

## Elección de Ley aplicable y “partes débiles”: entre teoría y práctica

Victoria Garin Giménez\*

### Resumen

El 20 de julio del 2021, el Tribunal Supremo de España dictaminó que la cláusula de elección de ley que la compañía aérea Ryanair incluía entre sus condiciones generales de contratación era abusiva y, en consecuencia, nula. La nulidad resultaba, según el Tribunal, del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que la cláusula generaba al obligar a los pasajeros, partes débiles, a conocer y dar prueba de la ley irlandesa siendo ellos residentes en España.

En este artículo defiende que, a través de esta sentencia, el Tribunal Supremo construye una concepción muy amplia del concepto de “abusividad” a la par que una muy estrecha del concepto de libertad de elección de ley en contratos con partes débiles. Dicha construcción es coherente con la protección al consumidor en el Derecho de la Unión Europea pero incoherente con la imperante libertad de elección en el Derecho internacional privado. Así, la sentencia pone en evidencia las tensiones latentes en los conflictos de leyes: distintos actores tienen ideas diferentes respecto a los valores que inspiran las normas de conflicto y a los objetivos asignados a ellas, y esto influye tanto la práctica contractual como en la aplicación jurisdiccional. Tomando esta sentencia como punto de partida, el artículo procura invitar a la reflexión sobre los valores subyacentes, así como mostrar la influencia de la teoría en la práctica: el Derecho internacional privado en acción.

### Abstract

*On 20 July 2021, the Supreme Court of Spain ruled that the choice of law clause contained in the general terms and conditions drafted by Ryanair airline constituted an unfair term and was thus void. The clause was deemed to cause a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of the consumer, since it obliged, he or she to know and prove the content of Irish law despite residing in Spain.*

*In this article, I argue that the Spanish Supreme Court thus developed a broad definition of “abusiveness”, while maintaining a narrow concept of freedom of choice of law in contracts with weaker parties. Although this approach may be coherent with the latest trend in consumer protection in the European Union, it goes against the liberal trend in Private International Law regarding freedom of choice. By doing this, the ruling evinces underlying tensions in the conflicts of laws: different actors may have different views regarding the values and objectives behind conflict rules. More importantly, these different views will have an effect on both contracting and judicial practice. Taking the ruling as a starting point, the article aims to trigger discussions on these underlying values as well as to show the influence of the theory in the practice of Private International Law.*

### Palabras clave

Conflicto de leyes. Unión Europea. Protección al consumidor. Contratos de transporte de pasajeros. Autonomía de la voluntad. Elección de ley.

\* Investigadora pre-doctoral, Instituto Universitario Europeo en Florencia, Italia (EUI).

### **Keywords**

*Conflict of laws. European Union. Consumer protection. Passenger Transport Agreement. Autonomy of the will. Choice of law.*

### **Sumario**

Introducción. I. Protección al consumidor, conflicto de leyes y Unión Europea. A. La protección al consumidor en la Unión Europea B. Los conflictos de leyes en contratos con partes “débiles” y en contratos de transporte aéreo. C. El derecho español: su relación con el derecho europeo y la prueba del derecho extranjero. II. La práctica: la sentencia, los hechos y las normas. A. Resumen de la sentencia. B. Bases jurídicas. C. Posibles críticas a la sentencia. III. La teoría: Conflicto de valores, autonomía de la voluntad y protección de la parte débil. A. La puja por defender valores externos a los conflictos de leyes. B. Los valores propios a los conflictos de leyes. C. Derecho y práctica. Recapitulación y conclusiones.

### **Introducción**

El 20 de julio del pasado año, el Tribunal Supremo de España dictaminó que una cláusula de elección de ley que la compañía aérea Ryanair incluía entre sus condiciones generales de contratación era abusiva y, en consecuencia, nula<sup>1</sup>. Dicha cláusula sometía los contratos de transporte de pasajeros entre Ryanair y sus clientes al Derecho irlandés, y era abusiva en tanto que lo hacía de manera unilateral, poco transparente y causando “un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”<sup>2</sup>. ¿Qué significa todo esto? ¿Qué consecuencias tiene la nulidad de una cláusula de elección de ley en la protección del consumidor, la autonomía de la voluntad en contratos marco, o la práctica contractual en el transporte de pasajeros?

Tomando la citada sentencia —de ahora en adelante, STS 3073/2021— como punto de partida, me propongo en el presente artículo responder a estas preguntas. Con ello, busco aclarar la posición de los tribunales españoles respecto al derecho internacional privado y, en particular, a la elección del derecho aplicable en contratos que involucren una “parte débil”. En efecto, aunque algunos autores hayan leído la sentencia como atañendo solo la protección al consumidor<sup>3</sup>, la cuestión que dirime la sentencia va más allá: es la cuestión, central al derecho internacional privado, de los límites de la autonomía contractual. Finalmente, el

---

<sup>1</sup> Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, sentencia No. 3073, 20 de julio de 2021, de ahora en adelante, “STS 3073/2021”, accesible en: <https://bit.ly/3k5wvQU>

<sup>2</sup> STS 3073/2021, motivo sexto, párrafo 6, p.13, refiriéndose al art. 3(1) de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (<https://bit.ly/3vAyEVX>).

<sup>3</sup> Torralba Mendiola, Elisa, Nota de sentencia del 16 de septiembre de 2016, en: <https://bit.ly/3MmAh0n>, consultada el 11 de febrero de 2022.

caso Ryanair sirve de ejemplo de interacción entre tribunales, reglamentos y contratos; esto es, de ejemplo del alcance del Derecho internacional privado en acción.

### **A. Metodología**

Tras una breve presentación, en la primera Sección de este artículo, de la legislación aplicable al caso, procedo en la Sección II a un análisis más concreto del caso, el caso, la sentencia y sus bases jurídicas. La sentencia es un punto de partida: consciente de que un solo fallo no puede servir para establecer jurisprudencia ni ilustrar el proceder de un sistema jurídico entero (y mucho menos en el caso de la Unión Europea, en donde se conectan y coordinan los sistemas jurídicos de varios países, además del sistema jurídico propio de la Unión), tomo la sentencia como ilustración de una aplicación concreta. Dicha aplicación, si bien específica y casuística, lleva consigo los presupuestos detrás del sistema, que salen a la luz analizándola. Esto es, la sentencia pertenece a un sistema legal, una manera de reflexionar sobre los problemas y un procedimiento para resolverlos —todo lo cual se hace en base a asunciones implícitas. La idea aquí no es desmenuzar todo el sistema a través de una sola sentencia ni buscar algún tipo de interpolación sistemática, sino sacar conclusiones relativas al proceder de los tribunales europeos en lo que a conflictos de ley en casos con partes débiles que, apoyadas por otras fuentes, aparezcan verosímiles.

En la segunda parte, el análisis se hace más abstracto y general, y depende menos de la práctica. Tomando como punto de partida lo primero, pero sin depender en la veracidad de sus conclusiones, se argumenta que un cierto tipo de razonamiento respecto a los conflictos de derecho esconde una serie de asunciones al respecto del derecho internacional privado y las relaciones entre personas más generalmente, en conjunción en este tipo de casos y en la Unión Europea con otros razonamientos relativos a la protección de las partes débiles y en particular del consumidor. A través de esta aseveración, se exponen dichos razonamientos implícitos y se cuestionan, inquiriendo en las justificaciones detrás de ellos y en las implicaciones prácticas de mantenerlos, y se conjetura sobre cuáles serían las posibles alternativas, si fueran necesarias.

