

El sistema europeo y español de ley aplicable a los contratos de consumo transfronterizos: el modelo de la dispersión normativa para el Derecho Privado de la Integración

Fernando Esteban de la Rosa*

1. Introducción: el Derecho Privado de la Integración en el sector de la protección de los consumidores

1.1. Impacto del Derecho Comunitario sobre las normas sustantivas

Los procesos de integración regional llevan consigo una construcción jurídica propia, que da lugar al denominado «Derecho de la Integración Privado» (en adelante DIPr). Elementos que típicamente aparecen asociados a esa clase de procesos, como el reconocimiento de ciertas libertades básicas —por ejemplo, la libertad de circulación de mercancías y de servicios—, la prohibición de las discriminaciones por razón de nacionalidad, o la necesidad de crear marcos jurídicos uniformes o armonizados, que hagan equivalentes los estándares de regulación, o reglas de juego, aplicables a quienes operan en un mismo mercado compuesto por el territorio de varios Estados, convierten al Derecho Privado en una herramienta necesaria para conseguir los objetivos de liberalización y apertura perseguidos. La Unión Europea (UE) es un buen exponente de estas ideas y, de hecho, a pesar de su carácter disperso y quizá poco sistemático, hoy es posible hablar, en buena lid, de la existencia de un «Derecho Privado europeo», surgido como consecuencia de los especiales fines asignados al Derecho

* Profesor titular de Derecho Internacional Privado y Vicedecano de Relaciones Exteriores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (España).

por el propio proceso de integración, que en Europa tiene como meta la creación y correcto funcionamiento del mercado interior.¹

La influencia que el Derecho Comunitario despliega sobre el sector de la protección de los consumidores es, y ha sido, múltiple y variada. En ocasiones ha tenido lugar de forma indirecta, a través del juego de las libertades comunitarias básicas, como la libre circulación de mercancías o la libre circulación de servicios, en este caso poniendo freno a la protección del consumidor que desborde los límites necesarios para el funcionamiento del mercado.² Mucho mayor interés tienen las normas dictadas por la Comunidad al amparo de la finalidad primero, y política específica después, relativa a la protección del consumidor³ (véase el actual artículo 153 TCE). Tal y como revelan los preámbulos de las normas dictadas con este fin,⁴ la intervención del Derecho Comunitario ha tenido una doble finalidad: de un lado se ha pretendido conceder a los consumidores una protección elevada, y de otro, se ha perseguido hacer equivalentes las soluciones de Derecho Privado en este ámbito, a fin de que los operadores del mercado europeo queden sometidos a unas mismas reglas de juego. El instrumento utilizado ha sido la directiva (artículo 249.3 Tratado de la Comunidad Europea, en adelante TCE). La directiva comunitaria es un expediente normativo que responde con mejor fidelidad que otros, como el reglamento (artículo 249.2 TCE), o el convenio internacional (artículo 293 TCE), a las necesidades particulares del proceso de integración europeo, que aparece informado por los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. De acuerdo con estos principios, ahora proclamados en el artículo 5 TCE, el Derecho Comunitario solo ha de intervenir en los ámbitos en los que el objetivo perseguido no puede ser cumplido por una acción estatal y, en tal caso, en cuanto a su alcance, la intervención habrá de producirse solo en la medida necesaria. La particularidad de la directiva comunitaria radica, por una parte, en que no produce efecto directo, sino que tendrá valor conforme a lo dispuesto por las legislaciones estatales que lleven a cabo su transposición. Y por otra, las

¹ Sobre el Derecho Privado Comunitario resulta ineludible la consulta de SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso. *Derecho Privado europeo*. Granada: Comares, 2002, especialmente las páginas 3 a 5, donde tiene lugar una descripción sucinta de los diferentes elementos derivados de la integración positiva y de la negativa, de que se compone ese Derecho.

² Sobre el proceso de armonización indirecta de las normativas estatales de protección al consumidor, con un examen de la jurisprudencia comunitaria y su influencia concreta en el sector, puede verse nuestro trabajo *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*. Granada: Comares, 2003, pp. 101-130.

³ Sobre el desarrollo de la política comunitaria de protección al consumidor, véase el trabajo citado en la nota anterior, pp. 7-19. También MÉNDEZ PINEDO, Emilia. *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un derecho procesal comunitario de consumo*. Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 36.

⁴ Las directivas relativas a la protección del consumidor en sus relaciones contractuales, a las que nos vamos a referir, pueden verse en la página web: <<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/es/repert/1520.htm#152040>> (consultada el 10 de noviembre de 2006).

directivas no suelen producir una unificación jurídica completa, permitiendo cierto margen de actuación para que los Estados adopten soluciones parcialmente distintas. Por esta razón cabe todavía el planteamiento de problemas de ley aplicable, típicos del Derecho Internacional Privado, incluso respecto de relaciones jurídicas conectadas, únicamente, con Estados miembros de la Unión Europea.

1.2. Impacto del Derecho Comunitario sobre las soluciones de ley aplicable

El Derecho Privado de la Integración también condiciona las respuestas de ley aplicable a los contratos de consumo internacionales. Un mercado sin fronteras puede exigir, por ejemplo, que las normas imperativas de un Estado limiten su ámbito de aplicación en el espacio, pues dicha aplicación podría suponer un obstáculo injustificado a la libertad de prestación de servicios de que disfrutaran las empresas comunitarias, al quedar sometidas a un régimen jurídico diferente al del país en el que operan normalmente.⁵ En otras ocasiones, el funcionamiento correcto del mercado interior comporta la necesidad de someter a todos los operadores que actúan en el mercado europeo a unas mismas reglas de juego, siendo necesario atribuir al Derecho Comunitario un ámbito de aplicación espacial que consiga ese efecto. En esta situación se encuentran la mayoría de las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor que, en sus preámbulos, tras declarar su finalidad principal de favorecer a los consumidores mediante la elevación del nivel de protección, no ocultan el objetivo de generar, mediante la aproximación de legislaciones, condiciones equivalentes de competencia para los vendedores y prestadores de servicios dentro de la UE.⁶ En nuestra opinión, esta última misión permite comprender fácilmente la razón de ser de las normas de ley aplicable que contienen muchas de esas directivas, cuya intención es dotar al derecho armonizado de un ámbito de aplicación espacial determinado, relacionado con ese objetivo.

Estas normas especiales llevan a cabo un desplazamiento parcial de las soluciones generales de ley aplicable que, para los contratos internacionales, dispone el Convenio de Roma (en adelante CR) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de

⁵ En la decisión de 23 de noviembre de 1999, As. C-369/96 y C-376/96: «Arblade», el TJCE no cuestionó el contenido material de la norma, sino exclusivamente su ámbito de aplicación espacial.

⁶ Como ejemplo, véase la exposición de motivos de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; el considerando tercero de la directiva 1999/44/CE del PE y del Consejo de 25 de mayo de 1999; el considerando cuarto de la directiva 97/7/CE del PE y del Consejo de 20 de mayo de 1997; y el considerando duodécimo de la directiva 2002/65/CE del PE y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

19 de junio de 1980. La razón de ser de este desplazamiento tiene que ver con un problema práctico relacionado con el correcto funcionamiento del mercado interior, a saber, que las soluciones del CR no logran atender debidamente los objetivos de la integración, precisamente por no venir configuradas para atender a esa finalidad. En efecto, el CR reconoce el principio de autonomía conflictual en su artículo 3, es decir, las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al contrato, sin ningún tipo de limitación, pudiendo elegir también la de un Estado no miembro de la Unión Europea. Como excepción a esta regla, el artículo 5 CR prevé para algunos contratos de consumo internacionales un régimen especial que limita dicha libertad. Según esta disposición, que ahora comentamos solo en su articulación más básica, la elección de ley aplicable realizada en el contrato no podrá suponer que se prive al consumidor de la protección establecida por la ley de su residencia habitual, siempre que estemos en presencia de un consumidor «pasivo», esto es, que recibe en el país de su residencia habitual una oferta o publicidad relacionada con el contrato que celebra. Este sistema podrá originar un régimen jurídico complejo para el contrato de consumo, donde sea preciso consultar diversos ordenamientos, por una parte el elegido por las partes y por otro el Derecho del país de la residencia habitual del consumidor, los cuales habrá que comparar para verificar cuál de ellos supone una mejor protección para el consumidor.⁷ Si alguno de estos Derechos es el de un Estado miembro de la UE quedará garantizada la aplicación del Derecho armonizado. Sin embargo, en supuestos de contratos de consumo internacionales conectados únicamente con dos Estados miembros de la UE, las soluciones del CR no logran siempre ese resultado. Ello ocurre por varias razones.

