

NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA CONTRATACIÓN

PILAR JIMÉNEZ BLANCO y ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ
DIRECTORES

MINECO DER2017-86017
EURODERUNIOVI (IDI/2018/000187)

tirant lo blanch

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© PILAR JIMÉNEZ BLANCO y
ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ
DIRECTORES

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1378-713-8

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LAS NUEVAS INICIATIVAS EUROPEAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN: LA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PARTE DÉBIL^{1 2}

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA³

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Sumario: 1. LA APROXIMACIÓN EUROPEA AL MODELO CONTRACTUAL TRIANGULAR DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 2. CONTENIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2019/1150: 2.1. Elenco de los nuevos elementos de protección. 2.2. Ámbito de aplicación material 2.3. Ámbito de aplicación espacial. 3. LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS ESPECIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS

-
- 1 Este estudio ha sido desarrollado con el apoyo del proyecto de investigación I+D DER2017-88501-P titulado “La mediación de consumo: hacia una construcción legislativa estatal y autonómica con arquitectura europea”, financiado por la Agencia Nacional Española de Investigación. El IP del Proyecto es el Doctor Fernando Esteban de la Rosa.
 - 2 Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 21 de octubre de 2020.
 - 3 Número de ORCID 0000-0002-2647-9086.

CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES A LOS SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS DE ECONOMÍA COLABORATIVA: 3.1. La identificación de relaciones de consumo en el ámbito de la economía colaborativa. 3.2. La condición relativa a la existencia de actividad comercial dirigida hacia el país de la residencia habitual del consumidor y la inserción del contrato en el ámbito de dichas actividades. 3.3. El ámbito de aplicación espacial del Derecho europeo de protección del consumidor. 4. VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y DE JURISDICCIÓN CONTENIDAS EN CONDICIONES GENERALES OFRECIDAS POR PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA: 4.1. Introducción. 4.2. Régimen general. 4.3. El sistema especial del nuevo Reglamento. 4.4. El sistema de protección especial para los contratos de consumo: 4.4.1. *Contratos de consumo que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de las reglas especiales de Derecho internacional privado.* 4.4.2. *Contratos de consumo no amparados por la protección especial prevista para los contratos celebrados por los consumidores.* 5. CONSIDERACIONES FINALES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA APROXIMACIÓN EUROPEA AL MODELO CONTRACTUAL TRIANGULAR DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

1. La economía colaborativa representa un fenómeno social que ha emergido con fuerza en muy pocos años. Su eje central es la participación activa de los ciudadanos y su capacidad para influir en el mercado en una relación más horizontal entre las partes. Esta nueva realidad no se comprende al margen del desarrollo de las plataformas digitales, que hacen posible que los interesados entren en contacto, la celebración de contratos y la clasificación de los participantes a través de herramientas tecnológicas. El

modelo se ha extendido por ámbitos de actividad muy variados como la movilidad, el alojamiento, el ejercicio de actividad de empresa, las comunicaciones, el trabajo, la cultura, la educación o incluso las finanzas.⁴ En poco tiempo la economía colaborativa ha madurado desde su fisonomía inicial. Al comienzo las plataformas digitales solían operar en exclusiva como proveedoras de servicios intermediarios de la sociedad de la información, por lo que, con arreglo al art. 14 DCE estaban, bajo determinadas condiciones, exentas de la responsabilidad de la información almacenada. Hoy es más frecuente que ofrezcan sus propios servicios, facilitando, tanto a proveedores como destinatarios, ciertas prestaciones como, por ejemplo, la de dar cobertura a los riesgos de la contratación o de la propia actividad. Los cambios se aprecian igualmente en el lado de los proveedores. Frente a la espontaneidad inicial la actividad ahora tiende a prolongarse, se lleva a cabo bajo demanda, se ha generalizado la compensación o contraprestación en dinero y se han incorporado a este mercado servicios muy profesionalizados por quienes los prestan. En el lado del adquirente final ya no siempre se trata de un particular, apareciendo también sociedades e incluso administraciones públicas. La evolución del fenómeno ha determinado la aparición de normativas estatales especiales, con finalidades muy diversas (ad.ex. garantizar la tributación del hecho económico, protección del medio ambiente, protección de un urbanismo sostenible, etc).⁵

4 Sobre la emergencia de la economía colaborativa y la variedad de dificultades que suscita este fenómeno de contratación internacional véase el estudio de ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.F., “Modelos colaborativos en plataformas digitales: retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 399–424.

5 Una revisión de las medidas nacionales adoptadas en varios países europeos puede verse en VILALTA NICUESA, A.E., “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, año 94, Número 765, pp. 277-284.

2. La doctrina ha identificado dos factores que concurren en la legislación europea de los que deriva su falta de adaptación a la economía de las plataformas.⁶ Por una parte, la legislación europea se funda en el *modelo de distribución en cadena* y no en el *modelo triangular*.⁷ Por otra, las normas del Derecho contractual son de aplicación exclusivamente a las relaciones de consumo. La economía de las plataformas, sin embargo, va más allá del paradigma de protección del consumidor, ya que en ellas se involucran diversos grupos de usuarios según el tipo de plataforma. Si la taxonomía de consumidores y empresas nunca ha sido del todo clara, la economía de plataformas ha aumentado considerablemente los casos que pertenecen a la “zona gris”. De esta situación son un buen ejemplo las plataformas de economía colaborativa, que inicialmente suelen implicar transacciones entre particulares de manera ocasional, a lo que puede seguir su conversión en pequeñas empresas, determinando la inaplicación del acervo de protección de los consumidores.

3. Las Directivas de regulación del mercado (Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa) muestran mejor sintonía con las necesidades de la contratación a través de plataformas, al ser de aplicación tanto a

6 Véase WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., “Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?” disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI\(2017\)607323_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf).

7 El modelo de distribución en cadena que informa al Derecho de la Unión Europea se observa incluso en la reciente Directiva 2019/770/UE de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Al regular la conformidad el artículo 8 b) hace alusión a cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado.

las relaciones B2C como a las B2B. Les pasa lo contrario que a las directivas de protección de los consumidores (Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, Directiva 2011/83/UE sobre derechos del consumidor o la Directiva UE 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales), que no han sido concebidas para afrontar las exigencias especiales de protección que surgen de las relaciones triangulares y, además, ciñen su aplicación a las relaciones de consumo por lo que no dan respuesta a otro tipo de situaciones de vulnerabilidad.

4. La identificación de esta clase de situaciones respecto de ciertos servicios de intermediación en línea,⁸ y el reconocimiento de la necesidad de contar con un marco propicio pero a la vez justo y equitativo, han provocado un reciente impulso legislativo y doctrinal. En el primer plano destaca el Reglamento (UE) 2019/1150 de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea⁹ y la nueva Directiva UE 2019/2161

8 Según el apartado primero de la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea Bruselas (documento COM (2018) 238 final, 2018/0112 (COD) de 26 de abril de 2018, disponible en el siguiente enlace <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0238&from=ES>) “los proveedores de estos servicios pueden incurrir en ciertas prácticas comerciales potencialmente nocivas, que reducen las ventas de tales empresas efectuadas a través de dichos proveedores y socavan su confianza, a saber: cambios inexplicables de las condiciones sin previo aviso; la exclusión de bienes o servicios y la suspensión de cuentas sin una declaración de motivos clara; una falta de transparencia en la clasificación de los bienes y servicios y de las empresas que los ofrecen; condiciones poco claras para el acceso y el uso de los datos recogidos por los proveedores; y una falta de transparencia en cuanto al favorecimiento de los propios servicios competidores y las denominadas cláusulas de nación más favorecida (NMF) de los proveedores que limitan la capacidad de las empresas de ofrecer condiciones más atractivas por medio de canales distintos de los servicios de intermediación en línea.”

9 DO L 186 de 11.7.2019.

de 27 de noviembre de 2019 de mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que ha modificado la Directiva 2005/29/UE, de prácticas desleales, la Directiva 2011/83/UE de derechos del consumidor y la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas.¹⁰

5. El proceso de elaboración de estas iniciativas se ha alimentado por la elaboración, en paralelo, de las “Reglas Modelo para las Plataformas Digitales” aprobadas por el Instituto de Derecho Europeo el 28 de febrero de 2020.¹¹ Las Reglas culminan una reflexión que dio comienzo, tras el *boom* de los mercados en línea, con el “*Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*” publicado en 2016.¹² El diseño propuesto por las Reglas asume el modelo de la economía triangular y es superador, bajo varias perspectivas, de la taxonomía entre relaciones de consumo y relaciones entre empresas. Las Reglas contienen obligaciones de las entidades gestoras de las plataformas frente a todos los usuarios, sin que importe para su aplicación si son profesionales. A diferencia de las recientes iniciativas legislativas europeas, se contempla su aplicación también a los mercados B2B, es decir plataformas cuyos clientes son empresas. El objetivo de las Reglas es similar al de las iniciativas legislativas europeas, mejorar la posición de los usuarios de la plataforma en relación con los operadores en dos aspectos: incrementar la calidad de la información sobre bienes, servicios o contenidos digitales que los usuarios pueden encontrar en la plataforma; y prevenir los abusos de la ventaja que tiene la plataforma debido a su posición central entre proveedores y clientes en perjuicio de sus usuarios,

10 DO L 328 de 18.12.2019.

11 Las Reglas Modelo se encuentran disponibles en el siguiente enlace: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf.