Finalmente, cierro con un apartado de conclusiones en que ofrezco una recapitulación de lo anterior y posibles líneas de investigación futura.

## **I. Protección al consumidor, conflicto de leyes y Unión Europea**

A continuación, hago una brevísima exposición de la protección al consumidor en la Unión Europea, de los conflictos de leyes en contratos con partes débiles, y del derecho internacional privado español. El objetivo es introducir al lector a los conceptos más básicos para la discusión; para profundizar en alguno de los temas, me refiero a la literatura secundaria citada. Cualquier intento de presentar de manera exhaustiva la legislación europea o a las discusiones entorno a ella excedería el ámbito del presente artículo y correría el riesgo de hacer la discusión muy local: en mi opinión, el análisis —sea por su metodología o por las reflexiones que despierta— puede extenderse más allá de Europa.

### **A. La protección al consumidor en la Unión Europea**

La protección al consumidor es un elemento central en el Derecho de la Unión Europea<sup>4</sup>. La Unión Europea (UE) se compromete a proteger “promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección” a través de la tutela de su salud, seguridad, intereses y derechos “a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”<sup>5</sup>. La protección al consumidor es lo bastante importante para merecer una mención explícita en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión<sup>6</sup>.

La razón detrás de esto —de la protección misma y de su estatus— es la protección del mercado interior, esto es, el mercado único conformado por los 27 Estados miembros de la Unión Europea en el seno del cual circulan libremente bienes, servicios, capital y personas<sup>7</sup>. Protegiendo a los consumidores mediante reglas supranacionales y uniformes, la UE busca fomentar el desarrollo del

---

<sup>4</sup> Sobre la protección al consumidor en la Unión Europea, véase en general Devenney, James y Kenny, Mel (eds.), *European consumer protection: theory and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012. Sobre la importancia en Europa de la protección al consumidor, véase capítulo 18, Davies, Jim, *Consumer protection in a normative context: the building blocks of a consumer citizenship practice*, p.356. Para una exposición de la evolución de la protección al consumidor, véase Weatherill, Stephen, *EU consumer law and policy*, Cheltenham, Edward Elgar Publications Limited, 2013, 2ª edición, capítulo 1.

<sup>5</sup> Art.169(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), disponible en: <https://bit.ly/3vHHq4z>

<sup>6</sup> Según el art.38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”. Disponible en: <https://bit.ly/3KezY64>

<sup>7</sup> Véase también la página del Parlamento Europeo destinada al mercado interior (“principios generales”): <https://bit.ly/3Lk1zUX>

mercado interior sin que ello resulte en abusos a los individuos por una parte o en prácticas anticompetitivas por otra<sup>8</sup>.

Desde el punto de vista del derecho privado<sup>9</sup>, la protección al consumidor se manifiesta de manera activa, creando derechos para los consumidores<sup>10</sup>; de manera pasiva, impidiendo la efectividad de cláusulas consideradas abusivas para el consumidor<sup>11</sup>; y de manera procedural, a través de normas de derecho internacional privado<sup>12</sup>. A esto último se refiere el presente artículo, en particular a lo que concierne la ley aplicable a contratos de consumo, sujeta a las normas contenidas en el Reglamento Roma I—la legislación europea de derecho internacional privado que determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

### **B. Los conflictos de leyes en contratos con partes “débiles” y en contratos de transporte aéreo**

En el Derecho de la UE, los consumidores son una categoría “autónoma”, esto es, definida con independencia a los derechos nacionales<sup>13</sup>. Son consumidores las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión<sup>14</sup>. En efecto, el Reglamento Roma I define como contratos de consumo aquellos celebrados entre un consumidor (“una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o

<sup>8</sup> Según K.J. Cseres, “*The most important characteristic of the EU consumer protection is that it has developed as part of the internal market process. Its direct link to market integration has determined its role in EU law: it is a legal instrument to build, support, and expand the internal market*”. Cseres, K.J., *Consumer protection in the EU*, en: P.J. Kuijper y otros, *The Law of the European Union*, Reino Unido, Wolters Kluwer, 5ª ed., 2018, pp.1145-64, especialmente p.1145.

<sup>9</sup> Para una explicación detallada de las directivas y reglamentos de derecho público (por ejemplo, los relativos al derecho de la competencia), véase Devenney y Kenny, *European consumer protection...*, ob. cit. A efectos prácticos, la principal diferencia entre directivas y reglamentos es que los últimos son de aplicación directa (esto es, no necesitan de un instrumento de transposición para ser efectivos en los Estados miembros) y las primeras no lo son, véase Schütze, Robert, *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p.163-9.

<sup>10</sup> Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, en: <https://bit.ly/3vzNRqo>, Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (<https://bit.ly/3LhbA5f>).

<sup>11</sup> Directiva 93/13/CEE, *op.cit.*, modificada por la Directiva 2019/2161, de 27 de noviembre de 2019, en: <https://bit.ly/3ELEdVL>

<sup>12</sup> Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (de ahora en adelante, “Reglamento Roma I”, disponible en: <https://bit.ly/3vJHocm>), y Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (disponible en: <https://bit.ly/3k7EPf1>).

<sup>13</sup> Si bien no necesariamente uniforme, Schüller, Bastian, *The definition of consumers in EU consumer law*, en: Devenney y Kenny, *European consumer protection...*, ob. cit., p.123.

<sup>14</sup> Sosa Olán, Henry, *El concepto de consumidor en el ordenamiento jurídico europeo y español*, en: *Ars Boni et Aequi*, 2005, Vol.11, No. 2, pp.167 ss., especialmente p.180.

profesional”) y un profesional, esto es, una persona “que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”<sup>15</sup>.

La protección del consumidor se manifiesta en el Reglamento Roma I de dos maneras. En primer lugar, existe una norma de conflictos bilateral que favorece al consumidor: en ausencia de elección, el Derecho aplicable a los contratos de consumo será la ley del lugar de residencia del consumidor —esto es, aquella que, presumiblemente, el consumidor conoce mejor<sup>16</sup>. En segundo lugar, existen límites a la autonomía de voluntad: las partes en un contrato de consumo pueden elegir la ley aplicable a dicho contrato, pero tal elección “no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable”<sup>17</sup>. Esto es, la libertad de elección no es absoluta, se mantiene sujeta a ciertas normas imperativas.

De estas normas están excluidos, en virtud del art.6(4)(b) Reglamento Roma I, los contratos de transporte de pasajeros. A estos contratos se aplica, en su lugar, el art.5(2), que establece una norma en favor de los pasajeros si no hubiera elección de ley:

En defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros de conformidad con el párrafo segundo, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual<sup>18</sup>.

Y, en caso de que sí hubiera elección, una libertad limitada para ejercerla:

Las partes podrán elegir como ley aplicable a un contrato para el transporte de pasajeros, de conformidad con el artículo 3, únicamente la ley del país donde: a) el pasajero tenga su residencia habitual, o b) el transportista tenga su residencia habitual, o c) el transportista tenga el lugar de su administración central, o d) se encuentre el lugar de origen, o e) se encuentre el lugar de destino<sup>19</sup>.

Es importante destacar esta diferencia de tratamiento entre contratos con consumidores y contratos de transporte de pasajeros: analizando la STS

---

<sup>15</sup> Art.6(1) Reglamento Roma I.

<sup>16</sup> Sobre críticas a esta presunción, véase Sección III.

<sup>17</sup> Art.6(2) Reglamento Roma I.

<sup>18</sup> Art.5(2), primer párrafo, Reglamento Roma I.

<sup>19</sup> Art.5(2), segundo párrafo, Reglamento Roma I.