En primer lugar, el artículo 5 CR no dispensa protección a los consumidores que celebran contratos en países distintos al de su residencia habitual.⁸ Si un consumidor alemán con residencia habitual en España se traslada de vacaciones a San Juan de

⁷ A fin de evitar el desmembramiento del régimen jurídico aplicable a los contratos de consumo que puede producir esta aceptación limitada de la autonomía conflictual, la legislación europea proyectada ha optado por eliminar la autonomía conflictual del ámbito de los contratos de consumo. Y de este modo, el artículo 5 de la propuesta de reglamento comunitario sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que sustituirá al CR, establece para esta clase de contratos la aplicación, sin más, del Derecho de la residencia habitual del consumidor.

⁸ BASEDOW, Jürgen. «Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht». En Schneider, Heiss y Rudish, Internationales Verbraucherschutz. Erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert Facillides. Tübinga: J. C. B. Mohr, 1995, p. 32; VIRGÓS SORIANO, Miguel. «Art. 10.5 Cc». En Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo I. Madrid: Edersa, 1995, pp. 677-678; VON HOFFMANN, Bernd. «Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und Internationales Privatrecht». En Zeitschrift für Rechtsvergleichung, p. 50; RÜHL, Christian. «§ 12 AGBG im System des Internationalen Verbraucherschutzrechts». En Recht der Internationales Wirtschaft, 1999, 5, p. 322.

Luz (Francia), donde contrata con una sociedad norteamericana que realiza allí su publicidad o dirige una oferta al consumidor, el consumidor no podrá ser considerado como «pasivo», pues no recibe la publicidad en el país de su residencia habitual. La inaplicación del artículo 5 CR supondrá la admisibilidad plena de la autonomía conflictual. Se produce así la siguiente paradoja: el Derecho francés, el español y el alemán son similares entre sí, pues responden a las exigencias de armonización del Derecho Comunitario; pero si un consumidor se desplaza a otro país diferente al de su residencia habitual, automáticamente pierde la protección de esos tres ordenamientos, al ser posible que el contrato quede sometido válidamente a la ley de un Estado no miembro de la UE ex artículo 3 CR. Si, por el contrario, ese mismo consumidor lleva a cabo sus compras en Irún, casi al lado de Francia, el sistema del artículo 5 CR le otorgaría la protección derivada del derecho español. Como se puede comprender, mal comenzaría a quedar regulado el espacio económico sin fronteras que supone el mercado interior, si el hecho de atravesarlas comporta cambios en el régimen jurídico de un contrato.

Por otra parte, la clasificación dual de los consumidores —activos y pasivos— de la que parte el artículo 5 CR no resulta adecuada para conseguir la aplicación del Derecho Comunitario armonizado. Si un consumidor con residencia habitual en España solicita, sin publicidad ni oferta previa —consumidor no pasivo—, la venta de un producto a una empresa italiana, parece bien claro que la caracterización activa del consumidor no debería conducir a privarle de la protección propia del Derecho Comunitario. Sin embargo, ello es lo que puede suceder al no ser de aplicación el artículo 5 CR. Además, el ámbito de aplicación material del artículo 5 CR no abarca a todos los contratos de consumo,⁹ de modo que, en presencia de uno de los no incluidos, no habría límite para la elección del Derecho aplicable al contrato. Ello podrá suceder incluso aunque el consumidor pueda ser considerado como «pasivo» y haya contratado en el país de su residencia habitual. Por último, el supuesto particular del artículo 5.4 CR, que excluye la protección que proporciona la ley de la residencia habitual del consumidor si los servicios se prestan exclusivamente en un país distinto del de la residencia habitual de aquel, tampoco resulta adecuado. Cabe pensar en los supuestos

⁹ El artículo 5 se aplica a aquellos contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles o servicios, así como a los de financiación de tales suministros, excluyéndose además algunos de ellos, como los de transporte o los de servicios que se presten exclusivamente en un país distinto del de residencia del consumidor. Quedan también fuera del campo de aplicación del artículo 5 los contratos sobre bienes inmateriales, los contratos sobre bienes inmuebles. En la legislación proyectada, el artículo 5 de la propuesta de reglamento comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales no contiene una lista de contratos a los que se aplica la norma especial. En consecuencia, su ámbito de aplicación material se amplía a todos los contratos celebrados con los consumidores, excepto los expresamente excluidos por el apartado 3.

de contratos de turismo, en los cuales los servicios serán prestados, solo y exclusivamente, en un país distinto de aquel de la residencia habitual del consumidor.

A fin de acomodar el sistema de DIPr europeo a las necesidades especiales del mercado interior, el legislador comunitario inició en 1993 la política de introducir en las directivas de armonización material una norma de DIPr. Desde ese año, cada Estado de la UE ha ido insertando en su Derecho estatal normas de ley aplicable cuyo objeto es la transposición de esas normas. Aunque con ligeras diferencias, tales normas han adoptado un formato similar al acogido por el artículo 6.2 de la directiva 93/13/CE, precepto cuyo tenor es el siguiente:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el Derecho de un Estado tercero como Derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

El artículo 12 de la directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia dispone:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva por la elección del Derecho de un país tercero como Derecho aplicable al contrato, cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros.

El artículo 7.2 de la directiva 1999/44/CE de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, tiene el siguiente tenor:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros.

Según el artículo 9 de la directiva 94/47/CE del PE y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, sea cual fuere la normativa aplicable, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro.

Y por último, el artículo 12.2 de la directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de

servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la directiva 90/619/CEE del Consejo y las directivas 97/7/CE y 98/27/CE dispone que:

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el consumidor no pierda la protección concedida en virtud de la presente Directiva por haberse elegido como aplicable al contrato la legislación de un tercer país, si el contrato tiene un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros.

Estas normas, que podrían conceptuarse como de extensión, no tienen el propósito de derogar o desplazar por completo al sistema general de normas de conflicto del CR. Todo lo contrario, suponen la instauración de un sistema complejo, en el que habrá que prestar atención, junto al CR, a las normas estatales de transposición. Como consecuencia, hoy en día existen tantos diferentes sistemas de ley aplicable a los contratos de consumo internacionales como países miembros de la Unión Europea. Estamos pues en presencia de un modelo de dispersión normativa para conseguir los objetivos de la integración, esto es, para el Derecho Privado de la Integración.

La opción por un sistema de dispersión normativa, como el descrito, encuentra explicación en el carácter sectorial de la armonización comunitaria, así como en un entendimiento particular del modo de actuación en el sector de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, que eventualmente impedirían iniciativas más ambiciosas dirigidas a la elaboración de una normativa uniforme en este ámbito, contenida en un reglamento comunitario. Para ello hay una base jurídica muy clara en el artículo 65, apartado b, TCE, que entre las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, de posible adopción en virtud del artículo 67 TCE, en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluye las dirigidas a «[...] fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción». Sin embargo, en la actualidad no hay indicios de actividad legislativa con ese propósito. De hecho, la propuesta de reglamento comunitario sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) de 15 de diciembre de 2005,¹⁰ que habrá de sustituir al vigente CR, elude cualquier tipo de alusión expresa a la problemática de las normas de ley aplicable contenidas en las directivas relativas a la protección del consumidor. La redacción del artículo 5 de la propuesta de reglamento, si bien introduce ciertas innovaciones de interés respecto del texto actual del CR, deja intacto el problema que nos ocupa. La única alusión indirecta se encuentra en el artículo 22, donde se prevé que la nueva regulación «[...] no afectará a la aplicación o adopción

¹⁰ Documento COM (2005), 650 final. (2005/0261 COD). El documento puede verse en la página web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2005/com2005_0650es01.pdf> (consultada el 11 de noviembre de 2006).

de actos que emanen de las Instituciones de las Comunidades Europeas que: [...] c) establezcan normas destinadas a favorecer el buen funcionamiento del mercado interior, en la medida en que tales normas no puedan aplicarse al mismo tiempo que la ley designada por las normas de Derecho internacional privado». Así pues, no parece que el legislador comunitario vaya a introducir cambios en la regulación actual, por más que resulten plenamente vigentes, también en este sector, las consideraciones que hace el legislador comunitario en el apartado 3.2 de la regulación proyectada, cuando indica que «[...] si los Estados miembros dispusieran de un margen de maniobra para la transposición de estas normas, se volvería a introducir la inseguridad jurídica que la armonización pretende precisamente suprimir».