12 Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, 5 (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 164-169.

en particular de los proveedores. Como *soft law* su propósito es servir como modelo para los legisladores nacionales, europeos e internacionales, así como una fuente de inspiración para la autorregulación y la normalización.¹³ En cuanto a su alcance, su utilización por gestores de plataformas y su eventual implantación en la legislación estatal quedan condicionadas al respeto del marco imperativo de la Unión Europea.

6. El carácter transnacional intrínseco a las relaciones que surgen en el ámbito de la economía colaborativa, entre sujetos que normalmente tienen su establecimiento, domicilio, sede o residencia en países distintos, hace imprescindible una aproximación al fenómeno desde el prisma del Derecho internacional privado. El régimen jurídico internacional de las relaciones que surgen en el ámbito de la economía colaborativa se mantiene sometido a los marcos generales, es decir, al Reglamento Bruselas I bis, al convenio de Lugano II, al Reglamento Roma I y al Reglamento Roma II. En apariencia este sistema permanece intacto.¹⁴ La realidad muestra, sin embargo, que las nuevas iniciativas poseen incidencia sobre la aplicación práctica del sistema de Derecho internacional privado, condicionando en gran medida el régimen de las relaciones que tienen lugar en las plataformas digitales. A estos cambios hay que sumar los criterios que está desarrollando en los últimos tiempos el TJ para este mismo ámbito de relaciones, que poseen incidencia directa sobre las soluciones de Derecho internacional privado.

7. Este estudio se ocupa del régimen de validez y eficacia de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en las condiciones generales de la contratación de la entidad

13 Véase el *Report of the European Law Institute Model Rules on Online Platforms*, disponible en la siguiente página web: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf.

14 Véase el artículo 1.5 Reglamento 2019/1150.

gestora de la plataforma de economía colaborativa. Se trata de una cuestión central a la vista de la frecuencia con la que estas cláusulas son incorporadas a las condiciones generales, del alto impacto que su inserción posee sobre la posición contractual de las partes y de las variaciones que se producen en su régimen jurídico en dependencia del régimen aplicable. El trabajo expone los cambios legislativos y jurisprudenciales que están provocado modificaciones en los diferentes regímenes y evalúa en qué medida suponen un refuerzo a la garantía de la efectividad del consentimiento respecto de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en condiciones generales en la contratación a través de plataformas de economía colaborativa, una cuestión que hoy representa un verdadero Talón de Aquiles en el andamiaje de la economía de plataformas. Para el objetivo de este estudio primero nos ocuparemos de describir los supuestos en que encuentran aplicación los diferentes regímenes vigentes en la actualidad, a saber, el general, el especial del nuevo Reglamento y el propio de las relaciones de consumo. Para esta finalidad primero haremos una revisión del contenido, ámbito de aplicación y alcance internacional de las soluciones y disposiciones del nuevo Reglamento y la nueva Directiva. Luego haremos un breve recordatorio de las circunstancias que determinan la aplicación de las reglas especiales de Derecho internacional privado de los contratos de consumo a las relaciones que surgen de la economía colaborativa. Determinado el ámbito de aplicación de cada régimen de protección, finalmente analizaremos el diverso modo en que se resuelve la validez y eficacia de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en condiciones generales de la contratación en los contratos celebrados a través de plataformas digitales de economía colaborativa.

2. CONTENIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2019/1150

2.1. Elenco de los nuevos elementos de protección

8. El objetivo del nuevo Reglamento es establecer normas obligatorias a nivel de la Unión para garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo, predecible, sostenible y confiable. La elección del instrumento normativo del Reglamento ha permitido que las reglas tuitivas entren en vigor, de forma automática y sin necesidad de transposición, el día 12 de julio de 2020 (artículo 19.2), si bien algunas disposiciones habrán de ser objeto de desarrollo por la legislación de cada Estado miembro.

9. El grueso de las medidas de protección posee alcance contractual. De ellas destaca la regulación material que afecta a la incorporación de las condiciones generales de los proveedores de servicios de intermediación en línea. Junto a la exigencia de que las condiciones generales estén redactadas de manera sencilla y comprensible, la letra b) del artículo 3.1 obliga a los proveedores de servicios de intermediación en línea a asegurarse de que *sus condiciones generales se encuentran fácilmente disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea, incluso en la fase precontractual*. En análisis somero, la nueva disposición comporta cambios respecto del sistema del artículo 10.3 de la Directiva 2000/31/CE, que somete la incorporación de las condiciones generales a que estén disponibles de tal manera que se puedan almacenar y reproducir. El resto del artículo 3.1 contiene exigencias sobre el

contenido material de las condiciones generales.¹⁵ El Reglamento contiene también la sanción directa (nulidad de las condiciones generales) asociada al incumplimiento de las previsiones del apartado primero. El Reglamento regula de forma muy precisa las condiciones para la aplicabilidad de las modificaciones a las condiciones generales (art. 3.2 Reglamento), así como las causas de restricción, suspensión y terminación de la relación entre el proveedor profesional y el proveedor del servicio de intermediación (art. 4), declara prohibidas las modificaciones retroactivas y proclama la inclusión imperativa en las condiciones generales de determinados contenidos.¹⁶

10. La protección del Reglamento se extiende más allá del ámbito contractual. El Reglamento garantiza el acceso a los datos (art. 9) y establece exigencias de funcionamiento para los sistemas de clasificación, con normas que persiguen que se salvaguarde la transparencia (art. 5),¹⁷ requisitos de información

15 Los proveedores se asegurarán que sus condiciones generales: c) estipulan las razones en las que se basan las decisiones de suspender, terminar o restringir de cualquier otro modo, de manera total o parcial, la prestación de los servicios de intermediación en línea a los usuarios profesionales; d) incluyen información sobre cualesquiera canales de distribución adicionales y posibles programas asociados a través de los cuales el proveedor de servicios de intermediación en línea podría comercializar bienes y servicios ofrecidos por usuarios profesionales; e) incluyen información general sobre el modo en que las condiciones generales afectan a la titularidad y el control de los derechos de propiedad intelectual de los usuarios profesionales.

16 Según el artículo 8 Reglamento los proveedores de servicios de intermediación en línea deben garantizar que sus condiciones generales incluyen información sobre las condiciones en que los usuarios profesionales pueden terminar la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea así como una descripción del acceso técnico y contractual, o la ausencia de dicho acceso, a la información proporcionada o generada por el usuario profesional que mantengan tras la expiración del contrato entre el proveedor de servicios de intermediación en línea y el usuario profesional.

17 Esta protección ha sido extendida a los consumidores por la Directiva 2019/2161/UE, que ha modificado la Directiva 2005/29/UE sobre prácticas comerciales desleales.

y de autorización para el ofrecimiento por el intermediario de bienes y servicios auxiliares (art. 6) y contempla prevenciones respecto de prácticas contrarias a la competencia leal por parte de la entidad gestora de la plataforma que puedan suponer un trato diferente a las prestaciones propias respecto del resto de los usuarios profesionales (art. 7). Uno de sus pilares es la promoción de la solución rápida de litigios. El artículo 11 obliga a los proveedores de servicios de intermediación en línea a establecer un sistema interno para tramitar las reclamaciones de los usuarios profesionales, un servicio que se somete a determinadas condiciones de calidad. Por otra, se pretende facilitar el camino hacia la mediación mediante el establecimiento de estándares de calidad (art. 12). Finalmente, el Reglamento fomenta el cumplimiento de las obligaciones que de él dimanen mediante el reconocimiento de una acción colectiva que los Estados deberán desarrollar siguiendo ciertas directrices (artículo 14). Al igual que con la Directiva sobre comercio electrónico, el Reglamento pretende favorecer la elaboración de códigos de conducta por los proveedores de servicios de intermediación en línea y las organizaciones y asociaciones que los representen, junto con los usuarios profesionales y sus organizaciones representativas.

2.2. Ámbito de aplicación material

11. El Reglamento es aplicable a los servicios de intermediación en línea, y a los motores de búsqueda en línea, que se faciliten, o cuyo uso se proponga, a los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos y que por medio de servicios de intermediación en línea o motores de búsqueda en línea ofrezcan bienes o servicios a los consumidores. No es de aplicación cuando los servicios de intermediación son suministrados a usuarios no profesionales. A pesar de la tendencia

a la profesionalización de los proveedores de servicios en el ámbito de la economía colaborativa, la variedad tipológica de las circunstancias y motivaciones que llevan a los particulares a participar en el mercado en línea impide descartar la presencia de proveedores no profesionales a quienes no son de aplicación las disposiciones de protección de este Reglamento.

