

# EL CONSUMIDOR FRENTE AL PROFESIONAL EN ENTORNOS DIGITALES. TRIBUNALES COMPETENTES Y LEY APLICABLE\*

## INTERNET CONSUMER *VERSUS* PROFESSIONAL JURISDICTION AND APPLICABLE LAW

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado*

*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 11.06.2020 / Aceptado: 23.06.2020

DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5606>

**Resumen:** Este artículo analiza las cláusulas sobre competencia judicial internacional y Ley aplicable que constan en las Condiciones de Servicio de ciertos profesionales.

En virtud del art. 18 del Reglamento 1215/2012, estas cláusulas establecen que el consumidor puede interponer ante los tribunales del lugar del Estado miembro de su domicilio una demanda contra el profesional.

Conforme al art. 6 del Reglamento Roma I, en algunas Condiciones de Servicio se establece que la Ley aplicable al contrato es la Ley del país de residencia habitual del consumidor; mientras que en otras se determina que la Ley aplicable es la del país de residencia habitual del profesional, sin perjuicio de la protección de las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor.

**Palabras clave:** consumidor, competencia judicial internacional, Ley aplicable, Condiciones de Servicio, cláusulas abusivas.

**Abstract:** This article deals with clauses related to jurisdiction and applicable law used by some professionals.

By virtue of Article 18 Regulation (EU) 1215/2012, the Terms of Service establish that the consumer may bring proceedings against the professional in the courts for the place where the consumer is domiciled.

According to Article 6 Regulation (CE) 593/2008, there are Terms of Service where the law applicable to the contract is the law of the country where the consumer has his habitual residence, whereas other clauses determine that the law applicable to the contract is the law where the professional has his habitual residence without depriving the consumer of the protection afforded by the law of the country where the consumer has his habitual residence.

**Keywords:** consumer, jurisdiction, applicable law, Terms of Service, unfair clauses.

---

\* Este artículo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación “La prestación de servicios de carácter digital: Retos y lagunas”, DER2017-82638-P, del que es Investigadora Principal la Dra. M. J. SANTOS MORÓN.

Parte de las cuestiones que se analizan con respecto a la STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612; fueron objeto de una comunicación presentada oralmente en el *IV Encuentro sobre Jurisprudencia Europea* del European Law Institute Spanish Hub, que tuvo lugar en la Universidad Miguel Hernández, Elche, el 9 de mayo 2019.

**Sumario:** I. Introducción. II. Competencia judicial internacional. 1. Los consumidores de la Sección 4 del Capítulo II. A) Uso ajeno a la actividad profesional. B) Los diferentes “productos”. C) El sitio y los sitios web. 2. Las cláusulas relativas a competencia judicial internacional. A) La jerarquía de foros. B) Condiciones de Servicio y tribunales competentes. III. Ley aplicable. 1. Los contratos del art. 6 del Reglamento Roma I. 2. La elección de Ley en los contratos de consumo. A) Cláusulas abusivas de elección de Ley. B) Condiciones de Servicio y Ley aplicable. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El presente trabajo versa sobre la situación en la que se encuentra el consumidor frente al profesional que opera en el entorno digital, cuando el consumidor desea interponer una demanda, al considerar que el profesional ha incumplido el contrato.

Para ello, se analizará si las previsiones de las Condiciones de Servicio de diversos tipos de profesionales que operan en internet, relativas a los tribunales internacionalmente competentes y a la Ley aplicable al contrato, se ajustan al *Reglamento (CE) núm. 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 mercantil*<sup>1</sup>; así como al *Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*<sup>2</sup>.

2. Para el presente estudio, se tomarán como referencia las Condiciones relativas a un servicio de correo electrónico (*Gmail*), un servicio de almacenamiento de archivos en una nube (*Dropbox*), una red social (*Facebook*) y una empresa que se dedica, entre otros sectores, al comercio electrónico (*Amazon*)<sup>3</sup>.

## II. Competencia judicial internacional

3. Ante un incumplimiento del contrato por parte de un profesional que opera en el entorno digital, el consumidor se encontrará, dentro de las Condiciones de Servicio, con una cláusula en la que se hace referencia a los tribunales competentes para conocer del litigio. Dicha cláusula suele tener una de las siguientes denominaciones: “Resolución de disputas”, “Disputas”, “Solucionar disputas, legislación aplicable y tribunales”<sup>4</sup>.

4. Para determinar si el consumidor ha de demandar al profesional ante los tribunales que constan en dichas cláusulas, es preciso acudir al Reglamento 1215/2012, al tratarse de litigios en materia civil o mercantil (art. 1.1, al no encontrarse en la lista de exclusiones del art. 1.2); siempre que se trate de una demanda interpuesta a partir del 10 de enero de 2015 (art. 66.1) ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea y, como se verá, siendo irrelevante, si el supuesto encaja en la Sección 4 del Capítulo II, que el profesional demandado se encuentre o no domiciliado en la Unión Europea.

### 1. Los consumidores de la Sección 4 del Capítulo II

5. El régimen del Reglamento 1215/2012 hace preciso comenzar determinando si el demandante encaja en el concepto de *consumidor* que contempla la Sección 4 del Capítulo II (“Competencia en ma-

<sup>1</sup> DOUE núm. L 351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>.

<sup>2</sup> DOUE núm. L 177, de 4 julio 2008, pp. 6-16; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>.

<sup>3</sup> Los sitios web de los citados profesionales que han sido tomados como referencia son <https://www.google.com/gmail/>, [www.dropbox.com](http://www.dropbox.com), <https://es-es.facebook.com/>, <https://www.amazon.es/> (fecha de consulta: 9 de junio 2020).

<sup>4</sup> Vid., respectivamente, Dropbox, Facebook y Google. En el caso de Amazon, en una cláusula denominada “Ley aplicable”, se incluyen también los aspectos relativos a la competencia judicial internacional.

teria de contratos celebrados por los consumidores”). Conforme a las condiciones que establece el art. 17.1 del Reglamento 1215/2012:

- a) Ha de tratarse de un sujeto (*consumidor*) que celebra un contrato (ya sea para adquirir un producto, disfrutar de servicios en una nube, utilizar una cuenta de correo electrónico, etc.) para un uso “que pueda considerarse” ajeno a su actividad profesional.
- b) El otro contratante (*profesional*) ha de celebrar el contrato en el marco de las actividades comerciales o profesionales que ejerce.
- c) El otro contratante (*profesional*) ha de ejercer tales actividades en el Estado miembro del domicilio del consumidor o dirigir tales actividades a dicho Estado miembro. En el caso de los profesionales que operan en internet, es habitual que dirijan sus actividades a varios Estados miembros, si bien es preciso que, entre ellos, se encuentre el Estado miembro del domicilio del consumidor<sup>5</sup>. Como se verá, en los cuatro supuestos cuyas cláusulas son objeto de análisis en el presente trabajo, se contienen, tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el de la Ley aplicable, previsiones para el caso de los consumidores residentes en los Estados miembros de la Unión Europea. Por lo tanto, son las propias empresas las que admiten estar dirigiendo sus actividades a los Estados miembros de la Unión Europea ya que, si no fuera así, carecerían de sentido las cláusulas cuyo objeto es determinar los tribunales competentes y la Ley aplicable en caso de demandas de tales consumidores<sup>6</sup>. Ahora bien, cabe tener presente, atendiendo a la denominada “tesis de la focalización”, que es precisa la voluntad del profesional de dirigirse a los consumidores del concreto Estado miembro, tomando así la “iniciativa comercial” y que exista una “respuesta” del consumidor al respecto<sup>7</sup>. Ello nos llevará a plantearnos qué ocurre si el profesional cuenta con diferentes sitios web, ya que será preciso determinar si cada uno de ellos se encuentra dirigido únicamente a un concreto Estado miembro.

## A) Uso ajeno a la actividad profesional

6. Para determinar en qué casos nos encontramos ante un uso “que pueda considerarse” ajeno a su actividad profesional, cabe referirse a la STJUE de 25 enero 2018, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Cabe tener presente que el art. 17.1 Reglamento 1215/2012 contempla otros dos supuestos: a) venta a plazos de mercaderías, y b) préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de los citados bienes (Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1121-1122).

<sup>6</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, p. 720.

<sup>7</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1124; D. CARRIZO AGUADO, “La relación de causalidad como indicio justificativo de la “actividad dirigida” en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 312-316; E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: *stream-of-commerce*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 70-92; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “El foro de consumidores: comentarios a la Sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 9, núm. 2, 2017, p. 647; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del *International Stream-of-Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 194-197; M. J. MATIAS FERNANDES, “O conceito de «atividade 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.CDT*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 308-309.

<sup>8</sup> STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37. Vid., entre otros, C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, pp. 711-721; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GON-

En el ámbito de una demanda interpuesta contra Facebook Ireland Limited -empresa domiciliada en Irlanda-, por un sujeto domiciliado en Austria que disponía en la red social Facebook de una *cuenta* y una *página*<sup>9</sup>; el TJUE se pronunció, entre otros extremos, sobre la interpretación que ha de hacerse sobre el uso ajeno a la actividad profesional.

7. Al respecto, el TJUE reitera aspectos sobre los que se había pronunciado en el pasado, pero añade una consideración adicional, en el caso de los usuarios de redes sociales, que afecta al cuarto elemento<sup>10</sup>:

- a) la determinación de lo que se entiende por consumidor ha de ser fruto de una interpretación restrictiva,
- b) carece de relevancia la situación subjetiva del concreto sujeto<sup>11</sup>,
- c) por lo que se refiere al contrato celebrado, resulta relevante la posición del sujeto en el concreto contrato, la naturaleza y la finalidad del mismo<sup>12</sup>, y
- d) el contrato ha de tener por objeto “un uso que no sea profesional del bien o servicio”.

8. Con respecto al cuarto elemento, cabe poner de manifiesto que en los pronunciamientos del TJUE se observan diferencias relevantes a la hora de determinar si se tiene la condición de “consumidor” cuando el contrato se celebra con diferentes fines.