El presente trabajo pretende explicar, en su funcionamiento básico, el sistema, europeo y español, de ley aplicable a los contratos de consumo transfronterizos. Estamos en presencia de un sistema complejo, y disperso, cuyas dificultades de aplicación e interpretación son notables. La dispersión normativa del sistema se desenvuelve en dos niveles. Uno resulta obligado, pues existirán, como hemos dicho, tantos sistemas de ley aplicable como Estados miembros de la UE. El otro no lo es, pero sí ha sucedido en el Derecho español, donde el legislador ha elaborado normas de ley aplicable diferentes para cada uno de los diferentes ámbitos materiales que han sido objeto de armonización comunitaria. Así, el Derecho español dispone de regulaciones especiales de DIPr para diferentes sectores de la contratación de consumidores, como las garantías de los bienes de consumo, las ventas a distancia o los contratos de multipropiedad, o las cláusulas abusivas, sin que en ninguno de esos casos haya sido expresada la razón de ser de la disparidad entre unos y otros regímenes. Junto a esas normas, el intérprete ha de mirar también al CR, que sigue siendo de aplicación pues sus soluciones no han sido desplazadas por completo. Ello hace necesario esmerar la atención a la hora de resolver los problemas de aplicación y de interacción entre unas y otras fuentes, que son bastante numerosos.¹¹ Para ello habrá que contar con recursos metodológicos de procedencia diversa, tanto del DIPr como del Derecho Comunitario. De forma sumaria, entre otros factores, el intérprete habrá de prestar atención al alcance del desplazamiento que produce el principio de primacía del Derecho Comunitario, deberá tener en cuenta el efecto útil e interpretativo de las directivas, podrá ponderar la eficacia de la regla de reconocimiento mutuo para, eventualmente, reclamar la inaplicación de las normas imperativas de la ley del Estado de destino y, en su caso, habrá de resolver las lagunas de regulación que se generan por efecto del

¹¹ Muchos de los planteamientos y consideraciones que vienen a continuación fueron ya mantenidos, con un mayor desarrollo del que aquí se hace, en nuestro trabajo *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*. Granada: Comares, 2003. Véanse especialmente las páginas 153-275.

carácter unilateral de las normas estatales de transposición. De entre los numerosos aspectos y cuestiones que pueden ser analizados, en este trabajo prestaremos atención a dos principales: el primero es el relativo al descubrimiento del ámbito de aplicación espacial del Derecho Comunitario, esto es, la identificación de las situaciones en las cuales es preciso aplicar el Derecho Comunitario —dimensión externa del sistema—; el segundo tiene que ver con la determinación del Estado miembro de la UE cuyo Derecho habrá de obtener aplicación al caso concreto —dimensión interna del sistema—. Antes de ello, nos detendremos en algunas cuestiones prácticas que, como ya hemos anunciado, plantea la aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario en este sector.

2. Definición del alcance del principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el resto de las normas del sistema

Sabemos que las normas de ley aplicable a los contratos de consumo internacionales están contenidas en tres tipos de fuentes, a saber, un convenio internacional (el CR), algunas directivas comunitarias y en la legislación estatal de transposición. La existencia de fuentes de diversa procedencia puede plantear ciertos problemas a la hora de decidir a qué norma corresponde la preferencia aplicativa.¹² La interacción entre el derecho convencional y el derecho institucional queda resuelta, formalmente, a través de la *actuación del principio de primacía del derecho comunitario*. Este principio no solo relega a un segundo plano al derecho de producción estatal,¹³ sino también a la normativa convencional, de suerte que, en caso de conflicto, el Derecho Comunitario, y por asimilación la legislación estatal dictada para la transposición de una directiva, será de aplicación preferente respecto al Derecho convencional. Habida cuenta que la primacía afecta por igual a la regulación material y a la de DIPr, las normas de DIPr estatales dictadas para la transposición del Derecho Comunitario son de aplicación preferente sobre las soluciones del CR.

¹² JAYME, Erich y Christian KOHLER. «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome». *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1995, pp. 1-40; BRÖDERMAN, E. y H. IVERSEN. *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationale Privatrecht*. Tubinga: J. C. B. Mohr, 1994; FALLON, Marc. «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne». *Rec. des Cours*. Tomo 253, 1995, pp. 9-282; CANNADA BARTOLI, L. «Questioni di diritto internazionale privato relative alla direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori». *Riv.dir.int.*, 1995, pp. 324-344; BASEDOW, Jürgen. «Europäisches Internationales Privatrecht». *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, pp. 1921-199.

¹³ Sobre los contornos de este principio, que ha sido acuñado por el TJCE, ver ANDRÉS SÁENZ DE SANTA-MARÍA, M. P., J. A. GONZÁLEZ VEGA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ. *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: 1996, pp. 326-30. Por Derecho nacional debe entenderse todas las normas que conforman el ordenamiento interno de cada Estado, ya sean de fuente estatal o convencional y tanto si afectan a situaciones de tráfico interno como si lo hacen sobre las de tráfico internacional.

Si el diseño teórico resulta claro, los problemas aparecen a la hora de precisar el alcance del desplazamiento que produce la regla de la primacía. A este fin es preciso advertir que esa regla no presta amparo a cualquier normativa estatal sino, solo y exclusivamente, a la que haya sido dictada en el ámbito habilitado por el Derecho Comunitario. La idea puede ser ilustrada con el concepto de consumidor que acoge la legislación estatal española, que resulta ser más amplio respecto de las acuñaciones comunitarias. Respecto de la parte que excede del ámbito material del Derecho Comunitario, donde no quedan incluidos, por ejemplo, los consumidores personas jurídicas,¹⁴ resulta posible afirmar que el principio de primacía del Derecho Comunitario no prestará amparo a la derogación de las soluciones del CR. De este modo, por ejemplo, la norma de conflicto que contiene el artículo 13 de la ley 23/2003 de garantías en la venta de bienes de consumo, solo será de aplicación a los consumidores que tengan este concepto según la directiva 99/44/CE, quedando los demás sometidos al régimen general establecido por los artículos 3 a 5 CR. Del mismo modo, si la aplicación de la directiva comunitaria en materia de adquisiciones de inmuebles por turnos extiende su ámbito de aplicación, solo y exclusivamente, a los supuestos en los que el bien inmueble esté situado en un país miembro de la UE, carecerá de primacía sobre el CR cualquier regulación estatal de DIPr que pretenda ser de aplicación en casos distintos, por ejemplo, cuando el bien inmueble se encuentre fuera del territorio de esos países.

Por otra parte, la primacía solo presta cobertura a las medidas estatales expresamente habilitadas y compatibles con el TCE. Es preciso aquí advertir dos ideas. Por una parte, algunas de las directivas pretenden asegurar el nivel de protección comunitario solo cuando la aplicación del Derecho armonizado haya sido excluida a través de la elección de la ley de un tercer país como aplicable al contrato.¹⁵ Una norma estatal que impida la posibilidad de elegir, como aplicable al contrato, el Derecho de un Estado miembro de la UE, podría ser considerada como norma de mero rango estatal, siendo de aplicación preferente el CR.¹⁶ Con estos ejemplos es posible visualizar con claridad la necesidad de que el intérprete, a la hora de aplicar el Derecho estatal de

¹⁴ El artículo 1.2 de la LGDCU dispone que «[...] a los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan o expiden».

¹⁵ Es el caso de los artículos 7.2 de la directiva 1999/44/CE, 6.2 de la directiva 93/13/CEE, 12 de la directiva 97/7/CE y 12.2 de la directiva 2002/65/CE.

¹⁶ No nos detenemos en este momento en la posibilidad de que dicho pacto de elección de ley sea considerado como una cláusula abusiva. Sobre esa posibilidad, y sobre la interacción del número 28 de la disposición adicional primera de la LGDCU, que recoge esa posibilidad, con el resto del sistema, puede verse nuestro trabajo «La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho

transposición, ponga también un ojo en el resto de las normas, fundamentalmente las contenidas en las directivas comunitarias que, si bien no son de aplicación directa, pueden condicionar el proceso de aplicación de las soluciones de ley aplicable elaboradas por cada legislador estatal.