12. El nuevo Reglamento define al proveedor profesional como “todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión” (art. 2.1). La Comisión Europea ha ofrecido orientaciones para identificar a los proveedores profesionales en el contexto de la economía colaborativa. Entre los criterios propuestos se cuentan la frecuencia de los servicios, la existencia o no de fin lucrativo y el nivel de volumen de negocio.¹⁸ La existencia de fin lucrativo convertiría así en empresarios a casi todos los participantes en el mercado de la economía colaborativa, lo que no cuadra con el carácter esporádico y puntual con el que puede tener lugar esta participación. En su sentencia de 4 de octubre de 2018, dictada en el Asunto C-105/17: *Kāmenova*, el TJ se ha pronunciado del siguiente modo sobre las nociones de “prácticas comerciales” y “comerciante” utilizadas por la Directiva 2005/29/CE y la Directiva 2011/83/UE.¹⁹

18 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa (Documento COM (2016) 356 final, 2.6.2016), pp. 10-11.

19 Un comentario a esta sentencia puede verse en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Notas sobre el régimen de protección del usuario en la contratación a través de plataformas online: entre la responsabilidad del proveedor y la del operador de la plataforma”, texto inédito presentado en el Congreso “la contratación en la era digital”, celebrado en Granada los días 7 y 8 de noviembre de 2019.

Entre las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para calificar como empresario a una persona física que publica varias ofertas de bienes nuevos y usados en un sitio de Internet, no sólo se debe considerar el número de operaciones realizadas por esa misma persona y la concurrencia de ánimo de lucro, sino además si la venta se ha hecho de forma planificada, si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que propone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio o está sujeto a IVA y si la oferta se concentra en un número limitado de productos (apartado 38). Los criterios referidos no son taxativos, ni excluyentes de manera que, en principio, el hecho de cumplir uno o varios de esos criterios no determina, por sí mismo, la calificación que debe hacerse del vendedor en línea con respecto al concepto de comerciante (apartado 39), por lo que el mero hecho de que con la venta se persiga una finalidad lucrativa o de que una persona publique simultáneamente en una plataforma en línea una serie de anuncios en los que ofrece a la venta bienes nuevos y usados, no basta, por sí mismo, para calificar a dicha persona de comerciante (apartado 40).

13. Los criterios que proporciona el TJ, por aquilatados y fundados que sean, resultan sin embargo insuficientes para la realidad del comercio a través de plataformas pues su aplicación conduce, de nuevo en más ocasiones de las deseadas, a las zonas grises, siendo difícil, o imposible, conocer *a priori* si es de aplicación el Reglamento. Esta labor de calificación se verá facilitada a partir del 28 de mayo de 2022 pues para esta fecha se ha programado

que sea efectiva la aplicación del nuevo artículo 6 bis Directiva 2011/83/UE. Este nuevo precepto, que ha sido introducido por la Directiva 2019/2161, obliga al operador de los mercados en línea a comunicar “*si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea*”. El prestador de servicios de intermediación no está obligado a supervisar los datos declarados por el proveedor²⁰ y, en teoría, queda abierta la posibilidad de una recalificación. No obstante, en la práctica la auto-declaración del proveedor será difícilmente refutable como consecuencia de las especiales características de celeridad que concurren en las relaciones en la sociedad digital y de la dificultad de conocer las circunstancias reales del proveedor. Si bien el modelo de la auto-declaración posee como objetivo prioritario dotar de certidumbre a la posición de las partes en los mercados en línea, al mismo tiempo, en buena medida, alimenta la caracterización como opcionales de los regímenes disponibles.

14. El nuevo Reglamento no se ocupa del régimen de protección, respecto de la entidad gestora de la plataforma, de los proveedores no profesionales ni tampoco de los profesionales que no dirigen su actividad hacia clientes que sean consumidores. Del tenor literal de la norma cabe deducir que el Reglamento es de aplicación si el ofrecimiento del proveedor se produce a los

20 Véase el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico. Véase también el documento COM (2018) 185 final p 11, donde se afirma que los cambios propuestos respecto a las normas sobre los mercados en línea son proporcionados en el sentido de que no imponen a tales mercados ninguna obligación de supervisar o comprobar la veracidad de la información proporcionada por los proveedores terceros sobre su condición de comerciante o no comerciante. Por tanto, los cambios se basan en la mera auto-declaración, y la tarea del mercado consiste únicamente en garantizar que los proveedores terceros proporcionen esta información en el sitio web y a continuación transmitírselas al consumidor. Véase Tommassi, S., “The ‘New Deal’ for Consumers: Towards More Effective Protection?”, *European Review of Private Law*, 2-2020, pp. 329-330.

consumidores, *aunque dicho ofrecimiento tenga también como destinatarios a profesionales*. Del tenor del Reglamento se desprende que no se aplicará, únicamente, cuando la entidad gestora de la plataforma haya adoptado las medidas técnicas necesarias para declarar que excluye a los no profesionales del ámbito de sus destinatarios. A la vista de esta circunstancia cabe augurar que las disposiciones de protección del Reglamento serán de aplicación a un porcentaje muy alto de las relaciones entre proveedores y entidades gestoras de plataformas.

2.3. Ámbito de aplicación espacial

15. Las disposiciones del Reglamento solo son aplicables cuando los usuarios profesionales tengan su establecimiento o domicilio en la Unión y ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión, al margen del lugar en el que se encuentre establecido o residan los proveedores de dichos servicios y cualquiera que fuese la ley aplicable (art. 1.2 Reglamento). El propio Reglamento se ocupa de explicar, en su considerando noveno, los criterios seguidos para determinar si los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos ofrecen bienes o servicios a consumidores situados en la Unión, para lo cual remite expresamente a la jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I bis y al artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I. Resulta de interés que el preámbulo del Reglamento aclare que los consumidores, para estar situados en la Unión, no necesitan residir dentro de ella ni tener la nacionalidad de un Estado miembro. El Reglamento no se aplica cuando los usuarios profesionales no usen los servicios de intermediación en línea para ofrecer bienes o servicios exclusivamente a consumidores situados fuera de la Unión o a personas que no son consumidores.

16. Hay que felicitar al legislador europeo por haber diseñado como ámbito de aplicación espacial del Reglamento el que mejor se atiene a las necesidades de funcionamiento del mercado interior europeo.²¹ De este modo se consigue que el régimen especial de protección se proyecte sobre actividades que van a tener una repercusión sobre la competencia en el ámbito territorial de la Unión Europea (ad. ex. consumidores que se encuentren dentro de la Unión), sin que se limiten las posibilidades de expansión de las empresas con establecimiento en países Europeos sobre mercados situados fuera de Europa. En coherencia, este mismo ámbito de aplicación es el que poseen las obligaciones de información precontractual que, como se ha visto, pueden condicionar la calificación del usuario como comerciante o consumidor. Su ámbito de aplicación espacial ha de quedar referido a los supuestos en los que existe una actividad comercial dirigida hacia los Estados miembros de la Unión Europea, incluso aunque el contrato que se celebre quede sometido a un Derecho distinto.²²

21 Se trata de un ámbito de aplicación que tiene entre sus antecedentes más significativos las sentencias dictadas por el TJ en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, y en concreto la célebre sentencia de 27 de septiembre de 1988, dictada en los asuntos 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85: “Ahlström osakeyhtiö y otros c Comisión”. Para una defensa de este ámbito de aplicación para las normas europeas de protección del consumidor véase ESTEBAN DE LA ROSA, F, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 176-186.

22 Para una fundamentación de este ámbito de aplicación desde la perspectiva del Derecho europeo de protección de los consumidores, véase GÓMEZ VALENZUELA, E., “Deberes de información en la contratación electrónica de consumo en la Unión Europea”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, Monográfico sobre consumidores y comercio electrónico*, Noviembre 2018, pp. 20-41.

3. LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS ESPECIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES A LOS SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS DE ECONOMÍA COLABORATIVA

3.1. La identificación de relaciones de consumo en el ámbito de la economía colaborativa

17. En la economía triangular cabe identificar relaciones de consumo cada vez que una parte actúa con un fin profesional (la entidad gestora de la plataforma o el proveedor del servicio) y la otra con uno no profesional (el proveedor respecto de la plataforma o el destinatario del servicio respecto del proveedor). Resulta difícil imaginar supuestos en los que a la entidad gestora de la plataforma no le corresponda el papel de empresario o profesional a la vista de que su tarea consiste en proporcionar un servicio de intermediación a cambio de una comisión. El punto de partida para determinar si el proveedor o el cliente, ambos usuarios de la plataforma, deben ser considerados como comerciante o como consumidor respecto de la entidad gestora de la plataforma, con el objetivo de determinar si estamos en presencia de una relación de consumo, permanece invariable en la comprobación de si uno y otro actúan o no al margen de su actividad profesional. Junto a los criterios establecidos por la sentencia *Kamenova* ya mencionada, posee utilidad la jurisprudencia del TJUE que se ha ocupado de precisar el concepto de consumidor. No obstante, el traslado de los criterios que se han acuñado hasta ahora a las circunstancias especiales de la economía de las plataformas digitales no resulta sencillo.