9. Por un lado, existe la línea seguida, entre otras, por la Sentencia de 20 enero 2005, en el caso *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, en la que el TJUE consideró preciso un uso profesional “insignificante” para ser considerado *consumidor*<sup>13</sup>. También en su Sentencia de 14 febrero 2019, en el caso *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, sigue este criterio el TJUE: “solo puede considerarse que (...) celebró el contrato en cuestión en condición de consumidor si la relación entre ese contrato y la actividad profesional (...) pudiera considerarse a tal punto marginal e insignificante que resultara evidente que dicho contrato se celebró esencialmente con fines privados”, de tal forma que “... no puede calificarse como «consumidor», (...) a menos que, dado el contexto de la operación, considerada

---

ZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 de febrero 2018, pp. 1-5, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; J. J. GONZALO DOMENECH, “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9157, 13 de marzo 2018, pp. 1-9, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; L. MORENO GARCÍA, “Delimitación del «fuero del consumidor» en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, *Diario La Ley*, núm. 9270, 2 de octubre 2018, pp. 1-8, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; M. SAFJAN, “Concepto de «consumidor» de un usuario de una cuenta privada de Facebook para la determinación de la competencia judicial en contratos celebrados por los consumidores: TJ, Sala Tercera, 25 Ene. 2018. Asunto C-498/16: Schrems”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 2018, disponible en <http://diariolaley.laley.es>

<sup>9</sup> STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 2 y 10. Vid. “Max Schrems, el hombre que retó a Mark Zuckerberg”, *El País Semanal*, en [https://elpais.com/elpais/2018/05/10/eps/1525952227\\_419658.html](https://elpais.com/elpais/2018/05/10/eps/1525952227_419658.html) (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

<sup>10</sup> STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 29, 30 y 31, que se remite a la Sentencia de 3 julio 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl.*, ECLI:EU:C:1997:337, apartado 16; y a la Sentencia de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartados 36 y 37. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 86-87.

<sup>11</sup> Al respecto, vid. también STJUE de 14 febrero 2019, asunto 630/17, *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, apartado 87.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> STJCE de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 54. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1118-119; S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 113.

en su conjunto, para la que se celebró dicho contrato, este tenga un vínculo tan tenue con esa actividad profesional que resulte evidente que el referido contrato persigue esencialmente fines privados...”<sup>14</sup>.

**10.** En cambio, en el caso *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, referido específicamente a los usuarios de redes sociales, el TJUE entendió que bastaba con que no se apreciase un uso “esencialmente” profesional, para mantener la condición de *consumidor*. Por ello, en virtud de este pronunciamiento, los sujetos cuyo uso profesional es superior a “insignificante” sin llegar a ser “esencialmente profesional”, también gozarían de protección como *consumidores*<sup>15</sup>.

Así, la doctrina sostiene que el TJUE realizó en el caso *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited* una “interpretación expansiva” del concepto de consumidor, puesto que en el caso de los usuarios de redes sociales<sup>16</sup>:

- adquiere relevancia la evolución que se aprecie en el uso de tales servicios, dado que se trata de servicios susceptibles de utilización durante un largo período de tiempo<sup>17</sup>, y
- la condición de *consumidor* se mantiene si un uso inicial “esencialmente no profesional”, no ha evolucionado hacia un uso posterior “esencialmente profesional”<sup>18</sup>.

**11.** Con base en los pronunciamientos mencionados, cabe apuntar que:

- si el contrato se celebra con una finalidad exclusivamente no profesional, se tiene la condición de “consumidor”,
- si el contrato se celebra con una finalidad exclusivamente profesional, no se tiene la condición de “consumidor”,
- si el contrato se celebra con una doble finalidad, siendo la finalidad profesional insignificante, se tiene la condición de “consumidor”,
- si el contrato se celebra para una doble finalidad, siendo la finalidad profesional superior a insignificante, la doctrina del TJUE en asuntos como el caso *Johann Gruber* y el caso *Anica Milivojević*, lleva a entender que no se tiene la condición de consumidor<sup>19</sup>. En cambio, el pronunciamiento del caso *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, permitiría mantener la condición de consumidor, en la medida en que la finalidad no llegue a ser “esencialmente profesional”<sup>20</sup>.

**12.** La inseguridad jurídica que rodea al empleo del concepto de “uso no profesional”, así como a otros conceptos que resultan determinantes para la aplicación de los foros de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 hacen que, como apunta la doctrina, sea necesario que una futura reforma del Reglamento incorpore definiciones de los mismos<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> STJUE de 14 febrero 2019, asunto 630/17, *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, apartados 93 y 94. Al respecto, vid. A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 94.

<sup>15</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, p. 718.

<sup>16</sup> A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 95; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119.

<sup>17</sup> STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 37.

<sup>18</sup> *Ibidem*, apartado 38.

<sup>19</sup> STJCE de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 54; STJUE de 14 febrero 2019, asunto 630/17, *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, apartados 93 y 94.

<sup>20</sup> STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 37 y 38.

<sup>21</sup> A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 96.

## B) Los diferentes “productos”

13. Según se ha indicado, el concepto de “consumidor” ha de ser interpretado “en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste”<sup>22</sup>.

Como las empresas cuyas Condiciones de Servicio están siendo objeto de análisis pueden ofrecer diferentes “productos”, cabe precisar si la condición de consumidor puede depender del tipo de “producto”<sup>23</sup>.

14. En el caso *Schrems*, el sujeto domiciliado en Austria disponía de una *cuenta* y una *página* de Facebook. En sus observaciones escritas, Facebook puso de manifiesto que en sus Condiciones del año 2013 ya los usuarios estaban advertidos de lo siguiente: “no utilizarás tu biografía personal para tu propio beneficio comercial, sino que para ello te servirás de una página de Facebook”<sup>24</sup>. En dicho caso, mientras que el demandante sostenía que existían dos contratos distintos -uno para la cuenta y otro para la página-, Facebook mantenía que existía una única relación contractual<sup>25</sup>.

15. Para el TJUE, la circunstancia de que se trate dos contratos distintos o la de que exista una vinculación contractual entre cuenta y página, no permite prejuzgar la condición de consumidor<sup>26</sup>. Así, el TJUE considera, como hemos indicado, que lo relevante es la mencionada evolución que se aprecie en el uso de tales servicios, de tal forma que el uso inicial “esencialmente no profesional”, no haya evolucionado hacia un uso posterior “esencialmente profesional”<sup>27</sup>.

16. Como el TJUE entiende que son los tribunales nacionales los que han de determinar si existe uno o varios contratos, consideramos que los tribunales nacionales podrían tener en cuenta los siguientes elementos, a la hora de inclinar la balanza hacia un contrato único o bien hacia varios contratos:

- la existencia de diferentes Condiciones de Servicio para cada producto. En el caso de Facebook, parece que los usuarios que desean abrir una página, han de aceptar condiciones adicionales a las que aceptan cuando desean crear una cuenta<sup>28</sup>,
- la definición que el profesional hace de cada producto. En el caso de Facebook, como hemos indicado, se advierte de que las cuentas han de ser usadas para fines privados, mientras que las páginas son las que pueden ser abiertas para fines empresariales, comerciales o profesionales<sup>29</sup>.

17. Por ello, tanto la existencia de Condiciones de Servicio adicionales, como el concepto de cada producto que proporciona el profesional, pueden ser indicativos de que se trata de contratos diferentes. En casos como el mencionado, ello llevaría, en nuestra opinión, a considerar que estamos ante dos contratos diferentes.

---

<sup>22</sup> STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 29, que remite a la STJCE de 3 julio 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl.*, ECLI:EU:C:1997:337, apartado 16; y a su Sentencia de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 36.

<sup>23</sup> Vid. CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 54; en el que emplea el término “productos” para referirse a las *cuentas* y *páginas* de Facebook.

<sup>24</sup> *Ibidem*, apartado 53; en el que hace referencia a las observaciones escritas y al punto 4.4 de las Condiciones de uso del año 2013.

<sup>25</sup> STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 35.

<sup>26</sup> *Ibidem*, apartado 36.

<sup>27</sup> *Ibidem*, apartados 37 y 38.

<sup>28</sup> A esta cuestión se hace alusión en las CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 53.

<sup>29</sup> *Ídem*.

18. Se trata, por lo tanto, de valorar conjuntamente las características del producto (para lo cual han de ser analizadas las Condiciones de Servicio del mismo), con el tipo de uso que hace cada concreto sujeto. Es decir:

- a) Si el usuario ha contratado un producto cuyas Condiciones de Servicio determinan que está destinado a un uso *privado* y, efectivamente, el uso que hace el sujeto se ajusta a tales Condiciones, ha de admitirse que estamos ante un consumidor.
- b) Si el usuario ha contratado un producto cuyas Condiciones de Servicio determinan que está destinado a un uso *privado* pero el usuario lo emplea con fines *empresariales, comerciales o profesionales*, no merecerá el beneficio que le supondría tener la condición de “consumidor”. Ahora bien, con la mencionada “interpretación expansiva” del concepto de consumidor del TJUE en el caso *Schrems*, los profesionales han de tener presente que únicamente perderían los usuarios la condición de consumidores si el uso fuera “esencialmente profesional”<sup>30</sup>. Por ello, aun cuando las Condiciones de Servicio contemplen que el uso de un determinado producto ha de ser *privado*, en realidad, a los efectos del Reglamento 1215/2012, lo determinante sería, atendiendo al pronunciamiento del caso *Schrems*, que no se trate de un uso “esencialmente profesional”.
- c) Si el usuario ha contratado un producto cuyas Condiciones de Servicio determinan que está destinado a un uso *profesional*, consideramos que el sujeto no puede beneficiarse de la protección como consumidor, sea cual sea el uso que haga de tal producto.

### C) El sitio y los sitios web

19. Un consumidor puede encontrarse con que el profesional con el que desea contratar cuenta con diferentes sitios web, con diferentes versiones lingüísticas. Por ello, cabe plantearse si, para un consumidor con domicilio en España, la protección de la Sección 4 del Capítulo segundo del Reglamento 1215/2012 se encuentra condicionada a haber contratado a través del sitio con nombre de dominio “.es”, es decir, si únicamente en tal caso existe una actividad dirigida a España.

20. En primer lugar, ha de tenerse presente que no es relevante el hecho de que el consumidor domiciliado en España pueda acceder a los sitios web del profesional de otras versiones lingüísticas. Al respecto, en primer lugar, cabe recordar que ya el TJUE descartó el “criterio de la accesibilidad” para determinar si existía una “actividad dirigida”, puesto que, si así fuera, el requisito que se habría exigido sería la simple existencia de página web, no que se apreciara tal dirección de la actividad<sup>31</sup>.

21. Además, cabe tener presente el *Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, 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) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE*, que es precisamente aplicable a situaciones transfronterizas<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119.

<sup>31</sup> Vid. STJUE de 7 diciembre 2010, asunto C-585/08, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* y asunto C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, apartados 69, 71, 72 y 94 (apartado 71: “...si el legislador de la Unión lo hubiera querido así no habría impuesto como requisito de aplicación de las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores la acción de «dirigir las actividades a un Estado miembro», sino la mera existencia de la página web”). Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1124; A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 99-100.

<sup>32</sup> *DOUE* núm. L 60, de 2 marzo 2018, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/302/oj>. Vid. Considerando séptimo y art. 1.2 del Reglamento 2018/302. Vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustifi-

Con carácter general, en virtud del Reglamento, el profesional ha de permitir que los clientes puedan acceder y contratar a través de sus diferentes sitios web<sup>33</sup>. En concreto, por lo que respecta al tema objeto de nuestro estudio, conforme a sus 3.1 y 3.2, los profesionales no pueden establecer, por cuestiones de nacionalidad o residencia, un bloqueo o límites a la hora de que los consumidores accedan a sus diferentes interfaces; como tampoco puede utilizar tales cuestiones para redirigir al consumidor a otra versión de la interfaz<sup>34</sup>.