3073/2021, parecería que el TS asimilara ambos. Volveremos a esto en la Sección siguiente.

### **C. El derecho español: su relación con el derecho europeo y la prueba del derecho extranjero**

Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma I son directamente aplicables en el territorio español y deben ser combinadas con aquéllas contenidas en el Código Civil (CC) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) españoles.

Uno de los aspectos en que estos últimos completan la legislación europea es la aplicación del Derecho extranjero. Esto será relevante para el caso que estudiaremos a continuación. Según el art.281.2 LEC, “serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero.” Y “El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”<sup>20</sup>. Esto es, cuando se trate de aplicar un Derecho extranjero en un contrato, los tribunales españoles lo tratarán como si fuera un hecho que debe ser probado por las partes<sup>21</sup>. El TS precisa: la falta de prueba del Derecho extranjero no resultará en desestimación de la demanda, sino en la aplicación del Derecho español<sup>22</sup>.

## **II. La práctica: la sentencia, los hechos y las normas**

En las siguientes páginas, procedo a resumir la sentencia del Tribunal Supremo de España No.3073, de 20 de julio de 2021 (de ahora en adelante, “STS 3073/2021”<sup>23</sup>). En ella, el Tribunal Supremo (de ahora en adelante, “TS”), declara abusiva y por tanto nula una cláusula de elección de ley aplicable contenida en un contrato de adhesión entre una aerolínea y sus pasajeros. Después de presentar los hechos y las bases jurídicas que llevaron a dicho resultado, expongo las posibles críticas a la sentencia, entre las que destaca un error en la concepción de las normas de derecho internacional privado por parte del TS.

---

<sup>20</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil española está disponible en: <https://bit.ly/3xYHqQi>

<sup>21</sup> Tribunal Supremo de España (TS), Sala de lo Civil, sentencia No. 198/2015, 20 de mayo de 2015, en: <https://bit.ly/3rOKAm4>, p.8.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p.9

<sup>23</sup> STS 3073/2021, ob. cit.

El objetivo de esta Sección, sin embargo, no es el de servir de comentario de sentencia, al menos no exclusivamente. El principal objetivo del análisis de la sentencia es tomar el razonamiento del TS como ejemplo de razonamiento judicial —dado que procede ésta del más alto Tribunal de una jurisdicción—, y, a partir de éste, proceder a conectar la práctica a la teoría.

### A. Resumen de la sentencia

La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) es una asociación española, privada, independiente y sin ánimo de lucro, cuya misión declarada es la “defensa de los derechos de los ciudadanos de España como consumidores, para crear una sociedad de consumo transparente y justa”<sup>24</sup>. Esta misión engloba el emprender acciones judiciales, incluidas aquéllas dirigidas a obtener la declaración de nulidad de cláusulas en contratos con consumidores por ser éstas abusivas, como previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU)<sup>25</sup>.

Una acción de ese tipo fue precisamente la que la OCU inició en 2011 contra la aerolínea de bajo costo (“*low cost*”) Ryanair. En ella, solicitaba que ciertas condiciones generales en el contrato de adhesión entre Ryanair y sus pasajeros fueran declaradas abusivas y, en consecuencia, nulas, y solicitaba que se ordenara la cesación de su empleo y difusión. Tras pasar por las instancias procesuales correspondientes, el caso llegó a la Sala de lo Civil Tribunal Supremo (TS) español, que dictó sentencia en julio de 2021. En ella, el TS estimaba parcialmente el recurso de casación interpuesto por la OCU, confirmando la nulidad de 11 cláusulas del contrato de adhesión que Ryanair proponía a sus pasajeros con residencia en España<sup>26</sup>.

Entre las cláusulas consideradas abusivas y declaradas nulas se encuentra la que nos ocupa ahora: la cláusula de elección de ley aplicable y jurisdicción. Según la cláusula 2.4 del contrato marco de Ryanair, todas las controversias entre

<sup>24</sup> El sitio web de la Organización de Consumidores y Usuarios está disponible en: <https://bit.ly/38mRbNt>, consultado el 4 de abril de 2022.

<sup>25</sup> Arts. 80 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU). Particularmente relevante para el derecho internacional privado es el art. 67, “Normas de derecho internacional privado”, que remite al Reglamento Roma I (art. 67.1) y reitera la extraterritorialidad de las normas de protección a los consumidores contenidas en instrumentos comunitarios (art. 67.3).

<sup>26</sup> La OCU destina actualmente una sección de su página web al juicio aquí relatado. Su versión puede accederse aquí: <https://bit.ly/3rQ69CI>. La sentencia del Tribunal Supremo (STS, ob. cit.) es accesible en el sitio web del Consejo General del Poder Judicial de España: <https://bit.ly/3ka840Q>



la aerolínea y sus clientes habrían de resolverse ante tribunales irlandeses y de acuerdo con la ley del mismo país:

Salvo por disposición en contrario del Convenio o la legislación aplicable, el contrato de transporte con nosotros, los Términos y Condiciones de Transporte y nuestros Reglamentos se regirán e interpretarán de conformidad con la legislación de Irlanda. Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato estará sujeta a la jurisdicción de los tribunales irlandeses<sup>27</sup>.

### **B. Bases jurídicas**

El TS falló a favor de la OCU, declarando abusiva y nula la cláusula de ley aplicable y jurisdicción<sup>28</sup>. Para hacerlo, llevó a cabo un análisis en cuatro pasos.

El primer paso fue establecer que las cláusulas del contrato de Ryanair se hallaban sometidas a la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores<sup>29</sup>. Para esto, el TS se apoyó en dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>30</sup>. En la primera, el TJUE abrió la posibilidad de someter los contratos de transporte aéreo a dicha Directiva<sup>31</sup>; en la otra, hacía lo mismo con las cláusulas de elección de ley aplicable, siempre cuando fueran parte de contratos de adhesión —esto es, a contratos cuyas cláusulas son redactadas por el profesional de manera previa, sin ofrecer al consumidor la posibilidad de influir en su contenido<sup>32</sup>. El TS consideró que el contrato de Ryanair, como contrato de transporte aéreo y contrato de adhesión, estaba sujeto a la Directiva 93/13.

El segundo paso fue establecer, con referencia al TJUE<sup>33</sup> y a la Directiva 93/13<sup>34</sup>, que las cláusulas en contratos con consumidores pueden ser consideradas abusivas si:

1. Generan, por su tenor o contexto, un “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”; o si

<sup>27</sup> STS 3073/2021, ob. cit, Antecedentes de Hecho, párrafos 3, p. 2.

<sup>28</sup> Si bien el TS se refiere solo a la elección de ley.

<sup>29</sup> Directiva 93/13, ob. cit.

<sup>30</sup> STS 3073/2021, ob. cit., motivo sexto, párrafos 2 y 3, p.12.

<sup>31</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 6 de julio de 2017, C-290/16, *Air Berlin*.

<sup>32</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 28 de julio de 2016, C-195/15, *Amazon*, en particular el apartado 63.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Art. 5 Directiva 93/13.

2. Están redactadas de una manera que no es lo suficientemente clara y comprensible.

Estas dos condiciones serán centrales para el resto del análisis. Cabe destacar que la sentencia es oscura respecto a si estas condiciones son acumulativas o alternativas, y no precisa si el carácter abusivo puede resultar de otras circunstancias también.

El tercer paso en el razonamiento fue establecer que una cláusula de elección de ley puede, en efecto, sufrir de alguno de los dos defectos anteriores — esto es, que una cláusula de elección de ley puede ser abusiva. Según el TS, esto es posible en las cláusulas de elección de ley como en cualquier otra cláusula contractual<sup>35</sup>.