18. El punto de partida sigue siendo la sentencia del TJ de 3 de julio de 1997 dictada en el asunto *Francesco Benincasa*, de la que se desprende que el concepto de consumidor ha de interpretarse de forma restrictiva y que hay que tener en cuenta la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Los usuarios de una plataforma digital de economía colaborativa la pueden utilizar unas veces con fines privados y otras con fines profesionales, usando para ello la misma cuenta. Aunque las circunstancias no son por completo asimilables, justifican que vengan a colación los criterios que ha establecido el Tribunal de Justicia para determinar si estamos en presencia de un consumidor en los contratos con finalidad doble o mixta, privada y profesional. Hasta hace poco el criterio establecido para estas situaciones consistía en considerar que el consumidor puede ampararse en las normas especiales cuando el vínculo con la actividad profesional del interesado es tan tenue que puede considerarse como marginal respecto del global de la operación.²³ Sin embargo, recientemente el TJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la condición de consumidor referida a un usuario de los servicios de una red social digital que es utilizada durante un largo período de tiempo, una circunstancia que acerca el supuesto a las propias de la economía colaborativa. En efecto, en su sentencia de 25 de enero de 2018 el TJUE ha considerado que un sujeto privado que contrata un servicio con un fin exclusivamente privado y personal, con un profesional u operador económico, es un consumidor. Si posteriormente utiliza dicho servicio para actividades profesionales, incluso hasta el punto de que las mismas resultan actividades preponderantes y esenciales, no pierde la condición de consumidor. Según el TJUE un uso profesional significativo o incluso preponderante del bien o servicio no impide calificar el contrato como contrato de consumo

23 Sentencia TJ de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01.

porque el sujeto era un consumidor cuando contrató el servicio y lo sigue siendo aunque sea a un nivel marginal o mínimo. Con esta solución el TJ se desmarca, de manera especial para este ámbito concreto, del criterio de la interpretación restrictiva que tradicionalmente ha presidido la interpretación del concepto de consumidor, y toma en consideración el hecho de que los servicios van a ser utilizados durante un largo período de tiempo y que, de otro modo, se impediría una defensa efectiva de los derechos que tienen los consumidores frente a sus cocontratantes profesionales, incluidos los relativos a la protección de sus datos personales.²⁴ Conforme a esta orientación, la relación entre la entidad gestora de la plataforma y el proveedor de los servicios podrá ser considerada como una relación de consumo en la medida en que se haya configurado de este modo en el momento de la apertura de la cuenta de usuario en la plataforma. El criterio establecido se verá reforzado una vez que entre en vigor la obligación precontractual del proveedor de declarar si actúa como comerciante o no comerciante que será exigida a partir del 28 de mayo de 2022.

19. El mismo criterio encuentra aplicación para decidir si estamos en presencia de una relación de consumo en la que se entabla entre la entidad gestora de la plataforma y el cliente del servicio. Como consecuencia, por poner un ejemplo, si un profesor de la Universidad crea una cuenta en Airbnb con el objetivo de alquilar alojamientos turísticos para pasar su tiempo de vacaciones con familiares y amigos y, llegado el momento, la cuenta es utilizada prioritariamente para alquilar el alojamiento con el objetivo de participar en conferencias y congresos en otros

24 Valorando la nueva decisión como un cambio de criterio véase CALVO CARAVACA, A.L., “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al profesor doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas, 2020, pp. 176-178.

países, por tanto con fines profesionales, esta circunstancia no modificaría su calificación como consumidor en la medida en que, de vez en cuando, lleve a cabo el alquiler de apartamentos turísticos con fines privados.

20. La existencia de una relación de consumo entre el proveedor del servicio y el cliente depende también de si su actuación se produce al margen o dentro de su actividad profesional. Esta consideración se podrá ver condicionada por la información precontractual que deberá ofrecer la entidad gestora de la plataforma sobre el proveedor del servicio con arreglo al nuevo artículo 6 bis de la Directiva 2011/83/UE. A la vista de esta información cabrá afirmar la existencia de una relación de consumo si el proveedor es un profesional, o de una relación entre iguales en caso de que el proveedor tampoco sea un profesional, o bien cuando ambos sean profesionales.

21. La protección de las normas especiales de Derecho internacional privado de los contratos de consumo no es de aplicación a los contratos a que se refiere el apartado cuarto del artículo 6 del Reglamento Roma I. Por ello, algunos de los contratos más frecuentes de la economía colaborativa no quedan sometidos a las normas especiales a pesar de que puedan ser considerados como contratos de consumo. Así ocurre, por ejemplo, con el contrato de transporte, con el contrato de arrendamiento o también con el contrato de servicios, por ejemplo turísticos, que deba prestarse, exclusivamente, en un país distinto de aquel en el que el consumidor tenga su residencia habitual. En estos casos son de aplicación las normas generales de Derecho internacional privado. La calificación de contrato de consumo, sin embargo, no se pierde del todo pues posee relevancia en el momento de la identificación de las normas en el Derecho aplicable al contrato, pudiendo dar entrada, por esta vía, al Derecho europeo de protección del consumidor.

22. El régimen especial de los contratos celebrados por consumidores no encuentra aplicación a las relaciones entre el cliente no profesional y el proveedor no profesional, al ser una relación P2P o entre iguales, lo mismo que también queda excluido cuando en ambos concurre la condición de empresario o comerciante (B2B). En estos casos no es de aplicación ningún régimen especial de protección internacional siendo aplicable el régimen general. Esta relación normalmente encuentra regulación en las propias condiciones generales de la entidad gestora de la plataforma, si bien no es infrecuente que el proveedor, mediante declaraciones que es posible hacer a través de la plataforma, imponga determinadas condiciones (por ejemplo, política de cancelación o establecimiento de una fianza en el caso de las plataformas de alquiler de apartamentos turísticos como AirBnb).

3.2. La condición relativa a la existencia de actividad comercial dirigida hacia el país de la residencia habitual del consumidor y la inserción del contrato en el ámbito de dichas actividades

23. Tanto el artículo 6 del Reglamento Roma I como el artículo 17 del Reglamento Bruselas I bis condicionan la aplicación de las reglas especiales de los contratos celebrados por consumidores a que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país. Si tenemos en cuenta la interpretación conciliadora entre el Reglamento Bruselas I y el Reglamento Roma I que se desprende del considerando 24 del Reglamento Roma I, para determinar cuándo la actividad del empresario se dirige a un Estado miembro se muestra de utilidad el criterio seguido por el TJ en su sentencia de 7 de diciembre de 2010

dictada en el asunto *Pammer Alpenhof*.²⁵ De los criterios establecidos en esta sentencia destaca el papel que atribuye el TJ a la intención del empresario de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar contrato con ellos. El TJ ha ofrecido una lista, no exhaustiva, de indicios que pueden ayudar a considerar que la actividad se encuentra dirigida al Estado miembro de la residencia/domicilio del consumidor. Sobre la aplicación de estos criterios hoy en día influyen también las prácticas de geobloqueo que, en la medida en que no sean consideradas ilícitas,²⁶ cada vez más permiten el direccionamiento de la actividad comercial de las empresas sobre el territorio de determinados países y no de otros.

24. En la contratación realizada a través de plataformas en teoría habría que separar entre el mercado (de usuarios, tanto proveedores como clientes) al que se dirige la entidad gestora de la plataforma y aquél (de clientes) al que se dirige el proveedor de los servicios. Normalmente, sin embargo, ambos coinciden y dependen del diseño de la misma interfaz. En ella habrá que comprobar criterios tales como el idioma utilizado, a fin de detectar si la actividad se dirige a varios Estados miembros, incluido el del domicilio del consumidor. Al tratarse de una contratación que ha tenido lugar directamente a través de la plataforma no deben plantearse dudas respecto del cumplimiento del requisito relativo a la conexión entre la actividad del empresario dirigida

25 Una valoración crítica de la decisión puede verse en VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., “El actual Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) y la protección del consumidor on-line. ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101/2015, pp. 299 – 320.