Así, por ejemplo, si un consumidor tiene la intención de comprar productos de ese profesional, productos a entregar en un lugar de un Estado miembro que consta como lugar de entrega en las Condiciones que ofrece el profesional –o se acuerda su recogida en un lugar contemplado en tales Condiciones-; entonces el profesional no puede aplicar condiciones distintas a ese consumidor por motivo de su nacionalidad o residencia<sup>35</sup>. Si bien existen excepciones, la regla general es, por lo tanto, que un consumidor con domicilio en España, ha de poder acceder y adquirir productos o contratar servicios a través de los sitios web del profesional de otras versiones lingüísticas<sup>36</sup>.

Por ello, en el art. 1.6 del Reglamento se aclara que, precisamente, por el cumplimiento de las disposiciones del mismo –es decir, por permitir el acceso y contratación por parte del consumidor a través de otras interfaces-, no cabe entender que existe una actividad dirigida por parte del profesional, ni en el sentido del art. 17.1.c) del Reglamento 1215/2012 ni del art. 6.1.b) del Reglamento Roma I. Ello quiere decir que, por sí solos, no permiten entender que existe una “actividad dirigida” los siguientes elementos –porque, precisamente, tales elementos concurren en cumplimiento del Reglamento 2018/302-<sup>37</sup>:

- a) el poder acceder a las otras interfaces, sin ver limitado o bloqueado el acceso;
- b) no ser redirigido a otra interfaz,
- c) no existir condiciones de acceso diferentes para la venta de productos o prestación de servicios,
- d) la aceptación de instrumentos de pago emitidos en otro Estado miembro.

Así, como apunta la doctrina, será necesario acreditar por otras vías que existe una actividad dirigida<sup>38</sup>.

**22.** Por ejemplo, para el tema objeto de nuestro estudio, podrían considerarse relevantes las contrataciones previas de consumidores domiciliados en España de productos o servicios con el profesional a través de tal interfaz<sup>39</sup>. Además, ello podría ser relacionado con el “carácter internacional” de la actividad del profesional<sup>40</sup>.

**23.** Otro elemento que cabría considerar relevante es que el profesional admita, por ejemplo en sus Condiciones, que el lugar del domicilio del consumidor es un válido lugar de entrega del producto que va a adquirir<sup>41</sup>. Así, existen interfaces en otros idiomas en los que al consumidor domiciliado en España se le informa de que será España el lugar de entrega.

---

cado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 121-123.

<sup>33</sup> Vid. arts. 3.1, 3.2 y 4.1. De nuevo, vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 122-128.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 123-124.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pp. 124-128. Vid. art. 4.1 del Reglamento 2018/302.

<sup>36</sup> Vid., por ejemplo, las excepciones de los arts. 3.2, 3.3 y 4.2.

<sup>37</sup> Vid. art. 1.6 del Reglamento 2018/302. Vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 128-130.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>40</sup> Vid. STJUE de 7 diciembre 2010, asunto C-585/08, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* y asunto C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 83.

<sup>41</sup> Vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de

## 2. Las cláusulas relativas a competencia judicial internacional

### A) La jerarquía de foros

24. Cuando el demandante es un “consumidor” conforme al art. 17 del Reglamento 1215/2012, el art. 18.1 del Reglamento hace alusión a dos foros: “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor”.

Tal como recordó el TJUE en su Sentencia de 3 abril 2019, los foros del Reglamento 1215/2012 no resultan de aplicación a contratos celebrados con consumidores en los que no exista un elemento extranjero<sup>42</sup>. Se trataba de un caso relativo a un contrato de compraventa entre una consumidora y una empresa, ambas con domicilio en Polonia, que surgió con motivo de la demanda interpuesta por el profesional contra la consumidora. El Derecho polaco determinaba que el profesional podía elegir, a la hora de demandar al consumidor, entre el tribunal de su domicilio y el tribunal del lugar de ejecución del contrato. En cambio, el art. 18.2 del Reglamento 1215/2012 establece que, en el caso de demandas contra el consumidor, éste ha de ser demandado ante los tribunales del Estado miembro de su propio domicilio.

Al tratarse de una situación interna, el TJUE indicó que: “Aunque el artículo 18, apartado 2, del Reglamento n.º 1215/2012, al que se refiere el tribunal remitente en este contexto, dispone que los órganos jurisdiccionales con competencia internacional para conocer de la acción interpuesta contra el consumidor por la otra parte en el contrato son los del Estado miembro del domicilio del consumidor, dicho precepto no resulta aplicable en un asunto como el principal, que se caracteriza por la inexistencia de indicios de una situación transfronteriza...”<sup>43</sup>.

25. Atendiendo a la jerarquía de foros, el art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 no resulta de aplicación en caso de sumisión tácita (art. 26) y, en defecto de ésta, si existe una cláusula de sumisión expresa que encaja en alguno de los supuestos de su art. 19.

26. Ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 mayo 2010, en el *caso Bilas*, relativo a una demanda de una aseguradora domiciliada en la República checa contra un tomador de un seguro domiciliado en Eslovaquia, el TJUE recordó que la sumisión tácita no puede operar si el demandado propone una excepción de incompetencia o si la materia sobre la que versa el fondo del asunto es una de las correspondientes a los *foros exclusivos* del Reglamento<sup>44</sup>. Así, el TJUE determinó que la sumisión tácita era viable en el ámbito de la Sección 3 del Capítulo II del Reglamento (sección dedicada a los litigios en materia de seguros), al no tratarse de foros exclusivos<sup>45</sup>.

Por el mismo motivo puede activarse el foro de la sumisión tácita en el ámbito de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento<sup>46</sup>. Además, cabe tener presente que los litigios objeto de nuestro análisis

---

consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, p. 146. En la STJUE de 7 diciembre 2010, asunto C-585/08, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* y asunto C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 83, se mencionaba como uno de los posibles indicios de “actividad dirigida”: “la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio”. Por ello, cuando se trata de entregar productos, cabe considerar que un indicio es que el profesional ofrezca entregar el producto en el lugar del domicilio del consumidor.

<sup>42</sup> STJUE de 3 abril 2019, asunto C-266/18, *Aqua Med sp. z o.o. e Irena Skóra*, ECLI:EU:C:2019:282. Este caso se aparta de los que estamos estudiando, no únicamente porque se trata de caso interno, sino también porque el consumidor es el demandado, no el demandante. Sin embargo, la respuesta del TJUE sí que es aplicable a todos los foros de la Sección 4 del Capítulo segundo del Reglamento 1215/2012.

<sup>43</sup> *Ibidem*, apartado 45; que se remite a la STJUE de 5 diciembre 2013, asunto C413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León/Anuntis Segundamano España, S.L.*, ECLI:EU:C:2013:800, apartados 46 y 47.

<sup>44</sup> STJUE de 20 mayo 2010, *Michal Bilas*, asunto C-111/09, ECLI:EU:C:2010:290, apartados 22 y 24.

<sup>45</sup> *Ibidem*, apartado 26.

<sup>46</sup> Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 20 mayo 2010 (BILAS: asunto C-111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, núm. 2, octubre 2010, pp. 238 y 240.

son litigios en los que el consumidor demanda al profesional. Por ello, si el profesional demandado contestase sin impugnar la competencia, únicamente entraría en escena el art. 26.1 del Reglamento 1215/2012, no el art. 26.2. Así, el art. 26.2, que hace preciso que el tribunal se asegure, antes de asumir la competencia, de que el demandado ha sido informado de su derecho a impugnarla y de las consecuencias de su comparecencia; no resultaría de aplicación, dado que el demandado no es el consumidor, sino el profesional.

**27.** Ahora bien, aunque la sumisión tácita pueda operar en el ámbito de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012, no será frecuente que el consumidor esté interesado en interponer la demanda ante un tribunal distinto del tribunal del lugar de su domicilio (art. 18.1) y que, además, se dé la circunstancia de que el profesional conteste a la demanda sin impugnar la competencia (art. 26.1).

**28.** En defecto de sumisión tácita, también cabe plantearse si los mencionados profesionales podrían incluir, en las Condiciones de Servicio, una sumisión expresa del art. 19 del Reglamento 1215/2012.

Cuando se trata de contratos celebrados con una parte débil (contratos celebrados por consumidores, contratos de seguro y contratos de trabajo), el Reglamento 1215/2012 establece límites a la sumisión expresa<sup>47</sup>. Por ello, la sumisión expresa de los contratos de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 únicamente resulta válida si encaja en uno de los tres supuestos siguientes:

- a) Sumisión expresa posterior al nacimiento del litigio,
- b) sumisión expresa que permite al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los contemplados en la Sección 4, o bien
- c) sumisión expresa a los tribunales del Estado miembro del domicilio o residencia habitual común del consumidor y del profesional.

**29.** Con respecto a la sumisión expresa *posterior* al nacimiento del litigio, cabe tener presente que el consumidor que suscriba entonces un acuerdo de sometimiento a unos determinados tribunales, quedará vinculado por dicho acuerdo. Ello se debe a que se entiende que, como el pacto de sumisión expresa tiene lugar cuando ya ha surgido la controversia, el consumidor es consciente de los riesgos derivados del acuerdo<sup>48</sup>.

**30.** Por lo que se refiere al segundo supuesto, el profesional podría incluir en las Condiciones una cláusula que permita al consumidor plantear la demanda ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 4 (es decir, se trata de una sumisión expresa que se activa cuando el consumidor es el demandante y, cumulativamente, cuando es él quien decide activarla). Como en el art. 18.1 del Reglamento ya se contempla el foro del Estado miembro del domicilio del profesional y el foro del lugar del domicilio del consumidor, no será frecuente la inclusión de una cláusula de sumisión expresa como ésta.

**31.** El tercer supuesto se refiere a un caso muy concreto, dado que el consumidor y el profesional han de tener su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro (entendiendo que el momento en que ha de ser valorado el domicilio o residencia habitual ha de ser el momento de celebración del contrato, y que dicho pacto no ha de estar prohibido por la Ley de tal Estado miembro). Como se verá, los profesionales cuyas Condiciones de Servicio son objeto de estudio en este trabajo, suelen contemplar cláusulas con referencias genéricas a los consumidores residentes en los Estados miembros, de tal forma que no contemplan previsiones diferentes para los consumidores que, en concreto, residen en el mismo Estado miembro que el profesional.

<sup>47</sup> Vid. Considerando décimo noveno del Reglamento 1215/2012.

<sup>48</sup> H. HEISS, "Article 15", en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 432.

## B) Condiciones de Servicio y tribunales competentes

**32.** A continuación, procede analizar si las cláusulas de las empresas objeto de nuestro estudio se ajustan a lo dispuesto en la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 y, en particular, en el art. 18.1.