Finalmente, el cuarto paso para el TS fue establecer que la cláusula de elección de derecho irlandés en los contratos de adhesión de Ryanair<sup>36</sup> cumple con las condiciones anteriores y es, por tanto, abusiva:

1. Primero, el TS considera que la cláusula genera un desequilibrio entre las partes: para poder ejercer acciones judiciales, los consumidores españoles necesitarían informarse sobre y dar prueba de la ley irlandesa<sup>37</sup>, lo cual, siendo ellos partes débiles, los pondría en una posición de desventaja<sup>38</sup>. Partiendo de la base que, según el TJUE<sup>39</sup>, toda cláusula atributiva de competencia que resulte en trabas a la acción judicial de este tipo debe ser considerada abusiva, el TS extiende esta reflexión a las cláusulas de elección de Derecho aplicable, y considera ésta como abusiva.

2. En lo que se refiere a la exigencia de transparencia, el TS establece que la cláusula “es incompleta y puede inducir a error al consumidor” al dar a entender que solo se aplica al contrato la ley irlandesa, sin mencionar otras protecciones

<sup>35</sup> Y el hecho de que la elección de ley esté permitida no convierte implica que cualquier cláusula de elección de ley sea inmediatamente no abusiva, STS 3073/2021, ob. cit., motivo sexto, párrafo 6, p.13.

<sup>36</sup> La sentencia se refiere únicamente a los contratos con pasajeros residentes en España, dado que la OCU actúa solo en defensa de consumidores con residencia en este país.

<sup>37</sup> Como si fuera un hecho, art.281.2 LEC, STS 528/2014, de 14 de octubre y STS 198/2015, de 20 de mayo, p.8, mencionados antes.

<sup>38</sup> Algo que, además, podría de manera habitual reducir sus incentivos para ejercitar una acción judicial. El TS y el TJUE dan especial importancia a la escasa cuantía de los procedimientos relativos a los contratos de consumo, lo cual contribuiría aun más a este desincentivo: STS 3073/2021, ob. cit., p.13, que cita la STJUE *Amazon*.

<sup>39</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 28 de noviembre de 2020, C-519/19, citando STJUE de 27 de junio de 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial*, STJUE de 4 de junio de 2009 C-243/08, *Pannon GSM*, y STJUE de 9 de noviembre de 2010 C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing*.

como aquéllas contenida en el derecho europeo<sup>40</sup>, lo cual añade a su abusividad.

Así, el TS declara nula por abusiva la cláusula de sumisión al derecho irlandés en los contratos de transporte de pasajeros redactados por Ryanair.

### **C. Posibles críticas a la sentencia**

Una serie de observaciones puede hacerse con respecto a la STS 3073/2021. Aquí las expongo brevemente, siendo la primera la más importante. Cabe recordar, sin embargo, que el artículo no persigue servir de comentario de sentencia ni decidir sobre discusiones jurisprudenciales: sentencia y crítica sirven para introducir un asunto —la elección de ley aplicable en casos con partes débiles y consumidores— e identificar en él problemas y presunciones.

#### **1. Fallo en la aplicación del método del derecho internacional privado**

La STS 3073/2021 hace referencia a un “estándar de abusividad”:

Ahora bien, para enjuiciar el carácter abusivo de la cláusula de elección de ley no hay que acudir a ningún Derecho nacional. . . , sino que el estándar de abusividad deriva del propio Reglamento Roma I, puesto que determina la ley aplicable a un contrato en defecto de elección. Conforme a su art. 5, en el caso de un contrato de transporte de pasajeros, el Derecho aplicable al contrato sería la ley española si: (i) el consumidor tiene su residencia habitual en España; y (ii) además, el lugar de origen o destino de viaje se localiza en nuestro país. Es decir, sin la cláusula de elección, los contratos de Ryanair con los consumidores con residencia en España se someterían, en la mayor parte de los casos, a la ley española<sup>41</sup>.

Según el TS, dicho estándar de abusividad se encuentra en la ley que sería aplicable a falta de elección: hace falta primero determinar la ley aplicable a falta de elección y luego evaluar si la elección de ley respeta el estándar fijado por ella. Esto es, el TS parece otorgar prioridad al “método bilateral”<sup>42</sup> respecto a la elección de ley: se asume que el método bilateral (esto es, las normas objetivas de designación de ley aplicable que entran en juego si no hubo elección de ley

---

<sup>40</sup> STS 3073/2021, ob. cit., motivo sexto, párrafo 8, p.13.

<sup>41</sup> STS 3073/2021, ob. cit., motivo sexto, párrafos 5-6, p.12-3.

<sup>42</sup> Mayer, Pierre y Heuzé, Vincent, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 9ª ed., 2007, pp. 85-8.

aplicable por las partes<sup>43</sup>) tiene lugar siempre, independientemente de si las partes designaron una ley aplicable a su contrato. Una vez determinada la ley aplicable de esta manera, podrá haber libertad de elección, siempre dentro de los límites que el método objetivo/bilateral imponga.

Sin embargo, no es así como funcionan las normas de conflicto en Europa. La libertad de elección es una norma de conflicto en sí misma<sup>44</sup>; no es posterior al método bilateral sino alternativa<sup>45</sup>. Una vez que hay una elección de ley, no hay método bilateral, y lo que hubiera podido pasar en ese escenario pierde importancia: la elección de ley, si se ejecuta, decide qué Derecho sería aplicable. El único modo en que las normas bilaterales volvieran a ser relevantes sería si la elección de ley se declarara nula —pero dicha nulidad habría de fundarse en bases diferentes al mero argumento de que el resultado de la controversia hubiera sido diferente si no hubiera habido elección de ley, ya que tal argumento sería circular.

No solo eso: además de los problemas teóricos que plantea, la lógica seguida por el TS es prácticamente —esto es, de un punto de vista práctico— insostenible. Obligar a comparar la elección de ley a la ley que se aplicaría en su ausencia, y permitir la primera solo en los casos en que se correspondiera con la segunda, equivaldría a eliminar la capacidad de elegir cualquier ley que no fuera la del país de residencia de la parte débil. Esto es, en la práctica lo que se está diciendo es que en los contratos con partes débiles (o al menos consumidores —pero, también, pasajeros) no deberían incluirse cláusulas de elección de ley. Tal eliminación de la libertad de elección representaría un cambio de paradigma, el cual, además de deber ser fuertemente justificado, habría de tener lugar en un foro diferente a los tribunales españoles dado el carácter europeo de las normas<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Francescakis, Phocion, Quelques précisions sur les « lois d'applications immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, en: *Revue du droit international privé*, 1966, Vol. 55, pp. 1-18, especialmente pp. 3-6, donde opone esta metodología a aquella de las “lois de police” o “leyes de policía” (art. 9 Reglamento Roma I), donde la ley de un Estado (o una disposición de esta ley) se aplica a una situación internacional de manera directa o “inmediata”.

<sup>44</sup> Sobre la importancia de la libertad de elección o autonomía de la voluntad en los sistemas de derecho internacional privado contemporáneos, y en particular en el europeo, ver, entre otros, Muir Watt, Horatia, Party Autonomy in Global Context: The Political Economy of a Self-Constituting Regime, en: *Japanese Yearbook of Private International Law*, Vol. 58, pp. 175-15 (“Arguably the most significant principle of contemporary private international law”, “party autonomy”, or “contractual freedom of choice of the governing law”).