26 Véase el Reglamento UE 2018/302, de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.

hacia el país del consumidor y el contrato celebrado, a pesar de que la relevancia de este requisito ha sido relativizada mediante la interpretación que ha ofrecido el Tribunal de Justicia en su sentencia de 17 de octubre de 2013, dictada en el asunto Emrek Savranovic.²⁷

3.3. El ámbito de aplicación espacial del Derecho europeo de protección del consumidor

25. El Derecho europeo de protección del consumidor, por su finalidad de generar unas condiciones similares de competencia para las empresas en el ámbito del mercado interior europeo, debe revestirse de un ámbito de aplicación espacial idóneo con este objetivo.²⁸ Es sabido que las reglas del Reglamento Roma I especiales para los contratos de consumo, al igual que ocurría con las del Convenio de Roma, no consiguen este objetivo en todos los casos. Para cuando el dispositivo del artículo 6 Reglamento Roma I no garantiza la aplicación del Derecho europeo de protección del consumidor en situaciones vinculadas con el mercado interior el legislador europeo ha dictado reglas especiales de Derecho internacional privado que han sido objeto de transposición a la legislación de los Estados miembros.²⁹ Para el ámbito que interesa a este trabajo resulta relevante el artículo 67.2 TRLGDCU, un

27 Un comentario crítico de esta decisión puede verse en 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*, Año 2, n° 11, 2014, pp. 5-17.

28 Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 176-186.

29 Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos. Perspectiva europea y española”, en PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, F.J. (dir.), *ADR, ODR y Justicia del Futuro. Propuestas y medidas que eviten la judicialización de conflictos*, Aranzadi, 2019, pp. 315-344.

precepto que encuentra fundamento en el artículo 6.2 Directiva 1993/13/CE. Según esta disposición:

2. 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.

26. Para el ámbito de las cláusulas abusivas posee menor relevancia la innovación que ha introducido el legislador europeo en el apartado cuarto del artículo 3 del Reglamento Roma I, una disposición que, en general, presta escasa asistencia en los supuestos transfronterizos de la economía colaborativa. Por una parte, solo es de aplicación en los casos no cubiertos por las normas especiales de Derecho internacional privado a las que nos hemos referido, pues así se desprende del artículo 23 Reglamento Roma I. Por otra, no engarza con la necesidad de hacer una valoración de los contactos relevantes para determinar la aplicación del Derecho europeo ni garantiza la aplicación del Derecho europeo en situaciones en las que ésta es demandada en atención a la

existencia de una actuación comercial dirigida hacia el territorio de los países miembros. Esta norma, sin ir más lejos, deja fuera de la protección del Derecho europeo de consumo a los supuestos, relativamente frecuentes, en los que el gestor de la plataforma tiene su sede o establecimiento fuera de la Unión Europea.

27. La posibilidad de contar con un ámbito de aplicación espacial del Derecho europeo de cláusulas abusivas que se aproxima al establecido por el nuevo Reglamento cuadra con la intención del legislador europeo de contar con el régimen “gemelo” de las Directivas de consumo para conseguir, en conjunto, un alto grado de transparencia y diligencia profesional en las relaciones entre las entidades gestoras de plataformas y los proveedores, sean profesionales o consumidores.³⁰ Al mismo tiempo es un acicate para interpretar el segundo ámbito de aplicación, el que deriva de la Directiva 1993/13/CE, de conformidad con el establecido para el nuevo Reglamento, resolviéndose así las dudas sobre los supuestos en los que el consumidor, simplemente, se encuentra en la Unión Europea en el momento de contratar, o también cuando la entidad gestora de la plataforma tiene su sede fuera de la Unión Europea pero el usuario es un proveedor con establecimiento en la Unión Europea, siempre que pueda ser considerado como un consumidor.

30 Véase la página 4 del documento COM(2018) 238 final 2018/0112 (COD) que contiene la Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea.

4. VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y DE JURISDICCIÓN CONTENIDAS EN CONDICIONES GENERALES OFRECIDAS POR PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA

4.1. Introducción

28. La llegada del comercio electrónico supuso en su momento una revolución en los sistemas jurídicos que, en muy poco tiempo, y sin conocer exactamente la diversidad de situaciones que podrían darse, debieron adaptarse a la nueva realidad. La necesidad actual de dar respuesta a las dificultades especiales de la economía de plataformas está contribuyendo a una reflexión sobre la adecuación de los marcos actuales a la nueva realidad. En lo que interesa al objetivo de este trabajo, la cuestión clave radica en conocer en qué medida los diferentes regímenes aplicables garantizan la efectividad del consentimiento respecto de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en condiciones generales propuestas por plataformas de economía colaborativa. Para todos los regímenes el punto de partida es la afirmación de la separabilidad de la cláusula de ley aplicable y del pacto de jurisdicción respecto del contrato en el que se insertan, tal y como se desprende, respectivamente, del artículo 3.5 Reglamento Roma I y art. 25.5 Reglamento Bruselas I bis. Con esta premisa hay que contar con el régimen de incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación. Las formas de diseñar el otorgamiento del consentimiento para esta finalidad son variadas si bien cabe identificar, como modelos básicos, el *Shrink wrap agreement*, el *click wrap agreement* y el *browse wrap*

agreement.³¹ La eficacia de estas cláusulas puede también quedar condicionada por su consideración como cláusulas abusivas, en presencia de contratos de consumo, así como por las limitaciones establecidas a su eficacia a pesar de ser pactos suscritos de forma válida. El hecho de que en la economía colaborativa se produzcan relaciones de tipo digital entre partes que asumen diferentes roles determina que sea del mayor interés conocer qué requisitos deben cumplirse, en cada caso, para determinar la validez y eficacia de estos pactos.

4.2. Régimen general

29. El régimen general es el aplicable a las relaciones entre gestor de la plataforma y proveedor cuando éste dirige su actividad exclusivamente a profesionales, o también en las relaciones entre un proveedor no profesional y un cliente no profesional (P2P) o entre un proveedor profesional y un cliente profesional (B2B). La validez y el contenido del contrato se someten a la ley hipotética del contrato determinada con arreglo a la regla del artículo 10.1 Reglamento Roma I. La misma regla se aplica a la incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación, una solución que, con buen fundamento, ha generado serias dudas sobre la sintonía del artículo 3.2 LCGC con el sistema del Reglamento Roma I.³² Para los casos en los que la ley designada

31 Sobre la caracterización básica de cada uno de ellos y su admisibilidad según los sistemas véase LARA AGUADO, A., “La formación del contrato de consumo electrónico”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F, *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América: una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 309-319. SÁNCHEZ LORENZO, S.A., “Wrap International Contracts”, texto inédito en prensa.

32 Según el tenor de esta disposición la 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.

sea el Derecho español la incorporación del pacto de ley aplicable será evaluada con arreglo a este Derecho. Aunque la norma general sobre la cuestión es el artículo 7 LCGC,³³ por su especialidad es de aplicación preferente el artículo 27.4 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) según el cual “con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”. Cabe advertir que el régimen general no resulta demasiado exigente limitándose a que exista “puesta a disposición con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación” y que las condiciones generales puedan ser almacenadas y reproducidas.

30. El problema de este régimen radica en que la norma no pone límites al modo en que puede tener lugar esta “puesta a disposición”. Bajo este tenor caben las situaciones de *click-wrap agreement*, en las que al usuario le aparece en la pantalla un icono con las condiciones contractuales y se le requiere para que preste su consentimiento a dichas condiciones pinchando en el icono de aceptar (*I agree*). También es compatible con este tenor la técnica del *browse wrap agreement*, una modalidad de incorporación según la cual los términos o condiciones están situados en algún apartado

(...). Tal y como mantiene el profesor Pedro Alberto de Miguel Asensio, esta disposición de la LCGC no debería ser de aplicación al extender unilateralmente el ámbito de aplicación de la legislación española sobre una materia en la que, con carácter general, la normativa uniforme contempla que es de aplicación la ley del contrato. Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Capítulo 4. Contratación comercial internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, sexta edición, Madrid, Iustel, 2020, pp. 296-297.

33 Según esta disposición no se consideran incorporadas las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

de la página web, de modo que el usuario puede consultarlos en cualquier momento, pero no se le requiere que pinche en ningún icono para manifestar su consentimiento antes de celebrar el contrato. Este régimen, en cambio, no tolera las prácticas de *Shrink wrap agreement* dado que las condiciones generales no son conocidas, y no han podido ser tomadas en consideración, en el momento de la celebración del contrato.

31. En el régimen de la incorporación al contrato del pacto de ley aplicable puede resultar relevante el inciso segundo del artículo 10 Reglamento Roma I. Si por ejemplo la plataforma de economía colaborativa designa como aplicable el sistema de un país que da cobertura al sistema del *Shrink wrap agreement* quien tenga residencia habitual en España podrá invocar el Derecho español para mantener que no ha dado su consentimiento.

32. El sistema de incorporación al contrato de los pactos de jurisdicción contenidos en condiciones generales cuenta con un mayor grado de uniformidad en el artículo 25.1 Reglamento Bruselas I bis. Una de las dificultades que se presentan en este ámbito es la relativa a la estrecha conexión que se produce entre las cuestiones de forma y de consentimiento a la vista de la dificultad de poder comprobar, en la contratación a través de plataformas, si ha existido un consentimiento efectivo. El apartado segundo del artículo 25 Reglamento Bruselas I bis proclama la equivalencia con el pacto escrito de toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. En su sentencia de 21 de mayo de 2015, dictada en el asunto *El Majdoub*, el TJ ha considerado que “el artículo 23, apartado 2, del Reglamento 44/2001 del Consejo (...) debe interpretarse en el sentido de que la técnica de aceptación mediante un «clic» de las condiciones generales, que incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato de compraventa celebrado por

vía electrónica, como el del litigio principal, constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato.” La decisión avala incluso la posibilidad de que la cláusula haya sido aceptada sin haber tenido acceso al contenido de las condiciones.