### a) Gmail

**33.** En las Condiciones de Servicio de Google para su correo electrónico *Gmail*, se indica: “Solucionar disputas, legislación aplicable y tribunales. (...) Si eres residente de un país del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, o una organización con sede en alguno de estos países, los presentes términos y la relación que estableces con Google en virtud de ellos y de los términos adicionales específicos de los servicios se regirán por la legislación de tu país de residencia, y podrás iniciar disputas legales ante los tribunales de dicho país.

Si eres un consumidor y vives en el EEE, puedes iniciar disputas relacionadas con compras online utilizando la plataforma de Resolución de litigios en línea de la Comisión Europea, que aceptaremos si la ley lo requiere”<sup>49</sup>.

En el apartado “Definiciones” de tales Condiciones de Servicio, se indica que un consumidor es un “Individuo que utiliza los servicios de Google para fines personales, no comerciales y no relacionados con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Esto incluye la definición de “consumidores” que incorpora el artículo 2.1 de la Directiva de la UE sobre los derechos de los consumidores”.

**34.** Cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) En esta cláusula parece tratar de contemplarse el foro del art. 18.1 del Reglamento 1215/2012, que permite que los consumidores domiciliados en algún Estado miembro de la Unión Europea, interpongan sus demandas ante los tribunales de su domicilio. Si bien en la cláusula se emplea el término “residente”, en el Reglamento se utiliza el concepto de “domicilio”. Por ello, si la demanda se interpone en el ámbito del Reglamento 1215/2012, será preciso comprobar si el consumidor tiene su “domicilio” en un Estado miembro de la Unión Europea, para lo cual, en virtud del art. 62, es preciso consultar la Ley interna del Estado miembro del foro y, en defecto de domicilio en dicho Estado miembro, la Ley del otro Estado miembro en el que se considere que puede estar domiciliado el consumidor<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020, condiciones de servicio disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020). Además, en el apartado “Sobre estos términos”, se indica que “La ley te otorga determinados derechos que no se pueden limitar mediante un contrato como los presentes términos del servicio. El objetivo de los presentes términos no es en ningún caso el de restringir estos derechos”.

<sup>50</sup> En el caso de los consumidores que interpongan una demanda ante un tribunal español, como sabemos, sí que el domicilio en España equivale a la residencia habitual en este país (vid. art. 40 C.C. y A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 789).

Nos centramos en este estudio en el análisis de las cláusulas en el ámbito del Reglamento 1215/2012. No obstante, si la reclamación versase sobre el tratamiento de datos personales, también cabría emplear los foros del *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*, DOUE núm. L 119, de 4 mayo 2016, pp. 1-88, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Al respecto, vid. el art. 67 del Reglamento 1215/2012 y el Considerando 147 del Reglamento 2016/679. Entre otros, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, pp. 713-714 (en nota 16); J. J. GONZALO DOMENECH, “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9157, 13 de marzo 2018, p. 4, en <http://diariolaley.laley.es>; F. MARONGIU BUONAIUTI, “La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) N. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel

- b) Cabe apuntar también que, aunque la cláusula se refiere a los tribunales del *país* de residencia del consumidor, lo cual daría a entender que se trata de un foro que determina únicamente la competencia judicial internacional, el foro del art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 es un foro que concreta también la competencia territorial, siendo competentes, en realidad, los tribunales del *lugar* en el que se encuentre domiciliado el consumidor (siempre que dicho lugar se encuentre en un Estado miembro)<sup>51</sup>.
- c) El art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 también contempla la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado. En el poco probable caso de que el consumidor prefiera interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del profesional -en lugar de los tribunales del lugar de su domicilio-, cabe plantearse si, aunque la cláusula no lo contempla, cabe acudir a aquel foro.

**35.** En las Condiciones de Servicio se indica que “En el Espacio Económico Europeo (EEE) y en Suiza, los servicios de Google los proporciona y se contratan con: Google Ireland Limited. Empresa establecida y que opera bajo las leyes de Irlanda...”<sup>52</sup>.

Como hemos indicado, en el ámbito de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012, los foros del art. 18.1 únicamente podrían verse desactivados por una sumisión tácita del art. 26 y, en su defecto, por una sumisión expresa del art. 19. Al respecto, cabe recordar que:

- una sumisión tácita es poco probable,
- también es poco probable una cláusula de sumisión expresa posterior al nacimiento del litigio, y
- en las Condiciones de Servicio no consta una sumisión expresa (además, si constase, tendría que ampliar los foros en favor del consumidor –no reducirlos-, o bien afectaría a un consumidor con el mismo domicilio o residencia habitual que Google Ireland Limited).

Por todo ello, cabe afirmar que, si un consumidor prefiriera litigar ante los tribunales irlandeses (tribunal del Estado miembro del domicilio de Google Ireland Limited), podría hacerlo, conforme al art. 18.1 del Reglamento 1215/2012.

**36.** En conclusión, un consumidor domiciliado en España puede interponer una demanda contra Google por el servicio de correo electrónico de Gmail:

- a) ante los tribunales irlandeses (Estado miembro del domicilio de Google Ireland Limited), o bien
- b) ante los tribunales del lugar del Estado miembro en el que se encuentre domiciliado el consumidor.

**37.** Para terminar, cabe apuntar que, en la cláusula que hemos analizado, Google no hace alusión únicamente a los *consumidores* que residen habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea, sino también a las organizaciones con sede en alguno de tales países. Dichas “organizaciones” son defi-

---

Reglamento “Bruxelles I-bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 448-464; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 de febrero 2018, p. 4, en <http://diariolaley.laley.es>.

<sup>51</sup> Todo ello, de nuevo, si se trata de una demanda en el ámbito del Reglamento 1215/2012. Cabe tener presente que el foro del lugar del domicilio del consumidor es un foro especial. Por ello, si el domicilio del consumidor se encontrase en el mismo Estado miembro que el domicilio del profesional, entonces se activaría el foro del Estado miembro del domicilio del profesional, que determina únicamente la competencia judicial internacional (vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 793-794).

<sup>52</sup> Apartado “Proveedor de servicios”. Condiciones de servicio disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es>, fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020 (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

nidas en las Condiciones como “Una entidad legal (como una empresa, una organización sin ánimo de lucro o un centro educativo), y no un individuo”<sup>53</sup>.

## b) Dropbox

**38.** En las Condiciones de Servicio de Dropbox se indica, con respecto a las reclamaciones que se interpongan ante los tribunales: “Ambas partes, tú y Dropbox, acuerdan que cualquier proceso judicial iniciado para resolver demandas relativas a las Condiciones del servicio se presentará en los juzgados federales o estatales del Condado de San Francisco, California, sujeto a las siguientes disposiciones obligatorias de arbitraje. Ambas partes aceptan la jurisdicción personal y de ubicación en tales juzgados. Si resides en un país (por ejemplo, un Estado miembro de la Unión Europea) con leyes que ofrecen a los consumidores el derecho a resolver las disputas en sus tribunales locales, este párrafo no afecta a dichos requisitos”<sup>54</sup>.

**39.** Cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) Al igual que en el caso anteriormente analizado, se hace alusión a la residencia en lugar del domicilio. Por ello, en este punto, damos por reproducidas las anteriores consideraciones.
- b) El término “tribunales locales” se refiere, en lo que respecta a los consumidores domiciliados en Estados miembros de la Unión Europea, a los tribunales del concreto lugar del domicilio del consumidor (competencia judicial internacional y territorial).
- c) Según consta en las Condiciones de Servicio, “Si resides fuera de los Estados Unidos de América, Canadá y México (...), tu acuerdo se celebra con Dropbox International Unlimited Company. Si resides en Norteamérica, se celebra con Dropbox, Inc. (...)”<sup>55</sup>. Como Dropbox International Unlimited Company se encuentra domiciliada en Irlanda, el consumidor podría decidir activar el foro del Estado miembro del domicilio del profesional, en lugar de litigar ante los tribunales del lugar del Estado miembro de su propio domicilio (art. 18.1 Reglamento 1215/2012).

**40.** En conclusión, un consumidor domiciliado en España puede interponer una demanda contra Dropbox ante los tribunales irlandeses o ante los tribunales del lugar en el que se encuentre domiciliado el consumidor.

**41.** Cabe destacar que las Condiciones de Servicio a las que nos hemos referido son, en concreto, las relativas al producto Dropbox. Como hemos expuesto con anterioridad, cabe hacer referencia a la diferencia entre “productos”.

**42.** Por ejemplo, cabe consultar las Condiciones de Servicio de otro producto, denominado Dropbox Business, que constan en el denominado “Acuerdo de Dropbox Business”<sup>56</sup>. En el apartado “Disputas”, tras un primera “resolución informal”, se encuentra previsto, con carácter general, el sometimiento de las partes a un arbitraje administrado por la American Arbitration Association, que tendrá lugar en San Francisco (California, EE.UU.), u otra ubicación acordada por escrito por ambas partes.

Para el concreto caso relativo al abuso o uso no autorizado de los Servicios del profesional, así como en caso de vulneración de Derechos de propiedad intelectual, se contempla una sumisión expresa

<sup>53</sup> Condiciones de servicio disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es>, fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020 (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

<sup>54</sup> Fecha de entrada en vigor: 24 septiembre 2019, disponibles en <https://www.dropbox.com/privacy#terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020). Cabe tener presente que en las Condiciones se advierte de que la traducción al español se hace solamente a efectos informativos, de tal forma que, en caso de discrepancia, ha de darse prevalencia a la versión en lengua inglesa.

<sup>55</sup> En cambio, Dropbox, Inc. se encuentra domiciliada en EE.UU.

<sup>56</sup> Vid. [https://www.dropbox.com/business\\_agreement](https://www.dropbox.com/business_agreement) (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

a los tribunales federales o estatales de San Francisco (California). En este último caso, si un cliente desea interponer una demanda contra el profesional, demanda relativa al producto Dropbox Business, ha de ser consciente de que existe una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de un tercer Estado<sup>57</sup>.

El cliente de Dropbox Business no encaja en el concepto de “consumidor”, dado que el producto contratado está destinado a profesionales. Por ello, dicho cliente no resultará protegido por el foro del lugar del Estado miembro de su domicilio, puesto que, aunque el cliente se encuentre domiciliado en un Estado miembro, no es un consumidor conforme a la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012<sup>58</sup>.

### c) Facebook

**43.** Las Condiciones de Servicio para las *cuentas* de Facebook determinan lo siguiente<sup>59</sup>: “...Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos (“reclamación”). Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En todos los demás casos, aceptas que la reclamación debe resolverse en un tribunal competente en la República de Irlanda y que las leyes de dicho país regirán estas Condiciones y cualquier reclamación (independientemente de las disposiciones relativas a conflictos de derecho).”<sup>60</sup>. Al respecto, cabe observar lo siguiente:

- a) La cláusula advierte al consumidor de que, si reside habitualmente en la Unión Europea, puede acudir a “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, si bien no le indica cuál es dicho tribunal.
- b) Como la cláusula se refiere a “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, cabe plantearse si proporciona una adecuada información al consumidor.

**44.** La previsión sobre la Ley aplicable, como se verá, sí concreta la Ley que resulta de aplicación (“Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos (“reclamación”)”).

**45.** En el caso de la competencia judicial internacional, al indicar que cabe litigar ante “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, parece que no se proporciona información al consumidor sobre dónde ha de interponer su demanda. Por ello, en realidad, parece que es el inciso “Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea...” el que resulta de utilidad al consumidor. Dicho inciso le advierte de que, en caso de que desee interponer una demanda, su condición de *consumidor residente habitual en la Unión Europea* determina un régimen de competencia judicial distinto -si bien no le indica cuál- del régimen contenido en la siguiente parte de la cláusula: “En todos los demás casos, aceptas que la reclamación debe resolverse en un tribunal compe-

<sup>57</sup> Salvo en el caso de que contemple condiciones diferentes el Acuerdo suscrito con el concreto cliente, tal como se advierte en [https://www.dropbox.com/business\\_agreement](https://www.dropbox.com/business_agreement) (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

<sup>58</sup> Además, no solo no sería aplicable la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 sino que, dado que se trataría de una demanda del cliente contra un profesional domiciliado en un tercer Estado - Dropbox, Inc.-, únicamente sería aplicable el Reglamento 1215/2012 en el improbable caso de una sumisión tácita a los tribunales de un Estado miembro (art. 26.1).

<sup>59</sup> En las Condiciones de servicio se indica que “Facebook Ireland Limited es quien te proporciona estos Productos”. Fecha de la última revisión: 31 de julio 2019, disponibles en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

<sup>60</sup> Fecha de la última revisión: 31 de julio 2019, disponibles en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

tente en la República de Irlanda...”. Es decir, con la cláusula sobre competencia judicial internacional de Facebook, el consumidor residente habitual en la Unión Europea sabe que no está obligado a litigar ante los tribunales de Irlanda, pero parece que la cláusula no le indica qué opciones tiene<sup>61</sup>.

No obstante, cabe hacer referencia a la cláusula equivalente en lengua inglesa, que establece lo siguiente: “If you are a consumer and habitually reside in a Member State of the European Union, the laws of that Member State will apply to any claim, cause of action, or dispute you have against us that arises out of or relates to these Terms or the Facebook Products (“claim”), and you may resolve your claim in any competent court in that Member State that has jurisdiction over the claim”. La cláusula en lengua inglesa parece referirse a que el consumidor puede litigar ante cualquier tribunal del Estado miembro de su residencia habitual, que resulte competente.

46. Por ello, efectivamente, cuando la cláusula en lengua española alude a “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, intenta referirse a ese Estado miembro en el que el consumidor tiene su residencia habitual<sup>62</sup>. Ahora bien, sería más adecuado que, en lugar de emplear la expresión “Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, se hubiera indicado, expresamente: “Asimismo, si eres un consumidor con domicilio en un Estado miembro, puedes resolver la reclamación ante el tribunal del lugar de tu domicilio”.

47. En conclusión, un consumidor domiciliado en España puede interponer una demanda contra Facebook Ireland ante los tribunales del lugar en el que se encuentre domiciliado el consumidor o ante los tribunales irlandeses.

#### d) Amazon

48. En las Condiciones de Servicio, el consumidor que adquiere productos a través de Amazon cuenta con la siguiente cláusula, si desea acudir a los tribunales: “...Ambas partes acordamos someternos a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales de distrito de la ciudad de Luxemburgo, lo que significa que podrás reclamar tus derechos como consumidor en relación con las presentes Condiciones de Uso tanto en Luxemburgo como en tu Estado Miembro de residencia en la Unión Europea (...)”<sup>63</sup>. Las observaciones que cabe realizar son las siguientes:

- a) La cláusula le recuerda al consumidor la posibilidad de litigar ante los tribunales de Luxemburgo, que es donde está domiciliado el profesional<sup>64</sup>. Como Amazon tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, el consumidor puede decidir acudir, en virtud del art. 18.1 del Reglamento 1215/2012, a los tribunales del Estado miembro del domicilio del profesional. Aunque en la cláusula se hace referencia a los “tribunales de distrito de la ciudad de Luxemburgo”, conforme al art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 únicamente se determina la competencia judicial internacional.
- b) En la cláusula se informa al consumidor de que se trata de una “jurisdicción no exclusiva”, dado que no puede privarse al consumidor de la posibilidad de litigar ante los tribunales del

<sup>61</sup> Más adelante, cuando se analicen las cláusulas de Ley aplicable, se reflexionará sobre las cláusulas abusivas por carecer de claridad.

<sup>62</sup> Fecha de la última revisión: 31 de julio 2019, disponibles en <https://www.facebook.com/legal/terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

<sup>63</sup> Última actualización: 5 de julio 2019, disponibles en [https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201909000&ref\\_=footer\\_cou](https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201909000&ref_=footer_cou) (fecha de consulta: 25 de mayo 2020). A continuación, se indica que “La Comisión Europea ofrece una plataforma para la resolución alternativa de conflictos, a la cual puedes acceder aquí: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/>. Si quieres comunicarnos cualquier asunto, por favor, contáctanos.”

<sup>64</sup> Con respecto a los datos del profesional, consta que Amazon EU SARL está domiciliada en Luxemburgo y que existe una sucursal en España: Amazon EU SARL, sucursal en España, situada en Madrid (vid. [https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201909000&ref\\_=footer\\_cou](https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201909000&ref_=footer_cou), última actualización: 5 de julio 2019 (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

lugar de su domicilio. Con respecto a “tu Estado Miembro de residencia en la Unión Europea”, recordamos, de nuevo, que se trata del tribunal del concreto lugar del domicilio del consumidor (art. 18.1 Reglamento 1215/2012).

49. En conclusión, un consumidor domiciliado en España (siendo equivalente el domicilio en España a la residencia habitual) puede interponer una demanda contra Amazon ante los tribunales del lugar en el que se encuentre domiciliado el consumidor o ante los tribunales de Luxemburgo.

50. Ahora bien, las Condiciones de Servicio indicadas corresponden al sitio web <https://www.amazon.es/>, partiendo del presupuesto de que un consumidor con domicilio en España ha contratado con Amazon a través de tal sitio web. Por ello, cabe plantear un segundo escenario, que sería el de un consumidor domiciliado en España que contrata con Amazon a través de otro de sus sitios web, por ejemplo, <https://www.amazon.it/>.

Tal como se ha expuesto con anterioridad, el hecho de que los consumidores con domicilio en España puedan acceder al sitio web de Amazon en lengua italiana no permite justificar que exista una actividad dirigida a España<sup>65</sup>.

En cambio, si se combinan ciertos elementos, como las contrataciones previas de consumidores domiciliados en España a través de <https://www.amazon.it/>, el carácter internacional de la actividad de Amazon y que al consumidor se le indica en el sitio web que el lugar de entrega será España<sup>66</sup>; se podría justificar que también desde <https://www.amazon.it/> se dirige la actividad a España<sup>67</sup>.

### III. Ley aplicable

51. Para determinar la Ley aplicable a las demandas que el consumidor interpone contra el profesional, cabe aplicar el Reglamento Roma I, dado que se trata de litigios relativos a obligaciones civiles o mercantiles internacionales (art. 1, no contemplados en las exclusiones del art. 1.2); siempre que se interponga la demanda ante los tribunales de un Estado miembro del Reglamento, y en la medida en que se trate de un contrato celebrado a partir del 17 de diciembre de 2009 (art. 28). El carácter *erga omnes* del Reglamento provoca que carezcan de relevancia las circunstancias personales del consumidor y del profesional.

#### 1. Los contratos del art. 6 del Reglamento Roma I

52. Al igual que en el Reglamento 1215/2012 existe una Sección específica dedicada a los contratos celebrados con consumidores, el art. 6 del Reglamento Roma I también establece reglas específicas para determinar la Ley aplicable a estos contratos. Los requisitos para que la Ley aplicable sea determinada en virtud del art. 6 del Reglamento Roma I son los siguientes:

- a) El contrato (de nuevo, ya sea para adquirir un producto, disfrutar de servicios en una nube, de una cuenta de correo electrónico, etc.) ha de ser celebrado por una persona física (*consumidor*) para un uso “que pueda considerarse” ajeno a sus actividades comerciales o profesionales.
- b) El otro contratante (*profesional*) ha de actuar en el marco de las actividades comerciales o profesionales que ejerce.
- c) El otro contratante (*profesional*) ha de ejercer tales actividades en el país de residencia habitual del consumidor o dirigir tales actividades a dicho país. Como se ha adelantado, también

<sup>65</sup> Vid. § 19 a 23 del presente trabajo.

<sup>66</sup> Al respecto, vid. <https://www.amazon.it/>.

<sup>67</sup> Vid. § 19 a 23 del presente trabajo.

en el ámbito de la Ley aplicable existen previsiones en los cuatro casos objeto de estudio para el caso de los consumidores residentes en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>68</sup>.

d) El contrato ha de estar incluido en el ámbito de las actividades del profesional.

**53.** Cabe tener presente que existe una serie de supuestos no cubiertos por el art. 6. Por un lado, se encuentran unas excepciones en el art. 6.4, entre las que cabe destacar especialmente tres, dado que se trata de contratos que son celebrados con cierta frecuencia por consumidores que pueden verse sorprendidos al carecer de la protección que brinda el art. 6. La cuarta excepción a la que se hará referencia, se encuentra prevista en el art. 6.1:

- a) Si el consumidor contrata un servicio y éste ha de ser prestado fuera de su país de residencia habitual, dicho contrato no se rige por el art. 6. La exclusión se refiere a servicios que han de ser prestados “exclusivamente” fuera del país de residencia habitual.
- b) Si el consumidor contrata un transporte, tampoco resulta cubierto por el art. 6<sup>69</sup>. En el ámbito del Reglamento Roma I, los contratos de transporte se rigen por el art. 5.
- c) Si el consumidor contrata un arrendamiento de un bien inmueble, dicho contrato no se rige por el art. 6<sup>70</sup>.
- d) Si el consumidor contrata un seguro, ha de tenerse presente que gran parte de los contratos de seguro no resultan cubiertos por el art. 6, sino por el art. 7. Así, el art. 6.1 comienza indicando “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»)...” Al respecto, consideramos, tal como apunta un sector de la doctrina, que cabe establecer diferencias en función de dónde se encuentre localizado el riesgo: si el seguro resulta enmarcable en el régimen del art. 7, prevalecerá dicho régimen sobre el del art. 6; si el seguro está excluido del art. 7 pero reúne los requisitos del art. 6, éste debe aplicarse y no el régimen general de los arts. 3 y 4<sup>71</sup>. Para determinar dónde se encuentra localizado el riesgo, es pre-

<sup>68</sup> C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, p. 720.

<sup>69</sup> Salvo en el caso de los transportes cubiertos por la *Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo*, DOUE núm. L 326, de 11 diciembre 2015, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2302/oj>

<sup>70</sup> Salvo en el caso de la *Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*, DOUE núm. L 33, de 3 febrero 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/122/oj>

<sup>71</sup> Vid., entre otros, N. ANDRADE PISSARRA, “Breves considerações sobre a lei aplicável ao contrato de seguro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 2, octubre 2011, p. 49; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contratos de seguro y reaseguro”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, Comares, 2013-2014, p. 858; S. FRANÇO, “Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal de Droit International*, núm. 1, 2009, p. 60; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2014, pp. 204-207; V. FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Reglamento Roma I”, *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, p. 632; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, 30 de mayo 2008, p. 8; H. HEISS, “Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislature”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, p. 279; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La acción directa del perjudicado en el Reglamento (CE) 44/2001. Precisiones jurisprudenciales”, en J. FORNER DELAYGUA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS / R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 564; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, núm. 4, octubre-diciembre 2008, p. 776; R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed. Londres, Thomson Reuters, 2009, p. 288. Otro sector doctrinal sostiene que los contratos de seguro han de regirse por el art. 7 —si cumplen los requisitos de dicho precepto— y, en caso contrario, por el régimen general de los arts. 3 y 4 (vid. Considerando trigésimo segundo del Reglamento 1215/2012 y vid. L. DE LIMA PINHEIRO, “O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contractuais”, en *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Almedina, 2009, p. 453; L. DE LIMA PINHEIRO, “Sobre a lei aplicável ao contrato de seguro perante o Regulamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 209-210).

ciso acudir al art. 13 de la *Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)*<sup>72</sup>.

## 2. La elección de Ley en los contratos de consumo

54. El art. 6.2 del Reglamento Roma I permite que se incluyan cláusulas de elección de Ley aplicable en los contratos de consumo. Dicha elección ha de cumplir los requisitos del art. 3. En virtud del art. 2 del Reglamento, al ser de “aplicación universal”, dicha Ley puede ser tanto de un Estado miembro como de un tercer Estado. Por ello, en las Condiciones de servicio pueden existir cláusulas de elección de Ley aplicable al contrato y, en concreto, dichas cláusulas podrían hacer aplicable, por ejemplo, la Ley del país de residencia habitual del profesional.

55. Ahora bien, si dicha elección es válida conforme al art. 3, ello no significa que el contrato se rija en su totalidad por dicha legislación. El art. 6.2 del Reglamento Roma I establece que la elección de Ley no puede impedir la protección del consumidor, conforme a las disposiciones imperativas de la Ley que sería aplicable en defecto de elección. La Ley que sería aplicable en defecto de elección es la Ley del país de residencia habitual del consumidor, en virtud del art. 6.1. Por ello, los aspectos que conforme a la Ley del país de residencia habitual del consumidor se rijan por normas imperativas, quedarán sujetos a la Ley del país de su residencia habitual; mientras que el resto se regirá por el Derecho al que remite la cláusula de elección de Ley de las Condiciones de Servicio.

### A) Cláusulas abusivas de elección de Ley

56. Cabe plantearse entonces cómo ha de ser redactada la cláusula de elección de Ley aplicable, cuestión sobre la que se pronunció el TJUE en el asunto *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*<sup>73</sup>. El litigio surgió con motivo de una acción de cesación ejercitada por *Verein für Konsumenteninformation* (VKI), en su condición de Asociación para la información de los consumidores<sup>74</sup>.

57. Una de las cuestiones planteadas al TJUE consistía en determinar si resultaba abusiva, conforme al art. 3.1 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, una cláusula empleada por Amazon en sus Condiciones hasta mediados de 2012<sup>75</sup>. La cláusula determinaba que “12. Será de aplicación el Derecho de Luxemburgo, con exclusión de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CVIM)”<sup>76</sup>. Por lo tanto, se trataba de una cláusula en la que el profesional establecía que resultaba aplicable su propia legislación<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> DOUE núm. L 335, de 17 diciembre 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/138/oj>

<sup>73</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612. Vid. J. RUTGERS, “Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sa’rl. ECLI:EU:C:2016:612”, *Neth Int Law Rev*, vol. 64, núm. 1, 2017, pp. 163-175; M. ZUPAN, “Cross-border Consumer Disputes in Line with CJEU Ruling in Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU SÀRL”, 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – “Legal Challenges of Modern World”, 2017, pp. 96-106.

<sup>74</sup> Los consumidores con residencia habitual en Austria contrataban con Amazon –que no disponía en Austria de domicilio ni establecimiento–, a través de un sitio de Internet cuyo nombre de dominio tenía la extensión “.de” (STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 29).

<sup>75</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 30. Con respecto a la Directiva 93/13, vid. DOUE núm. L 95, de 21 abril 1993, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj>.

<sup>76</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 30.

<sup>77</sup> *Ibidem*, apartado 61.

Por su parte, el art. 3.1 de la Directiva 93/13 establece que “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

**58.** Del razonamiento llevado a cabo por el TJUE cabe destacar los siguientes elementos, en el siguiente orden:

a) Una primera cuestión que era preciso aclarar, consistía en determinar conforme a qué Ley debía llevarse a cabo el análisis de la cláusula en cuestión.

Como el caso se suscitó con motivo de una acción de cesación ejercitada por una asociación austriaca para la protección de los consumidores, el TJUE estableció la distinción entre la Ley aplicable a la acción de cesación y la Ley conforme a la que procedía realizar el examen de la cláusula<sup>78</sup>. Consideró que, teniendo por objeto la acción de cesación una obligación extracontractual, procedía aplicar el art. 6.1 del *Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)*<sup>79</sup>, entendiéndose que el país en el que los intereses colectivos de los consumidores se ven afectados es el país de residencia habitual de los consumidores a los que dirige su actividad el profesional<sup>80</sup>.

En cambio, con respecto a la Ley aplicable para valorar si la cláusula era abusiva, determinó que ello dependía de la naturaleza de las cláusulas a examinar<sup>81</sup>. Así, el TJUE consideró que, si la acción de cesación trataba de impedir que la cláusula se incluyera en un contrato de consumo, creando obligaciones contractuales, entonces dicha cláusula tenía que ser examinada conforme a la Ley que determina el Reglamento Roma I<sup>82</sup>.

Como el tema objeto de nuestro estudio no es la acción colectiva, sino la acción individual del consumidor, cabe señalar que el pronunciamiento del TJUE apunta que así se evita que se empleen diferentes criterios en función de si el examen del carácter abusivo de la cláusula se realiza en el ámbito de una acción colectiva o de una acción individual del consumidor<sup>83</sup>.

Ahora bien, en el caso, cabe apuntar que, en virtud del art. 6.1 del Reglamento Roma II, resultaba aplicable la Ley austriaca (Ley del país de residencia habitual de los consumidores a los que dirige su actividad el profesional); y, conforme al art. 6.2 del Reglamento Roma I, como se verá, las disposiciones imperativas de protección de los consumidores que debían ser respetadas eran las de la Ley austriaca. Así, como apunta la doctrina, resulta difícil encontrar un escenario en el que conforme al art. 6.1 del Reglamento Roma II y al art. 6.2 del Reglamento Roma I –en este último caso, en lo que respecta a normas imperativas- no se remita a un mismo Ordenamiento<sup>84</sup>.

Dicho escenario sí tendría lugar en el caso de que no existiera una “actividad dirigida”, tratándose por lo tanto de consumidores “activos”; dado que, en el ámbito contractual, sería aplicable el art. 3 del Reglamento Roma I y, por lo tanto, ya no se aplicaría la Ley del país de residencia habitual del consumidor<sup>85</sup>.

b) Como se ha expuesto con anterioridad, el art. 6.2 del Reglamento Roma I permite la elección de Ley aplicable en los contratos de consumo, siempre que se mantenga la protección de las disposiciones imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor –en este caso, de la Ley

<sup>78</sup> *Ibidem*, apartado 58.

<sup>79</sup> *Ibidem*, apartado 39. Con respecto al Reglamento Roma II, vid. *DOUE* núm. L 199, de 31 julio 2007, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>

<sup>80</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 43.

<sup>81</sup> *Ibidem*, apartado 49.

<sup>82</sup> *Ídem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*, apartado 54.

<sup>84</sup> J. RUTGERS, “Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*. ECLI:EU:C:2016:612”, *Neth Int Law Rev*, vol. 64, núm. 1, 2017, p. 171.

<sup>85</sup> *Ídem*.

austriaca-. Por lo tanto, el art. 6.2 del Reglamento Roma I hace obligatoria la aplicación de las normas imperativas de protección del consumidor de la Ley del país de su residencia habitual<sup>86</sup>.

c) Entre las disposiciones imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor pueden incluirse las normas de transposición de la Directiva 93/13, en la medida en que otorguen al consumidor una mayor protección<sup>87</sup>. Estas disposiciones imperativas a las que se refiere el art. 6.2 del Reglamento Roma I entran en escena tanto si la elección de Ley que consta en las Condiciones es la Ley de un Estado miembro –como ocurría en el caso en cuestión, en el que la cláusula de elección de Ley aplicable remitía a la Ley de Luxemburgo-, como si dicha Ley es de un tercer Estado<sup>88</sup>.

d) El art. 5.1 de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas “deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

En la cláusula empleada por Amazon hasta mediados de 2012 constaba que era aplicable la Ley de Luxemburgo –Ley del país de residencia habitual del profesional-, sin advertir al consumidor de la protección de las normas imperativas del país de su propia residencia habitual. Es cierto que, aunque la cláusula no haga referencia a tales disposiciones imperativas, el art. 6.2 del Reglamento Roma I garantiza la aplicación de las mismas y, por lo tanto, la protección del consumidor. Sin embargo, cabe considerar que un consumidor medio normalmente confiará en la información que proporciona la cláusula de elección de Ley, puesto que es probable que no tenga conocimiento de la protección que le otorga el citado art. 6.2<sup>89</sup>. Así, la creencia de que resulta aplicable la Ley de país de residencia habitual del profesional –con la que el consumidor no se encuentra familiarizado-, puede tener un efecto disuasorio, de tal forma que el consumidor descarte emprender acciones legales contra el profesional<sup>90</sup>.

Por ello, en caso de que induzca a error al consumidor, de tal forma que éste crea que únicamente es aplicable la Ley de Luxemburgo, habrá que considerar que dicha cláusula es abusiva, siendo el tribunal nacional el que ha de comprobar este extremo<sup>91</sup>.

Cabe apuntar que, con respecto a la cláusula de elección de Ley aplicable, no se procedió a valorar si existía un “desequilibrio importante” “pese a las exigencias de la buena fe”, en el sentido del caso *Aziz*, en el que se determinó que debía valorarse: a) si el contrato provocaba que el consumidor se encontrase en una situación jurídica menos favorable que la que correspondería mediante su propio Ordenamiento; y b) si, razonablemente, cabía esperar que el consumidor hubiera aceptado la cláusula en el ámbito de una negociación individual<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 70.

<sup>87</sup> *Ibidem*, apartado 59. En sus *Conclusiones*, el Abogado General plantea que del art. 6.2 del Reglamento Roma I no parece deducirse que las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor entren en escena únicamente si proporcionan una protección mayor (apartado 100). Así, considera que dicho precepto permite que el consumidor invoque tales normas “globalmente”, con independencia del resultado de su comparación con la Ley elegida en la cláusula (CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 100).

<sup>88</sup> Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *DOUE*, núm. L 323, 2019, Punto 1.2.5, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>.

<sup>89</sup> CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 98.

<sup>90</sup> *Ibidem*, apartado 102.

<sup>91</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 71.

<sup>92</sup> STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, ECLI:EU:C:2013:164, apartado 76. Con respecto a este caso, vid. J. RUTGERS, “Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*. ECLI:EU:C:2016:612”, *Neth Int Law Rev*, vol. 64, núm. 1, 2017, pp. 172-174; M. ZUPAN, “Cross-border Consumer Disputes in Line with CJEU Ruling in *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU SÀRL*”, 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – “Legal Challenges of Modern World”, 2017, pp. 99-100.

Así, como se ha expuesto, el análisis de la cláusula de elección de Ley aplicable, a la hora de determinar si la redacción es clara y comprensible, se realizó en el caso *Amazon* valorando si se inducía a error al consumidor, al generar la creencia de que el contrato se regía en su totalidad por la Ley del profesional<sup>93</sup>.

**59.** Por lo tanto, tal como determinó el TJUE: “...una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle 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, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional a la luz de todas las circunstancias pertinentes”<sup>94</sup>.

En general, el TJUE considera que corresponde a los tribunales nacionales la valoración del carácter abusivo de una concreta cláusula, si bien cabe apreciar que en este pronunciamiento constan “indicaciones bastante claras”<sup>95</sup>.

**60.** Antes de analizar las cláusulas sobre Ley aplicable de los casos objeto de estudio, cabe plantear qué tipo de información ha de proporcionar el profesional sobre las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor. Al respecto, cabría plantear las siguientes opciones:

- a) Incluir en la cláusula de elección de Ley aplicable una enumeración de las normas imperativas de protección del consumidor de la Ley del país de su residencia habitual. Al respecto, *Amazon* planteaba que ésta sería la consecuencia de declarar abusiva su cláusula de elección de Ley, lo cual se traduciría en una “obligación excesivamente onerosa para el profesional”<sup>96</sup>. Esta opción, además de la obligación que implicaría para el profesional, llevaría a tener que modificar las Condiciones de Servicio cada vez que hubiera modificaciones en tal normativa de protección de los consumidores.
- b) Incluir una referencia genérica pero que de “forma inequívoca” indique que la Ley que consta en la cláusula resulta aplicable sin perjuicio de la protección de las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor<sup>97</sup>. Ésta es la opción propuesta por el Abogado General en su Conclusiones y, como se verá, la que ha sido incorporada por los profesionales en sus Condiciones de Servicio<sup>98</sup>.

## B) Condiciones de Servicio y Ley aplicable

**61.** Procede a continuación examinar si las cláusulas objeto de análisis se ajustan al citado pronunciamiento del TJUE, para lo que cabe comenzar, precisamente, por la cláusula empleada por *Amazon*.

<sup>93</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 71.

<sup>94</sup> Ídem; COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *DOUE*, núm. L 323, 2019, Punto 1.2.5, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>.

<sup>95</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *DOUE*, núm. L 323, 2019, Punto 3.1, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>.

<sup>96</sup> CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 104.

<sup>97</sup> Ídem.

<sup>98</sup> Ídem.

**a) Amazon**

**62.** Si bien ya se ha hecho alusión con anterioridad a la cláusula empleada por Amazon sobre la competencia judicial internacional, ahora cabe centrarse en el aspecto relativo a la Ley aplicable: “Las presentes condiciones se regirán e interpretarán de conformidad con las leyes del Gran Ducado de Luxemburgo (a excepción de sus disposiciones sobre conflicto de leyes), excluyéndose expresamente la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Si eres un consumidor y tienes tu residencia habitual en la Unión Europea, también contarás con la protección que pueda ofrecerte cualquier disposición imperativa de la legislación de tu país de residencia (...)”.

**63.** La primera parte de la cláusula contempla, al igual que la versión empleada hasta mediados de 2012 -que fue objeto del pronunciamiento del TJUE-, una elección de Ley aplicable. En concreto, se elige la Ley del país de residencia habitual del profesional<sup>99</sup>. Se especifica que la remisión ha de entenderse realizada al Derecho interno de Luxemburgo, excluyendo el reenvío (“a excepción de sus disposiciones sobre conflicto de leyes”), si bien el art. 20 del Reglamento Roma I ya contempla dicha prohibición.

**64.** Como se ha expuesto con anterioridad, la referencia a la Ley de Luxemburgo podría llevar a creer al consumidor que el contrato se rige íntegramente por tal legislación. Por ello, se ha añadido una segunda parte a la cláusula, que viene a recoger lo previsto en el art. 6.2 del Reglamento Roma I, es decir, que la Ley elegida no priva al consumidor de la protección de las normas imperativas de la Ley del país de su residencia habitual. Por ello, mediante dicha cláusula, el consumidor resulta informado de que existen aspectos de su contrato que se regirán por la Ley del país de su residencia habitual (“la protección que pueda ofrecerte cualquier disposición imperativa de la legislación de tu país de residencia”).

Por ello, para el consumidor medio, la idea de “mi país me protege”, evita el efecto disuasorio que tenía la cláusula que antes se empleaba. Cabe apuntar que el efecto disuasorio en este caso podría ser menor que en otros, dado que la Ley elegida es la Ley de un Estado miembro y, por lo tanto, ha de cumplir el mínimo de protección que las normas de la Unión Europea garantizan a los consumidores. No obstante, el consumidor medio no tiene por qué tener conocimiento de tal circunstancia –es decir, su percepción es que la Ley aplicable es la de un país extranjero-. Además, la configuración de las Directivas en materia de protección del consumidor hace que puedan existir relevantes diferencias en el nivel de protección existente en cada Estado miembro<sup>100</sup>. Así, como se ha indicado, tal cláusula –tanto si remite a la Ley de un tercer Estado como a la Ley de un Estado miembro- podía desincentivar las reclamaciones, al creer el consumidor que está en manos de la Ley del país de residencia habitual del profesional<sup>101</sup>.

**65.** Esta fórmula genérica le informa al consumidor de que goza de protección, si bien no le concreta en qué consiste. Ahora bien, cabe considerar que la fórmula resulta clara en cuanto a que se especifica que la protección existe y que dicha protección es proporcionada por la Ley del país de residencia habitual del consumidor<sup>102</sup>.

**66.** De nuevo, cabe recordar en este punto las reflexiones realizadas sobre los diferentes sitios web. Por los mismos argumentos expuestos en el ámbito de la competencia judicial internacional, consideramos que desde <https://www.amazon.it/> se dirige la actividad a España y, por ello, el consumidor que reside habitualmente en España ha de gozar de la protección de las normas imperativas de la Ley española<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> En el apartado 18 (“Nuestros datos”) de las Condiciones de servicio, constan los datos del profesional.

<sup>100</sup> CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 101.

<sup>101</sup> *Ibidem*, apartado 102.

<sup>102</sup> Como se ha apuntado, la fórmula genérica era la opción que planteaba el Abogado General (vid. CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 104).

<sup>103</sup> Vid. § 50.

## b) Gmail

**67.** Conforme a las Condiciones de Servicio de Gmail, el contrato celebrado con un consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro se rige íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor (“Si eres residente de un país del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, o una organización con sede en alguno de estos países, los presentes términos y la relación que estableces con Google en virtud de ellos y de los términos adicionales específicos de los servicios se registrarán por la legislación de tu país de residencia”<sup>104</sup>).

**68.** Por lo tanto, en esta cláusula, no se ha hecho uso de la posibilidad de incluir una elección de Ley sobre la que prevalecen las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor conforme al art. 6.2 del Reglamento Roma I. Se ha optado por la aplicación de una única Ley, que es la Ley del país –en el caso que analizamos, del Estado miembro- de residencia habitual del consumidor, que es la solución contemplada por el art. 6.1 del Reglamento Roma I. Con ello se evita la tradicionalmente compleja aplicación de Leyes de países diferentes a distintos aspectos de un mismo contrato. Por lo que respecta a la información que se proporciona al consumidor, la cláusula resulta más fácilmente comprensible, dado que se hace alusión a una única Ley, que es además la Ley del país con el que el consumidor se encuentra familiarizado.

**69.** Con ello no queremos decir que las cláusulas de los profesionales que llevan a aplicar dos Leyes distintas –Ley elegida y Ley del país de residencia habitual del consumidor- sean de menor calidad, puesto el fraccionamiento de la Ley aplicable se encuentra permitido por el art. 6.2 del Reglamento Roma I. Por ello, podría haberse incluido una cláusula de elección de la Ley irlandesa –por ejemplo, puesto que los servicios de Google en la Unión Europea son proporcionados y contratados con Google Ireland Limited<sup>105</sup>-, siempre que hubiese añadido que el consumidor resulta protegido por las normas imperativas del país de su residencia habitual.

**70.** Cabe señalar que, conforme a la última modificación de las Condiciones de Servicio de Gmail, la aplicación de la Ley del país de residencia habitual no se limita a los contratos celebrados con consumidores, sino que tal previsión resulta aplicable a cualquier contratante –sea o no consumidor- con residencia habitual en un Estado miembro<sup>106</sup>. Si bien no es objeto de nuestro estudio el caso de los profesionales que contratan el servicio de correo electrónico Gmail, cabe hacer unas breves reflexiones.

En el caso de contratantes profesionales, podría haber sido incluida una cláusula en las Condiciones de Servicio que hiciera aplicable a la totalidad del contrato la Ley irlandesa –de nuevo, por ejemplo, dado que los servicios de Google en la Unión Europea son proporcionados y contratados con Google Ireland Limited<sup>107</sup>-.

Otra posibilidad habría consistido en incluir una cláusula de elección de Ley de un tercer Estado –por ejemplo, la Ley de California-. Sin embargo, en este último caso, entraría en escena el art. 3.4 del Reglamento Roma I, ya que cabe considerar que se trata de un contrato objetivamente vinculado con la Unión Europea. Así, se trataría de un contrato celebrado entre Google Ireland Limited y otro profesional con residencia habitual en un Estado miembro, siendo la elección de Ley el único elemento que vincula el contrato con un tercer Estado. Por ello, en virtud del art. 3.4 del Reglamento Roma I, la aplicación de la Ley del tercer Estado no impediría la entrada de las normas imperativas de la Unión Europea<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> Fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020, disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

<sup>105</sup> Vid. el apartado “Proveedor de servicios” de las Condiciones de servicio.

<sup>106</sup> Fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020, disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

<sup>107</sup> Vid. el apartado “Proveedor de servicios” de las Condiciones de servicio.

<sup>108</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 978-979.

### c) Dropbox

71. La cláusula de Dropbox sobre Ley aplicable establece lo siguiente: “Estas Condiciones se regirán según las leyes de California, excepto sus principios de conflicto de leyes. No obstante, algunos países (incluidos los de la Unión Europea) tienen leyes que exigen que los acuerdos estén regidos por la legislación local del país del consumidor. Este párrafo no anula dichas leyes”<sup>109</sup>. Consideramos que esta cláusula puede ser susceptible de diferentes interpretaciones, debido al inciso “tienen leyes que exigen que los acuerdos estén regidos por la legislación local del país del consumidor...”.

La cuestión viene suscitada porque el art. 6.2 del Reglamento Roma I no “exige” que todos los aspectos del contrato se rijan por la Ley del país de residencia habitual del consumidor, sino únicamente aquéllos que son objeto de normas imperativas. Por ello, cabría plantear dos escenarios:

72. El primero consistiría en entender que existe un fraccionamiento de la Ley aplicable al contrato. En la línea seguida por la cláusula de Amazon, podría entenderse que el contrato se rige por la Ley de California, al ser la Ley elegida, salvo las cuestiones objeto de normas imperativas de protección de los consumidores, que se regirían por la Ley del país de su residencia habitual. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- a) Dada la aplicación universal (art. 2) del Reglamento Roma I, cabe elegir la Ley de un Estado no miembro.
- b) La concreta elección de la Ley de California es admitida por el Reglamento Roma I en su art. 22.1, que contempla una cláusula de remisión directa, siendo considerada cada unidad territorial como un país.
- c) La cláusula excluye el reenvío (“excepto sus principios de conflicto de leyes”), solución que, tal como hemos señalado con anterioridad, también se recoge en el art. 20 del Reglamento.
- d) En virtud del art. 6.2 del Reglamento Roma I, se aplicarían las mencionadas normas imperativas de protección de los consumidores. La cláusula se refiere, en concreto, a la “legislación local del país del consumidor”. Conforme al art. 6.2, se entiende que se trata de la Ley del país de residencia habitual del consumidor.

73. El segundo escenario implicaría entender que todo el contrato se rige por la Ley del país de residencia habitual del consumidor. En este caso, cabría considerar que la elección de la Ley de California no afecta a los contratos celebrados con consumidores que residen habitualmente en Estados miembros de la Unión Europea. Así, el inciso “No obstante, algunos países (incluidos los de la Unión Europea) tienen leyes que exigen que los acuerdos estén regidos por la legislación local del país del consumidor”, podría llevar a entender que el acuerdo, es decir, el contrato, se rige íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor. Esta interpretación evitaría el fraccionamiento de la Ley aplicable al contrato, en la línea seguida por las Condiciones de Servicio de Gmail. Sin embargo, la debilidad de esta interpretación consiste, como se ha adelantado, en que el art. 6 del Reglamento Roma I no “exige” que todo el contrato se rija por la Ley del país de residencia habitual del consumidor.

74. El tercer escenario llevaría a plantear que las dudas que suscita la interpretación de la cláusula hacen que la misma no resulte clara para el consumidor medio. Es decir, si suscita dudas qué aspectos del contrato se rigen por la Ley del país de residencia habitual del consumidor, podría argumentarse que dicha cláusula no está redactada “de forma clara y comprensible”, tal como establece el art. 5.1 de

---

<sup>109</sup> Fecha de entrada en vigor: 24 septiembre 2019, disponibles en <https://www.dropbox.com/privacy#terms> (fecha de consulta: 13 de enero 2020). Se indica expresamente que, en caso de discrepancia, prevalece la versión inglesa. La versión inglesa establece: “Controlling Law: These Terms will be governed by California law except for its conflicts of laws principles. However, some countries (including those in the European Union) have laws that require agreements to be governed by the local laws of the consumer's country. This paragraph doesn't override those laws”.

la Directiva 93/13. Siguiendo el razonamiento del caso *Amazon*, al poder inducir a error al consumidor medio, un tribunal nacional podría considerar que es abusiva<sup>110</sup>.

Es cierto que la cláusula de Dropbox plantea menos problemas que la cláusula de Amazon que fue objeto del pronunciamiento del TJUE, puesto que el consumidor medio que ha contratado con Dropbox no entendería que la única Ley aplicable es la Ley de California. Probablemente, el consumidor medio que reside habitualmente en la Unión Europea entendería que todo el contrato se rige por la Ley del país de su residencia habitual. Sin embargo, como consideramos que la cláusula podría ser objeto de diferentes interpretaciones, el escenario de la contradicción con el art. 5.1 de la Directiva 93/13 no es descartable.

**75.** En conclusión, consideramos que el contrato celebrado entre Dropbox y el consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea ha de regirse íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor, ya sea por entender que la elección de Ley no afecta a tales consumidores; o bien por considerar que la cláusula no es clara y, por ello, el contrato se rige por el art. 6.1 del Reglamento Roma I.

**76.** Por ello, podría ser conveniente modificar la cláusula en uno de los dos sentidos siguientes:

- si se desea fraccionar la Ley aplicable: “Si eres un consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea, estas condiciones se rigen por la Ley de California (excepto sus principios de conflicto de leyes), pero también tendrás la protección que te proporcionan las normas imperativas de la legislación del Estado miembro de tu residencia habitual”;
- si se desea que el contrato se rija íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor: “Si eres un consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea, estas condiciones se rigen por la Ley del Estado miembro de tu residencia habitual”.

#### **d) Facebook**

**77.** En el caso de Facebook, la cláusula sobre Ley aplicable determina que: “Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos (“reclamación”). (...) En todos los demás casos, aceptas que la reclamación debe resolverse en un tribunal competente en la República de Irlanda y que las leyes de dicho país regirán estas Condiciones y cualquier reclamación (independientemente de las disposiciones relativas a conflictos de derecho)”. Se observa así una clara diferencia entre la Ley que resulta aplicable a los contratos celebrados con consumidores y el resto de supuestos.

**78.** En el caso de los consumidores que residen habitualmente en Estados miembros de la Unión Europea, la Ley aplicable es la del Estado miembro de su residencia habitual. Por ello, en este caso tampoco se produce un fraccionamiento de la Ley aplicable al contrato, rigiéndose íntegramente el mismo por dicha Ley, por lo que damos por reproducidas las reflexiones anteriormente realizadas.

**79.** Para terminar, cabe retomar la cuestión relativa a los diferentes “productos” ofrecidos por Facebook<sup>111</sup>. Al igual que hemos indicado en el ámbito de la competencia judicial internacional, consideramos que cabe tomar en consideración el tipo de producto y el uso que del mismo ha hecho el sujeto<sup>112</sup>. Así, mientras que si un sujeto dispone de una *cuenta* y la utiliza conforme al uso a la que está

<sup>110</sup> STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 71.

<sup>111</sup> Vid. § 13 a 18 del presente trabajo.

<sup>112</sup> Ídem.

destinada, es un “consumidor” y su contrato se rige por la Ley del Estado miembro de su residencia habitual; no ocurriría así con las *páginas*.

**80.** Como entendemos que en el caso de las *páginas* se trata de un contrato diferente –dadas las diferentes Condiciones de Servicio y el concepto que de tal producto emplea el profesional-<sup>113</sup>, los usuarios de las páginas no se beneficiarían de la aplicación de la Ley del Estado miembro de su residencia habitual<sup>114</sup>.

#### IV. Conclusiones

**81.** En el presente trabajo se ha examinado si los profesionales que contratan con consumidores que residen habitualmente en un Estado miembro, respetan en sus Condiciones de Servicio lo previsto en Reglamento 1215/2012 para determinar los tribunales competentes, así como lo dispuesto en el Reglamento Roma I con respecto a la Ley que rige el contrato.

**82.** Para que el consumidor pueda beneficiarse del foro del lugar del Estado miembro de su domicilio (art. 18.1 Reglamento 1215/2012), es preciso que se cumplan los requisitos del art. 17.1.

Entre dichos requisitos, se encuentra el uso “que pueda considerarse” ajeno a su actividad profesional. En el caso de contratos celebrados con una doble finalidad, ha de tenerse presente que, si bien resulta claro que se mantiene la condición de consumidor cuando el uso profesional es “insignificante”; suscita dudas la interpretación expansiva del TJUE en el caso *Schrems*, que también incluye los contratos cuya finalidad no llegue a ser “esencialmente profesional”.

También es preciso tener presentes las características del producto contratado, de tal forma que si se contrata un producto diseñado para un uso profesional en las Condiciones, entendemos que no cabe ser considerado “consumidor” en el ámbito del Reglamento 1215/2012.

A todo lo anterior, cabe añadir que, en el caso de profesionales con distintos sitios web, la accesibilidad no es un criterio que permita justificar la actividad dirigida. Por ello, consideramos que será preciso que concurren elementos como las contrataciones previas de productos o servicios a través de tal interfaz por parte consumidores domiciliados en otro Estado miembro, que se trate un profesional con una actividad internacional; así como que el profesional incluya el lugar del Estado miembro del domicilio del consumidor entre los lugares de entrega del producto a adquirir.

**83.** Por lo que respecta a la Ley aplicable, conforme al art. 6.2 del Reglamento Roma I, cabe incluir en las Condiciones de Servicio una cláusula que determine aplicable la Ley del país de residencia habitual del profesional. Ahora bien, conforme a la interpretación del TJUE, dicha cláusula ha de advertir al consumidor de que conserva la protección de las normas imperativas del país de su residencia habitual, siendo la cláusula abusiva en caso contrario.

Por ello, se observan dos tendencias en las Condiciones analizadas: cláusulas de elección de Ley del país de residencia habitual del profesional con la mencionada advertencia; o bien cláusulas que determinan que la totalidad del contrato se rige por la Ley del Estado miembro de residencia habitual del consumidor.

**84.** Por ello, si en el pasado ya comentamos que, en su demanda contra el profesional, el consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro “juega en casa”, ahora añadimos “y con las reglas de casa” –ya sean todas o, al menos, las normas imperativas de protección–.

<sup>113</sup> A esta cuestión se hace alusión en las CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 53.

<sup>114</sup> Los usuarios de las *páginas* han de aceptar las “Condiciones comerciales de Facebook” en las que, efectivamente, no se contempla la aplicación de la Ley del Estado miembro de residencia habitual del consumidor (vid. [https://www.facebook.com/legal/commercial\\_terms](https://www.facebook.com/legal/commercial_terms), fecha de consulta: 9 de junio 2020).