<sup>45</sup> Callies, Gralf-Peter (ed), *Rome Regulations: Commentary*, The Hague, Wolters Kluwer, 2ª ed., 2015, pp. 76-108.

<sup>46</sup> Carácter europeo que seguramente podría suscitar cuestiones de legitimidad. Esto nos lleva a preguntarnos: ¿perdió el TS la oportunidad de presentar una cuestión preliminar al TJUE, cuya respuesta pudiera zanjar de

Pero, incluso de un punto de vista meramente práctico de protección al consumidor, no parece haber razón convincente, al menos sin apoyo empírico, para asumir que la ley del lugar de residencia del consumidor sea mejor conocida o, mucho menos, más protectora de la parte débil. Vuelvo a estas cuestiones en la Sección siguiente.

## 2. Incoherencia en la protección

Según la STS, el art. 5 del Reglamento Roma I remite el “estándar de abusividad” a la ley de residencia habitual del consumidor, siempre y cuando el origen o destino del viaje se encuentra en el mismo país. ¿Qué sucede en los otros casos? Por ejemplo, ¿qué sucedería si hubiera pasajeros con residencia en España que, por cualquier razón, no tienen este país como origen o destino de su viaje? Siguiendo la lógica del punto precedente, en estos casos una cláusula de elección de ley mantendría su validez, a pesar de no haber sido negociada individualmente y de no corresponder con la ley del lugar de residencia del pasajero, parte débil. Sin embargo, la situación del pasajero sigue siendo la misma: quienes residan en España y viajen, por ejemplo, de Italia a Francia por turismo, siguen desconociendo las leyes de estos países y se sigue aplicando a ellos la carga adicional de “informarse del contenido de la ley [extranjera] si quiere conocer sus derechos y obligaciones contractuales y probar el contenido de dicha ley en cualquier reclamación judicial”, resultando esto también en un “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”<sup>47</sup>. ¿Por qué éste habría de tolerarse? ¿Es esto un castigo al “consumidor activo”, quien contrata fuera de su país de residencia?<sup>48</sup> Como veremos más adelante, la respuesta a estas preguntas depende en muchos casos de las concepciones que cada uno tenga de justicia, importancia del derecho sustantivo o valores del sistema de conflictos de leyes<sup>49</sup>.

---

manera definitiva el problema de las cláusulas de elección en contratos con partes débiles? Recordemos que el TJUE se había pronunciado sobre el tema en lo que respecta a cláusulas de atribución de jurisdicción (STJUE *Océano*, ob. cit.).

<sup>47</sup> STS 3073/2021, *op.cit.*, motivo sexto, párrafo 6, p.13.

<sup>48</sup> Callies, *Rome Regulations*... , ob. cit., pp. 173-81, sobre el “consumidor activo” que buscaría contratar con empresas que no “dirigen” sus servicios a su lugar de residencia. Cabe preguntarse si la figura del consumidor activo sigue teniendo sentido vigencia un mercado interior, único e integrado, que persigue eliminar fronteras.

<sup>49</sup> No pretendo en este artículo ofrecer respuestas a estas preguntas. Las razones para plantearlas son, por un lado, señalar los límites de la sentencia en que se basa mi análisis y, por el otro, el conseguir un mayor entendimiento de la sentencia y de su contexto. Así, algunas de estas reflexiones se desarrollarán más adelante.

### 3. Errónea categorización de la protección al consumidor

El TS se refiere a una falta de transparencia en la cláusula de elección de ley:

Además, la cláusula es incompleta y puede inducir a error al consumidor, porque da a entender que únicamente se aplica al contrato la ley irlandesa, sin informarle de que también le ampara la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho de transporte aéreo de pasajeros (Derecho uniforme, en particular el Convenio de Montreal y los Reglamentos comunitarios sobre transporte de pasajeros)<sup>50</sup>.

Sin embargo, las fuentes mencionadas son, como la sentencia bien lo indica, fuentes de Derecho uniforme —esto es, dictadas por la Unión Europea y vigentes tanto en España como en Irlanda. Al hacer mención del Derecho irlandés, uno podría asumir que dichas fuentes están incluidas en la referencia. Por otra parte, si ha de asumirse que el consumidor puede ignorar la existencia de dichas protecciones, esto plantea otra pregunta: ¿hasta qué punto tienen las empresas que informar expresamente a los consumidores de sus derechos, o hacer siquiera referencia a su existencia y fuentes? El concepto de “transparencia” en las cláusulas de elección de ley parece necesitar mucha más clarificación.

### III. La teoría: Conflicto de valores, autonomía de la voluntad y protección de la parte débil

Lo más llamativo de la STS 3073/2021 son sus efectos la autonomía de la voluntad: según los magistrados, las partes en un contrato de consumo pueden designar la ley aplicable, pero solo si esto no causa un desequilibrio entre ellas. Dado que el desequilibrio puede consistir simplemente en elegir una ley diferente a la que sería aplicable a falta de elección, la libre elección de ley no es tan libre, sino que está sujeta a lo que hubiera dicho, potencialmente, el método bilateral. Esto es, la combinación de una noción amplia de aquello que es “abusivo” junto con una interpretación cuestionable del método de conflicto<sup>51</sup> dan como resultado una autonomía de la voluntad o libertad de elección muy limitada en casos de contratos con consumidores<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> STS 3073/2021, ob. cit., motivo sexto, párrafo 8, p. 13.

<sup>51</sup> Para una explicación más detallada de esto, véase punto C de la Sección II.

<sup>52</sup> A partir de este momento, me refiero a “consumidores” para referirme a las partes débiles en general y a los pasajeros en contratos de transporte aéreo en particular. Esto es para simplificar los términos, y porque la STS 3073/2021 parece confundir ambos. Sin embargo, la asimilación de partes débiles y consumidores puede ser

Esto no tiene por qué ser un error: no hay razones, *a priori*, para que una mayor libertad de elección de ley aplicable hubiera de ser lo preferible. Sin embargo, una libertad limitada no es algo ni casual ni neutro: el hecho de que se prefiera un método respecto a otro o se asuma su prevalencia o su prioridad revela ideas subyacentes relativas a los valores de las normas de conflicto y del derecho internacional privado en general. Estas ideas pueden ser a veces contradictorias. Aquí busco exponerlas; el objetivo es enfatizar la importancia de ser consciente de ellas y mostrar cómo, además de manifestarse a través de la práctica, la influyen.

### A. La puja por defender valores externos a los conflictos de leyes

Las normas de conflicto pueden usarse para conseguir ciertos objetivos de política o de justicia. Así, la ley aplicable a los daños medioambientales es la ley más favorable a quienes sufrieron tales daños, lo cual sirve un objetivo protector (de la víctima) y otro disuasorio (de quien contamina)<sup>53</sup>. En el caso de la protección de las partes débiles, diversos valores sustantivos, ajenos a los conflictos de leyes mismos, pueden ser identificados. Aquí, me centro en aquellos más frecuentemente mencionados: la equidad y la eficiencia.

La protección al consumidor puede entenderse, en primer lugar, como una cuestión de equidad o justicia: la justicia exige que las partes débiles en una relación contractual sean protegidas, precisamente porque son débiles<sup>54</sup>. Sería injusto, desde este punto de vista, permitir una elección de ley aplicable ilimitada en casos en que no hay razones para suponer que dicha elección sería libre y equilibrada; más bien lo contrario: la experiencia muestra que quienes tienen menos poder de negociación terminan aceptando los términos de quienes tienen

---

problemática, sobre todo cuando resulta, como es el caso, en la extensión de una lógica por analogía. Es mi opinión que la confusión de términos es en parte responsable de los errores en la aplicación de las normas de conflicto.