3. El ámbito de aplicación espacial del Derecho Comunitario de consumo

3.1. Su formulación en las directivas

El legislador comunitario se ha ocupado únicamente de definir el ámbito de aplicación espacial del Derecho armonizado, indicando en qué situaciones internacionales ha de recibir aplicación. En la mayoría de los casos dicha definición no ha tenido lugar de forma clara y precisa, sino a través del recurso al principio de proximidad, y a la regla flexible de los vínculos más estrechos. Según el artículo 6.2 de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es preciso garantizar la aplicación del Derecho Comunitario «[...] cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad». De un tenor similar son el artículo 12 de la directiva 97/7/CE del PE y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, y el artículo 7.2 de la directiva 1999/44/CE del PE y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Las dificultades interpretativas quedan mitigadas cuando la propia directiva determina, mediante un indicador de fácil concreción, las situaciones en que ha de quedar garantizada la imperatividad de sus disposiciones, como ocurre en la directiva 94/47/CE del PE y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, cuyo artículo 9 acoge el criterio de la *ubicación del inmueble en un país de la Comunidad*.

Algunos textos de Derecho Privado europeo no contienen una norma específica que se pronuncie sobre su ámbito de aplicación espacial, tal y como sucede con la directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. La interpretación que haya de

comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa». *Diario La Ley Unión Europea*, N° 6242, 29 de abril de 2005, pp. 5-6.

seguirse en defecto de norma expresa, cuando en presencia de situaciones conectadas con el mercado interior se haya elegido la ley de un Estado tercero, pasará por dilucidar si el legislador comunitario simplemente no se percató de la necesidad de establecer un ámbito de aplicación específico para ese Derecho Comunitario o, por el contrario, dio por supuesto que la armonización de legislaciones bastaría para conseguir la necesaria integración. Sí que conviene advertir que existen precedentes jurisprudenciales en los que el TJCE ha descubierto un ámbito de aplicación espacial para el Derecho Comunitario en situaciones en las que la correspondiente directiva comunitaria no se había pronunciado al respecto.¹⁷ A una solución equivalente cabría llegar en relación con la directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990,¹⁸ relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

3.2. Protección del consumidor, construcción del mercado interior e interpretación del principio de proximidad: el criterio de la orientación de la actividad comercial hacia el territorio comunitario

Las directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor en sus relaciones contractuales han utilizado como fundamento jurídico, de forma única o combinada, el de la aproximación de legislaciones necesaria para la construcción del mercado interior (artículo 95, apartados 1 y 3 TCE), y el de la política comunitaria de protección de los consumidores (artículo 153 TCE). Todas ellas tienen una connotación relacionada con la construcción y funcionamiento del mercado interior. La conexión de la protección del consumidor con el resto de las políticas y libertades es fácil de advertir a través de la lectura de las exposiciones de motivos de las directivas comunitarias, lo que no deja lugar a dudas de que el Derecho Comunitario derivado persigue objetivos que desbordan la mera protección individual del consumidor. En efecto, uno de los objetivos expresados en las directivas comunitarias es el de *propiciar, en la medida de lo posible, un nivel de competencia uniforme dentro del mercado interior*. Este objetivo podría quedar desvirtuado en dos tipos de situaciones: si los niveles de protección de los consumidores son diferentes en los Estados miembros de la UE, lo que cuadra con la finalidad armonizadora de los Derechos nacionales que persiguen las directivas; y también si, en situaciones que pueden afectar a la competencia en el

¹⁷ Se trata de la sentencia de 9 de noviembre de 2000, dictada en el asunto C-381/98: «Ingmar GB Ltd». En esta ocasión, el TJCE proclamó que algunos preceptos de la directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, son aplicables cuando el agente comercial desempeña su actividad en el territorio de un Estado miembro, descubriendo así un ámbito de aplicación para el Derecho Comunitario que deriva de sus propias finalidades.

¹⁸ DO L 158, de 23 de junio.

mercado interior, el funcionamiento de las reglas de conflicto generales conduce a la aplicación del Derecho de un tercer Estado. En situaciones conectadas con la UE, la aplicación del Derecho de Estados terceros que conceden al consumidor una protección de nivel inferior a la establecida por el legislador comunitario, no solamente supone que se defrauden las expectativas de los consumidores respecto de la aplicación del Derecho Comunitario —función de protección individual— sino que introduce distorsiones en las condiciones de competencia en el mercado, que resultará favorable para las empresas sometidas a regímenes de protección del consumidor menos severos. Por esta razón, resulta fácil comprender por qué el legislador comunitario ha introducido normas de ley aplicable entre las normas de armonización. La finalidad de las directivas relativas a la protección contractual del consumidor desborda el propósito tuitivo y penetra de lleno en el terreno de la ordenación del mercado.

Con el loable propósito de intentar evitar la descoordinación entre las soluciones de ley aplicable del CR y del Derecho Comunitario, que podría suponer la vuelta a la descodificación de las normas de DIPr, una doctrina muy autorizada ha propuesto seguir un principio de conciliación en la interpretación de unas y otras normas.¹⁹ Con arreglo a la idea de conciliación, se ha mantenido la necesidad de interpretar el concepto de «vínculo estrecho» utilizado por las directivas en conformidad con el CR, considerando que existe ese vínculo cuando las reglas del CR designen como aplicable, a falta de elección, la ley de un Estado miembro de la UE. Concretamente, esta ley será, bien aquella del Estado de la residencia habitual del consumidor en la hipótesis del artículo 5, bien aquella del Estado a que conducen las conexiones previstas por el artículo 4, esto es, la del prestador característico del contrato. Sin embargo, resulta difícil armonizar principios y directrices tan distintos. En efecto, en el CR la admisión de la autonomía conflictual, la localización objetiva del contrato en el país del prestador característico, la cláusula de los vínculos más estrechos, o las restricciones a la autonomía conflictual en los contratos de consumo son, todas ellas, soluciones vinculadas directamente con el ámbito de la justicia particular, pensadas para satisfacer, bien la previsibilidad de las partes en torno al Derecho aplicable, o bien las necesidades de protección de una situación particular de consumo. Por eso, en la aplicación de estas normas, ni al juez ni al intérprete queda permitido introducir parámetros relacionados con la voluntad reguladora del mercado.²⁰ La diferente

¹⁹ La idea se debe a JAYME, Erich y Christian KOHLER, ob. cit., p. 15. En la doctrina española, asumiendo como razonables estas ideas, ver LUNAS DÍAZ, María José, ob. cit., p. 8; y VILÀ COSTA, Blanca, ob. cit., p. 39. En el mismo sentido, véase KREBBER, S., ob. cit., pp. 145-146.

²⁰ No es ajeno a esta idea el debate suscitado en torno a la posibilidad de aplicar las normas de protección de los consumidores por la vía del artículo 7 CR, disposición que, como se sabe, permite aplicar las normas de ordenación macroeconómica, orientadas a la regulación del mercado.

orientación y filosofía de unas y otras normas hace, como poco, bastante difícil tratar de conciliar la mecánica aplicativa en uno y otro ámbito. Más bien cabe afirmar que cualquier interpretación armónica a que pudiera llegarse en aplicación del CR y las normas de ley aplicable de las directivas resultará una pura coincidencia.

Entonces, ¿qué sentido cabe atribuir a la expresión vinculación estrecha con el territorio comunitario que utiliza el Derecho derivado? La regla de los vínculos más estrechos no tiene un contenido en sí misma, sino que dicho contenido debe ser llenado a la vista de las finalidades y objetivos de cada regulación.²¹ La lectura de las directivas comunitarias revela, junto a las finalidades específicas de cada una de ellas, dos tipos de finalidades generales. De un lado, todas ellas persiguen *favorecer a los consumidores normalmente mediante la elevación del nivel de protección*. De otro, muchas, cuyo fundamento es el artículo 95 TCE (ex artículo 100 A), o una combinación de este con el artículo 153 TCE (ex artículo 129 A), tienen como objetivo directo generar, mediante la aproximación de las legislaciones en materia de protección de los consumidores, condiciones equivalentes de competencia para los vendedores y prestadores de servicios dentro de la Comunidad, y servir así a la *creación efectiva del mercado interior*. En principio, ambas finalidades podrían poseer vocación para determinar el ámbito de aplicación espacial del Derecho armonizado. La posibilidad de derivar de la primera finalidad señalada criterios de utilidad para determinar el ámbito de aplicación del derecho comunitario ha sido defendida por Bernd von Hoffmann, quien entiende que la protección del consumidor quedaría optimizada otorgándole la posibilidad de elegir entre la ley de su residencia habitual o la ley del mercado en el que se encuentra.²² A nuestro modo de ver, la protección del consumidor en la determinación del Derecho aplicable al contrato encuentra justificación solo por razón de las circunstancias de celebración del contrato, mereciendo esa protección únicamente los consumidores que puedan ser considerados como pasivos, en el sentido que esta expresión es utilizada por el artículo 5 CR. Más allá de esta idea, del propósito tuitivo de las normas materiales de protección de los consumidores no es posible extraer criterios útiles para delimitar el ámbito de aplicación de las directivas, sin a la vez estar generando graves desajustes en el mercado europeo.