33. Esta decisión ha sido objeto de apreciaciones críticas por parte de la doctrina.³⁴ Se ha sostenido, en primer lugar, que el TJ, tras recordar que los requisitos de forma tienen por finalidad específica garantizar la efectividad del consentimiento de las partes, no duda en afirmar la existencia de este consentimiento con base, simplemente, en que el comprador ha aceptado las condiciones generales marcando la casilla correspondiente en la web del vendedor, sin exigir siquiera la prueba de la apertura del hipervínculo que permite la lectura de las condiciones generales. Por otra parte, el criterio seguido por la sentencia El Majdoub resulta en contradicción con la exigencia de comunicación a la otra parte de las condiciones generales que contienen el convenio atributivo de jurisdicción, una exigencia que ya fue proclamada en la sentencia Estasis Salotti, de 14 de diciembre de 1976.³⁵

34. Los principios que están en la base de esta decisión generan dudas sobre la posibilidad de considerar cumplido el

34 Véase Rossi, E.A., *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, Giapiachelli Editore, 2019, pp. 91-94.

35 Tal y como declaró el TJ, en principio, se cumple la exigencia de forma escrita establecida por el primer párrafo del artículo 17 cuando, en el texto del contrato, las partes hacen referencia a una oferta que, a su vez, remite de manera expresa a condiciones generales que contienen una cláusula atributiva de competencia; que, sin embargo, esta apreciación es únicamente válida en el caso de una remisión explícita, susceptible de control por una parte que actúe con una diligencia normal, y si se acredita que las condiciones generales que contenían la cláusula atributiva de competencia, fueron efectivamente comunicadas a la otra parte contratante a través de la oferta a la cual se hace referencia (...).

requisito de la comunicación cuando esta consistiría únicamente en la presencia de un enlace sobre el cual hay que pinchar para obtener las condiciones generales. Como pone de relieve el profesor Edoardo Alberto Rossi, el riesgo de la sentencia *El Majdoub* radica en que las cláusulas de jurisdicción tenderán a pasar desapercibidas, algo que ocurre frecuentemente en las relaciones que tienen lugar en el marco de la economía colaborativa. El advenimiento del comercio electrónico y la necesidad imperiosa de admitir la prórroga electrónica de competencia, por las exigencias de la rapidez del comercio, y de no cuestionar las nuevas modalidades de contratación han pesado para la aceptación del criterio seguido por la sentencia *El Majdoub*. La parte positiva es que el propio TJ ha reconocido que no resulta pertinente el criterio seguido por la sentencia *El Majdoub* en el ámbito de los contratos de consumo, donde las necesidades de protección mayores hacen que el requisito de la comunicación haya sido objeto de una interpretación más estricta en la sentencia de 5 de julio de 2012 dictada en el caso C-49/11, *Content Services*.

4.3. El sistema especial del nuevo Reglamento

35. La posición preferente del Reglamento en el sistema contractual de cada Estado miembro se desprende de su artículo 1.4. El Reglamento no modifica el régimen de los pactos de ley aplicable, que siguen quedando sometidos a la ley designada (art. 3.5 Reglamento Roma I). Ahora bien, esta regulación no ha de afectar a la cuestión relativa a la incorporación de cláusulas de condiciones generales al contrato, una cuestión de la que sí se ocupa el Reglamento. En este aspecto las disposiciones del Reglamento adquieren el valor de normas materiales imperativas del foro (art. 9.2 Reglamento Roma I) y son de aplicación cualquiera que sea la ley aplicable siempre que el supuesto quede comprendido en

su ámbito de aplicación material y espacial. Por tanto, el régimen del pacto de ley aplicable, aunque sigue quedando sometido a la ley designada, se ve afectado por las normas sobre validez de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, en concreto aquellas que someten esta validez a la condición de que las cláusulas *queden redactadas de manera sencilla y comprensible y se encuentren fácilmente disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea, incluso en la fase precontractual*. El incumplimiento de estos requisitos comporta la nulidad de las condiciones generales (art. 3.3 Reglamento).

36. Hemos dicho que el Reglamento se aparta en su tenor de la Directiva de comercio electrónico, que condiciona la validez de las cláusulas a que puedan ser almacenadas y reproducidas.³⁶ Para dotar de significado al artículo 3.1 b) Reglamento hay que considerar la finalidad de protección adicional perseguida por el Reglamento respecto del régimen de la Directiva de comercio electrónico. Junto a las exigencias de redacción sencilla y comprensible, que se extienden ahora al ámbito de las relaciones entre profesionales, el nuevo régimen hace recaer sobre la entidad gestora de la plataforma la responsabilidad de que las condiciones generales estén “fácilmente disponibles en todas las etapas de la relación contractual, incluso en la fase precontractual”. En cuanto al tiempo, el Reglamento proclama la necesidad de que las condiciones generales estén también disponibles en la fase precontractual, lo que representa un avance respecto del texto de la Directiva de comercio electrónico.³⁷ Respecto de las modalidades de puesta a disposición, el Reglamento se limita a añadir el calificativo de “fácilmente”. Resulta comprensible que el legislador

36 Según el artículo 10.3 Directiva 2000/31/CE, las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.

37 No lo es respecto del sistema español, que en su artículo 27.4 LSSI establece esta exigencia.

europeo no haya entrado en la definición más precisa del grado de protección de los proveedores profesionales al tratarse de un campo en el que la práctica digital innova de forma permanente. El problema es dotar de contenido al término “fácilmente disponible en todas las etapas de la relación contractual”, algo que exigirá tener en cuenta las circunstancias del caso. Las modalidades de *Shrink wrap agreement* quedan claramente al margen del sistema de protección del Reglamento. En las modalidades típicas de *click-wrap-agreement* la parte positiva se encuentra en que el texto de las condiciones generales se hace disponible antes de la celebración del contrato. Menos compatibilidad muestra el hecho de que para acceder a las condiciones generales resulte necesario comenzar el proceso de contratación, lo que no favorece la comprensión y lectura previa antes de ese momento en una fase propiamente precontractual que no esté condicionada, psicológicamente, por un procedimiento de contratación ya puesto en marcha; ni tampoco la circunstancia de que las condiciones generales desaparezcan por completo si el usuario no ha tomado la precaución de almacenarlas para poder reproducirlas. Para cumplir mejor con las exigencias del Reglamento parece oportuno que, en los sistemas de *click-wrap*, se completen con la ubicación, en un lugar destacado de la web de la plataforma, del enlace con los términos y condiciones, y se tomen las medidas apropiadas para que estos puedan ser hallados, en cualquier momento posterior, a través de una simple búsqueda de google, tal y como ocurre cuando se introducen en este buscador las palabras “términos de uso Airbnb”.³⁸ Con el tenor del Reglamento en la mano cabe plantear la duda de qué ocurre cuando las condiciones generales no resultan fácilmente disponibles tras la celebración del contrato. Creemos que el tenor del artículo 3.3 Reglamento es muy claro, de manera que si las condiciones generales desaparecen tras el

38 El siguiente enlace se hace disponible al realizar la búsqueda señalada: <https://www.airbnb.es/terms>.

momento de la contratación podremos estar en presencia de un supuesto de nulidad. Cabe dudar también de la compatibilidad con el artículo 3.1 b) Reglamento de muchas modalidades de incorporación basadas en el sistema *browse wrap agreement* en la medida en que el conocimiento de las condiciones generales se hace depender del acceso a través de un hipervínculo lo que determina que las condiciones generales no estén disponibles fácilmente en la fase de celebración del contrato.

37. Mayor dificultad reviste averiguar el impacto del Reglamento sobre los pactos de jurisdicción incluidos en condiciones generales de la contratación, sobre todo teniendo en cuenta el precedente que supone la sentencia *El Majdoub* y el régimen semi-uniforme que para la aceptación de convenios atributivos de jurisdicción se desprende del Reglamento Bruselas I bis y las sentencias del TJ que lo han interpretado. Más arriba hemos visto las apreciaciones críticas atinadas que ha recibido la sentencia TJ dictada en el asunto *El Majdoub*. El régimen del Reglamento, que exige sencillez y claridad en la redacción de las condiciones generales, y que estén fácilmente disponibles durante todas las etapas de la relación contractual, incluida la fase precontractual, no sintoniza con una regulación que condiciona la validez del pacto de jurisdicción, exclusivamente, a que haya existido la posibilidad de almacenar y reproducir las condiciones generales que lo contienen.