<sup>53</sup> Art. 7 Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (de ahora en adelante, Reglamento Roma II). Según el Considerando 25, el Reglamento persigue “un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga”, lo cual “justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima”.

<sup>54</sup> Para una discusión amplia sobre elección de ley y contratos con partes débiles, véase Salah, Mohamed, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2005 (disponible en: <https://bit.ly/37BhYWE>) y Fausto Pocar, *La protection de la parties faible en droit international privé*, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1984 (disponible en: <https://bit.ly/3LiL23M>).

más, que a su vez los redactan a su conveniencia. Esto resulta más evidente en el caso de contratos de adhesión, en que la parte fuerte ya ha fijado los términos de todos sus contratos y lo ha hecho, presumiblemente, de la manera que más le convenga —esto es, obteniendo beneficio no sólo en la armonización sino también en el contenido.

Esta visión despierta una serie de dudas<sup>55</sup>. Para empezar, la idea de que han de protegerse las partes débiles presupone que se sabe o puede saberse quién es, en un contrato, la parte más débil. Una forma de conseguirlo sería proceder al estudio caso por caso, pero éste es problemático por razones de equilibrio contractual (quien cede en la cláusula de elección de ley puede haber ganado de otros lados) y de seguridad jurídica<sup>56</sup>: poder saber de antemano qué ley se aplicará a una relación es la razón misma por la que existen las normas de conflicto y no, como en ciertos estados de los Estados Unidos, meros estándares o factores<sup>57</sup>. Para evitar la inseguridad jurídica, habría de poder determinarse quién es la parte débil *a priori*, lo cual en Europa se hizo con la ayuda de “categorías” de partes débiles, entre las cuales están los consumidores<sup>58</sup>. Aunque práctica, esta técnica no puede solventar los problemas de justicia de manera satisfactoria: las categorías fijas resultan, inevitablemente, “*over- and under-protective*”<sup>59</sup>, esto es, incluyen y excluyen a partes que, de acuerdo con su objetivo declarado, no deberían incluir o excluir. El ejemplo típico es el no poco frecuente caso de consumidores ricos que contratan con profesionales de países menos favorecidos. Además, puede plantearse una serie de objeciones teóricas a esta concepción de justicia: para muchos, la simple intervención en la libre elección de una persona es injusta, bien porque interfiere con la libertad inherente a la persona, que puede tomar sus

---

<sup>55</sup> La discusión aquí es superficial y solo pretende ser un breve resumen de objeciones posibles; el objetivo es mostrar que el carácter instrumental de los conflictos de leyes, aunque pareciera evidente, no es inmune a críticas.

<sup>56</sup> Sobre esta tensión entre justicia y seguridad jurídica, véase en general Vischer, Frank, *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1973, disponible en: <https://bit.ly/3ElyfFb>

<sup>57</sup> Restatement (Second) of Conflict of Laws. Véase Roosevelt, Kermit III, *Certainty versus Flexibility in the Conflict of Laws*, en: F. Ferrari y D. Fernández Arroyo, Diego, *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Cheltenham, Elgar, 2019, pp. 6-27.

<sup>58</sup> Sobre la definición autónoma de consumidor, véase Sección I.A de este artículo. Sobre los problemas que plantean las “definiciones autónomas” europeas, véase Audit, Mathias, *L’interprétation autonome du droit international privé communautaire*, en: *Journal de Droit International*, 2004, Vol. 131, pp. 789-816.

<sup>59</sup> Sinay-Cytermann, Anne, *Protection ou surprotection des consommateurs ?* en: *La Semaine juridique. Études générales*, 1994, Vol. 48, pp. 511-515.



propias decisiones, bien porque incurre en injustificado paternalismo<sup>60</sup>. En todo caso, sin entrar en detalle en estas discusiones, existen autores que encuadran la protección de la parte débil en las normas de conflicto en la justicia material — un valor externo a las normas de conflicto mismas.

Algo similar sucede con segunda posibilidad: la protección de la parte débil puede estar ligada a la protección de otro valor externo a las normas de conflicto, diferente de cualquier concepción de justicia, como lo es en Europa la protección del mercado interior europeo. El mercado interior —el espacio de libre circulación de bienes, personas y capitales que se produce entre los estados miembros de la Unión Europea, y que está sujeto a las mismas reglas y menores restricciones que cuando se comercia con países terceros<sup>61</sup>— suele considerarse bien la razón por la cual existen normas de conflicto armonizadas, bien el objetivo último de éstas y, por tanto, la consideración que ha de guiarlas<sup>62</sup>. Bajo esta concepción, las normas de conflicto sirven para cumplir un objetivo —y, en particular, un objetivo público (lo que Alex Mills llama “*public consequentialist libertarianism*”<sup>63</sup>)— y económico<sup>64</sup> de favorecer las transacciones intra-europeas, objetivo al cual los intereses privados han de someterse llegado el caso<sup>65</sup>.

Desde este punto de vista, cuando el Tribunal Supremo de España declara nulas las cláusulas de elección de ley en los contratos entre Ryanair y los pasajeros con residencia en España y viajando desde o hasta este país, lo que está haciendo es favorecer el mercado: proteger a los consumidores es solo una forma de conseguir el “correcto funcionamiento del mercado interior”<sup>66</sup>. Esto no tiene por qué ser cuestionado ni alabado; cualquier valoración normativa dependerá de

<sup>60</sup> Ver, por ejemplo, Basedow, Jürgen, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations* General Course on Private International Law (Volume 360), en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2013, disponible en: <https://bit.ly/3rPPSh8>

<sup>61</sup> Véase Sección 1.B para referencias.

<sup>62</sup> Según el Considerando 6 del Reglamento Roma I, “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio”, esto es, la armonización. El objetivo declarado del Reglamento es servir a “mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia”, y hacerlo “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior” (Considerando 1, Reglamento Roma I).

<sup>63</sup> Mills, Alex, *Party Autonomy in Private International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 66.

<sup>64</sup> Si bien el mercado común europeo es un mercado “social” (Art. 81 TFUE), el contenido social de éste (sus manifestaciones) sigue siendo discutido en la doctrina.

<sup>65</sup> Mills, *Party Autonomy*... , ob. cit.

<sup>66</sup> Primer Considerando, Reglamento Roma I.

las concepciones de justicia de cada uno y de la idea misma de si dichas consideraciones de justicia deben estar siquiera presentes en el derecho internacional privado. Pero sí merece la pena destacarlo, por lo que significa: el derecho internacional privado, como todas las normas del Derecho, no son neutras sino que ayudan a un objetivo<sup>67</sup>. En palabras de Duncan Kennedy, los intereses políticos se manifiestan hasta en las normas “meramente técnicas”<sup>68</sup>.

Insisto, no es mi objetivo aquí discutir esas cuestiones<sup>69</sup>; más bien, lo que busco es llamar la atención a algo que ya ha sido dicho por otros autores<sup>70</sup>: que las normas de conflicto no son ni pueden neutras —y ofrezco un ejemplo de ello.

### B. Los valores propios a los conflictos de leyes

Además de la visión instrumentalista del derecho internacional privado, prevalezca esta o no en Europa, existe otra que defiende que existen valores intrínsecos a los conflictos de leyes y que las normas de conflicto buscan protegerlos<sup>71</sup>. La STS 3071/2021 puede interpretarse, también, en este sentido.

