

NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE JURISDICCION Y LEY APLICABLE A LA LUZ DE LA LEY 3/2014 POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

NULLITY OF JURISDICTION AND APPLICABLE LAW CLAUSES CONCERNING TO THE LAW 3/2014 FOR AMENDING THE REVISED TEXT OF THE GENERAL LAW FOR THE PROTECTION OF CONSUMERS AND USERS

Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor*

Sumario: I. PLANTEAMIENTO II. INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO Y LEY EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL III. VALIDEZ MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO Y LEY: LA LEY 3/2014, DE 27 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS IV. APRECIACIÓN DE OFICIO POR EL JUEZ NACIONAL DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS V. DOS EJEMPLOS DE NULIDAD DE CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE: EL CASO COSTA CRUCEROS Y CASO RYANAIR VI. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN: El presente estudio trata de reflexionar sobre la eficacia de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable insertas en las condiciones generales de los contratos internacionales de consumo. La incorporación al contrato de dichas cláusulas viene avalada por la autonomía de la voluntad, regulada a su vez en las principales fuentes de Derecho europeo, que fijan las condiciones de admisibilidad de las mismas. Sin embargo, la eficacia de estas cláusulas se ve condicionada por lo dispuesto en la normativa sobre condiciones generales de la contratación, en concreto por entender que dichas cláusulas se pueden entender abusivas y por tanto nulas de pleno derecho. La aplicación de lo dispuesto en la Ley 3/2014, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, implica dejar prácticamente inoperativo el juego de la autonomía de la voluntad previsto en las fuentes de Derecho europeo.

Fecha de recepción del original: 9 de marzo de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 3 de junio de 2015.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de las Islas Baleares. Correo electrónico: silvia.feliu@uib.es

ABSTRACT: This paper tries to reflect on the efficiency of the clauses of jurisdiction and applicable law embedded in the general conditions of the international consumer contracts. Incorporating the contract of such clauses is supported by the autonomy of the will, regulated in turn in the principal sources of European Law that fix the conditions of admissibility of the same ones. However, the efficiency of these clauses is conditioned by the provisions of the regulations on general conditions of contract, in particular to understand that such clauses are considered unfair and therefore null. The application of the provisions of Law 3/2014 for amending the revised text of the General Law for the protection of consumers and users, implies making practically inoperative the game of the autonomy of the will foreseen in the sources of European Law.

PALABRAS CLAVE: Contratación internacional; Cláusulas de jurisdicción y ley aplicable; Condiciones generales de la contratación; Cláusulas abusivas.

KEY WORDS: International Contracts; Jurisdiction and applicable law clause; Contractual term; Unfair terms.

I. PLANTEAMIENTO

La contratación en masa obliga al profesional a hacer uso de cláusulas que predeterminan la competencia judicial internacional de los tribunales, así como el ordenamiento jurídico que rige el contrato. El profesional “se cura en salud” evitando con ello tener que litigar en países distintos a los que, como norma general, se corresponden con el país donde el profesional tiene su sede central. A su vez, el profesional somete los contratos que se derivan de su actividad profesional al ordenamiento jurídico del mismo país, esto es, el país donde el profesional tiene su sede central. Teniendo, por tanto, en cuenta que la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos internacionales de consumo es del todo común (el sector de los contratos de transporte aéreo así como el de viajes combinados son un claro ejemplo de ello, especialmente en el caso de contratación *on line*), cabe cuestionarse en qué medida dichas cláusulas son eficaces en el ámbito de la contratación internacional. Aun a riesgo de soslayar temas sugerentes como la existencia de acuerdos de jurisdicción y ley aplicable a margen de las condiciones generales de la contratación, el objeto de estudio se centra en inclusión de tales cláusulas como condición general del contrato¹.

La autonomía de la voluntad, como principal fuente del Derecho de obligaciones, tiene un papel fundamental en el ámbito de la contratación internacional. En virtud de la misma, las partes de una relación jurídica pueden convenir el tribunal que ostenta la potestad jurisdiccional para dirimir controversias, surgidas o que puedan surgir, relacionadas con el contrato, así como el ordenamiento jurídico que debe regir el mismo, lo cual supone, como punto de partida, un abanico de ventajas para las partes que celebran un contrato internacional, entre ellas, la seguridad jurídica de conocer de antemano ante qué tribunales pueden someter sus controversias las partes, así como el

¹ El TRLGDCU prevé la posibilidad de que una cláusula abusiva no sea condición general, lo cual sucederá en el caso de un contrato de adhesión (esto es, predispuesto por la parte fuerte de la relación) particular (es decir que no aparece en una pluralidad de contratos).

ordenamiento jurídico que determina sus derechos y obligaciones contractuales. En concreto, este estudio se centra en el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil² - en adelante Reglamento Bruselas I bis-, así como en el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales³ -en adelante Reglamento Roma I-, por ser éstos los instrumentos europeos de referencia en materia de cláusulas de elección de foro y ley aplicable, respectivamente⁴. Ahora bien, la eficacia de dichas cláusulas vendrá determinada en función de lo dispuesto en la normativa sobre condiciones generales de la contratación, en concreto por considerar dichas cláusulas abusivas y en consecuencia, nulas de pleno derecho. Siendo así, merece especial atención el artículo 67, apartado segundo, del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo⁵, -en adelante Ley 3/2014-, por cuanto delimita el ámbito de aplicación espacial de las normas protectoras frente a las cláusulas abusivas. Un estudio pormenorizado del texto actual demuestra la exorbitancia de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, contenidas en los artículos 82 a 91 del actual TRLGDCU, que dejan prácticamente inoperativa la autonomía de la voluntad prevista en las principales fuentes de Derecho europeo objeto de este estudio y, en consecuencia, limitan la eficacia de tales cláusulas insertas en las condiciones generales de los contratos.

² DOCE L núm. 351 de 20 de diciembre de 2012. Este Reglamento entró en vigor el 10 de enero de 2015 y sustituye al Reglamento (CE) 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 (DOCE L 012, de 16-I-2001). Véase art. 66: “1. Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales a partir de esa fecha, y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir de dicha fecha. 2. No obstante lo dispuesto en el artículo 80, el Reglamento (CE) n o 44/2001 continuará aplicándose a las resoluciones dictadas a raíz de acciones judiciales ejercitadas antes del 10 de enero de 2015, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales antes de dicha fecha y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes de dicha fecha, que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento”.

³ DOCE L 177, de 4-VII-2008.

⁴ Este estudio se centra en el Reglamento Bruselas I bis y Reglamento Roma I, sin olvidar que existen otros instrumentos europeos que regulan también dichas cláusulas, así como iniciativas legislativas en marcha que, a buen seguro, deberán ser tenidas en cuenta en el estudio de las cláusulas de jurisdicción y ley en la contratación internacional. Tales como la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) y el Convenio de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. Sobre las mismas, véase EBERS, M., “El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional”, *InDret*, 2012-1; VALPUESTA GASTAMINZA, E. “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *CDT*, 2013-1, pp. 199-216; ESTEBAN DE LA ROSA, F. “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *InDret*, 2013-1; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “Consumer Protection from a Conflict-of-Laws Perspective: the Rome I Regulation Approach”, en FORNER DELAYGUA J.J.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., Y VIÑAS I FARRÉ, R., (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 445 ss.

⁵ BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

Sirva como ejemplo la reciente jurisprudencia dictada sobre la materia, la cual marca la dirección del alcance de dichas cláusulas en los contratos internacionales de consumo insertas en las condiciones generales de la contratación. Se trata de dos importantes sentencias en las que existen pronunciamientos relevantes en materia de cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable contenidas en las condiciones de venta en línea de las compañías transportistas: la sentencia nº 42/12 del Juzgado Mercantil nº1 de Madrid, de 23 de octubre⁶, así como la sentencia nº 113/13 del Juzgado Mercantil nº5 de Madrid, de 30 de septiembre⁷. En ambas se determina el carácter abusivo de diversas condiciones generales utilizadas por las compañías Costa Cruceros y Ryanair, respectivamente, de entre las que destacan las cláusulas de elección de jurisdicción y de ley aplicable al contrato.

Siendo así, el tratamiento que merecen dichas cláusulas y en especial, los criterios para su calificación como abusivas, y en consecuencia, nulas, centra el objeto de este trabajo.

II. INCORPORACIÓN DE LAS CLÁUSULAS SOBRE JURISDICCIÓN Y LEY EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

Los acuerdos sobre jurisdicción y ley aplicable en la contratación internacional encuentran su respaldo legal en las principales fuentes de Derecho europeo. Como consecuencia de la autonomía de la voluntad, la incorporación del acuerdo en el contrato vendrá determinada por lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I bis/ Reglamento Roma I, respectivamente. En el caso de que las dichas cláusulas se encuentren contenidas en las condiciones generales del contrato, será preciso atender también a lo dispuesto en la Ley 3/2014, en materia de condiciones generales de la contratación, lo cual implica un añadido de exigencias concretas en aras a equilibrar la merma de autonomía de la voluntad del consumidor, considerado como la parte jurídicamente débil del contrato. Ciertamente, los presupuestos de libertad de elección de la parte contratante, libertad de negociación y elaboración del contrato, así como libertad de conclusión del mismo no concurren en los contratos sometidos a condiciones generales, donde la utilización de las mismas indica una preimposición unilateral que afecta a las libertades de negociación, de ahí que en dicho contexto se hable de una autonomía de la voluntad *limitada*, bien por normas materiales imperativas del foro, de un tercer Estado o por el propio orden público del foro⁸. Tal es el caso que nos ocupa, como más adelante se verá.

⁶ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid nº 42/12 de 23 de octubre de 2012, *ROJ*: SJM M 73/2012.

⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid nº 113/13 de 30 de septiembre de 2013, *ROJ*: SJM M 380/2013.

⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales en la contratación internacional*, cit., pp. 25-26; FERACI, O., “L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2013-2, pp. 424-491 ; GÓMEZ POMA. F. / GANUZA, J.J., “The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis”, *InDret*, núm. 2014-1.

1. Cláusulas sobre jurisdicción en contratos celebrados por consumidores (Reglamento Bruselas I bis)

La naturaleza jurídica de los acuerdos de jurisdicción ha sido objeto de discusión doctrinal desde hace mucho tiempo, tratando de determinar si se trata de un contrato de naturaleza material o procesal, o incluso una especie intermedia⁹. A nuestro entender, un análisis desde la perspectiva del Derecho Procesal Civil Internacional debe fragmentar los diferentes aspectos que integran el acuerdo. De este modo, a sus aspectos puramente procesales (admisibilidad, forma y efectos) les será de aplicación la *lex fori*. Por otro lado, las cuestiones civiles, como la existencia y validez del acuerdo se regirán por el ordenamiento jurídico designado por las normas de conflicto en materia de obligaciones contractuales¹⁰.