38. La entrada en vigor del Reglamento puede poner en un aprieto al criterio establecido por el TJ en la sentencia *El Majdoub*. Pues ya no se trata de requisitos de validez que puedan provenir del Derecho de los Estados miembros, sino del criterio establecido por un Reglamento europeo, que despliega su efecto directo en cada Estado miembro y que condiciona la validez sustancial de las condiciones generales de la contratación. Solo falta por saber

si la modalidad de incorporación del *click-wrap agreement* pasa el filtro del artículo 3.1 b) Reglamento. Nuestra valoración es que no es así tal y como hemos argumentado más arriba. En cualquier caso, en lo que concierne a las exigencias del Reglamento, se hace difícil poder situarlas como cuestión formal debiendo más cabalmente ser calificadas como cuestión de validez sustancial, lo que determina la aplicación del Derecho del país del foro con arreglo al artículo 25.1 Bruselas I bis. Se abre así un buen campo para la reinterpretación del régimen jurídico de los convenios de sumisión expresa del Reglamento Bruselas I bis.

39. Del Reglamento, por último, creemos difícil concluir en la existencia de límites a la posibilidad de pactos de jurisdicción a favor de tribunales de países distintos de los Estados miembros de la Unión Europea, por más que esta circunstancia pueda comprometer la eficacia de algunas de las disposiciones del Reglamento como la disposición relativa al sistema de reclamación interno (art. 11) o al régimen de la mediación (art. 12).³⁹

4.4. El sistema de protección especial para los contratos de consumo

4.4.1. Contratos de consumo que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de las reglas especiales de Derecho internacional privado

40. La aplicabilidad del artículo 6 Reglamento Roma I no comporta cambios en el punto de partida para la determinación del

39 Sobre esta cuestión véase la entrada de blog de DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Reglamento (UE) 2019/1150 sobre servicios de intermediación en línea: ámbito de aplicación”, disponible en el siguiente enlace: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/07/reglamento-ue-20191150-sobre-servicios.html#more>

régimen de validez sustancial del pacto de ley aplicable contenido en condiciones generales de la contratación. Este sigue quedando sometido a la ley designada en conformidad con el artículo 3.5 Reglamento Roma I. Si la ley designada es la española la incorporación al contrato del pacto tendrá lugar con arreglo a lo dispuesto por la LSSI. Pero este solo es el punto de partida. Al tratarse de un contrato de consumo aparecen dos nuevos factores. En primer lugar, las condiciones generales de la contratación quedan incorporadas solo y en la medida en que cumplan con los requisitos de incorporación del país que más favorezca la existencia de un consentimiento informado, entre el Derecho del país designado por la cláusula y el país de la residencia habitual del consumidor. El consumidor podrá invocar el Derecho de aquél país que determine la no incorporación de las condiciones generales si esto es lo que le interesa. Aunque respecto de una cuestión diferente (dificultad con el soporte duradero respecto de la confirmación del contrato), cabe recordar el criterio seguido por la ya mencionada sentencia de 5 de julio de 2012 dictada en el caso C-49/11, *Content Services*, favorable a considerar como no cumplido el requisito de la comunicación cuando se hace preciso hacer recurso a un hipervínculo. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera como cláusula abusiva el pacto de designación del Derecho aplicable contenido en condiciones generales de la contratación, en contratos celebrados de forma electrónica, cuando designa la ley del Estado miembro del domicilio social del profesional. El carácter abusivo de esta cláusula se debe a la circunstancia de que esta cláusula induce a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, no siendo el consumidor informado de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable de no existir esa cláusula.⁴⁰ Con arreglo al artículo 83 TRLGDCU esta cláusula es nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta.

40 Véase la sentencia TJ (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016, dictada en el asunto C-191/15 (*Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sarl*) y la sentencia TJ de 3 de octubre de 2019 dictada en el asunto C-272/18.

41. Sobre la validez y eficacia de los pactos de jurisdicción valen las mismas consideraciones que se hicieron más arriba. No obstante, cuando el pacto ha sido celebrado con un consumidor la protección de la parte débil queda encauzada de una forma diferente a través de lo previsto por el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis.⁴¹ Como consecuencia un pacto incluido en las condiciones generales no resultará obligatorio para el consumidor.

4.4.2. Contratos de consumo no amparados por la protección especial prevista para los contratos celebrados por los consumidores

42. El hecho de que no se puedan aplicar las normas especiales de Derecho internacional privado de los contratos celebrados por consumidores no significa que dejen de aplicarse las normas materiales de protección de los consumidores.⁴² Cabe pensar, por ejemplo, en el servicio de transporte ofrecido por Uber o por *bla bla car*. Para el contrato de transporte de viajeros el Derecho aplicable se determinará en conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.2 Reglamento Roma I. Si el contrato puede ser considerado de consumo (por ejemplo en el caso de los celebrados con Uber) a este contrato le es de aplicación, en el sistema español, las normas contenidas en el TRLGDCU.

41 Según esta disposición, únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio; 2) que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección, o 3) que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.

42 De ahí viene la expresión de la protección del consumidor desprotegido utilizada por ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-Terceros Estados”, *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 277-303.

43. Recientemente se ha suscitado en varias instancias jurisdiccionales españolas la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 90.3 TRLGDCU cuando el contrato contiene una cláusula de elección del Derecho de un país europeo. Esta norma declara el carácter abusivo de las cláusulas de ley aplicable que no cumplan determinados requisitos.⁴³ La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 113/2013 de 30 de septiembre concluyó declarando como abusivo al pacto de ley aplicable. Así lo hizo teniendo en cuenta los siguientes argumentos: el consumidor era residente en España; en este país se emitió su declaración negocial (al contratar por Internet) y es donde se desarrolla la actividad de la demandada (*Ryanair*) que tiene vuelos nacionales y en los internacionales tienen salida o llegada en España; el tipo de consumidor y la forma de contratación, con escaso tiempo para leer el clausulado general. Llegó así el Juzgado, aunque sin haberlo tenido en cuenta, a un resultado equivalente al que habría conducido la aplicación del artículo 67.2 TRLGDCU, que es la transposición española actual del artículo 6.2 Directiva de cláusulas abusivas. La interpretación del Juzgado de Madrid se ha repetido en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia de 16 de febrero de 2017 (37/2017).

44. El resultado alcanzado choca, sin embargo, con la construcción del sistema pretendida por el Derecho de la Unión Europea, que para el buen funcionamiento del mercado interior pretende no poner reparo, en lo que concierne a las cláusulas abusivas, a que las partes puedan optar por el Derecho de cualquier Estado miembro, algo que inmane a la redacción del artículo 6.2 Directiva 93/13/CE y que es consecuencia de

43 Con arreglo al artículo 90.3 TRLGDCU son abusivas las cláusulas que establezcan (...) “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 regla de reconocimiento mutuo así como de la afirmación de la intercambiabilidad entre los Derechos nacionales que han sido objeto de armonización. Por ello no sorprende que, con posterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017 de 26 julio haya revocado esta decisión descartando que el artículo 9.2 del Reglamento Roma I pueda servir de fundamento para la entrada en juego del artículo 90.3 TRLGDCU, como norma de policía del foro. Merece la pena detenernos en los argumentos empleados por la Audiencia Provincial. Entre ellos, el tribunal recuerda que el Reglamento Roma I permite la elección del Derecho irlandés; que el artículo 6.2 Reglamento Roma I no es de aplicación al caso sino el artículo 5, el cual no contiene para el contrato de transporte de pasajeros una previsión análoga a la del artículo 6.2; que aplicar las normas imperativas españolas de cláusulas abusivas supondría dejar sin efecto las reglas de conflicto del Reglamento Roma I y una vulneración del principio de primacía del derecho de la Unión. En la misma dirección la Audiencia descarta en el caso la identificación de circunstancias que, conforme a los dictados de la Directiva 93/13 (...) generen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que lleve a considerar la cláusula abusiva. Por todo ello *la abusividad de las demás cláusulas cuestionadas debe evaluarse a la luz del derecho irlandés.*

45. Detrás de ambas decisiones late la dificultad, no resuelta, de conocer en qué medida el ámbito armonizado por el Derecho europeo convierte automáticamente en intercambiables a los sistemas, lo que conduciría a la necesidad de preservar el funcionamiento regular de las normas de conflicto. O si, por el contrario, en un ámbito armonizado como este de las cláusulas abusivas, en la medida en que se ha llevado a cabo una armonización de mínimos, existe todavía margen para que un Estado pueda imponer sus soluciones como normas materiales

imperativas, especialmente cuando el supuesto posee una conexión objetiva clara con el propio país. Cuando el Tribunal de Justicia ha sido requerido para pronunciarse sobre esta clase de cuestiones normalmente no ha llegado a tomar decisión, habiendo más bien proporcionado criterios laxos.⁴⁴ El hecho de que las Directivas sean de mínimos es un argumento favorable a la extensión de la protección a los supuestos internacionales con conexión con el foro.