²¹ En las palabras de P. Lagarde, «[...] los vínculos más estrechos no constituyen una regla sino simplemente la expresión de una finalidad a atender». Ver P. LAGARDE. «Les principes de Droit International Privé hier, aujourd'hui et demain». En *Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993*. Madrid: Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1994, p. 19. Indicando la dependencia de la *valoración* del criterio del «vínculo estrecho» en relación con la sectorialización del DIPr, ver ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Objeto del Derecho Internacional Privado y especialización normativa». *RDP*, 1995, pp. 784-785.

²² VON HOFFMANN, B. Ob. cit., p. 49.

La segunda de las finalidades señaladas creemos que posee una interesante perspectiva espacial. Si la finalidad de las directivas es evitar que, mediante la aplicación de estándares diferentes de protección, se produzcan distorsiones a la competencia entre las empresas dentro del mercado interior, resultará adecuado que el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario permita garantizar la existencia de condiciones de competencia equivalentes en todo el mercado interior. Por ello, las directivas deberán obtener aplicación cuando esté en juego la competencia en el mercado interior. A la vista de esta finalidad, en otro trabajo propusimos considerar que existe un vínculo estrecho con la UE cuando, a la vista de las circunstancias, exista una situación de competencia en el mercado interior, lo cual sucederá cuando tenga lugar una actividad comercial dirigida hacia los países de la UE.²³ El dato determinante para la existencia de competencia en el mercado interior no vendrá dado por la domiciliación del profesional en ese mercado, ni por el lugar de ejecución del contrato, sino por el hecho de ofrecer productos y servicios compitiendo con otras empresas que también ofrecen sus productos y sus servicios hacia el mercado interior.²⁴ Si en estos casos no se garantiza la aplicación del Derecho Comunitario, podrían producirse distorsiones a la competencia, al favorecerse la posición comercial de los oferentes que no queden sometidos, en virtud de las reglas de ley aplicable del CR, al nivel más alto de protección establecido por el Derecho Comunitario.

Es a los legisladores estatales a quienes compete definir la expresión «vínculo estrecho con el territorio o mercado comunitario». No obstante, eso no significa que los Estados dispongan de plena libertad, pues el TJCE siempre podrá intervenir, cuando sea requerido para ello, a fin de dictaminar en torno a si la transposición efectuada es o no correcta. Esto es precisamente lo que ha sucedido con el artículo 10 bis 3 LGDCU, norma española de transposición del artículo 6.2 directiva 93/13/CE, cuya disconformidad con esta disposición ha sido declarada por la sentencia TJCE de 9 de septiembre de 2004.²⁵ Dos han sido los reproches que la Comisión ha hecho a las normas españolas de DIPr aplicables a las cláusulas abusivas, y tienen que ver, respectivamente, con el ámbito de aplicación espacial y material de la directiva. El primero ha sido la falta de correspondencia entre el ámbito de aplicación espacial de

²³ Para averiguar cuándo existe una situación de competencia en el mercado interior, resulta de utilidad recordar el fallo del TJCE de 27 de septiembre de 1988, As. 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85: «Ahlström osakeyhtiö y otros c. Comisión», Rec., p. 5193, dictado en el asunto «Pasta de madera».

²⁴ Otra opinión puede verse en S. Krebber, para quien el vínculo estrecho existiría cuando el consumidor posee su residencia habitual en un Estado miembro y el contrato ha sido celebrado en alguna de las condiciones del artículo 5.2 o es ejecutado en un Estado miembro. Véase KREBBER, S., ob. cit., pp. 146-147.

²⁵ Un comentario a esta decisión puede verse en Esteban de la Rosa, F. «La inadecuación del sistema español de Derecho Internacional Privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa». *Diario La Ley Unión Europea*, N° 6242, 29 de abril de 2005, pp. 1-5.

las normas españolas y el señalado para el Derecho Comunitario por el artículo 6.2 de la directiva. Según el TJCE:

El artículo 6.2 de la Directiva se limita a indicar que el contrato debe mantener una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad. La finalidad de esta formulación genérica es permitir que se tomen en consideración diversos elementos de conexión en función de las circunstancias del caso concreto [...]. Aunque el concepto deliberadamente vago de «estrecha relación» que utiliza el legislador comunitario pueda eventualmente concretarse mediante presunciones, no es posible, en cambio, restringir dicho concepto mediante una combinación de criterios de conexión previamente definidos, tales como los requisitos acumulativos relativos a la residencia y a la celebración del contrato contemplados en el art. 5 del convenio de Roma. De este modo, al referirse a esta última disposición, de un modo explícito el art. 10 bis de la Ley 26/1984 modificada y de manera implícita el art. 3, párrafo segundo, de la Ley 7/1998, las disposiciones del ordenamiento jurídico español que supuestamente adaptan éste al art. 6, apartado 2, de la Directiva introducen una restricción incompatible con el nivel de protección fijado por ésta.

La inadecuación de la norma española con las necesidades de la directiva 93/13/CE era evidente hace ya años, pues dicha norma realiza una remisión al artículo 5 CR y, como vimos más arriba, dicho precepto en absoluto responde a las exigencias propias del mercado interior. Sin embargo, esta facilidad no debería haber conducido al TJCE a escatimar tanto en la definición del vínculo estrecho con el mercado interior. El TJCE ha perdido la oportunidad de dotar de mayor precisión al vínculo estrecho con el territorio de la UE, pues se ha limitado a señalar la necesidad de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, y a recordar que la finalidad de la directiva es la protección del consumidor en las relaciones contractuales intracomunitarias.²⁶

En el nivel legislativo estatal, ordenamientos jurídicos como el alemán han procedido a realizar esta definición en el artículo 29a de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán (EGBGB), optando por el criterio de mercado que desde aquí también proponemos. El mismo criterio parece estar mereciendo acogida también por parte del legislador español. En efecto, en la reforma que está por llegar en fechas muy breves, el apartado segundo del artículo 10 bis 3 LGDCU acoge como criterio de aplicación de la norma de ley aplicable especial para el ámbito de las cláusulas abusivas, la orientación de la actividad comercial hacia el mercado comunitario.

²⁶ Véase el interesante desarrollo que, partiendo de esta doble consideración, lleva a cabo Marta Requejo Isidro a fin de proponer un modelo de definición del vínculo estrecho con el territorio comunitario en REQUEJO ISIDRO, Marta. «Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005-1, pp. 274-277.

3.3. Delimitación del ámbito de aplicación espacial del Derecho Comunitario en la contratación por Internet

La existencia de competencia en el mercado interior puede plantear problemas de identificación en algunos supuestos. Las dudas pueden surgir en situaciones en que la *oferta tiene lugar a través de sistemas de la sociedad de la información*, principalmente a través de Internet. Cuando el consumidor recibe una oferta de contrato en su domicilio, en un Estado miembro de la UE, a través de un mensaje de correo electrónico, resultará fácil afirmar que estamos en presencia de una acción comercial dirigida hacia el mercado interior.²⁷ Mayor dificultad ofrecen estas afirmaciones cuando la contratación es el resultado de la publicidad que, realizada a través de Internet, llega también al domicilio del consumidor. Las actividades publicitarias y comerciales realizadas a través de las páginas de Internet poseen una orientación global. En los casos típicos, el hecho de que los lugares de Internet sean accesibles desde cualquier país de la Comunidad hace emerger una presunción favorable a que dicha publicidad y ofertas, cuando se trata de lugares interactivos, son realizadas en el mercado interior, debiendo quedar sometidas, por tanto, al nivel comunitario de protección del consumidor los contratos que lleguen a celebrarse por consumidores que contraten desde la UE. No obstante, el funcionamiento de esta presunción podría suscitar cierta dificultad cuando el sitio de Internet que haya sido visitado contenga, por ejemplo, una advertencia de los países hacia los cuales va dirigida esa publicidad, ya sea de forma expresa o implícita. El uso de idiomas como el inglés o el español va en contra de la limitación territorial de la oferta. Otros elementos a tener en cuenta serían las divisas en que aparecen los precios y el modo de pago.²⁸ Si el consumidor contrata con una empresa situada fuera de la UE, existiendo una advertencia en la página web de que su propósito comercial va dirigido a países concretos, entre los cuales no se incluye aquel en el que se encuentra el consumidor, dicha precisión podría servir para destruir la presunción favorable a la aplicación necesaria del nivel comunitario de protección. En estos casos, será difícil que el prestador de servicios o el vendedor pueda contar con que la publicidad realizada de este modo determine la aplicación imperativa del Derecho del consumidor del Estado de destino,²⁹ pues el mismo no ha dirigido su actividad comercial hacia el mercado comunitario.

²⁷ Al efecto de la aplicación del artículo 13 a CB, Pedro Alberto de Miguel Asensio indica que el envío de un mensaje de correo electrónico a una persona debe ser equiparado al envío a su domicilio de un mensaje por correo postal. De MÍGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, ob. cit., p. 405.

²⁸ *Ib.*, p. 408.

²⁹ DRASCH, W. Das Herkunftslandsprinzip im internationalen Privatrecht. Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf Vertrags und Wettbewerbsstatut. Baden-Baden: Nomos, 1997, pp. 290-291. Esta clase de matizaciones también puede verse en la declaración conjunta del Consejo y de la Comisión con motivo

4. El sistema español de ley aplicable a los contratos de consumo transfronterizos

4.1. Las normas españolas de transposición

El legislador español ha seguido las mismas pautas que el comunitario y ha incluido la regulación de DIPr de los contratos de consumo internacionales en las mismas leyes que han llevado a cabo la transposición de las directivas. Como resultado, el sistema español de ley aplicable a los contratos de consumo se caracteriza por una fuerte dispersión, pues se encuentra repartido entre más de cinco textos diferentes. Antes incluso de analizar esas normas, ya es posible comenzar a anticipar los problemas que pueden derivar de dicha dispersión. No se trata exclusivamente de que al intérprete le resulte más cómodo encontrar una única norma de aplicación a todos los casos. La construcción llevada a cabo por el legislador español hace necesario que el intérprete califique con sumo cuidado la cuestión jurídica controvertida, a fin de encontrar la norma pertinente para el caso, pues son varias y diferentes entre ellas. Además, el intérprete deberá estar preparado, también, para la aplicación combinada de varias de esas normas, lo que ocurrirá si, por ejemplo, en el caso planteado hay cuestiones relativas a la contratación a distancia, por una parte, y a las garantías de los bienes de consumo, por otra. Y como consecuencia de esa aplicación, también será posible que los diferentes aspectos sean regidos por leyes distintas, por ejemplo la española para las cuestiones relacionadas con las garantías de los bienes de consumo y la elegida por las partes respecto de los aspectos de protección propios de las ventas a distancia.

El legislador español podría intentar un traspaso al comunitario del tanto de culpa de los inconvenientes descritos, afirmando que se limitó a seguir las pautas marcadas por el propio legislador comunitario respecto del tratamiento de los problemas de ley aplicable. Sin embargo, la opción normativa elegida por el legislador español no resultaba, ni resulta, obligatoria. De hecho, a medida que ha ido avanzando el proceso legislativo comunitario, algún país de la UE ha intentado, por propia cuenta, introducir en su ordenamiento la sistemática que el legislador comunitario hasta ahora no ha podido, o no ha querido, establecer. Otra vez es el caso de la legislación alemana que, a través de una ley de 27 de junio de 2000, introdujo en la Ley de Introducción al Código Civil (EGBGB) un nuevo artículo 29a en el que se llevó a cabo, de forma contemporánea, la transposición del artículo 6.2 de la directiva de cláusulas abusivas, del artículo 9 de la directiva relativa a la multipropiedad y del artículo 12.2 de la directiva sobre ventas a

de la adopción del Reglamento Bruselas I, en cuyo artículo 15 se utiliza el concepto de «actividad comercial dirigida» por parte de las normas de competencia judicial internacional para los contratos de consumidores. E igualmente en la propuesta de reglamento comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

distancia. Dicho precepto ha sido completado posteriormente, a través de la ley de 1 de enero de 2002, con el objeto de realizar la transposición del artículo 7.2 de la directiva sobre garantía de los bienes de consumo; y luego mediante la ley de 2 de diciembre de 2004, a fin de realizar la transposición del artículo 12.2 de la directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Así, el legislador alemán no solo ha conseguido tener una única norma de ley aplicable para los diferentes sectores que han sido armonizados por el Derecho Comunitario sino que, lo más importante, existe también una única solución para todas ellas.

Pero veamos cuáles son las normas españolas. Para el ámbito de la protección del consumidor en los contratos de aprovechamiento de inmuebles por turnos, la transposición del artículo 9 de la directiva 94/47/CE ha tenido lugar a través de la disposición adicional segunda de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, Ley de Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias (en adelante LDATBI), cuyo párrafo segundo fue introducido por ley 14/2000, de 29 de diciembre, que dispone lo siguiente:

Disposición Adicional Segunda. Imperatividad de la Ley. Todos los contratos que se refieran a derechos relativos a la utilización de uno o más inmuebles situados en España durante un período determinado o determinable del año quedan sujetos a las disposiciones de esta Ley, cualquiera que sea el lugar y la fecha de su celebración.

Los contratos que, habiendo sido celebrados en España, se refieran a inmuebles situados fuera de ella quedarán sujetos a los artículos 1.3, 2 y 8 a 12 de la presente Ley. En tales casos el adquirente podrá exigir, además, que el contrato se le entregue redactado en alguna de las lenguas oficiales del Estado en que radique cuando éste sea miembro de la Unión Europea.

El artículo 12 de la directiva 97/7/CE relativa a la protección del consumidor en las ventas a distancia ha recibido transposición a través del artículo 48 de la ley 7/1996, de 15 de enero de 1996, Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM), que fue introducido por la ley 47/2002 de 19 de diciembre, cuyo tenor es el siguiente:

Derechos del consumidor

1. Cuando el comprador sea un consumidor, entendiéndose por tal el definido en los apartados 2 y 3 del art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los derechos que el presente capítulo le reconoce serán irrenunciables y podrán ser ejercidos por los mismos aunque la legislación aplicable al contrato sea otra distinta de la española, si el contrato presenta un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

En el ámbito de las garantías de los bienes de consumo, la ley 23/2003 de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (en adelante LGCBC), ha incluido

en su artículo 13 la norma que sirve de transposición al artículo 7.2 de la directiva 1999/44/CE. Según dicho precepto:

Puntos de conexión. Las normas de protección de los consumidores contenidas en esta Ley serán aplicables, cualquiera que sea la Ley elegida por las partes para regir el contenido cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

La más antigua de estas normas es el artículo 10 bis 3 de la ley 26/1984, de 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), que fue introducido en dicha ley por la ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC). Según esta disposición:

Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el art. 5 del convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Por último, para la interpretación y control de incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación el artículo 3 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación dispone:

Ámbito territorial. Disposiciones imperativas. La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española. También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales.

Como dijimos, la decisión TJCE de 9 de septiembre de 2004 ha declarado la inadaptación de los artículos 10 bis 3 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y 3 Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) al Derecho Comunitario, por llevar a cabo una transposición incompleta del artículo 6.2 directiva 93/13/CEE. Como consecuencia, existe un proyecto de ley, que verá la luz en breve fecha, donde el legislador español pretende incluir una norma a fin de acomodar su legislación de DIPr al artículo 6.2 directiva 93/13/CE. Dicha modificación legislativa da la siguiente nueva redacción al artículo 10 bis 3 LGDCU:³⁰

³⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, 3 de octubre de 2006, N° 83-89. Después de la finalización de este trabajo ha sido publicada en el *Boletín Oficial del*

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

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

El precepto que acabamos de transcribir será el primero, si llega a entrar en vigor, que habrá utilizado el planteamiento, y la orientación, de mercado a fin de definir el ámbito de aplicación de una norma de ley aplicable dictada en el sector de la protección de los consumidores. Sin embargo, todavía quedará mucho camino por andar a fin de introducir una mayor dosis de racionalidad y coherencia en el conjunto del sistema.

4.2. Algunas pautas a tener en cuenta para el funcionamiento del sistema

Conocemos ya el conjunto de las normas que constituyen el sistema español de ley aplicable a los contratos de consumo. Antes de ponerlo en funcionamiento, merece la pena recordar que, junto a las dictadas por el legislador español, siguen siendo de aplicación las normas del CR. Y por otra parte, las normas de ley aplicable contenidas en las directivas, a pesar de que no son directamente aplicables, sí podrán ser relevantes, bien para determinar el alcance del desplazamiento del CR por virtud del principio de primacía, bien como elemento interpretativo del sistema estatal, en virtud del efecto interpretativo que corresponde al Derecho Comunitario.

En presencia de un problema jurídico derivado de un contrato de consumo internacional, como primer paso para resolverlo será preciso calificar dicha cuestión, a fin de situarla en alguna de las diferentes normas de ley aplicable. Dicha calificación tendrá lugar con arreglo al derecho del foro ex artículo 12.1 Cc. En efecto, la sectorización de las soluciones de ley aplicable a los contratos de consumo internacionales que ha llevado a cabo el legislador español provoca esta necesidad. De este modo, por ejemplo, si la cuestión controvertida tiene que ver con el eventual carácter abusivo

Estado N° 312, de 30 de diciembre de 2006, la ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Esta ley ha dado al artículo 10 bis 3 LGDCU la redacción que este trabajo ha tomado de la tramitación parlamentaria previa a su aprobación definitiva. Ver: <<http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/30/pdfs/A46601-46611.pdf>> (consultada el 8 de enero de 2007).

de una cláusula por la cual el consumidor ha de asumir el pago de un impuesto relacionado con la construcción de la casa que ha comprado a un promotor, la norma a tener en cuenta será el artículo 10 bis 3 de la LGDCU. En cambio, si lo que se discute es el plazo de que dispone el consumidor para ejercer el derecho de desistimiento unilateral sin motivo en un contrato realizado a distancia, habrá que consultar el artículo 48 de la ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. En cambio, cuando el problema jurídico tenga que ver con la información obligatoria de que ha de disponer el consumidor antes de celebrar un contrato de aprovechamiento de inmuebles por turnos, la norma a considerar será la disposición adicional segunda de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Si, finalmente, lo que se pretende es que el vendedor o el fabricante de un producto se haga cargo de la reparación del mismo dentro del período de garantía, corresponderá aplicar el artículo 13 de la ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de los bienes de consumo.

4.2.1. ¿Son eficaces los pactos de elección del derecho de un Estado miembro de la UE?

A fin de garantizar los objetivos del Derecho Comunitario, varias de las normas de ley aplicable dictadas por el legislador español establecen que el Derecho español será aplicable cualquiera que sea el Derecho que las partes hayan elegido para regir el contrato. Ello ocurre, por ejemplo, en la nueva redacción del artículo 10 bis 3 LGDCU, en el artículo 13 de la ley 23/2003, y en el artículo 48 de la ley 7/1996. Si el contrato queda comprendido en el ámbito de aplicación de la norma, y el pacto de elección de ley designa la de un Estado no miembro de la UE, en ese momento se activa la consecuencia jurídica, dando así lugar a la aplicación del Derecho español, y produciéndose así la aplicación del estándar de protección que pretende para el consumidor el Derecho Comunitario. Las normas españolas, sin embargo, no se refieren expresamente al supuesto en el cual las partes hayan designado como aplicable al contrato la ley de un Estado miembro de la UE. De ahí que sea preciso plantear si dicho pacto de elección del Derecho aplicable podrá ser eficaz. Para contestar a esta cuestión hay que analizar dos cuestiones de forma separada.

La primacía del Derecho Comunitario solo presta cobertura a las medidas estatales expresamente habilitadas y compatibles con el TCE. Por ello, si las directivas autorizan la intervención legislativa estatal solo cuando la elección de ley no recaiga sobre la de un Estado miembro de la UE, el legislador estatal no está habilitado para prohibir la elección del Derecho de uno de esos Estados, tal y como se desprende de las normas españolas mencionadas. He aquí una primera llamada de atención para el

intérprete que vaya a aplicar dichas normas: *el consumidor no tendrá derecho a exigir la aplicación del derecho español de garantías de los bienes de consumo si el contrato contiene un pacto según el cual el derecho elegido es el francés, y ello a pesar de la dicción del artículo 13 de la ley 23/2003*. Ello no es así pues el Derecho Comunitario no ha regulado los supuestos en los cuales tiene lugar la elección del derecho de un Estado miembro de la UE como aplicable al contrato de consumo. El régimen aplicable en estos casos es el dispuesto por el CR. Y de este modo, ante una cláusula de elección del Derecho francés como aplicable al contrato, un consumidor con residencia habitual en España solo podrá exigir la aplicación del Derecho español relativo a las garantías de los bienes de consumo cuando la aplicación del Derecho español derive del artículo 5 CR, es decir, cuando estemos en presencia de un contrato de consumo de los que quedan comprendidos en su ámbito de aplicación material y se cumplan las condiciones de aplicación de dicho precepto —consumidor pasivo—. Cuando no sea de aplicación el artículo 5 CR, cabrá dar eficacia sin límite al pacto de elección de ley que designe la de un Estado miembro de la Unión Europea. Esta solución no solo se desprende de la letra de las normas comunitarias de ley aplicable, sino que guarda congruencia con la visión que parece tener sobre el tema el legislador comunitario: para el cumplimiento de los objetivos específicos relacionados con la creación y funcionamiento correcto del mercado interior, lo importante es que obtenga aplicación el Derecho armonizado de alguno de los Estados miembros de la UE, sin importar cuál haya de ser este. Para esta identificación es posible recurrir a las normas generales del CR.

No obstante, el intérprete dispone de más recursos para combatir la validez y eficacia de la cláusula de elección del Derecho aplicable, incluso aunque designe la de un Estado miembro de la UE. Cabría invocar la ineficacia del pacto de elección de ley por ser considerado como abusivo. De hecho, la legislación española cuenta con una norma al efecto, que es el número 28 de la disposición adicional primera de la LGDCU. Según esta disposición tienen carácter abusivo: «Los pactos de elección de ley que designen a un Derecho extranjero distinto respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle su actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza».

La falta de precisión del legislador español respecto a la aplicabilidad de esta norma puede suscitar, y lo ha hecho, cierta controversia. Sin entrar en ella, para nuestro discurso interesa saber, sobre todo, si esta disposición es aplicable incluso aunque el elegido sea el Derecho de un Estado miembro de la UE. Ciertamente, la situación no cuadraría con el ámbito dispuesto por el artículo 6.2 directiva 93/13/CE para la intervención de los legisladores estatales. Sin embargo, creemos que es posible considerar a esta regulación española como habilitada por el artículo 8 de esa directiva, que concede cierta libertad a los Estados a la hora de definir las cláusulas que deban

ser consideradas como abusivas. De no admitirse esta interpretación, no habría posibilidad de aplicar el número 28 de la disposición adicional primera LGDCU cuando el derecho elegido por las partes es el de un Estado miembro de la UE. Y sin embargo, la directiva parece autorizar a los Estados para invalidar las cláusulas abusivas que pueden quedar incluidas en contratos de consumo. El probable carácter sorpresivo de la elección de ley realizada bien que puede permitir que encaje en la definición de cláusula abusiva que proporciona el derecho comunitario.

4.2.2. El supuesto de hecho: ¿cuándo se aplican las normas estatales españolas de ley aplicable?

La utilización de las normas que estamos examinando presupone que el contrato de consumo internacional en examen quede comprendido en su ámbito de aplicación. Acabamos de ver que, en ocasiones, la definición de este ámbito de aplicación puede inducir a equivocaciones, al no haber tenido en cuenta el legislador estatal que el contrato pueda designar como aplicable la ley de un Estado miembro de la UE. Habrá de ser, pues, el intérprete quien reformule dicho ámbito de aplicación a través de la comparación del texto estatal y el texto comunitario, a fin de descubrir en qué medida la norma estatal desplaza a las soluciones de ley aplicable que contiene el CR.

Junto a este problema, ya hemos visto que las diferentes normas comunitarias pretenden que la aplicación del Derecho Comunitario sea garantizada, solo y exclusivamente, cuando el contrato presenta un vínculo con el territorio comunitario. Si no es el caso, cobran plena operatividad las soluciones del CR. No toda la legislación española que se ha dictado ha prestado la debida atención a este aspecto de la transposición. Por ejemplo, además de que su solución resultó inadecuada, la versión originaria del artículo 10 bis 3 LGDCU ignoró también por completo la necesidad de dotarse de un ámbito de aplicación espacial y de limitar su aplicación a los supuestos conectados con el mercado interior. La primera norma de ley aplicable que prestó atención a este aspecto fue la disposición adicional segunda de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, donde la ubicación en España de los bienes inmuebles a utilizar en forma compartida fue el criterio utilizado para determinar la aplicación de la norma especial y también del derecho español. Olvidaba entonces el legislador que la norma especial debía dar cabida a todos los contratos de aprovechamiento de inmuebles por turnos en los que estos estuviesen situados en territorio comunitario.