Siendo así, nuestro análisis se centra, por un lado en la articulación de los aspectos puramente procesales relativos a los acuerdos atributivos de jurisdicción como son la *admisibilidad, forma y efectos*, que se regulan en el Reglamento Bruselas I. Por otro lado, se analizarán las cuestiones civiles como la *existencia y validez material* de los acuerdos contenidos en las cláusulas generales del contrato. Tal y como se expresa en el Reglamento Bruselas I, para determinar si un acuerdo atributivo de competencia en favor de un órgano jurisdiccional determinado de un Estado miembro o de sus órganos jurisdiccionales en general es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material debe decidirse con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales designados en el acuerdo, incluidas las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro¹¹, de ahí que nuestro estudio se centre en las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma I y su relación con el TRLGDCU, el cual determinará si dicho acuerdo atributivo de jurisdicción es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material, por considerar que se trata de una cláusula abusiva.

En consecuencia, la primera cuestión que se debe esclarecer es la *admisibilidad* de cláusulas de este tipo, esto es, determinar si las partes podían concluirlo, cuestión de la

⁹ Véase GARAU SOBRINO, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, N°2, pp. 52-91, siguiendo a HAUSMANN, A R., “Gerichtsstandsvereinbarungen”, NM 2090 y 2091; ID., “Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?”, en PFISTER B., WILL M.R. (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, pp. 360-364; MARTINY, D. “vor Artikel 27”, en REBMANN, K., SÄCKER F.J. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 7 (EGBGB), 2ª ed., München, C.H. Beck, 1990 [cit. D. MARTINY, “vor Artikel 27”], NM 50. En España, PELÁEZ DEL ROSAL, M. *La competencia territorial en el proceso civil. El acuerdo de sumisión expresa*, Barcelona, 1974, pp. 167 ss; CALVO CARAVACA, A. L., *La sentencia extranjera*, pp. 74 ss.; QUIÑONES ESCAMEZ A., “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado”, *R.J. Catalunya.*, 1987, pp. 660 ss.

¹⁰ Siguiendo a GARAU SOBRINO, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *cit.*, pp. 55-56.

¹¹ Véase considerando núm. 20.

que se ocupa la ley del foro¹². El Reglamento Bruselas I bis contiene la regulación sustantiva sobre la admisibilidad de tales acuerdos atributivos de jurisdicción, así como lo relativo a su forma y efectos. En concreto, la sección 4ª del Capítulo II del Reglamento Bruselas I bis contiene una regulación específica sobre la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores, aplicable cuando se cumplan las condiciones descritas en el propio artículo 17¹³. Los foros del artículo 18 únicamente pueden ser alterados mediante un acuerdo de jurisdicción que reúna las *condiciones de admisibilidad* que establece el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis. Todas aquellas cuestiones concernientes a los acuerdos atributivos de jurisdicción no contempladas en el artículo 19 se regirán por lo dispuesto con carácter general en los artículos 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis, como puede ser el caso de los requisitos formales del acuerdo.

El artículo 19 Reglamento Bruselas I bis fija las *condiciones de admisibilidad* de las cláusulas de elección de foro cuando nos situamos ante contratos celebrados por consumidores, regulados en la sección 4ª del Capítulo II. Se trata de condiciones adicionales que persiguen la protección del consumidor, considerada la parte jurídicamente débil del contrato, las cuales no son exigibles en la contratación entre partes jurídicamente iguales. Conforme establece el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis, los acuerdos atributivos de competencia deben ser posteriores al nacimiento del litigio; o que permitan al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la misma sección o bien que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan la competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, siempre que la ley de éste no prohibiere tales acuerdos¹⁴.

¹² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, 1992, pp. 78 y ss.; GARAU SOBRINO, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *cit.*, pp. 55-56.

¹³ El artículo 17 precisa la noción de consumidor y de contrato de consumo: «1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio en lo dispuesto en el artículo 6 y en el artículo 7, punto 5:a) cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías ;b)cuando se tratare de una préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; o c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades».

2. Cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado.

3. La presente sección no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento.»

¹⁴ Para un análisis *in extenso* de tales condiciones, véase. CARRILLO POZO L.-F., «Artículo 14» en CALVO CARAVACA, A.-L., (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995, p. 289-304; A.-L. CALVO CARAVACA, «Artículo 17», en CALVO CARAVACA, A.-L., (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, *cit.*, p. 351-364; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “Las cláusulas de elección de foro: fallos de mercado y abusos del derecho”, *REDI*, 1998, vol. L. núm. 2, pp. 103-119; ARENAS

A tales condiciones de fondo se les deben sumar condiciones de *forma*, las cuales se regirán por lo dispuesto, con carácter general, en los artículos 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis, tales como que el acuerdo atributivo de jurisdicción se manifieste de forma expresa o tácita (ésta última se produce cuando el demandante presenta una demanda ante un determinado tribunal y el demandado comparece, siempre que dicha comparecencia no tenga por objeto impugnar la competencia judicial internacional). Una cláusula sobre jurisdicción contenida en las condiciones generales del contrato quedaría relegada en el caso de que se produjera una sumisión tácita¹⁵. Por otro lado, se exige que el acuerdo que se haya celebrado por escrito o verbalmente con confirmación escrita (art. 25 Reglamento Bruselas I bis)¹⁶. Dichos acuerdos pueden designar, además de la competencia judicial internacional, la competencia territorial de los tribunales o bien solamente la territorial, quedando implícita la internacional.

Si el acuerdo sobre jurisdicción respeta las exigencias antes descritas, desplegará los *efectos* establecidos en el propio Reglamento Bruselas I bis. Entre ellas, la creación de una competencia exclusiva, salvo pacto en contrario de las partes. De no respetarse dichas exigencias, el convenio atributivo de jurisdicción no produciría efectos¹⁷, por lo que la competencia judicial recaería en los órganos judiciales designados por el artículo 18 Reglamento Bruselas I bis. Esto es, en caso de que el consumidor actúe como parte demandante tendrá la posibilidad de interponer la demanda *ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor*. En éste último caso, además de la

GARCÍA, R., “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *Estudios sobre Consumo* 85(2008), pp. 45-60. GARAU SOBRINO, F.F., *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, 2008, pp. 95-98; GARAU SOBRINO, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, N°2, pp. 52-91.

¹⁵ La aplicación del foro de la sumisión tácita a los contratos internacionales de consumo ha sido una cuestión controvertida. El TJUE zanjó el problema mediante la sentencia de 20 mayo 2010, asunto C-111/09 (*Michael Bilas*), admitiendo la aplicabilidad del art. 24 Reglamento Bruselas I (ahora art. 26 Reglamento Bruselas I bis) al contrato internacional de seguro, interpretación que se hace extensible a los contratos de consumo y de trabajo. Véase en este sentido, CALVO CARAVACA A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 20 de mayo 2010 (*Bilas*: asunto C-111/09): La sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, n°2, pp. 236-241. El TJUE, por otro lado, dejó clara la prevalencia de la sumisión tácita frente a la sumisión expresa. Véase en este sentido: sentencia de 24 junio 1981, asunto 150/80, *Elefanten Schuh*, p. 1671, aps. 8 ss. Igualmente, sentencia de 7 marzo 1985, asunto 48/84, *Spitzley*, p. 787, aps. 24 ss; Sentencia de 9 diciembre 2003, asunto C-116/02, *Gasser*, p. 14693, ap. 49.

¹⁶ El TJUE se ha pronunciado sobre la técnica de aceptación, mediante un «clic», de las condiciones generales de un contrato de compraventa celebrado por medios electrónicos, que contienen una cláusula atributiva de competencia. El Tribunal entiende que constituye una transmisión por medios electrónicos que permita registrar de forma duradera dicha cláusula, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato. Véase la sentencia de 21 de mayo de 2015, asunto C-322/14, *Jaouad El Majdoub c. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*. Sobre los requisitos de forma de los acuerdos, véase *in extenso*, GARAU SOBRINO, F.F., “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho Procesal Civil Internacional español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, N°2, pp. 65-67.

¹⁷ Véase *in extenso*, GARAU SOBRINO, F.F., *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, *cit.*, pp. 95-98.

competencia judicial internacional, se atribuye la competencia judicial territorial (*tribunal del lugar*). Cuando el consumidor sea la parte demandada, *sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor*.

Una vez descritos los aspectos procesales relativos a los acuerdos atributivos de jurisdicción como son la *admisibilidad, forma y efectos*, que se regulan en el Reglamento Bruselas I bis, resta por analizar las cuestiones civiles como la *existencia y validez material* de los acuerdos de jurisdicción, contenidos en las cláusulas generales del contrato, cuestión que se tratará en el epígrafe III (Validez material de las cláusulas de elección de foro y ley).

2. Cláusulas sobre ley aplicable en contratos celebrados por consumidores (Reglamento Roma I)

En cierta manera, se puede establecer un paralelismo entre lo descrito anteriormente en relación a los acuerdos sobre jurisdicción con las cláusulas sobre ley aplicable en contratos celebrados por consumidores, puesto que del Reglamento Roma I se desprenden los criterios de admisibilidad de tales cláusulas, así como las condiciones de forma que deben reunir dichos acuerdos para que los mismos surtan efectos.

El Reglamento Roma I contiene una norma de conflicto específica en materia de contratos de consumo, aplicable cuando se cumplan las condiciones descritas en el propio artículo 6¹⁸. Así, los contratos de consumo se regirán, en primer lugar, por la *ley elegida* por las partes, siempre que la ley elegida no prive al consumidor de la protección que le aseguren las *disposiciones imperativas* de la *ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual*. En este sentido, entendemos que el respeto a la protección dispensada por las disposiciones imperativas de la ley del país de residencia del consumidor es una condición de *admisibilidad* de dicho acuerdo. Las normas imperativas de un Estado en Derecho de obligaciones son reglas que traducen las ideas que un determinado legislador se hace acerca de la naturaleza de una institución, o de lo que entiende que es la aplicación de la idea de justicia a una determinada relación en la que hay intereses contrapuestos¹⁹. Dichas disposiciones no

¹⁸ El apartado 1 del artículo 6 precisa la noción de consumidor y de contrato de consumo: «1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades».

¹⁹ El origen jurisprudencial de dicho precepto se encuentra en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 23 de noviembre de 1999, Asuntos acumulados C-369/96 y C-376/99, *Arblade*, p. I-8453, en relación al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Para un análisis *in extenso* de las normas imperativas, véase GUARDANS CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, 1992, pp. 309 y ss; JACQUET, J.M.: “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *AEDIPr*, 2010, pp. 35-48; MIQUEL SALA, R.: “El fracaso de la elección del Derecho a la luz del Reglamento Roma I y de las

pueden ser eludidas por las partes, ni siquiera en el caso de que se trate de un contrato regido por un Derecho extranjero. Por ello, en la contratación con participación de consumidores deben ser respetadas, por lo que el régimen jurídico del contrato internacional será el resultado de combinar la ley del contrato elegida válidamente por las partes con las normas imperativas aplicables en aspectos concretos del ordenamiento jurídico del Estado donde el consumidor resida habitualmente. Dicha exigencia conlleva la necesidad de comparar entre la protección que dispensa al consumidor la ley elegida por las partes y la protección que otorga al mismo la ley del Estado donde el consumidor disponga de su residencia habitual y optar por la aplicación de las disposiciones que otorguen mayor grado de protección al consumidor, lo que puede resultar ciertamente complejo e imprevisible tanto para el profesional como para el consumidor. A ello se une que la identificación de las «disposiciones imperativas» de la ley de la residencia habitual del consumidor no siempre resulta una tarea sencilla²⁰.

Cabe mencionar que el juego de la autonomía de la voluntad ha pasado por momentos de crisis ya superados. Así, el proceso de revisión del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980²¹ -en adelante, CR- para su transformación en Reglamento comunitario dejó constancia del debate existente en torno a la autonomía de la voluntad, concretamente en materia de contratos de consumo. Hasta el momento la autonomía de la voluntad había sido el eje principal del CR de tal forma que los contratantes podían designar en virtud de qué ordenamiento jurídico se regía su contrato, ya fuera un contrato celebrado entre partes jurídicamente iguales (art. 3 CR), o bien de contratos celebrados por los consumidores (art. 5 CR). La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, (Roma I)²² -en adelante, Propuesta Roma I-, si bien mantenía la autonomía de la voluntad como eje principal del sistema, planteaba importantes modificaciones de la *norma específica* referida a los contratos celebrados por los consumidores (art. 5 CR), que afectaban muy especialmente a la autonomía de la voluntad. Así, se propuso una nueva norma de conflicto, sencilla y previsible para los contratos de consumo, que consistía en la única aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, eliminando la posibilidad de que las partes eligieran la ley aplicable a su contrato²³. La propuesta restrictiva no prosperó, de tal forma que el

libertades fundamentales”, *AEDIPr*, 2010, pp. 121–154; AGUILAR GRIEDER, H., “La intervención de las «leyes de policía» como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial: un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, nº 8234, Sección Doctrina, de 22 de enero de 2014

²⁰ Así lo afirma LAGARDE, P., *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1980, p. 287. Además, en caso de litigio, esta solución compleja implica costes de procedimiento suplementarios, en absoluto justificados por la cuantía, a menudo, escasa del contencioso de consumo. Véase en este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización». COM (2002) 654 final.

²¹ *BOE* núm. 171, de julio de 1993; corr. de errores, *BOE* núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

²² *Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, Bruselas, 15.12.2005, COM (2005) 650 final.

²³ *Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, p.6. La Propuesta de Reglamento Roma I dejaba constancia de las

Reglamento Roma I entiende la libertad de las partes de elegir la ley aplicable como una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales. Siendo así, para los contratos de consumo el art. 6 Reglamento Roma I se mantiene en la misma línea que el art. 5 CR, esto es, contempla la posibilidad de que las partes determinen en virtud de qué ordenamiento jurídico se rige su contrato, si bien la ley elegida no debe privar al consumidor de la protección que le dispensan las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual. La autonomía conflictual concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho y es el punto de partida del Reglamento Roma I, entendido como un principio general de conexión, fundamental en el Derecho de los contratos internacionales²⁴.

Por lo que a los requisitos de *forma* se refiere, el propio artículo 6, apartado segundo, del Reglamento Roma I remite a lo dispuesto en el artículo 3, que se refiere a la libertad de elección de ley. Entre ellos, se exige que el acuerdo sea expreso o bien que resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso; que se trate de una elección de ley aplicable a la totalidad del contrato o solamente a una parte del mismo. A su vez, se deben añadir los requisitos contemplados en el artículo 11, apartado cuarto, el cual determina que, en relación a los contratos de consumo, la forma de los contratos se regirá por la *ley del país en que tenga su residencia habitual el consumidor*.

Si el acuerdo sobre ley aplicable respeta las exigencias antes descritas, desplegará los efectos establecidos en el propio Reglamento Roma I. Entre ellos, la consecuencia jurídica de que el contrato queda sometido a la ley elegida por las partes, de tal forma que prevalece dicho acuerdo sobre la aplicación de la *ley del país de la residencia habitual del consumidor*, establecida en el apartado 1 del artículo 6 Reglamento Roma I.

Tema distinto sería que el contrato no cumpliera con la definición de contrato de consumo, tal y como viene descrito en los apartados a) y b) del apartado 1 del artículo 6 Reglamento Roma I, en cuyo caso la ley aplicable al contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4, que determinan la

posibles soluciones barajadas en materia de contratos de consumo: la aplicación íntegra de la ley del profesional o la aplicación íntegra de la ley de la residencia habitual del consumidor. Sin embargo, se alegó que solamente la última era compatible con el alto nivel de protección del consumidor exigido por el Tratado. Esta solución parecía también equitativa habida cuenta de la realidad económica: mientras que un consumidor solo efectúa compras transfronterizas ocasionalmente, la mayoría de los profesionales que practican el comercio transfronterizo pueden repartir los costes vinculados al estudio de otro Derecho entre un gran número de operaciones. En la práctica esta solución no modificaba esencialmente la situación del profesional para el que la dificultad en la concepción de sus contratos tipo reside precisamente en el cumplimiento de las disposiciones imperativas del Derecho de consumo.

²⁴ MANKOWSKI, P., "Consumer contracts under Article 6 of the Rome Regulation" en CASHIN RITAINE/A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*. Zurich, 2008, pp. 121-161; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?", *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*. Madrid, 2009; LEIBLE, S., "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, N°1, pp. 214-233.

libertad de elección de ley, así como la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual (en el caso de un contrato de compraventa de mercaderías); o la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual (en el caso de un contrato de prestación de servicios), entre otros supuestos.

III. VALIDEZ MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO Y LEY: LA LEY 3/2014 LEY 3/2014, DE 27 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Una vez analizadas las cuestiones relativas a la admisibilidad de las cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable; los requisitos de forma, así como los efectos que las mismas producen, conforme a lo establecido en el Reglamento Bruselas I bis y Reglamento Roma I, respectivamente, resta analizar la *validez material* de tales acuerdos contenidos en las cláusulas generales del contrato. La eficacia de las mismas podría verse condicionada por lo dispuesto en la normativa sobre condiciones generales de la contratación, en concreto por entender que dichas cláusulas, en el marco de contratación internacional de consumo, se entienden abusivas y por tanto nulas de pleno derecho.

El marco legal de las condiciones generales de la contratación ha sufrido en los últimos años diversas modificaciones, consecuencia de la política europea encaminada a la protección del consumidor, pero también de la jurisprudencia marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión europea, que se ha pronunciado sobre la materia, provocando cambios legislativos, como posteriormente se verá. La normativa que regula las condiciones generales de contratación se encuentra armonizada en el ámbito europeo por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores²⁵, recientemente modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores²⁶ -en adelante, Directiva 2011/83/UE-²⁷.

²⁵ *DOUE L* 095, de 21 de abril de 1993.

²⁶ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE L* 304/64, de 22 de noviembre de 2011.

²⁷ Si bien la Directiva 2011/83/UE únicamente ha incorporado un artículo nuevo (artículo 8 bis), el cual establece la obligatoriedad a los Estados miembros de informar sobre la adopción de disposiciones que se refieran al carácter abusivo de cláusulas contractuales. Véase el artículo 32 de la Directiva 2011/83/UE que inserta en la Directiva 93/13/CEE el siguiente artículo 8 bis: «1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones: — hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, o — contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas. 2. La Comisión se asegurará de que la información a que se refiere el apartado 1 sea fácilmente accesible para los consumidores y los comerciantes, entre otros medios, a través de un sitio web específico. 3. La Comisión transmitirá la información a que se refiere el apartado 1 a los demás Estados miembros y al

El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas²⁸.

En España, el 29 de marzo de 2014, entró en vigor la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁹ -en adelante Ley 3/2014-, resultado de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/83/UE. En consecuencia, mediante la Ley 3/2014 se procede a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre³⁰, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE. Téngase en cuenta que a su vez, el TRLGDCU procedió a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que incidían en los aspectos regulados en ella, en cumplimiento de la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

La Directiva 2011/83/UE marcaba algunas modificaciones en materia de contratación internacional de consumo, que se han visto plasmadas en la Ley 3/2014. Cabe advertir que dicha ley se inspira en el principio de mínima reforma, por lo que no supone un cambio drástico de la normativa existente hasta el momento. De las modificaciones importantes que presenta la Ley 3/2014 interesa destacar las definiciones armonizadas sobre consumidor y usuario (engloba a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial)³¹. A su vez se armoniza el concepto de empresario (toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión)³². Destaca también las modificaciones relacionadas con la información precontractual al consumidor y usuario y los requisitos formales de los contratos a distancia y de los

Parlamento Europeo. La Comisión consultará a las partes interesadas por lo que respecta a dicha información».

²⁸ Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 y C-244/98, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, ap. 25; sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro*, ap. 25; sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ap. 29 y sentencia de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito SA contra Joaquín Calderón Camino*, ap. 39.

²⁹ BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

³⁰ BOE núm. 287 de 30 de noviembre de 2007.

³¹ Véase el artículo 3 Ley 3/2014.

³² Véase el artículo 4 Ley 3/2014.

celebrados fuera del establecimiento. Cabe destacar también que la ley procede a modificar las definiciones de contratos celebrados a distancia así como los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y los regula conjuntamente, así como las disposiciones generales que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores y usuarios, como son la entrega del bien comprados, entre otros. Por otro lado, la Ley 3/2014 modifica además, mediante disposición adicional, el artículo 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, para resolver, con ello, la contradicción que existía entre la normativa en materia de consumo y la procesal sobre las entidades que deben considerarse legitimadas para interponer una acción de cesación y, a su vez, atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios.

Por lo que al objeto del presente estudio se refiere, esto es, la nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable, insertas en las condiciones generales del contrato, interesa destacar la reforma del artículo 67 del TRLGDCU (normas de Derecho Internacional Privado) por varios motivos. El primero de ellos, y el más significativo, porque la Ley 3/2014 ha introducido un apartado primero en el que se determina la subsidiariedad de la ley material española en tanto en cuanto no se pudiera determinar el contenido de la ley extranjera en materia de contratos celebrados con consumidores y usuarios³³. A pesar de no ser éste el objeto de reflexión de estas páginas, no se puede pasar por alto que tal modificación afecta a los fundamentos de nuestro sistema de Derecho internacional privado³⁴. En concreto, supone pasar por alto la imperatividad de la norma de conflicto prevista en el artículo 12.6 del Código Civil, así como el régimen de prueba del derecho extranjero contemplado en el artículo 281 de la LEC.

En segundo lugar, interesa destacar el artículo 67, apartado segundo, del TRLGDCU, por cuanto delimita el ámbito de aplicación espacial de las normas protectoras frente a las cláusulas abusivas, por lo que merece especial atención en relación al objeto de nuestro estudio.

³³ Véase el artículo 67, apartado primero: « [...] Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española».

³⁴ Tal y como ya denunciaba DE MIGUEL ASENSIO P.A., en su blog <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>, “Valoración de las normas de Derecho internacional privado del Proyecto de Ley de reforma de la legislación de consumo”, (entrada de 30 de octubre de 2013) y “Contratos internacionales de consumo: las normas de Derecho internacional privado de la Ley 3/2014”, (entrada de 11 de abril de 2014).

1. Ámbito de aplicación espacial de las normas de protección frente a cláusulas abusivas: artículo 67.2 del TRLGDCU tras la Ley 3/2014

El artículo 67, apartado segundo, del TRLGDCU delimita el ámbito de aplicación en el espacio de las normas de protección frente a cláusulas abusivas, las cuales se encuentran recogidas en artículos 82 a 91 del propio texto. Ello supone que la posible nulidad de las cláusulas de elección de foro y ley aplicable vendrá condicionada por lo dispuesto en tales artículos, por entender posible el carácter abusivo de las mismas.

La modificación del artículo 67, operada por la Ley 3/2014, no implica cambio alguno en lo que al ámbito de aplicación espacial de las normas de protección frente a cláusulas abusivas se refiere, contenidas en TRLGDCU antes de su modificación. Cambia la enumeración (que ha pasado de estar recogido en el inciso primero del artículo 67 del TRLGDCU al inciso segundo) pero no el contenido del mismo, que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 67 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014. Normas de derecho internacional privado:

«Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro»

La delimitación del ámbito de aplicación en el espacio de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas ha sufrido importantes cambios hasta llegar a la redacción actual. En su momento, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, modificó, entre otros, los artículos 10 bis, ap. 3º, de la LGDCU, así como el artículo 3.2 de la LCGC, con el objeto de adecuarlos a lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. El origen de estas modificaciones se encontraba en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 9 de septiembre de 2004³⁵, en la que se declaró que nuestro país no había transpuesto correctamente los arts. 5 y 6.2 de la citada Directiva. En concreto, el art. 6.2 dispone que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la

³⁵ Sentencia de 9 de septiembre de 2004, Asunto C-70/2003, *Comisión c. España*, Recopilación, 2004, pág. I- 7999.

Comunidad». Pues bien, los antiguos arts. 10 bis, ap. 3º, LGDCU y 3.2 LCGC, al determinar el ámbito de aplicación de dichas leyes, habían introducido restricciones incompatibles con el nivel de protección fijado por la Directiva.

Efectivamente, el art. 10 bis, ap. 3º, LGDCU remitía a las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, «cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales». Por su parte, el art. 3.2 LCGC disponía que dicha norma «también se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales». El Tribunal comunitario consideró que ambos preceptos restringían más de lo permitido por el art. 6.2 de la Directiva el ámbito de aplicación de ambas leyes, dejando desprotegido al consumidor en supuestos que deberían quedar cubiertos por las normas de los Estados miembros.

Así, en primer lugar, la remisión por parte del artículo 10 bis, ap. 3º, LGDCU al art. 5 del CR suponía reducir el número de contratos que podían acogerse a la protección dispensada por la LGDCU frente a las cláusulas abusivas. El art. 5 CR no abarcaba todo tipo de contratos sino tan sólo aquellos que expresamente mencionaba, mientras que el art. 6.2 de la Directiva se refiere a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, sin ningún tipo de exclusión. Por este motivo, el art. 10 bis.3 LGDCU eliminaba cualquier remisión al art. 5 CR que pudiera tener como resultado privar a cierta clase de contratos celebrados por consumidores de la protección dispensada por la propia Ley. Con ello se ampliaba el ámbito de aplicación material de la protección al consumidor, en línea con lo establecido en la Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal comunitario también consideró que el concepto «estrecha relación» utilizado en el art. 6.2 de la Directiva resultaba restringido por la exigencia de diversos criterios que se contenían en las normas españolas, tales como la residencia habitual en España o la celebración del contrato en territorio español. La LGDCU optó por el concepto de «actividad dirigida», que denotaba que ya no es el consumidor el que crea el vínculo sino el profesional. Es decir, para entender que el contrato mantiene una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro es necesario que el profesional haya creado un vínculo con ese país, bien ejerciendo actividades comerciales bien dirigiendo tales actividades a dicho territorio, y que además debe haberse celebrado el contrato en el marco de tales actividades.

Tras su modificación por la Ley 44/2006, los nuevos preceptos pasaron a tener el siguiente contenido:

Artículo 3.2 LCGC:

«También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales. Cuando el adherente sea un consumidor se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.»

Artículo 10 bis, ap. 3º, LGDCU:

«Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, cuando el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.»

El art. 10.bis, ap. 3º delimitaba, por tanto, un nuevo ámbito de aplicación de la LGDCU, basado principalmente en el criterio de «actividad dirigida», concepto que ya se contemplaba en el art. 15.1.c) del Reglamento (CE) 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 mercantil³⁶ -en adelante, Reglamento Bruselas I- y que se mantiene en el artículo 17.1.c) del Reglamento Bruselas I bis. Sin embargo, la urgencia del legislador español por adaptar correctamente nuestro Derecho interno al artículo 6, apartado 2, de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, supuso una redacción desafortunada del art. 10 bis, ap. 3º LGDCU.

³⁶ DOCE L 12, de 16 de enero 2001; corr.de errores, DOCE L 307, de 24 de noviembre; DOCE L 176, de 5 de julio de 2002; modif. DOCE L 225, de 22 de agosto de 2002; modif. DOUE L 236, de 23 de septiembre de 2003.

Si recurrimos al concepto de «actividad dirigida» contemplado art. 15.1.c) en el del Reglamento Bruselas I³⁷ [artículo 17.1.c) del Reglamento Bruselas I bis] podemos observar que el cocontratante debe ejercer actividades comerciales o profesionales *en el Estado del domicilio del consumidor o sus actividades se dirijan a dicho Estado*, siempre que el contrato litigioso esté dentro del marco de dichas actividades. Es decir, es necesario que el empresario haya creado un vínculo hacia el país en el que el consumidor tiene su domicilio, bien ejerciendo actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o bien dirigiendo tales actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados miembros³⁸.

³⁷ Véase artículo 15 Reglamento Bruselas I: «1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5: a) cuando se tratase de una venta a plazos de mercaderías; b) cuando se tratase de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades».

³⁸ Los conceptos de *ejercer* y *dirigir* las actividades comerciales hacia el Estado miembro en el cual el consumidor tiene el domicilio resultan determinantes y deben ser reinterpretados en función de las nuevas fórmulas de publicidad vinculadas a las nuevas tecnologías. Hasta el momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre dicho concepto: Sentencia de 14 de mayo de 2009, Asunto C-180/06, *Ilseger*; Sentencia de 7 diciembre 2010, Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*; Sentencia de 6 de septiembre de 2012, Asunto 190/11, *Mühlleitner* y Sentencia de 17 de octubre de 2013, Asunto C-218/12, *Emrek*. Sobre tales conceptos se ha pronunciado la doctrina. Véase, en este sentido: BATALLA TRILLA, A., «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de «actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario»», *La Ley*, año XXV, nº 6001, de 21 de abril de 2004, p. 3; GEIST, M., «Y-a-t-il un "là" là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet», «Is There a There There? Toward greater certainty for Internet Jurisdiction», *the Journal of Information, Law and Technology* (2001) 1, pp. 2-60; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo", en *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp. 23-24. Véanse también las consideraciones del mismo autor en su blog <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com> (entradas: 19 de julio de 2009 y 7 de diciembre de 2010); MATÍAS FERNANDES, M.J., "O conceito de «actividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «bruxelas i» e a internet: subsídios do tribunal de justiça por ocasião do acórdão Pammer /Alpenhof", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº1, pp. 302-315; CASTELLANOS RUIZ, E., "El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2012), Vol. 4, Nº2, pp. 70-92; PANIZA FULLANA, A., "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010: algunos aspectos relativos a la protección del consumidor en la contratación de servicios turísticos en Internet", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2011, (disponible en Westlaw, BIB 2010/3265); FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR S., *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores*. Granada, 2006, pp. 100-112; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., "El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado" en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, Nº 2 (octubre 2012), pp.123-139; ESTEBAN DE LA ROSA, F., "El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?", *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, pp. 5-17; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., "Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas. (Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09)", *Noticias UE*, núm. 329 (2012), pp. 181-188.

Si bien el art. 10 bis, ap. 3º LGDCU se inspiró en dicho concepto de «actividad dirigida», lo cierto es que se desmarcó al exigir que el contrato debía mantener una estrecha relación *con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo*³⁹, y no se refería, en exclusiva, al Estado del domicilio o residencia habitual del consumidor. Es consecuencia, resultaba suficiente con que el empresario hubiera creado un vínculo hacia cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo para que las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en la LGDCU española fueran aplicables a un contrato celebrado con un consumidor, cualquiera que fuese la ley que las partes hubieran elegido para regir su contrato. El art. 10 bis, ap. 3º LGDCU, como norma de conflicto unilateral, establecía el ámbito de aplicación en el espacio del derecho del foro⁴⁰. Como quiera que primaba la aplicación de la propia Ley sobre las normas del resto de ordenamientos jurídicos extranjeros, el artículo 10 bis, ap. 3º LGDCU, establecía, a nuestro modo de ver, un ámbito de aplicación exorbitante de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en la LGDCU. Así, esas normas se aplicaban, cualquiera que fuese la ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que el mismo tuviera una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Pero, ¿no debería exigirse una estrecha relación entre el contrato y el territorio español para que fuera de aplicación las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en la LGDCU?

Quizás la urgente necesidad de tener que adaptar el antiguo 10 bis, ap. 3º LGDCU a la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores fuese la razón por la que el legislador optara por dicha redacción. El Tribunal Comunitario focalizó el problema en la utilización de los requisitos *acumulativos* del art. 5 CR (que el contrato haya sido precedido por una oferta o publicidad en el país en el consumidor tiene su residencia habitual y que el consumidor hubiere realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato), pero en nada se oponía a la utilización de criterios de conexión. En realidad, el Tribunal Comunitario instaba al Reino de España ha adoptar un concepto de «estrecha relación» menos restrictivo, en la línea del concepto contemplado en el art. 15.1.c) del R. 44/2001, en el que tales requisitos desaparecen. Se trataba de recurrir al concepto de «actividad dirigida», que precisamente se basa en que el profesional crea el vínculo hacia el país en el que el consumidor tiene su domicilio, sin exigir que el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato. Sin embargo, el legislador español pareció entender que el problema residía en la utilización de criterios de conexión con el país de residencia habitual del consumidor, de ahí que en la nueva redacción del art. 10 bis, ap. 3º LGDCU se omita cualquier criterio de conexión con dicho país.

³⁹ Para un análisis del concepto “estrecha relación con el territorio de un Estado del Espacio Económico Europeo véase CASTELLANOS RUIZ, E., *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Granada, 2010, pp. 85-93.

⁴⁰ GARAU JUANEDA, L., «Sobre las diferentes relaciones entre norma jurídica y territorio» en BASEDOW J., U. DROBNIG, R. ELLGER, K.J. HOPT, H. KÖTZ, R. KULMS, E.-J. MESTMÄCKER (HRSG). *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*. Tübingen, 2001, pp. 426-427.

Lo cierto es que, tras la Ley 44/2006, el artículo 10 bis, ap. 3º LGDCU no era más que una transcripción del art. 6.2 de la Directiva que dispone «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». Una correcta transposición de la norma al ordenamiento jurídico español debería contemplar una norma de conflicto unilateral con criterios de conexión al territorio español, por ser el lugar de residencia habitual del consumidor. Esto es, las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contempladas en la LGDCU hubieran sido aplicables, aun cuando el contrato estuviere sometido a legislación extranjera, si el profesional hubiera ejercido sus actividades en España, o por cualquier medio de publicidad o comunicación hubiera dirigido tales actividades al Estado español y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. Una aplicación taxativa del art. 10 bis, ap. 3º LGDCU conllevaba a que la propia Ley resultaba aplicable, cualquiera que fuera la ley que las partes hubieran elegido para regir el contrato, siempre que dicho contrato mantuviese una estrecha relación con, por ejemplo Lituania, Malta, Polonia, Francia o Italia, porque el profesional ejerciere sus actividades o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirija sus actividades a tales países y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. A mayor abundamiento, el art. 10 bis, ap. 3º LGDCU exigía una estrecha relación del contrato con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, mientras que la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores se refiere únicamente a los Estados miembros de la Comunidad⁴¹.

El resultado era, en definitiva, que nos encontrábamos ante un ámbito de aplicación exorbitante de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en la LGDCU, fruto de una mala transposición (¡de nuevo!) de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores al ordenamiento jurídico español⁴². Y sin embargo, las modificaciones de los artículos 10 bis, ap. 3º, de la LGDCU, así como el artículo 3.2 de la LCGC provocados por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se vieron plasmados en el artículo 67, apartado primero del TRLGDCU:

Artículo 67 (antes de la Ley 3/2014). Puntos de conexión

1. «Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios

⁴¹ El Espacio Económico Europeo es un mercado único que cubre no sólo a la propia Comunidad Europea, sino también a los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Véase <http://europa.eu>

⁴² Para un estudio sobre la problemática del uso de las Directivas de armonización véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La aplicación de las directivas comunitarias en materia de derecho privado a las situaciones transfronterizas”, en *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, MOYA ESCUDERO, M., SÁNCHEZ LORENZO, S.A., (Coord.), 2003, págs. 179-204; ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, 2003.

cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».

El texto actual, tras la modificación del artículo 67 sufrida por la Ley 3/2014 reproduce sin cambio alguno dicha redacción. En consecuencia, se plantea en los mismos términos la exorbitancia de las normas de protección frente a cláusulas abusivas, contenidas en los artículos 82 a 91 del actual TRLGDCU⁴³.

En síntesis, las normas de protección frente a cláusulas abusivas serán de aplicación siempre que el contrato se rija por el Derecho español o, aun cuando el contrato se rija por Derecho extranjero, bien porque el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (art. 67.2 TRLGDCU) o bien por ser España el país en el que el consumidor tenga su residencia habitual y aplicarse tales disposiciones de forma imperativa (art. 6.2 Reglamento Roma I)⁴⁴. En este sentido, el artículo 6 Reglamento Roma I deja sin resolver si cabe recurrir a las leyes de policía en el caso de que la norma de conflicto especial no les asiste y cómo debe protegerse a los consumidores activos⁴⁵. La posible aplicación del art. 9 Reglamento Roma I a los contratos internacionales de consumo resulta ser una cuestión controvertida, que en términos generales se justificaría como último recurso en defensa de los consumidores para casos extremos⁴⁶. De ser éste el caso de un consumidor, parte contratante sometido a condiciones generales, se podría dar entrada a lo dispuesto en los arts. 82 a 91 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, como límite a la elección de ley que puede regular dicho contrato. Lo que debe entenderse por leyes de policía es discutido en todo el mundo, a pesar de que el Reglamento Roma I define y describe su

⁴³ Si bien la exorbitancia puede ser interpretada bajo otros criterios de Derecho europeo, donde tienen cabida otros conceptos, como la regla del reconocimiento mutuo. Un desarrollo de dicha teoría puede consultarse en ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, cit., pp. 74 y ss.

⁴⁴ Téngase en cuenta que el propio TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014, expresa la imperatividad de las normas de protección frente a cláusulas abusivas y en materia de contratos de garantía (art. 67, apartado segundo y tercero del TRLGDCU).

⁴⁵ CALVO CARAVACA, A-L., «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», cit., pp. 52-133. La protección del consumidor activo llega a través de las Directivas comunitarias y sus Leyes de transposición, véase en este aspecto. M. FALLON/S.FRANCO: “Towards internationally mandatory directives for consumer contracts?”, *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Shier*, TCM, 2000, p.61.

⁴⁶ CALVO CARAVACA, A-L., «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», cit., pp. 106 -110.

contenido en el art. 9.1, distinguiendo si se trata de normas del Estado del foro o normas de otro Estado⁴⁷.

2. Validez de las cláusulas de elección de foro y de ley: artículo 90 del TRLGDCU tras la Ley 3/2014

Por lo que respecta a la validez de las cláusulas de elección de foro y ley aplicable no negociadas y contenidas en las condiciones generales del contrato, se deberá atender a lo dispuesto en los artículos 82-91 del TRLGDCU, ambos inclusive.

Conforme al art. 82 del TRLGDCU, se consideran cláusulas abusivas *«todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*. En concreto, se consideran abusivas las cláusulas *«que contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable»*, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive del TRLGDCU.

Es el artículo 90 el que se pronuncia en materia de cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable declarando que son abusivas las cláusulas que establezcan bien *«la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble»* (art. 90 apartado segundo); o bien *«la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza»* (art. 90 apartado tercero). Una vez definidas estas cláusulas, cabe cuestionarse si las mismas suponen una efectiva protección del consumidor, en línea con lo establecido en el art. 1 del TRLGDCU⁴⁸.

Por lo que a las cláusulas de jurisdicción se refiere, tan sólo serán válidas las cláusulas de elección de foro no negociadas e insertas en las condiciones generales del contrato si éstas contemplan la sumisión expresa a *«Juez o Tribunal que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble»*.

El artículo 90, apartado segundo, utiliza el criterio del domicilio del consumidor y usuario; el criterio del lugar del cumplimiento de la obligación o el del lugar donde se encuentra sito el bien inmueble, criterios alejados a los descritos en el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis en materia de contratos de consumo. Téngase en cuenta que,

⁴⁷ LEIBLE, S., "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales", *cit.*, pp. 229-233.

⁴⁸ Art. 1 TRLGDCU: «En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado».

en virtud del Reglamento Bruselas I bis, es del todo posible la elección del tribunal competente siempre que se respeten las condiciones de forma y fondo antes descritos (entre ellos, que los acuerdos atributivos de competencia sean posteriores al nacimiento del litigio; o que permitan al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la misma sección o bien que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan la competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, siempre que la ley de éste no prohibiere tales acuerdos).

A nuestro entender, el artículo 90, apartado segundo, del TRLGDCU va más allá de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. Téngase en cuenta que la Directiva establece que los Estados miembros reglamentarán la no vinculación para el consumidor de las denominadas «cláusulas abusivas», entre las que se incluyen aquéllas que tengan por objeto o efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor» (arts. 3 y 6, en relación con el Anexo).

Habida cuenta de la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas⁴⁹. Sin bien se trata de una Directiva de «mínimos» lo cierto es que la transposición a la Ley española supone acotar al máximo el ámbito de la autonomía de la voluntad, puesto que directamente considera abusivos los pactos de sumisión expresa concluidos a favor de un tribunal distinto al del domicilio del consumidor y, en consecuencia, ello implica dejar un margen muy reducido a lo dispuesto en el art. 19 Reglamento Bruselas I bis. Lo que por un lado se permite en el Reglamento, queda excesivamente limitado por parte de una norma de transposición de una Directiva de mínimos.

Por su parte, tan sólo serán válidas las cláusulas de elección de ley no negociadas e insertas en las condiciones generales del contrato si éstas contemplan la sumisión a la *ley del país del lugar donde el consumidor emite su declaración negocial*, o bien a la *ley del país donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza*.

El artículo 90, apartado tercero, utiliza la conexión basada en el país donde el consumidor emite su declaración negocial, que a día de hoy resulta obsoleta y, en consecuencia, en descoordinación con los criterios establecidos en el Reglamento Roma I, en concreto en el artículo 6 en materia de contratos de consumo. Lo cierto es que el artículo 90, apartado tercero, sigue inspirándose en el artículo 5.2 CR, en el que sí se

⁴⁹ Sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro*, ap. 36; sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, ap. 30; sentencia de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*, ap. 47 y sentencia de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič*, ap. 28 y sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, ap. 40.

recurría, a diferencia del Reglamento Roma I, al criterio del lugar de emisión de la declaración negocial del consumidor. Así, el artículo 5.2 CR se circunscribía, entre otros, a los contratos que tuvieran por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros⁵⁰, siempre que concurrieran las circunstancias alternativas siguientes: que la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, por una *oferta* que le haya sido especialmente dirigida o por *publicidad*, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato. De cumplirse con dichas condiciones, el contrato se sometía, en primer lugar a la ley elegida por las partes y, en defecto de elección de ley, a la ley del país en el que el consumidor tuviera su residencia habitual.

El artículo 90, apartado tercero, adopta tales requisitos para calificar una cláusula de elección de ley como abusiva, pero no tiene en cuenta la consecuencia jurídica de la norma de conflicto específica en materia de contratos celebrados por los consumidores, que no es otra que la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, en defecto de elección de ley. Téngase en cuenta que el artículo 6 Reglamento Roma I es una norma de conflicto materialmente orientada hacia la protección del consumidor, la cual se fundamenta en la aplicación del ordenamiento jurídico donde el consumidor tiene su residencia habitual que, por ser el más próximo, puede resultar el más satisfactorio para regular el contrato⁵¹. No cabe duda de que la conexión de la residencia habitual favorece la posición jurídica del consumidor en cuanto parte débil de la relación contractual. Se trata de una conexión rígida que pretende lograr la previsibilidad del resultado en el proceso de aplicación de la norma por los órganos estatales⁵², lo que sin duda conlleva efectos positivos para el consumidor.

Entonces, ¿qué sentido tiene permitir sólo cláusulas que contemplen la sumisión del contrato a la ley del lugar donde el consumidor emita su declaración negocial? El criterio del lugar de emisión de la declaración negocial del consumidor quiebra con el principio de protección y proximidad de la residencia habitual, contenido en el artículo artículo 6 Reglamento Roma I. El país donde el consumidor emite su declaración negocial puede ser del todo incidental y no representar una efectiva vinculación con el contrato. De todo lo anterior se deduce que incluso una cláusula en la que se eligiese como aplicable al contrato la ley del país de la residencia habitual del consumidor podría ser considerada, conforme lo dispuesto en el artículo 90, apartado tercero del TRLGDCU, como abusiva, si no coincide el país de residencia habitual del consumidor con el país en el que el consumidor emite su declaración negocial.

⁵⁰ El artículo 5 CR no se aplica a los contratos de transporte ni a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual. No obstante el presente artículo sí contempla los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

⁵¹ Informe GIULIANO/LAGARDE relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, p. 21.

⁵² Vid. GONZÁLEZ CAMPOS, J., *Curso de Derecho Internacional Privado. Parte general*, Madrid, 1982, pp. 56-57.

Igualmente, ¿qué sentido tiene permitir tan sólo cláusulas que sometan un contrato de consumo a la ley del país donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza, con independencia de que el consumidor tenga en dicho país su residencia habitual? en consecuencia, el profesional que inserta una cláusula de elección de ley a cualquier país al que dirige su actividad comercial, con independencia de que se trate de la ley de la residencia habitual del consumidor, está totalmente amparado por el TRLGDCU y dicha cláusula de elección de ley no se considera abusiva.

En conclusión, lo que el TRLGDCU entiende como cláusulas de elección de ley abusivas no son más que herencia del anterior texto (la Disposición Adicional Primera de la LGDCU), fruto de una incorrecta interpretación del artículo 5.2 CR, en el que los criterios de aplicación de la propia norma de conflicto eran acumulativos (y no alternativos), olvidando además que la finalidad de la norma de conflicto no es otra que aplicar la ley de la residencia habitual del consumidor. La aplicación de la ley del país del lugar donde el consumidor emite su declaración negocial o de la ley del país donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza, no suponen en todo caso la efectiva protección del consumidor, conforme a lo establecido en el TRLGDCU y en el propio Reglamento Roma I.

El Reglamento Roma I, permite que los contratos de consumo queden sometidos a la *ley elegida por las partes, siempre que se respeten las disposiciones de derecho imperativo de la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual*, mientras que el artículo 90, apartado tercero del TRLGDCU tan sólo permite que los contratos de consumo queden sometidos a la *ley del país del lugar donde el consumidor emite su declaración negocial*, o bien a la *ley del país donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza*. En consecuencia, los contratos de consumo tan sólo pueden someterse a la ley de la residencia habitual del consumidor si dicho lugar coincide con el lugar donde el consumidor emite su declaración o si el profesional desarrolla la actividad dirigida a la promoción de sus contratos hacia el país de residencia habitual del consumidor. De no ser así, dichas cláusulas se considerarían abusivas, por lo que serían nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art. 83 TRLGDCU). Ello no obstante, consideramos que la inserción de una cláusula de elección de ley por parte del predisponente en las condiciones generales del contrato que remita a la ley de la residencia habitual del consumidor, no debería ser considerada *per se* como una cláusula abusiva. Ciertamente, el TRLGDCU considera cláusulas abusivas *«todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»* (art. 82, apartado primero). En dicha definición no encajan las cláusulas que, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6 Reglamento Roma I, determinan el sometimiento del contrato a la ley de la residencia habitual del consumidor pues en ningún caso causan perjuicio alguno al consumidor, sino todo lo contrario.

Una lectura conjunta de lo dispuesto en el Reglamento Roma I, con lo dispuesto en el TRLGDCU nos lleva a concluir que existe una absoluta descoordinación de criterios entre ambos, lo que conlleva a dejar prácticamente inoperativa la autonomía conflictual contemplada en el Reglamento europeo. En la misma línea de lo denunciado en materia de cláusulas de elección de foro, lo dispuesto en el art. 90, apartado tercero del TRLGDCU parece exceder del mandato de la Directiva que instaba a los Estados miembros para que reglamentaran las denominadas «cláusulas abusivas», entre las que se incluían aquéllas que tuvieran por objeto o efecto «*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor*» (arts. 3 y 6, en relación con el Anexo)⁵³.

IV. APRECIACIÓN DE OFICIO POR EL JUEZ NACIONAL DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS

El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que pudiera existir entre el consumidor y el profesional. La consecuencia jurídica es que las cláusulas se consideran nulas de pleno derecho y, por tanto, se tendrán por no puestas. Así lo determina el artículo 83 TRLGDCU, tras la modificación sufrida por la Ley 3/2014: «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*».

El Artículo 83 ha sido redactado por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, con la finalidad de dar cumplimiento a la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012⁵⁴. Hasta entonces, el artículo 83 del TRLGDCU facultaba al Juez a integrar la

⁵³ La falta de coordinación entre el legislador español y el legislador europeo en materia de consumo ha sido denunciada por la doctrina en múltiples ocasiones. Véase, ESTEBAN DE LA ROSA F., “La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 2005, pp. 1932-1942; FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, cit., pp.123-139.

⁵⁴ Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*. El TJUE reafirma mediante dicha sentencia que, para garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Así, a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye la obligación de examinar de oficio esta cuestión, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, aps. 41, 42 y 43; así como la sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. C. Erzsébet Sustikné Györfi*, aps.

parte del contrato afectada por la nulidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva, de tal manera que el Juez sólo declaraba la ineficacia del contrato en el caso de que se apreciase un grave desequilibrio entre las partes. El TJUE entendió que dicho artículo suponía una incorrecta adaptación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, que obliga a los jueces nacionales a examinar de oficio la nulidad y la inaplicabilidad de las cláusulas abusivas, a la vez que impedía en cierta manera la consecución del objetivo previsto en el artículo 7 de la Directiva de velar por el interés de los consumidores haciendo uso de medios eficaces para lograr el cese del uso de cláusulas abusivas. La facultad otorgada al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuraban en los contratos para integrar la parte afectada por la nulidad suponía, según aprecia el TJUE, *«eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios»*. La facultad del juez nacional de integración del contrato no garantizaba una protección al consumidor eficaz, protección que sí parece otorgar la inaplicación de las cláusulas consideradas abusivas.

Siendo así, el juez ya no procederá a la integración de la parte del contrato afectada por la nulidad sino que se limitará a declarar la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas, con la consecuencia de tenerlas por no puestas, sin que ello afecte al resto del contrato, que continuará siendo obligatorio para las partes en los mismos términos. En consecuencia, si las cláusulas de elección de foro y de ley aplicable se consideran nulas y, por tanto, no puestas en el contrato, se deberá atender a lo dispuesto en las principales normas sobre competencia judicial internacional y normas de conflicto para conocer el tribunal competente así como la ley aplicable al contrato, respectivamente. En este sentido, de ser aplicable el Reglamento Bruselas I bis, la competencia judicial recaería en los órganos judiciales designados por el artículo 18, esto es, en caso de que el consumidor actúe como parte demandante tendrá la posibilidad de interponer la demanda *ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor*. Por lo que a la ley aplicable al contrato se refiere, y de resultar de aplicación el Reglamento Roma I, el apartado 1 del artículo 6 determinaría la aplicación de la *ley del país de la residencia habitual del consumidor*.

La modificación del TRLGDCU por la Ley 3/2014 ha supuesto la inclusión de un apartado primero en el artículo 67, en el que se recuerda el sistema de fuentes de Derecho internacional privado, al establecer: *«La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el*

31 y 32; sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 y C-244/98, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, ap. 27; y sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, aps. 31 y 32.

Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. [...]». Este inciso, que no añade nada nuevo, en la medida que la aplicación del Reglamento Roma I (o bien el Reglamento Bruselas I bis) es independiente de una previsión como esta⁵⁵, podría cobrar sentido en la medida de “mero recordatorio” para los casos en los que, una vez declarada nula una cláusula de elección de foro o de ley aplicable, se deba determinar la competencia judicial internacional o bien la ley aplicable al contrato en cuestión.

1. Criterios de apreciación

Los elementos que el juez nacional debe considerar para apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual, en función de las circunstancias propias del caso, han sido expuestos en varias ocasiones por el Tribunal de Justicia de la Unión europea, basándose en los artículos 3, apartados 1 y 4 de la Directiva 93/13/CEE, en los que se definen conjuntamente los criterios generales que permiten apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva⁵⁶. En función de dichos criterios, el juez nacional debe acordar de oficio las diligencias de prueba que estime oportunas para apreciar en el caso concreto el carácter abusivo de las cláusulas. Ciertamente es que artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no ha sido negociada individualmente (como puede ser que dicha cláusula cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato), y que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, por lo que el juez debe analizar la cláusula contractual en línea con lo establecido en el artículo 4 de la Directiva que determina que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración.

En cualquier caso, el margen de discrecionalidad del juez se ve acotado en tanto en cuanto el artículo 90 del TRLGDCU considera en todo caso abusivas aquellas cláusulas que establezcan bien «*la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble*» (art. 90, apartado segundo); o bien «*la sumisión del contrato a un Derecho*

⁵⁵ En el mismo sentido véanse las consideraciones de DE MIGUEL ASENSIO P.A., en su blog <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com> (entrada de 11 de abril de 2014), “Contratos internacionales de consumo: las normas de Derecho internacional privado de la Ley 3/2014”; En la misma línea, TORRALBA, E., en www.uclm.es/centro/cesco (fecha de publicación 11 de diciembre de 2013), “Comentarios al Proyecto de Ley de reforma de la LGDCU. Reglas de Derecho internacional privado”.

⁵⁶ Véase la Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto 484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*; sentencia de 9 de noviembre de 2010, asunto 137/08, *VB Pénzügyi Lízing*; sentencia de 15 de marzo de 2012, asunto 453/10, *Pereničová y Perenič* y sentencia de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, *Constructora Principado, S.A., c. José Ignacio Menéndez Álvarez*.

extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración comercial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza» (art. 90, apartado tercero), criterios antes valorados y que en ocasiones pueden entrar en contradicción con lo descrito por el TJUE en diferentes pronunciamientos a la hora de determinar los criterios de apreciación del carácter abusivo de cláusulas de jurisdicción⁵⁷. En todos sus pronunciamientos el Tribunal ha sido tajante al declarar que aquellas cláusulas que atribuyen la competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción estaba situado el domicilio del profesional se debían considerar abusivas, en base a lo establecido en el artículo 3 de la Directiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, ésta crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En consecuencia, este tipo de cláusulas quedan comprendidas en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del anexo de la Directiva. Criterios éstos que no siempre tienen por qué coincidir con los descritos en el artículo 90, apartado segundo (a modo de ejemplo, una cláusula que atribuya la competencia al tribunal en cuya circunscripción estaba situado el domicilio del profesional pero que coincida con el lugar del cumplimiento de la obligación).

2. Registro de Condiciones Generales de la Contratación

El artículo 83 del TRLGDCU determina que las cláusulas calificadas como abusivas por el juez y declaradas como tal en sentencia firme declarativa de su abusividad, son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art. 83 TRLGDCU). En aras de una efectiva protección del consumidor, la Directiva 2011/83/UE ha insertado en la Directiva 93/13/CEE un nuevo artículo (art. 8 bis) encaminado a dar publicidad a las cláusulas calificadas como abusivas. En este sentido, se instaura el deber de informar a la Comisión de la existencia de listas de cláusulas contractuales consideradas abusivas, así como de la facilitar el acceso a los consumidores y comerciantes a tales listas, entre otros medios, a través de un sitio web específico⁵⁸. En España contamos con el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, entendido como el Registro administrativo en el que pueden inscribirse aquellas cláusulas contractuales que tengan la consideración de condiciones generales de la contratación con arreglo al TRLGDCU, a fin de que cualquier persona pueda conocer la existencia de ellas y poder utilizarlas en los contratos que celebre⁵⁹.

⁵⁷ Sentencia de 27 de junio de 2000, asunto C-240/98, *Océano Grupo Editorial c. Salvat Editores*; sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Győrfi*; sentencia de 9 de noviembre de 2010, asunto C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider*.

⁵⁸ Véase art. 32 de la Directiva 2011/83/UE.

⁵⁹ Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. *BOE* núm. 306, de 23 de diciembre de 1999.

V. DOS EJEMPLOS DE NULIDAD DE CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE: EL CASO COSTA CRUCEROS Y CASO RYANAIR

Sirvan como ejemplo dos relevantes sentencias en las que existen pronunciamientos en materia de cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable, contenidas en las condiciones de venta en línea de las compañías transportistas. Se trata de la sentencia nº 42/12 del Juzgado Mercantil nº1 de Madrid, de 23 de octubre, así como la sentencia nº 113/13 del Juzgado Mercantil nº5 de Madrid, de 30 de septiembre. Ambas declaran el carácter abusivo de diversas condiciones generales utilizadas por las compañías Costa Cruceros y Ryanair, entre las que destacan las cláusulas de elección de jurisdicción y de ley.

1. La sentencia nº42/12 del Juzgado Mercantil nº1 de Madrid, de 23 de octubre (Costa Concordia)

El hundimiento del buque Costa Concordia frente a la isla de Giglio en enero de 2012, provocó que la Confederación Española de organizaciones de amas de casa, consumidores y usuarios (CEACCU) presentara una acción judicial contra la empresa Costa Cruceros, entidad con sede legal en Génova (Italia). El objetivo de esta demanda, según los servicios jurídicos de CEACCU, era *“romper el blindaje de la empresa frente a las eventuales reclamaciones, como primer paso de otras de iniciativas jurídicas para lograr resarcir, en su justa medida, a los usuarios víctimas del naufragio del Costa Concordia”*.

La sentencia nº 42/12 del Juzgado Mercantil nº1 de Madrid, de 23 de octubre, dictaminó la nulidad de ocho cláusulas del contrato, fundamentadas jurídicamente en los artículos 8 y 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (remisión legal que debe entenderse hoy en día efectuada al TRLGDCU), en las que establece la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que se consideren abusivas. En consecuencia, se instaba a la entidad Costa Crociere, S.p.A a eliminar dichas cláusulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Entre dichas cláusulas consideradas nulas se encuentran las relativas a la ley aplicable y el foro. Son las siguientes:

- La contenida en la cláusula 2.2 de las Condiciones venta en línea de servicios y productos de Costa Crociere, S.p.A (Cierre del contrato):

“Únicamente para los pasajeros considerados consumidores que hayan adquirido un crucero; los contratos correspondientes se consideran cerrados en Italia y se entiende que la Ley aplicable al contrato es exclusivamente la italiana”.

- La contenida en la cláusula 12 de las Condiciones venta en línea de servicios y productos de Costa Crociere, S.p.A (Cierre del contrato):

“El presente contrato y las condiciones generales están regulados por la ley italiana. El foro de Génova es competente de manera exclusiva para las eventuales controversias que pudieran surgir en relación al presente contrato”.

2. La sentencia nº113/13 del Juzgado Mercantil nº5 de Madrid, de 30 de septiembre (Ryanair)

En este caso la Organización de Consumidores y Usuarios interpone demanda contra Ryanair Limited, solicitando el cese del uso de una serie de cláusulas incluidas en las condiciones generales de la empresa por considerar que son abusivas. Mediante sentencia nº 113/13 del Juzgado Mercantil nº5 de Madrid, de 30 de septiembre, el juez declara la nulidad de ciertas cláusulas por considerarlas abusivas, entre las que destaca la referida a la ley aplicable y jurisdicción:

Cláusula art 2.4:

“Salvo por disposición en contrario del Convenio o la legislación aplicable, el contrato de transporte con nosotros, los Términos y Condiciones de Transporte y nuestros Reglamentos se regirán e interpretarán de conformidad con la legislación de Irlanda. Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato estará sujeta a la jurisdicción de los tribunales irlandeses”.

Tanto en la demanda presentada contra la entidad Costa Crociere S.p.A, como la presentada contra Ryanair Limited, la pretensión de nulidad y consiguiente cesación de las cláusulas en cuestión se fundamentaba en su carácter abusivo, por contravenir lo dispuesto en el art. 90 apartado segundo y tercero del TRLGDCU. En el caso de la empresa Costa Cruceros, los contratos suscritos son calificados como contrato del viaje combinado de crucero, mientras que en el caso de Ryanair limited, se trata de un contrato de transporte. Se trata de una distinción importante puesto que, a los efectos del Reglamento Bruselas I bis y del Reglamento Roma I, el contrato de viaje combinado es considerado como un contrato de consumo, mientras que el contrato de transporte no es calificado como tal⁶⁰. Ello conlleva una serie de consecuencias que dejan entrever la falta de conexión entre la normativa europea y lo dispuesto en el artículo 90 del TRLGDCU.

Así, si el contrato de viaje combinado es considerado como un contrato de consumo, a las condiciones de venta en línea de servicios y productos de Costa Crociere, S.p.A les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis y el artículo 6 Reglamento Roma I, en los que se fijan las *condiciones de admisibilidad* de las cláusulas de elección de foro y de ley, respectivamente, analizadas en apartados anteriores.

⁶⁰ Véase el art. 17, apartado tercero, del Reglamento Bruselas I bis, en el que se determina que la Sección 4ª, dedicada a los contratos celebrados por los consumidores, «no se aplicará al contrato de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento». Por su parte, el art. 6, apartado cuarto, del Reglamento Roma I, determina la no aplicación de lo dispuesto en materia de contratos de consumo «a los contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados». Véase en este sentido, FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho Internacional Privado”, *cit.*, Vol. 4, Nº 2 (octubre 2012), pp.123-139.

En este sentido, por lo que a la incorporación al contrato de las cláusulas de elección de foro se refiere, el acuerdo de elección de foro debía ser posterior al nacimiento del litigio; o que permitiese al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la misma sección o bien que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyese la competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, siempre que la ley de éste no prohibiera tales acuerdos. Siendo así, la cláusula de foro inserta en las condiciones generales de la contratación de la entidad Costa Crociere S.p.A no producía efectos por no respetar dichas exigencias (en concreto, por tratarse de una cláusula interpuesta con anterioridad al nacimiento del litigio), por lo que la competencia judicial recaía en los órganos judiciales designados por el artículo 18 Reglamento Bruselas I bis. Esto es, el consumidor como parte demandante tenía la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte (Italia) o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor (España). Ahora bien, la pretensión de la CEACCU iba más allá al solicitar la nulidad y consiguiente cesación de las cláusulas en cuestión, fundamentándose en su carácter abusivo. Siendo de aplicación el TRLGDCU y en base al artículo 90, se dictamina la nulidad de la exclusividad del foro de Génova para conocer las demandas que del contrato suscrito con la entidad pudieran derivarse, al contravenir lo dispuesto en el apartado segundo, que considera en todo caso abusivas aquellas cláusulas que establezcan bien *«la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble»*. El tratamiento legal del contrato de viaje combinado como un contrato de consumo propicia, en este caso, la coordinación entre los criterios establecidos en el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis y el art. 90 del TRLGDCU, de tal forma que la cláusula de sumisión a los tribunales italianos resulta no incorporada al contrato por contravenir lo dispuesto en artículo 19 Reglamento Bruselas I bis y además nula por considerarse abusiva conforme al 90 del TRLGDCU.

Por lo que a las cláusulas de elección de ley aplicable al contrato se refiere, el artículo 6 apartado segundo del Reglamento Roma I determina que los contratos celebrados por consumidores se regirán, en primer lugar, por la *ley elegida* por las partes siempre que la ley elegida no prive al consumidor de la protección que le aseguren las *disposiciones imperativas de la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual*. Siendo de aplicación el art. 90 apartado tercero, que declara la abusividad de aquellas cláusulas que determinen *«la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza»*, la cláusula de sometimiento al derecho italiano de los contratos del viaje combinado de crucero suscritos por la entidad Costa Crociere S.p.A con los representados por la CEACCU deviene nula. Nótese que los criterios de conexión establecidos en el Reglamento Roma I y el art. 90 apartado tercero del TRLGDCU son dispares, por lo que residencia habitual; lugar donde el consumidor y usuario emite su declaración negocial o país al que el empresario dirige su actividad, podrían no coincidir dejando escaso margen al juego de la autonomía de la voluntad. Una muestra de

desconexión entre la normativa europea y el TRLGDCU. Sirva como ejemplo el caso en el que el consumidor con residencia habitual en España, celebra el contrato de viaje combinado con la entidad Costa Crociere, si bien emite su declaración negocial desde un país distinto por disponer de un dispositivo móvil que le permite dicha acción. Conforme al art. 90 apartado tercero del TRLGDCU, la cláusula de sometimiento al derecho italiano devendría nula por considerarse abusiva, pero no por el hecho de no ser Italia el país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, sino por el simple hecho de que el consumidor emitió su declaración negocial desde un país distinto a Italia. Un punto de conexión, en definitiva, sin fundamentación jurídica y descoordinado de la normativa europea. En el caso planteado, al no respetar la cláusula de elección de ley la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley de la residencia habitual del consumidor, se entiende no incorporada al contrato, por lo que el mismo se regiría por la ley del país de la residencia habitual del consumidor (en el caso de Costa Crucero sería por tanto la ley española), conforme lo establecido en el apartado 1 del artículo 6 Reglamento Roma I.

En el segundo caso, en el caso de Ryanair limited, se trata de un contrato de transporte, que a los efectos de la normativa europea no es considerado como un contrato de consumo (arts. 17, apartado tercero del Reglamento Bruselas I bis y 6, apartado cuarto letra b) del Reglamento Roma I), en cuyo caso la elección de los tribunales no se topa con las condiciones de admisibilidad antes vistas en materia de contratos de consumo. La prórroga de la competencia descrita en los arts. 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis otorga total libertad para elegir la ley que rige el contrato, tan sólo limitada por las exigencias de forma descritas en tales artículos.

Por su parte, el art. 5 del Reglamento Roma I establece una autonomía de la voluntad limitada a la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual; o a la ley donde el transportista tenga su residencia habitual, o a la ley donde el transportista tenga el lugar de su administración central, o bien se encuentre el lugar de origen o se encuentre el lugar de destino. Las conexiones alternativas dan un amplio margen al juego de la autonomía de la voluntad.

A tenor de lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I bis y Reglamento Roma I en materia de contrato de transporte de pasajeros, la demanda interpuesta contra Ryanair limited habría determinado la incorporación de dichas cláusulas al contrato. Sin embargo, las normas de protección frente a cláusulas abusivas, contenidas en los artículos 82 a 91 del actual TRLGDCU son de aplicación con independencia de que el adherente sea un profesional o un consumidor⁶¹. Ello conlleva a situaciones como la planteada en la que, si bien la normativa europea entiende válidas las cláusulas insertas en condiciones generales de la contratación, la normativa sobre cláusulas abusivas las declara nulas por considerarlas abusivas.

Cierto es que dicho análisis deviene pertinente en el caso de que el consumidor se persone como demandante. En cualquier caso, debemos matizar que las demandas

⁶¹ Véase la exposición de motivos del TRLGDCU.

objeto de análisis fueron presentadas por la Confederación Española de organizaciones de amas de casa, consumidores y usuarios (CEACCU) y por la Organización de Consumidores y Usuarios, respectivamente. En este sentido, se excluye la posibilidad de que el consumidor pueda valerse de los foros de protección cuando se ejercen *acciones colectivas*, entendidas como aquellas acciones destinadas a ofrecer una protección general de los derechos o intereses supraindividuales o pluriindividuales de los consumidores. En estos casos se entiende que la protección del consumidor no está justificada por no ocupar una posición de inferioridad⁶². Por tanto, para que un sujeto pueda quedar sometido a la Sección 4º del Título II del Reglamento Bruselas I bis, debe ser el consumidor personalmente el demandante o demandado en el litigio⁶³, por lo que se exige que coincida la figura del consumidor con la persona que interviene en el proceso como parte procesal. La Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores⁶⁴, señala que, para determinar la jurisdicción competente, se aplicarán «*las normas de Derecho Internacional Privado y los convenios en vigor entre los Estados miembros*»⁶⁵, por lo que la competencia de los tribunales para conocer de una acción de cesación planteada a raíz de una infracción en el ámbito de la Unión Europea viene determinada por el Reglamento Bruselas I bis, si bien no se aplican los foros en materia de contratos de consumo cuando el consumidor está representado en juicio por una asociación de consumidores. Por su parte, el TJUE interpretó que las acciones de cesación entabladas por las entidades habilitadas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores con el objeto de obtener la cesación de prácticas que sean ilícitas son de carácter *delictual o cuasidelictual*, en el sentido del art. 5. 3 del CB (actual 7.2 del Reglamento Bruselas I bis)⁶⁶.

VI. REFLEXIONES FINALES

La inclusión de cláusulas de jurisdicción y de ley aplicable en las condiciones generales presentes en los contratos internacionales cuenta con el respaldo jurídico que avala su uso generalizado. Un respaldo basado en un control de requisitos o condiciones de admisibilidad para que dichas cláusulas formen, en principio, parte del contenido del

⁶² Así se desprende de la jurisprudencia del TJUE. Véanse por todas, STJCE 21 junio 1978, asunto 150/77, *Bertrand c. Ott*, Rec. 1978, p. 1431 y ss.; STJCE 3 julio 1997, asunto 269/95, *Benincasa c. Dentalkit*, Rec., 1997, p. I-3767.

⁶³ Así se desprende de la sentencia del TJCE 19 enero 1993, asunto 88/91, *Hutton c. TVB*, Rec. 1993, p. I-139. Vid. considerando nº 23, en relación con el CB: «*En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones, el Convenio sólo protege al consumidor cuando es personalmente demandante o demandado en un procedimiento*». Dicha interpretación es extensible al Reglamento Bruselas I bis.

⁶⁴ DOCE L 110, de 1 de mayo de 2009.

⁶⁵ Vid Considerando número 7.

⁶⁶ Véase, en este sentido la sentencia del TJUE de 1 octubre 2002, asunto C- 167/00, *Heinz Henkel*. El artículo 7.2 Reglamento Bruselas I bis establece que: «*Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro [...] en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se hay producido o pueda producirse el hecho dañoso*». Véase en este sentido, CARBALLO PIÑEIRO L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 97-135.

contrato (en nuestro caso, Reglamento Bruselas I Bis y Reglamento Roma I), al que se le añade otro control inspirado en la correcta formación de la autonomía de la voluntad de la parte considerada jurídicamente más débil del contrato, que fundamenta las limitaciones derivadas del Derecho imperativo interno (artículos 81-90 TRLGDCU). Una conjunción de normas, que si bien en el caso que nos ocupa, se inspiran en las mismas políticas europeas encaminadas a la protección del consumidor, no atienden a criterios coordinados, imprescindibles en el Derecho internacional privado para asegurar que los objetivos de las normas materialmente orientadas puedan alcanzarse.

Una lectura conjunta de lo dispuesto en el artículo 90 del TRLGDCU, mediante el cual se precisa el carácter abusivo de ciertas cláusulas sobre jurisdicción y ley aplicable, en relación con lo dispuesto en el Reglamento Bruselas I Bis y Reglamento Roma I, deja constancia de la descoordinación de criterios de localización utilizados entre ambos, lo que conlleva a dejar prácticamente inoperativa la autonomía de la voluntad contemplada en ambos Reglamentos europeos.

Así, por lo que a las cláusulas de jurisdicción se refiere, el artículo 90, apartado segundo, utiliza el criterio del domicilio del consumidor y usuario; el criterio del lugar del cumplimiento de la obligación o el del lugar donde se encuentra sito el bien inmueble, criterios alejados a los descritos en el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis en materia de contratos de consumo y que van más allá de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE.

En relación a las cláusulas de elección de ley no negociadas e insertas en las condiciones generales del contrato, el artículo 90, apartado tercero, utiliza la conexión basada en el país donde el consumidor emite su declaración negocial, que a día de hoy resulta obsoleta sobretodo en la contratación *online* y, además en descoordinación con los criterios establecidos en el Reglamento Roma I, en concreto en el artículo 6 en materia de contratos de consumo. Lo cierto es que el artículo 90, apartado tercero, sigue inspirándose en el artículo 5.2 CR, en el que sí se recurría, a diferencia del Reglamento Roma I, al criterio del lugar de emisión de la declaración negocial del consumidor. El criterio del lugar de emisión de la declaración negocial del consumidor quiebra con el principio de protección y proximidad de la residencia habitual, contenido en el artículo artículo 6 Reglamento Roma I. Tampoco la conexión basada en el país donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza, parece encontrar justificación. Todo ello lleva a la conclusión de que lo que el TRLGDCU entiende como cláusulas de elección de ley abusivas no son más que herencia del anterior texto (la Disposición Adicional Primera de la LGDCU), fruto de una incorrecta interpretación del artículo 5.2 CR, en el que los criterios de aplicación de la propia norma de conflicto eran acumulativos (y no alternativos), olvidando además que la finalidad de la norma de conflicto no es otra que aplicar la ley de la residencia habitual del consumidor.

En este contexto, la Ley 3/2014 ha dejado escapar la oportunidad de adaptar la legislación española a los criterios establecidos en el Reglamento Bruselas I bis y Reglamento Roma I en relación con la autonomía de la voluntad jurisdiccional y

conflictual. La Ley 3/2014 ha seguido la inercia de los criterios del TRLGDCU sin atender a las consecuencias de la falta de coordinación entre los criterios, consecuencias como puede ser, que, atendiendo al tenor literal del artículo 90, apartado segundo del TRLGDCU los contratos de consumo tan sólo pueden someterse a la ley de la residencia habitual del consumidor si dicho lugar coincide con el lugar donde el consumidor emite su declaración o si el profesional desarrolla la actividad dirigida a la promoción de sus contratos hacia el país de residencia habitual del consumidor. De no ser así, dichas cláusulas se considerarían abusivas, por lo que serían nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art. 83 TRLGDCU). El resultado final de parece exceder del mandato de la Directiva que instaba a los Estados miembros para que reglamentaran las denominadas «cláusulas abusivas».

Por otro lado, la Ley 3/2014 tampoco ha modificado el ámbito de aplicación espacial de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas. Un estudio pormenorizado del texto actual demuestra la exorbitancia de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas, contenidas en los artículos 82 a 91 del actual TRLGDCU, que dejan prácticamente inoperativa la autonomía de la voluntad prevista en las principales fuentes de Derecho europeo, todo ello consecuencia de una incorrecta transposición de la Directiva 93/13/CEE. Una correcta transposición de la norma al ordenamiento jurídico español debería contemplar una norma de conflicto unilateral con criterios de conexión al territorio español, por ser el lugar de residencia habitual del consumidor.

En definitiva, la determinación de la nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable insertas en las condiciones generales de los contratos internacionales de consumo obliga a examinar una cadena de cuestiones como son la admisibilidad y la validez material de las mismas, que dejan constancia de la falta de coordinación entre la normativa aplicable al caso.

A mayor abundamiento, en virtud de lo establecido en el artículo 83 TRLGDCU, tras la modificación sufrida por la Ley 3/2014, el juez ya no procederá a la integración de la parte del contrato afectada por la nulidad sino que se limitará a declarar la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas con la consecuencia de tenerlas por no puestas, sin que ello afecte al resto del contrato, que continuará siendo obligatorio para las partes en los mismos términos. En consecuencia, si las cláusulas de elección de foro y de ley aplicable se consideran nulas y, por tanto, no puestas en el contrato, se deberá atender a lo dispuesto en las principales disposiciones sobre competencia judicial internacional y normas de conflicto para conocer el tribunal competente así como la ley aplicable al contrato, respectivamente. Visto que la normativa que esclarece el alcance de una cláusula de este tipo es un puzzle cuyas no siempre son fáciles de encajar, sólo cabe por un lado, desear a los jueces armarse de paciencia ante un Derecho Internacional Privado de especialistas, alejado de los prácticos del Derecho, tal y como ya constataba la doctrina años atrás⁶⁷. Y por otro lado, al legislador español, alzar la vista hacia los criterios de localización utilizados por el legislador europeo para no caer en una

⁶⁷ Véase GARAU SOBRINO, F.F., ¿Qué Derecho Internacional Privado queremos para el siglo XXI?, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2012), Vol. 4, nº2, pp. 140-158.

descoordinación que suponga acotar al máximo la autonomía de la voluntad, principal fuente del Derecho de obligaciones. La aplicación de lo dispuesto en materia de cláusulas de jurisdicción y de ley en la Ley 3/2014, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, implica dejar un mínimo margen de juego a la autonomía de la voluntad, prevista en las fuentes de Derecho europeo.