46. A la postre, el problema que hay detrás es el relativo a si el consumidor ha podido dar un consentimiento informado a la cláusula de ley aplicable. Teniendo en cuenta el impacto de este pacto sobre el régimen de todas las cláusulas abusivas del contrato lo más idóneo sería establecer una fórmula uniforme apta para proteger al consumidor en el momento de suscribir el pacto de ley aplicable. Una fórmula que bien podría pasar por exigir la aprobación de una casilla especial, con el click oportuno, donde de forma llamativa se indique que el propósito de esa casilla es recabar la aceptación informada sobre la cláusula de elección del Derecho aplicable, algo que cuadraría con otras normas de protección del consumidor que existen en la Directiva de derechos de los consumidores.⁴⁵ Una norma de este tipo debería

44 Así ha ocurrido, por ejemplo, con la sentencia TJ de 17 de octubre de 2013 dictada en el asunto *Unamar*.

45 Véase por ejemplo el artículo 8.2 Directiva 2011/83/UE. Según su tenor, “si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos obliga al consumidor a pagar, el comerciante pondrá en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 6, apartado 1, letras a), e), o) y p). El comerciante deberá velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que este implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación correspondiente no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante. En caso contrario, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido.”

ser europea pues de lo contrario se chocaría con la Directiva 2000/31/CE que introduce la prohibición para los Estados miembros de limitar la libre circulación de servicios informáticos provenientes de otro Estado miembro (art. 3, apartado 2) y la obligación de garantizar que cada ordenamiento haga posible los contratos por vía electrónica, asegurando que la normativa relativa a la formación del contrato no obste al uso efectivo de los contratos y no les prive de eficacia y validez en cuanto concluidos de forma electrónica (art. 9).

47. Para los convenios de jurisdicción vale lo dicho con anterioridad y la sentencia de referencia para la incorporación al contrato de la cláusula de jurisdicción contenida en condiciones generales sigue siendo la de 5 de julio de 2012 puesto que, aunque no se aplique el artículo 6 Reglamento Roma I es de aplicación el Derecho europeo de protección del consumidor. También es de aplicación la Directiva 1993/13/CE y, en el caso del Derecho español, la regla del artículo 90.2 TRLGDCU según la cual 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”. En consecuencia, todas aquellas cláusulas insertas en las condiciones generales de las entidades gestoras de las plataformas que afecten a los consumidores podrán ser consideradas como abusivas en la medida en que no se correspondan con lo dispuesto por este precepto. Esta disposición será aplicable cuando esté conociendo del caso un juez español en virtud de lo dispuesto por el artículo 25 Reglamento Bruselas I bis. En aras de la uniformidad de nuevo aquí se echa en falta una regulación europea sobre la incorporación de pactos de jurisdicción contenidos en condiciones generales de contratos celebrados a través de plataformas.

5. CONSIDERACIONES FINALES

48. El nuevo modelo de economía triangular mediante la utilización de plataformas digitales está provocando cambios en los modelos de protección que afectan también a la aplicación del sistema de Derecho internacional privado. Los más importantes provienen del nuevo Reglamento 2019/1150/UE, que ha establecido un nuevo marco de protección para algunos profesionales que posee incidencia sobre la aplicación práctica del sistema de Derecho internacional privado. A la transformación del sistema de protección internacional contribuye también la configuración seguida por las nuevas normas europeas de protección del consumidor, que al favorecer la certidumbre respecto de la posición (comerciante o no comerciante) de cada una de las partes que intervienen en la economía triangular condicionan la aplicación del régimen especial de los consumidores.

49. Todo apunta a que el legislador europeo no va a abordar de manera unitaria el fenómeno de las relaciones triangulares transfronterizas que surgen en el ámbito de la economía colaborativa. Como consecuencia, las respuestas de Derecho internacional privado se mantienen en los diferentes regímenes, el general, el propio del nuevo Reglamento y los especiales aplicables a los contratos celebrados por consumidores, cuyo examen permite advertir la existencia de acusadas disparidades entre ellos. La revisión de estos regímenes permite observar desigualdades en el grado de protección que se garantiza así como en el grado de definición, algo que no resulta del todo justificado a la vista de los factores que van a determinar la aplicación de uno u otro régimen (fundamentalmente la auto-declaración) y la sustancial homogeneidad de los intereses de quienes se relacionan con las entidades gestoras de las plataformas.

50. El sistema europeo está tratando de amoldarse a la economía de plataformas de forma dual, creando un nuevo marco de protección y preservando el propio de las relaciones de consumo. Sin embargo, este tratamiento con una pluralidad de regímenes comporta incertidumbre para los usuarios. Mientras que las plataformas se van a adaptar a todas las circunstancias sin mayores problemas,⁴⁶ para los usuarios resultará más problemático conocer cuál es el régimen de protección al que van a poder acceder. Por poner un ejemplo, un proveedor que respecto de la plataforma tenga la consideración de no comerciante, por tanto de consumidor, se verá obligado a indagar en la ley aplicable al contrato con la entidad gestora de la plataforma para conocer si existen razones para impugnar la incorporación al contrato de las condiciones generales o, eventualmente, la validez de ciertas cláusulas contractuales por ser consideradas como abusivas. Si consigue conocer cuál es este régimen podrá caer en la cuenta de que, siendo un consumidor, sin embargo el grado de protección que se le ofrece es inferior al nivel establecido por el artículo 3 del nuevo Reglamento para los proveedores profesionales.

51. Por su relevancia para el régimen del contrato, las cuestiones relativas a la validez de las cláusulas de ley aplicable y

46 Véase la cláusula de AirBnb. “21. Legislación y fuero aplicables: Estos Términos y Condiciones se regirán e interpretarán de acuerdo con la legislación irlandesa. En el caso de que usted actúe como consumidor, y la normativa de defensa de los consumidores que aplica con carácter obligatorio en su país de residencia contiene disposiciones que son más beneficiosas para usted, dichas disposiciones se aplicarán independientemente de la elección de la legislación irlandesa. En el caso de que usted actúe como consumidor, podrá iniciar cualquier procedimiento judicial en relación con estos Términos y Condiciones ante el tribunal competente de su lugar de residencia o ante el tribunal competente del domicilio social de Airbnb en Irlanda. Si Airbnb desea hacer valer alguno de sus derechos contra usted como consumidor, sólo podrá hacerlo ante los tribunales de la jurisdicción en la que usted sea residente. Si usted está actuando como un empresario, acepta someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales irlandeses.”

de jurisdicción en el ámbito de las plataformas deberían ser objeto de una regulación que incremente el grado de conocimiento y de garantía de la efectividad del consentimiento en un régimen que habría de ser lo más uniforme posible para ambos problemas, principalmente de fuente europea.

6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.F., “Modelos colaborativos en plataformas digitales: retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 399–424.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa (Documento COM (2016) 356 final, 2.6.2016.

Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, 5 (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 164-169.

CALVO CARAVACA, A.L., “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al profesor doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas, 2020, pp. 165-178.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Reglamento (UE) 2019/1150 sobre servicios de intermediación en línea: ámbito de aplicación”, disponible en el siguiente enlace: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/07/reglamento-ue-20191150-sobre-servicios.html#more>

----, “Capítulo 4. Contratación comercial internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, sexta edición, Madrid, Iustel, 2020.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-Terceros Estados”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 277–303.

ESTEBAN DE LA ROSA, F, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003.

----, “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*, Año 2, n° 11, 2014, pp. 5-17.

----, “La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos. Perspectiva europea y española”, en PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, F.J. (dir.), *ADR, ODR y Justicia del Futuro. Propuestas y medidas que eviten la judicialización de conflictos*, Aranzadi, 2019, pp. 315-344.

GÓMEZ VALENZUELA, E., “Deberes de información en la contratación electrónica de consumo en la Unión Europea”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, Monográfico sobre consumidores y comercio electrónico*, Noviembre 2018, pp. 20-41.

LARA AGUADO, A., “La formación del contrato de consumo electrónico”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F, *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América: una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 279-334.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Notas sobre el régimen de protección del usuario en la contratación a través de plataformas online: entre la responsabilidad del proveedor y la del operador de la plataforma”, texto inédito presentado en el Congreso “la contratación en la era digital”, celebrado en Granada los días 7 y 8 de noviembre de 2019.

ROSSI, E.A., *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, Giapiachelli Editore, 2019.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., “Wrap International Contracts”, texto inédito en prensa.

TOMMASSI, S., “The ‘New Deal’ for Consumers: Towards More Effective Protection?”, *European Review of Private Law*, Volume 28, Issue 2 (2020) pp. 311 – 332.

VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., “El actual Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) y la protección del consumidor online. ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101/2015, pp. 299 - 320

VILALTA NICUESA, A.E., “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, año 94, Número 765, pp. 275-330.

WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., “Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age? disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI\(2017\)607323_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf)