con el contrato, requisito necesario previsto por el propio art. 5.1 del Reglamento Bruselas I⁶⁴. Segunda tesis trata sobre la inaplicación del art. 5.1.b) del Reglamento Bruselas I, motivando dicha inaplicación, porque no existe la entrega de las mercaderías. Esta segunda tesis también es discutible, ya que aun no existiendo una entrega física de las mercancías sigue habiendo una entrega⁶⁵. La tercera tesis, sede del comerciante, se presume que la entrega de los productos se hace en el Estado donde el vendedor tiene su sede. Esta tesis parece ser la adecuada, aunque presenta el inconveniente, de que en este caso el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I resultaría innecesario, ya que si el demandado es el comerciante, el comprador puede demandarle en el Estado miembro del domicilio del mismo, según el foro previsto en el artículo 2 del Reglamento Bruselas I⁶⁶. Y por último, la cuarta tesis, “*lectura cibernética bilateral del art. 5.1.b) del Reglamento Bruselas I*”⁶⁷. Cuando se tratará de una demanda por parte del comerciante se entenderá que el lugar de entrega de las mercaderías que se proveen online es el Estado de domicilio o del establecimiento de dicho comerciante. En el supuesto contrario, cuando el demandante sea el comprador, se entiende que el lugar de entrega de las mercancías compradas online es el Estado donde el comprador tiene su domicilio⁶⁸.

Por otro lado, debe ser tratada la contratación online entre empresas B2B de prestación de servicios, que son aquellos contratos que se concluyen a través de Internet, como el acceso a biblioteca online, o base de datos y etc. Es importante destacar que, “*la información nunca ha sido un bien tangible*”⁶⁹, por lo tanto, la

⁶⁴*Ibidem*, p. 884.

⁶⁵ Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed. Colex, 2006, p. 676.

⁶⁶*Ibidem*, p. 676.

⁶⁷*Ibidem*, p. 676.

⁶⁸*Ibidem*, p. 676.

⁶⁹Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 884.

información se considera un bien no corporal⁷⁰, incluso en los contratos concluidos online. Usualmente suele existir una cláusula en el contrato electrónico que apunte de que los servicios que se prestarán serán suministrados online, en el “*Cyberface*”⁷¹. Pues bien, lo previsto en el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I opera en este tipo de contratos y lo pactado entre ambas partes del contrato nos lleva a la conclusión que el lugar de suministro de los servicios será el lugar, donde se almacena la información en lo que radica el servicio. La prestación de servicios a través de Internet igualmente que la compra-venta de mercancías online presenta varias tesis, para precisar el lugar de dichos servicios. De nuevo estaríamos ante las tesis de, aplicación textual del art. 5.1.b), la inaplicación del art. 5.1.b) del Reglamento Bruselas I, sede del prestador del servicio, “*lectura cibernética bilateral del art. 5.1.b) del Reglamento Bruselas I*”⁷². Con lo que respecta a ésta última tesis, se debe estimar que dicha prestación de servicios tiene lugar en el Estado donde el demandante tiene su domicilio con independencia si sea el que presta el servicio o el que recibe el mismo⁷³.

Además, con ocasión, existen contratos concluidos a través de los medios electrónicos entre empresas, pero, que no se consideran ni contratos de compra-venta de mercaderías ni contratos de prestación de servicios, los llamadas “*Contracts Performed Entirely Online*”, que suelen ser contratos de licencias de uso o de arrendamiento, cesiones temporales de derechos y etc. Para este tipo de acuerdos se aplicará el artículo 5.1.a) del Reglamento Bruselas I, ya que el apartado c) del mismo artículo prevé expresamente remisión a la letra a) en caso, cuando no fuera posible aplicación de la letra b). Por lo cual, se considerará el lugar de cumplimiento de la obligación que ha sido incumplida, que es aquella obligación litigante⁷⁴.

⁷⁰*Ibidem*, p. 884.

⁷¹*Ibidem*, p. 884.

⁷² Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed. Colex, 2006, p. 677.

⁷³*Ibidem*, p. 677.

⁷⁴*Ibidem*, p. 677.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

En los supuestos de las obligaciones de pago, será la ley del contrato que determinará el lugar del pago, que en ocasiones permite que las partes contratantes pacten de común acuerdo dicho lugar. En caso de pago realizado online, se estima que las partes hayan acordado que dicho pago se efectúe en el Estado donde tiene el domicilio o sede el contratante obligado a la prestación no dineraria, que con ocasión será el demandante⁷⁵.

Por último, también es necesario comentar aquellas obligaciones no pecuniarias. En estos casos, una vez más, se debe de realizar una “*lectura cibernética bilateral del art. 5.1 del Reglamento Bruselas I*”, que nos conlleva a la conclusión de que en aquellos supuestos, cuando el demandante sea la persona que debe de pagar y ejercita su acción legal contra la persona obligada de prestación no dineraria, se entiende que el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I concede la competencia judicial internacional a los Tribunales del país donde el demandante pagador tiene su domicilio⁷⁶.

IV. CONTRATACIÓN ONLINE INTERNACIONAL. CONTRATOS ENTRE EMPRESAS B2B. DERECHO APLICABLE.

La Ley aplicable a los contratos internacionales concluidos a través de los medios electrónicos entre empresas B2B, se establece con arreglo al Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I). Dicho Reglamento no se ha redactado enfocando el comercio electrónico, pero sus disposiciones son perfectamente aplicables a los contratos B2B⁷⁷. Por lo tanto, el Reglamento Roma I a la hora de determinar el Derecho aplicable a los contratos internacionales B2B propone dos vías, por un lado, la autonomía de la voluntad de las partes elegir la ley aplicable y por otro lado, en defecto de la anterior, el Derecho

⁷⁵*Ibidem*, p. 677.

⁷⁶*Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14^a ed. Comares, 2013, p. 884.

⁷⁷*Ibidem*, p. 887.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

aplicable se determinará según las reglas previstas en el artículo 4 del Reglamento Roma I⁷⁸.

En primer lugar, es importante determinar el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I, que viene establecido en su artículo 1.1, al fijar que sus preceptos: “*se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes*”⁷⁹. En cuanto a la referencia de la obligación contractual, la propia disposición al no aportar una definición, se entiende que se debe optar por una noción autónoma⁸⁰. También es importante apuntar que el Reglamento Roma I en el precepto mencionado con anterioridad, no prevé que se debe de tratar de las obligaciones contractuales internacionales, simplemente habla de aquellas que entrañen “*un conflicto de leyes*”, lo cual lleva a la conclusión, que el Reglamento Roma I será de aplicación tanto en los supuestos de conflictos de normas jurídicas internacionales, las que pueden originarse entre las normativas de diferentes países, como aquellos conflictos que pueden surgir a nivel interno, cuando en un mismo Estado coexisten diferentes ordenamientos jurídicos, en este caso serviría de ejemplo el Reino Unido⁸¹.

1. Autonomía de la voluntad y elección de la ley aplicable.

En la contratación interna, las partes tienen plena libertad para establecer el contenido de los contratos, lo que se denomina autonomía material, regulada en el artículo 1.255 del Código Civil español. Sin embargo en el ámbito internacional se habla de la autonomía conflictual. Tal autonomía se refiere a la posibilidad que tienen las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato de naturaleza internacional, a

⁷⁸ Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Curso de Contratación Internacional*, 2ª ed. Colex, 2006, p. 681.

⁷⁹ Vid. El art. 1.1 Reglamento Roma I.

⁸⁰ Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 501.

⁸¹ *Ibidem*, p. 501.

diferencia de la autonomía material que actuaría exclusivamente en el ámbito de la ley material así elegida⁸².

El artículo 3 del Reglamento Roma I prevé el principio de autonomía de la voluntad a la hora de determinar la ley del contrato, el apartado primero de dicha disposición permite que las partes contratantes elijan la ley que regirá el contrato. Con el termino “Ley” se entiende que uno de los requisitos que debe manifestar dicha ley elegida es que debe de tratarse de un Derecho estatal, aunque la propia Exposición de Motivos del Reglamento Roma I no impide que las partes escojan como ley aplicable a su contrato un convenio internacional o un Derecho de naturaleza no estatal⁸³. Otra de las condiciones que debe de cumplirse a la hora de escoger el Derecho aplicable, es que debe de tratarse de un Derecho vigente, ya que no sería viable optar por una normativa derogada como ley aplicable al contrato⁸⁴. Además dicha ley deberá ser prevista expresamente o inequívocamente, lo cual caben dos posibilidades, una, de que la elección se manifieste expresamente, que requerirá la existencia de una estipulación contractual de la designación del Derecho aplicable (“*pactum de lege utenda*”). La eficacia de este acuerdo será independiente de la eficacia del contrato que se concluya entre las partes contratantes, y en el supuesto de disputa se resolverá ante los Tribunales como una cuestión litigiosa independiente y autónoma, por lo tanto, en el supuesto de nulidad de dicha cláusula, no afectará dicha nulidad al contrato, es decir no se decretará nulo el acuerdo⁸⁵. La segunda opción, elección tácita, pero siempre y cuando implique la auténtica voluntad subjetiva de los contratantes⁸⁶. El Reglamento Roma I contempla un extenso reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad, por lo tanto, prevé la posibilidad de que la ley elegida regule el contrato en su totalidad o sólo una

⁸²Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 317.

⁸³Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado...*, op. cit. p. 501.

⁸⁴*Ibidem*, p. 501.

⁸⁵Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Civitas, 2013, p. 558.

⁸⁶*Ibidem*, p. 559.

parte del contrato. Con la admisión de que sean varias leyes que regirán ámbitos diferentes del contrato, se acepta la figura del “*depeCage*” o dicho en otras palabras, fraccionamiento del Derecho⁸⁷ (ejemplo: una sociedad española y una lituana realizan un contrato online de compraventa de mercaderías, por lo tanto, las partes pueden elegir la normativa española, la normativa lituana o la normativa de cualquier otro Estado que acuerden, ya que no se exige ninguna vinculación objetiva entre los elementos del acuerdo y la normativa elegida).

El apartado segundo del artículo 3 del Reglamento Roma I prevé la libertad de las partes contratantes de elegir la ley (en el supuesto si no lo hubiesen elegido con anterioridad) o cambiar la misma en cualquier momento, es decir, la modificación de la ley se realizaría si al inicio de la elaboración del contrato ambas partes hayan previsto una determinada normativa que regula el contrato, y con posterioridad los contratantes de mutuo acuerdo deciden cambiarla por otra que regirá el contrato desde este momento en adelante⁸⁸. Dicho cambio podrá realizarse tanto de forma expresa como de forma tácita⁸⁹. Aunque se debe de apuntar una peculiaridad sobre la posibilidad de modificación de la ley aplicable anterior por otra posterior, que sólo será posible dicho cambio cuando no afectará los derechos adquiridos de las terceras personas con la anterior ley que regía el contrato, y cuando el cambio de la normativa no afectará a la validez formal del contrato, es decir, que el cambio de la ley no se puede efectuar con el fin de conseguir la invalidez del contrato por motivos de forma⁹⁰ (art. 11 del Reglamento Roma I⁹¹).

⁸⁷Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 501.

⁸⁸Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 317.

⁸⁹ Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 505.

⁹⁰Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, *op. cit.*, p. 319.

⁹¹ El art. 11 del Reglamento Roma I prevé: “*validez formal: 1. Un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado*”.

El apartado tercero del artículo 3 del Reglamento Roma I, prevé el supuesto de los contratos meramente internos, es decir, aquellos contratos que en el momento de elección de la ley aplicable, todos los componentes del acuerdo se encuentran ubicados en un sólo Estado pero las partes eligen aplicar una normativa extranjera como aplicable al contrato. El Reglamento Roma I permite aplicar una normativa extranjera pero dicha opción de las partes contratantes no imposibilitará que se sujeten a las leyes imperativas de ese Estado donde se encuentran ubicados todos los elementos del contrato, ya que no pueden excluirse por medio de un acuerdo la normativa imperativa⁹².

El apartado cuarto del artículo 3 del Reglamento Roma I, regula el supuesto, cuando los restantes elementos del contrato se encuentran localizados en uno o varios países miembros de la Unión Europea, pero las partes optan aplicar la normativa de un país que no sea miembro de la Unión Europea, dicha opción no impedirá que se apliquen las normas imperativas europeas o la ley del foro.

Por último, el apartado quinto del artículo 3 del Reglamento Roma I nos remite a los artículos 10, 11 y 13 del mismo Reglamento, que tratan sobre los requisitos necesarios de existencia y validez de los consentimientos de las partes contratantes en cuanto a la hora de determinar la ley aplicable.

2. Alcance de la remisión a reglas no estatales.

Suele suceder que a la hora de elaborar los contratos electrónicos internacionales entre empresas B2B se incluyan las cláusulas de elección que se refieren a los conjuntos normativos extraestatales. Son unos mecanismos no previstos en las leyes internas, sino que podría tratarse de los Principios Unidroit o los Principios del Derecho contractual europeo, que versan sobre concretos aspectos del contrato, como son por ejemplo los Incoterms. Dichos mecanismos permiten aportar la mayor seguridad jurídica a los contratos, además, el Preámbulo del Reglamento Roma I, prevé expresamente, que no

⁹²Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, op. cit., p. 318.

se impedirá a los contratantes añadir a los contratos internacionales un Derecho no estatal o un convenio internacional, también añade, que si la Unión Europea acuerde unos mecanismos normativos de Derecho material de los contratos, los contratantes podrán aplicar dichos mecanismos. Con tan sólo pactarlo en el acuerdo la aplicación de los Principios Unidroit se logrará su eficacia. Sin embargo, hay que subrayar, que en caso de aplicación de los Principios mencionados a un contrato, éstos se aplicarán solamente en el ámbito que afecta a la autonomía material y de ninguna manera perjudicará a la esfera de la aplicación de las leyes imperativas que deben ser aplicadas al contrato. La mayoría de las leyes que regulan la materia de las obligaciones son dispositivas, aunque existen algunas de carácter imperativo, que deberán de ser respetadas tanto en la elaboración de los contratos internos como en la elaboración de los contratos internacionales, incluso cuando estos últimos, se hayan elaborado conforme a las leyes extranjeras⁹³.

3. La ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Los ocho tipos de contratos del artículo 4.1 del Reglamento Roma I.

El artículo 4 del Reglamento Roma I, regula la aplicación de la ley, en los supuestos cuando las partes contratantes no hayan acordado qué Derecho será aplicable al contrato, exceptuando algunas categorías de contratos que se regirán por una sistema especial, que son previstos en los artículos: 5 (contratos de transporte), 6 (contratos de consumo), 7 (contratos de seguros) y 8 (contratos individuales del trabajo) del Reglamento Roma I.

En primer lugar, el artículo 4.1 del Reglamento Roma I, se dedica determinar la ley aplicable según el tipo de contrato que se trate, previendo, que será aplicable la normativa del Estado de la residencia habitual de una de las partes del contrato o de ubicación donde se encuentra el elemento principal del contrato⁹⁴:

⁹³*Ibidem*, pp. 320-321.

⁹⁴*Ibidem*, p. 322.

- a) Compraventa de mercancías: se aplicará la ley del Estado donde el vendedor tenga su residencia habitual. La noción de “*compra-venta de mercancías*” se debe de interpretar según lo prevé el artículo 5.1.b) del Reglamento Bruselas I. Por lo tanto, habrá que tener en cuenta dicho artículo, cuando sea necesario definir el significado del concepto autónomo de “*compra-venta de mercaderías*”⁹⁵. Por otro lado, es importante aclarar que se entiende por domicilio habitual de las personas físicas y las personas jurídicas, a efectos de aplicación de las reglas previstas en el Reglamento Roma I⁹⁶, una definición que incluye el propio Reglamento Roma I en el artículo 19, estableciendo que: “*1. A efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central. La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar del establecimiento principal de dicha persona. 2. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado. 3. La residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato*”⁹⁷. (Ejemplo: si las partes del contrato no hayan acordado la ley aplicable, una empresa que tiene su residencia habitual en Lituania vende a través de Internet a una empresa española botellas de plástico, en el supuesto de litigio, el Juez español establecerá, que la ley aplicable es la lituana).
- b) Prestación de servicios: se aplicará la ley del Estado donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual, ya que el prestador del servicio es quien efectúa la prestación característica⁹⁸. Es otra noción, también regulada en el artículo 5.1.b) del

⁹⁵*Ibidem*, p. 325.

⁹⁶*Vid.* ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 507.

⁹⁷ *Vid.* El art. 19 del Reglamento Roma I.

⁹⁸*Vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 325.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

Reglamento Bruselas I, por lo tanto, la noción de “*prestación de servicios*” deberá ser interpretada según los criterios de dicho artículo⁹⁹. Por otro lado, el Reglamento Roma I al no aportar otro criterio diferente de interpretación del concepto autónomo de “*prestación de servicios*” sólo al previsto en el Reglamento Bruselas I, cabría llegar a la conclusión de que se podría incluir dentro de este grupo una gran variedad de contratos. Aunque no es así, se excluyen los contratos previstos en los artículos 6 a 8 del Reglamento Roma I y también los contratos de franquicia y distribución, aun tratándose de los contratos de prestación de servicios, se regulan por las reglas específicas¹⁰⁰. Además el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado recientemente que el contrato sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual que permite a otra parte del contrato a explotar dicho derecho a cambio de una contraprestación no es una prestación de servicios en el sentido como lo interpreta el art. 5.1.b) del Reglamento Bruselas I¹⁰¹. (Ejemplo: se aplicará la ley italiana cuando un abogado con residencia habitual en Italia, presta el servicio de asesoramiento a una empresa danesa vía online).

- c) Derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un inmueble: se aplicará la ley del Estado donde esté ubicado el bien inmueble. Este criterio previsto en el Reglamento Roma I de establecer que sea la ley aplicable del país donde se encuentra ubicado el inmueble coincide con el criterio de aplicar el Derecho que presenta una vinculación más estrecha¹⁰². (Ejemplo: una empresa española compra un local en Francia para establecer ahí su filial, al contrato de compra se aplicará la ley francesa. Lo mismo sucederá si se tratará de un contrato de arrendamiento, cuando una empresa española quiere alquilar un local en Francia, al contrato de arrendamiento será aplicable la ley francesa).

⁹⁹ Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado...*, op. cit. p. 509.

¹⁰⁰ Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, op. cit. p. 325.

¹⁰¹ Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009, As C-533/07, Falco Privatstiftung y Rabitsch

¹⁰² Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, op. cit. p. 326.

- d) No obstante lo dispuesto en la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos: se aplicará la ley del Estado donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país. La razón de establecer la ley aplicable del país donde ambas partes contratantes tienen sus domicilios habituales, es que en estos supuestos las circunstancias que reúnen el contrato, pese al estar localizado el bien inmueble en un único Estado, existe una conexión especial entre las partes contratantes al vivir ambas en el mismo país, por lo tanto, se fundamenta en el principio de proximidad¹⁰³. (Ejemplo: un contrato de arrendamiento de duración de una semana de una cabaña en Sierra Nevada, concluido a través de Internet entre el propietario de la cabaña de nacionalidad española que reside en Polonia y otra persona que también reside en Polonia, al contrato se aplicará la ley de Polonia).
- e) Franquicia: se aplicará la ley del Estado donde el franquiciador tenga su residencia habitual. La regla que aporta el Reglamento Roma I para este tipo de contratos, tiende a favorecer la aplicación de la normativa de la parte contratante con menos recursos, además que a menudo esta parte contratante suele encontrarse en posición de subordinación con respecto al franquiciador¹⁰⁴.
- f) Distribución: Se aplicará la ley del Estado donde el distribuidor tenga su residencia habitual. En los contratos de distribución no es necesario delimitar qué parte del acuerdo es la que realiza la prestación característica, el Reglamento Roma I prevé directamente la regla especial de la ley aplicable del país donde el distribuidor tiene su domicilio habitual¹⁰⁵. (Ejemplo, que sirve también para el supuesto de franquicia: una empresa belga, con el domicilio social en Bélgica, facilita los productos a una empresa española, residente en España, para que posteriormente los productos sean distribuidos en España, el contrato se registrará por la ley española).

¹⁰³*Ibidem*, p. 327

¹⁰⁴*Ibidem*, p. 325.

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 326.

- g) Venta de bienes mediante subasta: se aplicará la ley del Estado donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse¹⁰⁶. La doctrina, ha precisado que puede resultar imposible en algunas ocasiones determinar el lugar de subastas, por ejemplo aquellas que se celebran por medios electrónicos. Por lo tanto la regla prevista en el artículo 4.1.g) del Reglamento Roma I no operará en aquellas subastas que se celebraran sin haber determinado previamente el lugar de subasta¹⁰⁷. En el contexto que se desenvuelven las subastas internacionales no siempre suele determinarse acuerdos previos entre vendedor y comprador de la celebración de dicha subasta, incluso las residencias habituales pueden ser inciertas a la hora de concluir el contrato de subasta. Por lo tanto, podemos deducir que no sería adecuado determinar la ley aplicable con carácter general a este tipo de contratos según la residencia habitual del vendedor¹⁰⁸.
- h) Contratos celebrados en mercados financieros regulados o sistemas de negocios multilaterales: se aplicará la ley del Estado que rige el mercado financiero en concreto y se regirá por las disposiciones previstas en la Directiva (CE) núm. 39/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 referente a los mercados de instrumentos financieros¹⁰⁹. (Ejemplo: será de aplicación la ley alemana a los contratos celebrados en un mercado autorizado por una autoridad alemana como mercado regulado alemán).

4. La ley aplicable en ausencia de elección por las partes del artículo 4.2 del Reglamento Roma I. Significado de la prestación característica.

El apartado segundo del artículo 4 del Reglamento Roma I, prevé el mecanismo de la ley aplicable para los demás contratos o para aquellos contratos complejos que dentro

¹⁰⁶Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 508.

¹⁰⁷*Ibidem*, p. 508.

¹⁰⁸Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 327.

¹⁰⁹DOUE L 145/1, de 30 de abril de 2004.

de un mismo contrato impliquen diversos tipos contractuales del apartado primero del mismo artículo, la normativa aplicable será la del Estado de la residencia habitual del contratista que debe ejecutar la prestación característica prevista en el acuerdo¹¹⁰. Aunque el Reglamento Roma I no incluye el significado de prestación característica¹¹¹, podemos precisar la noción de dicha prestación como aquella que se refiere a la obligación del contrato que describe el tipo de acuerdo, y muestra su función económico-jurídica¹¹². Por la regla general, para localizar en un contrato la prestación característica se suele atender a aquella parte del acuerdo y a aquella persona contratante que debe de realizar la contraprestación que consiste en el pago de dinero, ya que el objeto y la esencia del contrato será dicho pago. Sin embargo, en aquellos contratos cuando no será posible determinar la prestación característica en base al pago de dinero, la regla anterior no será de aplicación y habrá que buscar otros criterios, como la diferente responsabilidad o riesgo que cada prestación supone y etc., para identificar dicha prestación característica¹¹³.

Donde más dificultades pueden suscitar para poder localizar la prestación característica, es en el ámbito del moderno tráfico mercantil, en el que se extienden contratos atípicos, como el supuesto de los contratos de “*joint-venture*”¹¹⁴ o contratos de “*co-branding*”¹¹⁵, en ocasiones este tipo de contratos encajaran en alguno de los contratos previstos en el apartado primero del artículo 4 del Reglamento Roma I, como son los contratos de distribución o de franquicia. En otras ocasiones nos encontraremos

¹¹⁰Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Civitas, 2013, p. 563.

¹¹¹Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 328.

¹¹²Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.* p. 563.

¹¹³Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, *op. cit.* pp. 328-329.

¹¹⁴El acuerdo *joint-venture* se refiere al pacto entre dos o mas empresas diferentes de asociarse o juntarse con el fin de realizar un proyecto negocial común.

¹¹⁵ El contrato *co-branding* se refiere a la asociación de marcas de compañías diferentes para posteriormente crear marcas conjuntas, o para crear entre diferentes empresas que venden el mismo producto sitios web compartidos y etc.

con limitaciones y dificultades para poder determinar el Derecho aplicable de estos contratos atípicos, como es el supuesto de los contratos sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual, que en un principio el Reglamento Roma I quería prever como un tipo de contrato más en el artículo 4.1 del Reglamento Roma I con la determinación de la ley aplicable de aquel Estado donde tiene la residencia habitual la persona que proporciona, transmite o concede los derechos, pero finalmente el Reglamento Roma I no establece la ley aplicable para este tipo de contratos a falta de llegar a un acuerdo sobre la definición del particular, y cuál sería la prestación característica en diferentes modalidades de los acuerdos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual¹¹⁶.

En cuanto a los contratos mixtos, que incluyen varios elementos previstos en el apartado primero del artículo 4 del Reglamento Roma I en un único contrato, para determinar cual es la prestación característica, habrá que evaluar el peso de las distintas prestaciones del acuerdo, y, así, determinar cual de ellas, caracteriza más al contrato en su conjunto. Cuando la misma parte contratante debe realizar las diversas prestaciones que caracterizan el contrato combinado, será esa persona característica¹¹⁷ y, por lo tanto, se aplicará la ley del país de su residencia habitual. Sin embargo, cuando el contrato combinado presenta varios elementos que podrían ser calificados como las prestaciones características y nos llevará a la aplicación de las normativas de los países diferentes, habrá que identificar cual de todas esas prestaciones es la que más relevancia tiene con respecto al contrato en su conjunto¹¹⁸. En aquellos casos cuando no se podrá identificar la prestación más característica de un contrato o del conjunto de los elementos que componen un contrato, habrá que atender en cada supuesto individualizadamente a la condición de los vínculos más estrechos que presenta el acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico, ya que no cabe la posibilidad de aplicar varias normativas de los distintos países como las leyes aplicables al contrato mixto. Debe ser de aplicación una

¹¹⁶Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 328.

¹¹⁷*Ibidem*, p. 329.

¹¹⁸*Ibidem*, p. 329.

ley de un único Estado que garantizará la previsibilidad y un tratamiento jurídico armonizado a los contratos¹¹⁹.

En los casos cuando actúa la regla de la prestación característica, presenta la gran relevancia determinar que se entiende por la residencia habitual del contratante que debe realizar la obligación característica. El Reglamento Roma I en el artículo 19.1 apartado primero prevé la noción de la residencia habitual de las personas físicas, asociaciones y sociedades determinando, que la administración central será el lugar de residencia habitual¹²⁰, es decir, el lugar donde efectivamente la empresa desarrolla las actividades administrativas¹²¹. También define en el apartado segundo del artículo 19.1 del Reglamento Roma I la residencia habitual de las personas físicas que están ejerciendo las actividades profesionales, establecimiento principal de esta persona se considerará como la residencia habitual¹²², que pueda darse con ocasión de que se tratará del domicilio que no coincida con el domicilio familiar o personal¹²³. Por otra parte, el artículo 19.2 del Reglamento Roma I ofrece la delimitación de la residencia habitual de una sucursal que será el lugar donde dicha sucursal se encuentra ubicada¹²⁴. Por último el artículo 19.3 del Reglamento Roma I especifica en que momento temporal de celebración del contrato será relevante la residencia habitual¹²⁵.

¹¹⁹*Ibidem*, p. 329-330.

¹²⁰El art. 19.1 apartado primero del Reglamento Roma I establece que: “*a efectos del presente Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central.*”

¹²¹*Vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 330.

¹²²El art. 19.1 apartado segundo del Reglamento Roma I establece que: “*la residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar del establecimiento principal de dicha persona.*”

¹²³*Vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, op. cit. p. 330.

¹²⁴El art. 19.2 del Reglamento Roma I: “*cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento esté situado.*”

¹²⁵El art. 19.3 del Reglamento Roma I: “*la residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato.*”

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

5. *Criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Cláusula de escape.*

El criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del artículo 4.3 de Reglamento Roma I operará en aquellos supuestos, cuando el contrato de que se trate no se identificará con ninguno de los previstos en el apartado primero del artículo 4 del Reglamento Roma I, o cuando no se podrá identificar cual es la residencia habitual del prestador característico¹²⁶.

Así, el artículo 4.3 del Reglamento Roma I prevé la llamada cláusula de escape, con el principal objetivo de impedir que a los contratos internacionales se apliquen una normativa de un determinado país que no presenta vínculos manifiestamente más estrechos. El legislador europeo a la hora de elaborar la cláusula de escape apreciaba la importancia del interés de los contratantes y del propio comercio internacional ya que iría en contra de dichos intereses aplicar una normativa que no tiene ninguna vinculación con el acuerdo¹²⁷. Por otro lado, dicha cláusula de escape corresponde a la condición de proximidad que debe de mantener el acuerdo y ley aplicable¹²⁸, por lo tanto, “*si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la Ley de este otro país*”¹²⁹. Según dicha norma, el principio de los vínculos manifiestamente más estrechos es una herramienta que desempeña una función correctora de las opciones previstas en los apartados primero y segundo del artículo 4 del Reglamento Roma I. Sin embargo hay que observar de que según el tenor literal del precepto, no es suficiente de que el acuerdo tenga cualquier tipo de vínculo con la normativa de otro Estado, el legislador europeo exige que ese vínculo sea “*manifiestamente más estrecho*”, y, además, en la valoración del contexto

¹²⁶Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 331.

¹²⁷Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 791.

¹²⁸ Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, op. cit. p. 331.

¹²⁹Vid. El art. 4.3 del Reglamento Roma I.

de cada caso, no será suficiente una mera apariencia de vinculación, sino que es necesario una nota de evidencia¹³⁰. De todo lo dicho se puede deducir, que el legislador europeo haya previsto el criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos, como un precepto que podrá ser aplicado en los casos excepcionales. Así que, en aquellos supuestos cuando el contrato puede encuadrar en alguno de los tipos de contratos previstos en el apartado primero del artículo 4 del Reglamento Roma I y en aquellos acuerdos cuando se puede determinar la residencia habitual del contratante que debe realizar la obligación característica, acudir a la regla prevista por el apartado tercero del artículo 4 del Reglamento Roma I, será posible sólo en los casos excepcionales, es decir, cuando las reglas proporcionadas en el apartado primero o la residencia habitual del prestador característico resulta visiblemente inadecuadas como expresión de conexión, entre el acuerdo y el Estado en cuestión¹³¹. Asimismo, se podrá acudir a la regla del apartado tercero del artículo 4 del Reglamento Roma I, cuando un acuerdo está integrado en un ámbito organizativo o de cooperación más amplio, es decir, cuando un contrato es conexo con otro contrato. En estos supuestos, se puede decretar de que existe el vínculo manifiestamente más estrecho con un determinado Estado, ya que dicha vinculación debe desplegarse del conjunto negocial y no de cada uno de los acuerdos orientados al logro del objetivo común¹³².

6. Criterio de los vínculos más estrechos del artículo 4.4 del Reglamento Roma I. Cláusula de cierre.

Por otra parte, la regla prevista en el apartado cuarto del artículo 4 del Reglamento Roma I será de aplicación en los supuestos cuando los acuerdos no se identificarán con ningún tipo del contrato previsto en el apartado primero del mismo artículo, y tampoco será posible determinar la residencia habitual de la parte del acuerdo que debe realizar la

¹³⁰ Vid. Disponible en: http://ocw.unia.es/ciencias-juridicas-y-derecho/contratacion-internacional-ley-aplicable-a-las/materiales-tema-2/skinless_view

¹³¹ Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 332.

¹³² *Ibidem*, p. 333.

obligación característica, a estos contratos se aplicará la normativa del Estado con la que presente los vínculos más estrechos. La opción que ofrece el artículo 4.4 del Reglamento Roma I en este caso actúa como una cláusula de cierre para determinar el Derecho aplicable al contrato¹³³. El Reglamento Roma I no contiene ninguna precisión que se debe de entender por la vinculación más estrecha, aparte de la indicación en su Preámbulo, que a la hora de precisar el Estado con el que el acuerdo presenta los vínculos más estrechos hay que tener en cuenta, entre otros aspectos, si el acuerdo guarda una relación muy estrecha con otro acuerdo o varios acuerdos¹³⁴. Con ocasión, será necesario acudir a la regla del apartado cuarto del artículo 4 del Reglamento Roma I, cuando el contrato estará compuesto por más de un contrato regulado en el apartado primero del mismo artículo, ya que en estos supuestos cuando se trata de los contratos mixtos muchas veces suele ser difícil determinar cual es la prestación característica¹³⁵.

7. Adaptación de los criterios de los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I a los contratos electrónicos internacionales entre empresas B2B.

Para poder aplicar las reglas previstas en los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I debemos tener en cuenta dos aspectos, por un lado, “*la situación física de los servidores*”, ya que dicho lugar del servidor a la hora de determinar el Derecho aplicable a un contrato celebrado entre empresas a través de los medios electrónicos B2B, será irrelevante¹³⁶. Por otro lado, debemos tener en cuenta la posibilidad de la “*sede aparente del prestador característico*”, ya que a menudo, la parte contratante que se considera ser el prestador característico tiene su establecimiento en un Estado determinado, pero en su página web se presenta como si fuera una compañía de otro Estado. Como ejemplo de esta situación, creer pensar que una determinada empresa está

¹³³Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 799.

¹³⁴Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, op. cit. p. 333.

¹³⁵*Ibidem*, p. 334.

¹³⁶Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 888.

establecida en un determinado país podría ser, sufijo del sitio web “It”, página escrita en el idioma lituano y etc., pero en realidad el prestador característico se encuentra establecido en España. En estos supuestos, cuando la persona demandante es la parte contratante que haya contraído el contrato online indicando su “*sede real*” y quiere demandar a la parte contratante que ha indicado su “*sede aparente*”, el demandante tiene la posibilidad de fundar su demanda tanto en la normativa del Estado de la “*sede aparente*” del prestador característico como en la normativa del Estado de la “*sede real*” del prestador característico. Sin embargo, en el caso, cuando el demandante sea el prestador característico, que ha figurado, a la hora de conclusión del contrato, con su “*sede aparente*”, solamente podrá fundar la demanda según el Derecho del Estado de su “*sede aparente*”, sin posibilidad de pretender recurrir a la normativa del Estado de su “*sede real*”¹³⁷.

8. *Determinación casuística del Derecho aplicable a los contratos electrónicos internacionales entre empresas B2B según el artículo 4 apartados 3 y 4 del Reglamento Roma I.*

En el supuesto cuando se puede demostrar de modo evidente que el contrato internacional celebrado a través de Internet entre empresas, presenta los vínculos manifiestamente mas estrechos con un determinado Estado, el acuerdo se regirá por la normativa de dicho Estado. Asimismo, se acoge a la normativa de un determinado Estado que presenta los vínculos más estrechos con el acuerdo y cuando las reglas de los apartados uno y dos del artículo 4 del Reglamento Roma I para la determinación del Derecho aplicable al contrato no proceden. De esta forma, la determinación casuística del Derecho aplicable a los contratos internacionales entre empresas B2B procederá, en primer lugar, cuando no será posible determinar cual es la prestación característica del acuerdo, en segundo lugar, cuando en el momento de conclusión del contrato no se conocerá la sede del prestador, y, por último, cuando en el contrato se prevea que la prestación característica se debe realizar desde dos distintos países¹³⁸.

¹³⁷*Ibidem*, p. 888.

¹³⁸*Ibidem*, p. 888.

V. LÍMITES AL JUEGO DEL DERECHO SELECCIONADO PARA REGULAR EL CONTRATO.

El Reglamento Roma I, presume con un amplio conjunto de límites con respecto al Derecho aplicable al contrato internacional, sin tener en cuenta que esa ley aplicable ha sido elegida por las partes o cuando ha sido determinada en ausencia de elección de Derecho aplicable por las partes contratantes¹³⁹.

1. Orden público del foro.

El primero de los límites que establece el Reglamento Roma I es el previsto en el artículo 21 que trata sobre el orden público internacional¹⁴⁰. Dicho orden público se podría definir “*como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado*”¹⁴¹.

Para que pueda actuar el límite del orden público internacional es necesaria la conexión espacial del asunto con el ordenamiento jurídico del foro, a mayor conexión mayor posibilidad de que se aplique dicho límite¹⁴². Sin embargo procederá valerse del límite de orden público en los supuestos excepcionales y cuando se den unas condiciones. En primer lugar, se trata de una excepción, que podrá ser aplicable en caso cuando se tratará de una contrariedad manifiesta con los principios jurídicos fundamentales¹⁴³. En segundo lugar, se debe dar la condición de territorialidad o el particularismo, ya que se rechazará el Derecho extranjero que es concebido como

¹³⁹Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 506.

¹⁴⁰El art. 21 del Reglamento Roma I prevé que: “*solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”.

¹⁴¹Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., SIXTO SANCHEZ L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Civitas, 2013, p. 156.

¹⁴²*Ibidem*, p. 157.

¹⁴³*Ibidem*, p. 158.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

contrario al orden público del foro¹⁴⁴. En tercer y último lugar, la actualidad del orden público del foro, es decir, para que el Juez del foro pueda apreciar la contrariedad del Derecho extranjero con el orden público del foro debe considerar solamente los valores y principios vigentes en el Derecho del foro en el instante cuando debería deliberar la sentencia¹⁴⁵.

El conjunto de valores y principios esenciales que componen la noción del orden público encuentran su fuente principal en la Constitución, es decir en la norma fundamental del Estado, que implanta las indicaciones jurídicas básicas a las que deben de ajustarse el Derecho extranjero¹⁴⁶.

2. Caracterización de las leyes de policía.

Todos los ordenamientos jurídicos integran un conjunto de disposiciones que manifiestan unas políticas esenciales del país, y que deben ser aplicables inminentemente¹⁴⁷. Por lo tanto, a la hora de elaborar los contratos internacionales en aquellos supuestos, cuando las partes contratantes hayan elegido la normativa aplicable de un Estado que no guarda ninguna vinculación con el acuerdo, se aplicarán las leyes imperativas del aquel país con el que guarda una conexión estrecha el contrato. Dichas normas reciben el nombre de leyes de policía o normas de aplicación necesaria¹⁴⁸.

Las leyes de policía comprenden, un componente estructural, es decir se trata de unas disposiciones de carácter imperativo, otro componente funcional, porque la

¹⁴⁴*Ibidem*, p. 158.

¹⁴⁵*Ibidem*, p. 158.

¹⁴⁶*Ibidem*, p. 158.

¹⁴⁷*Vid.* ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 510.

¹⁴⁸*Vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, pp. 334-335.

función que persiguen las leyes de policía es de regular aquellas circunstancias jurídicas internacionales sin tener en cuenta el Derecho aplicable al contrato, siempre y cuando el contrato guarda una conexión con la normativa del Estado de las leyes de policía que se pretenden aplicar, y un componente material, ya que persiguen proteger el interés público, es decir, el interés político social y económico de un país¹⁴⁹. Es importante subrayar, que las leyes de policía de un determinado país protege, únicamente el interés político social y económico de su país¹⁵⁰.

El artículo 9.1 del Reglamento Roma I define la ley de policía como: “*una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*”¹⁵¹. Por lo tanto, las leyes de policía se caracterizan por su finalidad que buscan, que es la protección de los intereses públicos, ya que serán de aplicación para todo tipo de contratos internacionales, incluso para aquellos, cuando las partes contratantes hayan optado elegir el Derecho aplicable al acuerdo de otro Estado, es decir la ley aplicable al contrato no se tendrá en cuenta, a la hora de sujetarse a las leyes de policía. Esas leyes de policía pretenden que en el mercado económico, social o político no se elaboren los contratos que infringen las prohibiciones de las ventas o prestaciones de servicios previstas por los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados. Para ofrecer mejor explicación en que consisten las leyes de policía es con unos ejemplos, en ocasiones no se podría elaborar un contrato válido de una venta de los animales exóticos, ya que esa venta se considera ilícita. En otras ocasiones, no se podrá elaborar un contrato válido si no se da una autorización previa de una administración pública, o

¹⁴⁹Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 819.

¹⁵⁰*Ibidem*, p. 819.

¹⁵¹Vid. El art. 9.1 del Reglamento Roma I.

cuando serán prohibidas por las normas imperativas unas ciertas cláusulas negociales o incluso podrían ser prohibidas ciertas actividades materiales¹⁵².

3. *Aplicación de las leyes de policía de la lex fori.*

El artículo 9.2 del Reglamento Roma I prevé que “*las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro*”¹⁵³. Dicho precepto se refiere a que tales leyes, cuando proceda, deben ser auténticamente aplicadas¹⁵⁴. De esta manera, sin tener en cuenta la ley del contrato, según la interpretación literal del precepto del Reglamento Roma I, se entiende que el Juez que conoce el asunto litigioso tendrá que aplicar aquellas leyes de policía que pertenecen al ordenamiento jurídico de su Estado¹⁵⁵, ya que estas leyes procede aplicar solamente dentro de su ámbito de aplicación espacial. En caso de España, entre las normas internacionalmente imperativas del foro que deberán de ser aplicadas por el Juez español comprenden las leyes comunitarias que revisten el carácter de directa aplicación, y su aplicación procederá siempre sin tener en cuenta cual es la ley aplicable al fondo del contrato¹⁵⁶.

4. *Derecho imperativo extranjero de la lex contractus.*

Obra de indicación global que reviste el envío al ordenamiento jurídico extranjero es que todas las disposiciones imperativas de la *lex contractus*, así mismo, como aquellas

¹⁵²Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, pp. 336-337.

¹⁵³Vid. El art. 9.2 del Reglamento Roma I.

¹⁵⁴Vid. CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 822.

¹⁵⁵*Ibidem*, p. 822.

¹⁵⁶Vid. FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, pp. 336-337.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

normas de carácter dispositivo que no hayan sido suplidas por el pacto de las partes contratantes, son en principio aplicables siempre y cuando el supuesto de hecho queda incluido dentro del ámbito de aplicación espacial de tales normas y éstas no contradigan a las reglas de control previstas por el Derecho extranjero en la ley del foro¹⁵⁷. Por lo tanto, se entiende que el envío global de todas las leyes imperativas de la *lex contractus* al ordenamiento jurídico extranjero, solamente implica dar efecto a sus leyes de policía, cuando el supuesto de hecho puede ser comprendido dentro del particular ámbito espacial de tales normas, y cuando estas normas no sean desestimadas por las herramientas del control del Derecho extranjero previstas por las leyes del foro, así se deduce del artículo 9.3 del Reglamento Roma I, que admite aplicar la *lex contractus* para “*dar efecto*” a las leyes de policía de otros Estados¹⁵⁸. Por otro lado, en el supuesto cuando las circunstancias que prevé la *lex contractus* para que se realice la forzosa aplicación de las leyes de policía a los contratos que tienen escasa vinculación con el Estado cuyas leyes de policía pretenden ser aplicadas, o en caso, cuando el recurso a las mismas, originaría una consecuencia contradictoria con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, es posible acogerse a la excepción de orden público¹⁵⁹.

5. *Eficacia de las normas imperativas de terceros Estados.*

El artículo 9.3 del Reglamento Roma I prevé la posibilidad de aplicar las leyes de policía de terceros Estados¹⁶⁰, ya que podría suceder que un contrato internacional que se rige por un determinada ley estatal, afecte o dañe los intereses públicos de otro país¹⁶¹. Sin embargo, para que proceda la aplicación de las leyes de policía de un tercer

¹⁵⁷*Ibidem*, pp. 338-339.

¹⁵⁸*Ibidem*, p. 339.

¹⁵⁹*Ibidem*, p. 339.

¹⁶⁰El art. 9.3 del Reglamento Roma I prevé: “*también podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación*”.

¹⁶¹*Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 825.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

Estado deberá de cumplirse una serie de condiciones previstas en el propio artículo 9.3 del Reglamento Roma I¹⁶².

En primer lugar, serán de aplicación aquellas leyes de policía de los terceros Estados, donde las obligaciones del acuerdo tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas¹⁶³, es decir, resultará de aplicación las únicas leyes de policía de un tercer país y que podrá originar efectos jurídicos con respecto a un contrato internacional, aquellas que corresponden al ordenamiento jurídico del Estado de ejecución del contrato¹⁶⁴. La explicación que encuentra dicha condición es que, se entiende que el contrato internacional guarda un estrecha vinculación con el país de ejecución del contrato y cuyas leyes de policía pretenden ser aplicadas, ya que el dicho contrato podría afectar de manera directa el interés público de ese país y por lo tanto se entiende que el Estado tiene derecho legítimo de regular los contratos que se ejecuten en su territorio¹⁶⁵.

En segundo lugar, para que opere la aplicación de las leyes de policía de los terceros Estados será necesario que esas leyes establezcan la ejecución ilegal del acuerdo. Es importante matizar que la palabra “*ilegal*” no quiere decir “*nulo*”, sino que, se refiere que es “*prohibido por la Ley*”¹⁶⁶.

Por otro lado, hay que destacar que no es obligatorio para el Juez que conoce la causa aplicar las normas de policía de terceros Estados, aun en el supuesto cuando las mismas cumplen los dos requisitos exigidos por el artículo 9.3 del Reglamento Roma I para su aplicación. La disposición simplemente concede la posibilidad de hacerlo o no.

¹⁶²*Ibidem*, p. 826.

¹⁶³*Vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 340.

¹⁶⁴*Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.* p. 826.

¹⁶⁵*Vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales...*, *op. it.* p. 340.

¹⁶⁶*Vid.* CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCO GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 14ª ed. Comares, 2013, p. 828.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

El Juez que conoce del asunto para decidir si debe o no aplicar las leyes de policía del tercer Estado deberá observar los criterios de aquellas normas, además se trata de unos criterios previstos expresamente en el artículo 9.3 del Reglamento Roma I. Por un lado, tendrá que observar la naturaleza de esas disposiciones y su objetivo. Ello implica que el Juez del foro aplique las leyes de policía del tercer país cuando con ello se pretende salvaguardar un interés público merecedor de ser protegido por la normativa del Estado del foro. Por otro lado, deberá atender las consecuencias jurídicas que generan aplicación o inaplicación de dichas leyes de policía. Con ello se refiere que el Juez que conoce el litigio aplicará las leyes de policía del tercer Estado que estaban ya vigentes antes de celebración del contrato internacional y que pudo ser conocidas por las partes contratantes¹⁶⁷.

El artículo 9.3 del Reglamento Roma I al prever expresamente “*podrá darse efecto*” se refiere que al Juez del foro se le deja la libertad de decisión, según las circunstancias de cada caso, y según la naturaleza de la norma, si aplicar o no la ley de policía del tercer Estado. Si en un supuesto se observase que dicha ley de policía, pero siempre y cuando no establezca consecuencias directas de aplicación en sentido estricto, se considerará contraria al interés de su propio sistema, no procedería la aplicación de la misma, aunque no siempre sucederá igual, porque en otras ocasiones cuando la naturaleza de la ley de policía sea imperativa procederá su aplicación en sentido estricto¹⁶⁸.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de las leyes de policía, se prevé expresamente en el artículo 9.3 del Reglamento Roma I al decir “*podrá darse efecto*”, que también se da la libertad de decisión al Juez del foro y la facultad de aplicar directamente la sanción prevista expresamente en la ley de policía, o en su defecto, el Juez podrá acudir a las consecuencias jurídicas previstas en la normativa del Derecho aplicable al contrato, considerando las leyes del Derecho extranjero como hecho.

¹⁶⁷*Ibidem*, p. 828.

¹⁶⁸*Vid.* FERNANDEZ ROZAS, J. C., ARENAS GARCIA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2ª ed. Iustel, 2009, p. 343.

6. *Disposiciones que no pueden ser excluidas mediante acuerdo.*

La normativa de distintos países suele integrar un conjunto de leyes de naturaleza variada en sus ordenamientos jurídicos, que agrupan unas disposiciones las cuales no están al alcance de la elección de las partes para excluirlas. El Reglamento Roma I ha tenido en cuenta la existencia de tales disposiciones y, por lo tanto, ha limitado autonomía de la voluntad en respecto. Se tratan de las llamadas disposiciones “*que no pueden excluirse mediante acuerdo*”. El Reglamento Roma I con respecto a estas disposiciones no aporta una definición o el significado de las mismas, solamente apunta en el Preámbulo del Reglamento, que se deben de interpretar de una manera menos rigurosa que las leyes de policía¹⁶⁹.

De esta forma, el Reglamento Roma I, con carácter general determina que en los supuestos cuando todos los elementos que componen el contrato se encuentran ubicados en un único Estado, en el momento de la elección del Derecho aplicable al acuerdo, independientemente si sea un país miembro de la Unión Europea o no, y, la ley elegida sea distinta de aquel país de ubicación de los elementos del contrato el artículo 3.3 del Reglamento Roma I establece que: “*la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*”. Con dicho precepto el Reglamento Roma I, pretende asegurar que con la libertad que tienen las partes contratantes a la hora de elegir el Derecho aplicable al contrato no se cometa el fraude de ley, ya no sólo en los contratos internacionales, sino, incluso en aquellos supuestos cuando se pretende internacionalizar un contrato interno¹⁷⁰.

Por otro lado, cuando los demás elementos del contrato se encuentren ubicados en uno o varios países miembros de la Unión Europea, pero las partes hayan optado por la ley extranjera aplicable al contrato, es decir, el Derecho de un país no miembro, como aquel Derecho que regirá el contrato, en estos casos, se aplicará la normativa del

¹⁶⁹Vid. ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 511.

¹⁷⁰*Ibidem*, p. 511.

Derecho europeo o la normativa del país miembro de foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo¹⁷¹.

VI. CONCLUSIONES

Cada país dispone de sus propias normas que regulan las relaciones jurídicas que surgen entre personas, a su vez, en ocasiones en un mismo Estado pueden convivir varias normativas de carácter estatal con otras de carácter local, regional o supranacional. Por lo tanto, si nos encontramos ante una situación jurídico privada cuando todos sus elementos se encuentran ubicados en un único Estado, estaríamos ante un supuesto jurídico interno, pero una vez que en una relación jurídica aparece un elemento extranjero, ya estamos ante la relación jurídico internacional. Dichas relaciones internacionales, es decir aquellas, que contienen un elemento extranjero presentan la mayor inseguridad jurídica ya que en estas relaciones se cruzan distintos ordenamientos jurídicos, y es ahí donde entra el papel del Derecho Internacional Privado con el objetivo de aportar soluciones a las relaciones jurídicas que surgen en el ámbito transfronterizo, con principales cuestiones jurídicas a resolver como es la competencia judicial internacional o Derecho aplicable.

Con el crecimiento del comercio internacional y la aparición de nuevas tecnologías que facilitan las contrataciones de bienes y servicios entre empresas sin tener en cuenta la ubicación geográfica, el Derecho Internacional Privado Europeo, ha elaborado respectivos Reglamentos, con el fin, de aportar mayor seguridad jurídica posible para dichos intercambios comerciales.

En cuanto el Reglamento Bruselas I, que facilita una serie de reglas para determinar la competencia judicial internacional para los supuestos litigiosos en materia contractual se ha preocupado aportar suficientes foros de competencia judicial internacional para que ninguna obligación incumplida se quede sin justicia. A mi parecer, en primer lugar, el crecimiento del comercio internacional se debe en alguna parte gracias al invento del

¹⁷¹*Ibidem*, p. 511.

Internet, que facilita realizar compra-venta inmediata entre empresas localizadas en diferentes países, pero en el caso de este tipo de contratos cuando se encuentran ante un incumplimiento de la obligación contraída entre alguna de las partes nos debemos remitir a las reglas generales de competencia judicial internacional regulada en el Reglamento Bruselas I, que ha sido redactado por el legislador europeo sin tener en cuenta las contrataciones electrónicas. A mi parecer, los foros previstos en el Reglamento Bruselas I opera mejor cuando se trata de los contratos tradicionales y entiendo que se necesitaría una normativa adaptada a la contratación online entre empresas, ya que sería más precisa y que resolvería todas las posibles dudas que ocasiona dicha materia.

Por un lado, el foro general regulado en el Reglamento Bruselas I, del domicilio del demandado en un Estado miembro, en principio funciona sin complejidad, siempre y cuando una empresa que quiere incoar un procedimiento judicial frente la otra empresa, aquella que se encuentra en la posición del demandado se identifique donde se encuentra su domicilio habitual, ya que en ocasiones las empresas que operan a través de Internet, proporcionan el “*domicilio aparente*” o incluso no dicen nada sobre su localización

Por otro lado, la sumisión expresa, no presenta ninguna peculiaridad en cuanto a los contratos entre empresas concluidos a través de los medios telemáticos.

A su vez, la sumisión tácita, a mi entender, el artículo que lo prevé presenta ciertas confusiones a la hora de no mencionar en el mismo nada sobre el requisito del domicilio habitual en un Estado miembro. En mi opinión, el espíritu del Reglamento Bruselas I es que se trate de aportar remedios para las cuestiones litigiosas en el ámbito europeo, por otro lado, si se exige en la sumisión expresa, que al menos una de las partes contratantes tenga el domicilio habitual en un país miembro, entiendo que por analogía, como requisito mínimo debería de requerirse también en la sumisión tácita.

En cuanto, al foro especial del lugar en que se haya cumplido o deba de cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda, en los supuestos cuando se trata de las obligaciones contraídas online pero que se deben ejecutar offline, no presenta ningún inconveniente y los mecanismos previstos en el Reglamento Bruselas I son

perfectamente aplicables. Donde se suscitan ciertas dudas, es cuando se trata de un contrato internacional entre empresas concluido a través de Internet, pero la obligación consistirá en un bien no tangible. Según el art. 5.1 del Reglamento Bruselas I, se podría interpretar que el lugar de suministro del servicio será el lugar donde se almacena la información, y donde se encuentra ubicado el servidor, pero esta interpretación en mi opinión operará cuando dicho almacén de información tendrá un lugar fijo. Ya que con las tecnologías de nuestros días y la aparición de los ordenadores portátiles, iPADS, un servicio o bien intangible que se ha adquirido a través de Internet y se almacenó en alguno de estos aparatos electrónicos que pueden ser movidos de un lugar a otro, suscita varias dudas a la hora de determinar la competencia judicial internacional y que criterio habrá que tenerlo en cuenta para averiguar el Tribunal competente. En mi opinión, en estos casos lo más conveniente sería acogerse al foro general del domicilio del demandado y no aplicar el art. 5.1 del Reglamento Bruselas I.

En cuanto al Derecho aplicable a los contratos internacionales concluidos online entre empresas B2B, debemos atender las reglas generales del Reglamento Roma I. Dicho Reglamento a la hora de ser elaborado por el legislador europeo tampoco ha tenido en cuenta los contratos que se concluyen a través de Internet entre empresas. Las pautas establecidos en el Reglamento Roma I, autonomía de la voluntad y elección de la ley aplicable, los ocho tipos de contratos en ausencia de la elección, en defecto de elección atender el criterio de la prestación característica, criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos (cláusula de escape) y el criterio de los vínculos más estrechos (cláusula de cierre), en cuanto los contratos B2B sería ventajoso tener una normativa específica para este tipo de contratos, porque aportaría una mayor seguridad jurídica, pero aun así, en mi opinión, las reglas del Reglamento Roma I operará sin importantes inconvenientes. Por lo tanto, las pautas recogidas en el dicho Reglamento a la hora de determinar el Derecho aplicable a la contratación online entre empresas, se pueden llevar en la práctica siempre y cuando las empresas no hayan facilitado su “*sede aparente*” en el caso del prestador característico. Y en cuanto las cláusulas de escape y cierre procederán en los supuestos cuando no se podrá identificar cual es la prestación característica de contrato B2B, o si en el momento de concluir el contrato B2B, se desconocerá el domicilio de la sede de la empresa o en caso cuando el contrato B2B

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

incluya varias prestaciones características que se deben ejecutar desde dos diferentes Estados.

ANEXO: JURISPRUDENCIA

-Sentencia del TJUE de 20 de febrero de 1997, As C-106/95, MSG y Les Gravières Rhenanes.

-Sentencia del TJUE de 24 de junio de 1981, As C-150/80, Elefantén.

-Sentencia del TJUE de 28 de septiembre de 1999, As C-440/97, GIE Groupe Concorde y otros.

-Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1998, As C-51/97, R union Européenne y otros.

-Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1976, As C-14/76, De Bloos y Bouyer.

-Sentencia del TJUE de 26 de mayo de 1982, As C-133/81, Ivenel y Schwah.

-Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 1997, As C-420/97, Leathertex.

-Sentencia del TJUE de 3 de mayo de 2007, As C-386/05, Color Drack.

-Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2009, As C-533/07, Falco Privatstiftung y Rabitsch.

-Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1976, As C-12/76, Tessili.

-Sentencia del TJUE de 17 de enero de 1980, As C-56/79, Zelger y Salinitri.

-Sentencia del TJUE de 15 de enero de 1987, As C-266/85, Shenavai.

-Sentencia del TJUE de 29 de junio de 1994, As C-288/92, Custom Made Commercial y Stawa.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

BIBLIOGRAFÍA

- Directiva (CE) núm. 39/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a los mercados de instrumentos financieros.
- Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I).
- Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I).
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico 1996, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.
- Calvo Caravaca, A. L., y Carrasco González, J., “Curso de Contratación Internacional”, 2ª ed. Madrid: Colex, 2006, pp. 27-29 y pp. 676-681.
- Calvo Caravaca, A. L., y Carrasco González, J., “Derecho Internacional Privado”, 14ª ed. Granada: Comares, 2013, pp. 791-799, pp. 819-828, y pp. 881-888.
- Espulgues Mota, C., y Iglesias Buhigues, J. L., “Derecho Internacional Privado”, 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 492-511.
- Fernández Burgueño, P., “La contratación electrónica en el ordenamiento jurídico español”, p. 1. Disponible en: <http://www.pabloburgueno.com/2010/06/la-contratacion-electronica-en-el-ordenamiento-juridico-espanol/>.
- Fernández Masía, E., “Cláusulas de Sumisión en Contratos Electrónicos Internacionales”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, núm. 5, 2002, pp. 1-13. Disponible en: <http://www.reei.org>.
- Fernández Rozas, J. C., Arenas García, R. y De Miguel Asensio, P. A., “Derecho de los Negocios Internacionales”, 2ª ed. Madrid: Iustel, 2009, pp. 317-343.

Contratación online entre empresas en el marco internacional. Competencia judicial y la ley aplicable.

-Fernández Rozas, J. C., Arenas García, R. y De Miguel Asensio, P. A., “Derecho de los Negocios Internacionales”, 3ª ed. Madrid: Iustel, 2011, pp. 550-551.

-Fernández Rozas, J. C., y Sixto Sánchez, L., “Derecho Internacional Privado”, 7ª ed. Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2013, pp. 156-158, pp. 546-547, pp. 558-559. p. 563 y p. 577.

-Hernández Rodríguez, A., “Derecho Internacional Privado”, Lección 4ª. Competencia judicial internacional. Regulación por instrumentos internacionales, p. 31. Disponible en: <http://ocw.unican.es/ciencias-sociales-y-juridicas/derecho-internacional-privado/materiales/Leccion%204.pdf>

-Ortiz Vidal, Mª. D., “Contratos Electrónicos Internacionales B2C y protección del pequeño empresario”, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, núm. 1, 2014, p.1, disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>

-Disponible en: <http://www.cea.es/upload/ebusiness/modelos.pdf>.

-Disponible en: <http://www.mastermagazine.info/termino/3984.php>.

-Disponible en: http://ocw.unia.es/ciencias-juridicas-y-derecho/contratacion-internacional-ley-aplicable-a-las/materiales-tema-2/skinless_view