En dicha sentencia, el TS afirma que “resulta evidente que la sumisión a la ley irlandesa causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”<sup>72</sup>. La razón, como explicado antes, es que quien pretenda valerse de una ley extranjera (o deba hacerlo, porque las normas de conflicto españolas

<sup>67</sup> Para una visión negativa del derecho internacional privado como una rama del Derecho que favorece particularmente la explotación, véase Pistor, Katharina, *The Code of Capital*, Cambridge, Princeton University Press, 2019.

<sup>68</sup> Kennedy, Duncan, The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law, en: *European Review of Private Law*, 2001, Vol. 7, No. 1, pp. 7-28.

<sup>69</sup> Cuestiones que, por su parte, van mucho más allá de lo aquí expuesto. Por ejemplo, el hecho de que las normas de conflicto sean utilizadas para ciertos objetivos políticos (y por tanto, sujetas a cambios en estos), plantea también cuestiones de legitimidad, puesto que se aplican fuera de las fronteras. Véase Hesselink, Martijn, *Towards a critical theory of justice in European private law* (inédito), 2020, especialmente p. 8.

<sup>70</sup> Véase, entre otros, Muir Watt, Horatia, *Private International Law Beyond the Schism*, en: *Transnational Legal Theory*, 2011, Vol. 2, pp. 347-428; Muir Watt, Horatia, *Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy*, en: *Columbia Journal of European Law*, 2003, Vol. 9, No. 3, pp. 383-410; Michaels, Ralf, *Post-Critical Private International Law: From Politics to Technique*, en: R. Michaels, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2014. Y, en particular, lo que dijeron los autores de la “*conflict revolution*” de los Estados Unidos, como Currie (Currie, Brainerd, *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, Duke University Press, 1963); para un resumen, véase Symeonides, Symeon, *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

<sup>71</sup> Sobre cuáles son estos valores o principios, véase en general Leible, Stefan (ed.), *General principles of European private international law*, The Netherlands: Kluwer Law International, 2016; Marinai, Simone, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>72</sup> STS 3073/2021, motivo sexto, párrafo 6, p.13.

así lo mandan), debe probar su contenido, vigencia y común interpretación de la misma manera en que probaría un hecho<sup>73</sup>. En el caso en cuestión, los consumidores que se enfrentaran a Ryanair habrían, por haber adherido a un contrato que contenía una cláusula de elección de ley que designaba una ley diferente a la española, probar el contenido de ésta ante los tribunales españoles, fuera para demandar o para defenderse. De esto, concluye el TS que la cláusula en cuestión debe ser considerada abusiva por “obstaculiza[r] el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor”<sup>74</sup>.

Los dos puntos mencionados parecerían distintos: mientras que, al inicio, el TS se refiere a un desequilibrio entre las partes —un asunto privado, *intra-partes*—, la declaración de abusividad se deriva de un problema de acceso a la justicia —un asunto de orden público. Citando la sentencia del TJUE *Amazon*, el TS añade que, en procedimientos de escasa cuantía y en particular en aquellos contratados por medios electrónicos, “el consumidor medio no tiene grandes incentivos para ejercitar una acción judicial contra el profesional”, y afirma que “[u]na cláusula de elección de la ley aplicable que designe el Derecho de un Estado miembro distinto de aquel en el que reside el consumidor puede reducir aún más el atractivo de dicha acción”. Esto es, el desequilibrio entre las obligaciones de ambos se manifiesta, precisamente, en la dificultad de acceso a la justicia: el conocimiento o no de la ley de otro país y los medios económicos para acceder a este conocimiento son, además de manifestaciones de distinto poder de negociación o adquisitivo, impedimentos al sistema judicial mismo.

Haciendo esto, el TS está, de hecho, refiriéndose a un principio propio del derecho internacional privado: el principio de acceso a la justicia (que recibe diferentes nombres<sup>75</sup>; Translex incluye dicho principio en su lista de Principios del Derecho Comercial Internacional —una lista de principios sobre los cuales existe un consenso más o menos consolidado respecto a que pertenecen a la *lex mercatoria*—, bajo el nombre de “*due process*”<sup>76</sup>). Esto es: en última instancia, la razón por la que una cláusula de elección de ley es abusiva y nula es que vulnera un principio fundamental que las cláusulas de elección de ley deberían respetar: el

<sup>73</sup> Art. 281 LEC.

<sup>74</sup> STS 3073/2021, motivo sexto, párrafo 7, p. 13, frase que extrae de la jurisprudencia europea, STJUE *Océano*, *op.cit.*

<sup>75</sup> En España podría encuadrarse bajo el “derecho a una tutela judicial efectiva”, contenido en el art. 24.1 de la Constitución española (CE).

<sup>76</sup> Sitio web de Translex, disponible en: <https://bit.ly/3ELYTBR>, consultado el 1 de abril de 2022.

acceso a la justicia. De esta manera, la comparativa entre el hipotético caso en que no hubiera habido elección de ley (analizado arriba) y el caso concreto en que sí la hay no es un error metodológico, sino una exigencia del sistema de conflictos. La cláusula de elección de ley no habría podido ser válida nunca dado el desequilibrio (o injusticia) procesal que causa. Esto refiere otra vez a la idea de justicia, pero una concepción de la justicia propia de lo procesal. Las normas de conflictos no sirven aquí para conseguir ningún fin último, económico o no: tienen un valor en sí mismas y en ellas se contienen y lo persiguen<sup>77</sup>.

Algo similar se podría decir de la calificación de una cláusula como abusiva por su “formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible” que resulta “incompleta y puede inducir a error al consumidor”<sup>78</sup>. Aquí también, podría defenderse, existe una preocupación procedural intrínseca a los conflictos de leyes y que más allá de la utilidad para el mercado: el acceso a la justicia mismo. Sea cual sea la postura del TS en este caso y de la jurisprudencia europea en general —esto es, se inclinen por favorecer valores internos a las normas de conflicto o externos a ellas— la elección tendrá consecuencias en la aplicación de las normas de conflicto<sup>79</sup>.

### C. Derecho y práctica

Volviendo a lo práctico: dado lo anterior, ¿puede existir una cláusula de elección de ley que, incluso si acordada con una parte débil, no sea abusiva? ¿Qué

<sup>77</sup> No entro aquí en la cuestión de cuál fue exactamente el razonamiento del TS, o si era una combinación de ambos; lo que busco destacar es la existencia de estas ideas detrás y las tensiones que genera.

<sup>78</sup> STS 3073/2021, motivo sexto, párrafo 8, p. 13.

<sup>79</sup> Cualquier respuesta habrá, en mi opinión, de posicionarse sobre la cuestión de la universalidad de las normas de conflicto y de los valores en que éstas se apoyen o que éstas defiendan, esto es, la pregunta de si las normas de conflicto y/o sus valores son algo universal o particular. Una visión universalista argumentaría que los valores detrás de las reglas de conflicto son, valga la redundancia, universales, y por tanto válidos en cualquier contexto; por ejemplo, uno podría argumentar que la autonomía de la voluntad es universal, que está basada en la libertad inherente de las personas de construir sus relaciones privadas como lo estimen preferible, y que el hecho de que se encuentren en un país o en otro no cambia nada de ello. Por otra parte, una visión particularista argumentaría que lo que es correcto en un lugar puede no serlo en otro, ya que depende no de invariables universales sino de lo que una sociedad estima conveniente en un momento y lugar determinado. Por ejemplo, la protección del consumidor puede ser importante en Europa pero no tener relevancia en Asia, y no hay razón —al menos, no una legítima— para imponerla en un lugar a partir de otro. La pregunta finalmente será: ¿qué tan universales son los fundamentos de las normas de conflictos? Y, por tanto, ¿qué tan universales han las normas mismas de ser? Ésta es, en mi opinión, una cuestión principal del derecho internacional privado sobre la cual toda teoría de conflictos habría de pronunciarse de manera convincente; solo una respuesta creíble a esta pregunta —en la dirección en que sea— puede dar lugar a un sistema de conflictos funcional, coherente, predecible, y probablemente justo.

condiciones habrían de darse para que esto suceda? Según la STS 3073/2021, la cláusula de elección redactada por Ryanair plantea dos problemas:

*Problema 1:* la cláusula genera un desequilibrio entre las partes al no poder esperarse de la parte débil que conozca el Derecho extranjero;

*Problema 2:* la cláusula es poco transparente (insuficientemente clara y comprensible) con respecto a los derechos de la parte débil.

Esto es, si tanto el problema 1) como el problema 2) se solucionaran, las cláusulas de elección de ley no serían abusiva, incluso si aparecen en contratos con partes débiles o consumidores. ¿Cómo habría de adaptarse la práctica contractual para llegar a ello?

Por una parte, el problema 2) podría ser resuelto, en principio, proporcionando más información a los consumidores. Una opción sería dirigirlo a documentos o páginas web que enumeren y expliquen sus derechos, o bien hacer explícita referencia a la protección que continuarán recibiendo de la ley de su país de residencia. El contenido exacto dependerá del soporte con que se contrate y de la información que debe ser otorgada en cada caso. Si bien ciertos estudios defienden que el exceso de información puede ser contraproducente y que la información no tiene valor en sí misma sino en cuanto es útil y accesible para las personas a quienes va dirigida<sup>80</sup>, el problema 2), tal y como definido por la STS 3073/2021, podría resolverse a través de un cambio en la práctica contractual; su efectividad es una cuestión empírica.

Por otra parte, la solución al problema 1) dependerá de cómo se defina éste, ya que el desequilibrio contractual puede, como ilustraron los apartados anteriores, tener distintas fuentes. Uno podría, en primer lugar, entender que el desequilibrio contractual es el resultado de excluir al consumidor de la elección de la ley aplicable. En este caso, basta ampliar la capacidad de elección de la parte débil. Esto podría hacerse proporcionando al consumidor, al momento de contratar, la posibilidad de elegir entre varias leyes aplicables, de proponer por sí mismo una o de optar no aceptar esta cláusula en concreto —posibilidades que actualmente no existen. Por otra parte, la STS 3073/2021 también podría indicar que el desequilibrio resulta de la prueba del Derecho extranjero: para una parte débil, el conocimiento y prueba de este Derecho, que le es ajeno, resulta más engorroso y

---

<sup>80</sup> Sunstein, Cass R., *Too Much Information. Understanding what you don't want to know*, Cambridge MIT Press, 2020.

costoso. En este caso, la solución podría residir en ofrecer a los pasajeros informaciones sobre el Derecho extranjero, u ofrecerles incluso algún tipo de asistencia legal, incluyendo el apoyo de asociaciones de protección a los consumidores, o, llegado el caso, de un perito público asignado a contratos con partes débiles.

Más allá de la práctica contractual de las empresas, cabe la posibilidad de adaptar la práctica judicial y/o el texto de la ley. Si uno considerara que las cláusulas de elección de ley aplicable entre partes con distinto poder de negociación siempre van a causar un desequilibrio contractual —precisamente porque imponen a las partes débiles la obligación de probar, al menos ante los tribunales españoles, el derecho extranjero como si de un hecho se tratara—, puede establecerse que dichas cláusulas de elección sólo serán aceptadas si cumplen ciertas condiciones: si a) favorecieran a la parte débil; b) fueran las del país de residencia de la parte débil; o c) correspondieran con el foro. La opción a) abre el problema, extensamente debatido, de qué significa que una ley sea más favorable a una parte<sup>81</sup>, y no resolvería directamente el problema de la prueba; la opción b) parece asumir que las partes débiles conocen —y pueden probar, si hiciera falta—, el Derecho de su lugar de residencia, lo cual es una cuestión empírica (si bien plausible, teniendo en cuenta la potencial ayuda de las asociaciones de protección al consumidor de su lugar de residencia); la opción c) tendría la ventaja de que eliminaría la necesidad de prueba, pero no aseguraría la mayor protección del consumidor. En todo caso, la solución residiría en el derecho internacional privado —en concreto, en la elección de ley: el desequilibrio se soluciona limitando la autonomía de la voluntad.

Finalmente, queda una alternativa más radical. Uno podría defender que, dadas las circunstancias, lo mejor sería eliminar completamente la posibilidad de elegir la ley aplicable en casos con partes débiles, sustituyendo la libertad de elección por una norma bilateral. Las opciones podrían ser similares a las anteriores, por ejemplo: A) norma de conflicto que indique la ley más favorable a la parte débil; B) norma de conflicto que indique la ley conocida por la parte débil, por ser la de su residencia; o C) norma de conflicto que indique la ley la del foro<sup>82</sup>. Cuál opción es preferible y por qué razones dependerá de las ideas subyacentes,

<sup>81</sup> Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Laws, en: *Harvard Law Review*, 2015, Vol. 129, No. 2, pp. 544-66.

<sup>82</sup> Con los problemas de *forum shopping* que esto podría causar, véase *Encyclopedia of Private International Law*, capítulo F.9 (Ferrari, Franco, Forum (and law) shopping, <https://bit.ly/3OCrAke>, consultada el 10 de abril de 2022), que quedan fuera del ámbito de este artículo.

normativas, del tipo que se desarrollaron en los dos apartados anteriores. En todo caso, queda claro que el derecho internacional privado y su interpretación por los tribunales resultan en cambios en la práctica contractual —cambios que, por otra parte, podrían extenderse más allá de Ryanair y de España, extendiéndose a otras compañías aéreas y mercados nacionales.

### **Recapitulación y conclusiones**

Las contribuciones que este artículo busca hacer son dos: primero, busca arroja luz sobre la legislación europea en lo que se refiere a contratos con partes débiles para quienes pueden no ser familiares con ella, incluyendo la práctica actual de los tribunales españoles. Segundo, ofrece una manera —una metodología, una forma de razonar— de llevar a cabo el ejercicio de reflexión teórica a partir de lo práctico: puesto que lo práctico es un reflejo de las ideas teóricas subyacentes, es posible, a través de la práctica judicial de un país, deducir los principios que la guían. Esto muestra que teoría y práctica se influyen mutuamente: lo que se piensa guía lo que se hace, y, al contrario, lo que se hace revela lo que se piensa.

En el caso más concreto de los conflictos de leyes, la idea principal del artículo es igual de simple: cómo se entienda la metodología conflictual depende de la concepción implícita que se tenga de los valores y objetivos de las normas de conflicto y de su relación con el derecho sustantivo; quien considere que el derecho internacional privado está al servicio de valores contenidos en legislación sustantiva deberá aceptar que estos valores se introduzcan en las normas de conflictos mismas o las limiten; quien considere que el derecho internacional privado tiene valores en sí mismo, buscará alcanzarlos a través de las normas, incluso en contra de las normas sustantivas. A pesar de su simplicidad, la idea resulta importante porque muestra cómo derecho sustantivo y conflictos se modifican mutuamente, y cómo la práctica judicial hace prueba de ello. Es importante también porque las prácticas contractuales de las partes —y, en particular, de los profesionales— se adaptarán según los cambios en estos valores. Finalmente, a pesar de estar basado en derecho de la Unión Europea, la reflexión puede extenderse a la práctica de otros tribunales.