Cuando en el año 2002 fue modificada la ley 7/1996, a fin de realizar la transposición de la directiva 97/7/CE relativa a las ventas a distancia, el artículo 48 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista se ocupó de establecer una legislación especial para todos los contratos que presentasen «[...] un vínculo estrecho con el territorio de cualquier Estado de la Unión Europea». La norma cubre así todas las

situaciones consideradas como especiales por el legislador comunitario. Sin embargo, le faltó al legislador entonces un poco más de atrevimiento para pasar a definir ese vínculo estrecho con el territorio comunitario. Consecuentemente, hoy en día se ha dejado en manos del intérprete, y del juez, la definición de qué haya de entenderse por vínculo estrecho con el territorio comunitario a fin de dar aplicación al artículo 48 de la ley 7/1996.

Para esa labor, el intérprete podría utilizar la que ha sido acuñada por el artículo 13 de la ley 23/2003, de 10 de julio, donde la solución especial habrá de recibir aplicación cuando:

El bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.

El último capítulo por ahora del sistema español de ley aplicable a los contratos de consumo viene protagonizado por la redacción proyectada para el artículo 10 bis 3 LGDCU. Esta norma es de aplicación a los contratos que mantengan «[...] una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo». Y dicha vinculación estrecha existirá, en particular, «[...] cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro».

La única explicación que cabe dar a la disparidad existente entre unas y otras normas es el hecho de no haber sido todas elaboradas al mismo tiempo y por un único legislador. Pues esta disparidad no queda justificada si se verifica la similitud que, por el contrario, existe en la redacción de las normas comunitarias objeto de transposición. Como resultado de esta disparidad, la aplicación de unas y otras normas podrá conducir a la aplicación del Derecho español respecto de alguno de los aspectos del contrato. Permítasenos poner un ejemplo de esta situación. Imaginemos que un consumidor con nacionalidad francesa, y residencia habitual en Nueva York, decide comprar un producto que ha visto publicitado por una empresa española en una página de Internet a la que accedió desde su casa en aquella ciudad. Habida cuenta que la actividad comercial de la empresa española no se dirige hacia el mercado español ni europeo, no será de aplicación la legislación española relativa a las cláusulas abusivas, y ello en virtud de la nueva redacción del artículo 10 bis 3 LGDCU. En cambio,

sí podrá ser de aplicación la ley española sobre garantías de los bienes de consumo, dado que el consumidor tiene la nacionalidad de un Estado miembro de la UE.

La segunda cuestión está relacionada con este último resultado. En nuestra opinión, la definición que hace de su ámbito de aplicación espacial el artículo 13 de la ley 23/2003 sobre garantías en la venta de bienes de consumo resulta desproporcionado, pues el mismo se extiende sobre situaciones en las que no existe el vínculo estrecho con el territorio de la UE a que se refiere el artículo 7.2 de la directiva 99/44/CE. Por si no basta el ejemplo anterior, pongamos otro. Si un consumidor de nacionalidad española y con residencia habitual en los Estados Unidos de América compra un producto en ese país a una empresa española, en nuestra opinión resulta desproporcionado aplicar el Derecho español por el hecho de que se trate de un consumidor con nacionalidad de un Estado miembro de la UE. Esta desproporción queda visualizada con claridad al ver los efectos que se producen, que no son otros que los de gravar a las empresas comunitarias, las que tienen su domicilio en un Estado de la UE, con la aplicación del Derecho comunitario respecto de su actividad comercial llevada a cabo fuera de la Unión, pues no parece de recibo que deban preguntar a cada consumidor cuál es su nacionalidad antes de celebrar un mero contrato de consumo. Tampoco otros criterios que utiliza el artículo 13 ley 23/2003 resultan más adecuados. Pensemos por ejemplo en el relativo a la celebración del contrato en España. Si en el mismo caso anterior, el consumidor estadounidense, que ha de recibir el producto en los Estados Unidos de América, celebra el contrato en España por el mero hecho de que pasaba por allí, por estar de vacaciones, siendo España un lugar fortuito, también será de aplicación la norma especial. Y sin embargo, resulta dudoso que en esa situación exista un vínculo con el mercado europeo que haga activar la protección comunitaria de los consumidores. Habida cuenta que, en estos casos, las empresas europeas no compiten en el mercado comunitario sino en el mercado exterior, no habría razón para la aplicación del Derecho comunitario.

En cualquier caso, todavía hay márgenes para la duda, pues ni el legislador comunitario, ni tampoco el TJCE, han afirmado con rotundidad que las normas de ley aplicable del sector de la contratación de consumo hayan de responder a una lógica de mercado, y no a otra distinta, por ejemplo basada en la protección del consumidor europeo, o internacional, en cualquier clase de situación. A la hora de proceder a una mejor definición de estas claves, y a fin de poner fin a las disparidades que están generando las normas estatales de transposición, la UE debería plantearse en qué medida la política de protección de los consumidores habría de alcanzar a aquellos nacionales de un Estado miembro que contratan con empresas fuera de la UE. Abundando en ese camino, habría que analizar en qué medida resulta procedente que la UE exporte su Derecho de protección de los consumidores de esa forma unilateral,

y perjudicando, especialmente, a las empresas con sede en la Unión, pues serán las únicas que podrán ser demandadas en cualquier caso por no ajustar sus contratos de consumo al Derecho Comunitario. Esa misión, sin duda de gran interés, debería ser competencia de otras instituciones internacionales, tales como la Organización Mundial del Comercio. Mientras tanto, a nosotros solo nos queda esperar a que nuestro intérprete descubra que el artículo 13 ley 23/2003 quizá no lleva a cabo una transposición adecuada del artículo 7.2 de la directiva 99/44/CE.

4.2.3. La consecuencia jurídica: problemas relacionados con la aplicación de la ley del foro

Las normas que estamos analizando coinciden en su consecuencia jurídica, que consiste en la aplicación del Derecho español. Esta consecuencia, sin embargo, debido a la estructura de la norma, y especialmente por la definición de su ámbito de aplicación, puede venir con perfiles distintos, que merecen igualmente un tratamiento y una valoración desigual. El lector habrá apreciado que algunas de las normas son aplicables a todos los supuestos conectados con el mercado interior, mientras que otras únicamente a los supuestos conectados con el territorio español. Para dicho análisis vamos a distinguir ambos supuestos por separado.

4.2.3.1. Aplicación del Derecho español a todos los supuestos vinculados con el territorio comunitario

Varias de las normas de ley aplicable españolas conducen a la aplicación del Derecho español a todos los supuestos vinculados con el territorio comunitario. Entre ellas se cuentan el artículo 48 ley 7/1996, el artículo 13 ley 23/2003 y el proyectado artículo 10 bis 3 LGDCU. Sin lugar a dudas, de esta manera se da plena satisfacción a las directivas comunitarias, pues aplicando el Derecho español armonizado queda garantizada, a la vez, la aplicación del Derecho comunitario. El sistema es de fácil administración en cuanto que si un juez español tiene competencia judicial internacional para conocer de un caso, no tendrá que prestar atención a la aplicación de un eventual Derecho extranjero, y se limitará a aplicar al caso el derecho español.

Esta opción, sin embargo, presenta varios inconvenientes. Por una parte, supone la preterición de las divergencias normativas que existen entre las legislaciones armonizadas de los Estados miembros de la UE, cumpliendo así escasamente con los postulados que derivan del principio de justicia, y que, como se sabe, en DIPr comportan la necesidad de aplicar legislaciones distintas a situaciones que poseen desiguales contactos. En segundo lugar, una norma de este tipo puede tener problemas de consistencia con la regla comunitaria de reconocimiento mutuo, que en DIPr no solo introduce limitaciones a la invocabilidad de la reserva de orden público internacional,

sino también a la aplicabilidad en el espacio de las normas internacionalmente imperativas de un Estado distinto al de origen de la mercancía o del servicio. En efecto, la aplicación de esas normas podría ser considerada como un obstáculo no justificado al comercio entre los Estados miembros, al no permitir la venta de la mercancía o del servicio en las mismas condiciones que dicha venta tiene lugar en el Estado de origen. La admisión de este tipo de restricciones solo podría tener lugar cuando las mismas estuvieran justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que, a la vez, tales medidas fueran adecuadas objetivamente al cumplimiento del objetivo perseguido y proporcionales.

Pero veamos esto con un ejemplo. Imaginemos que un consumidor con residencia habitual en España ve en una página de Internet un producto de una empresa sueca, con sede en Estocolmo. Al estar la página en sueco no cabe entender que dicha sociedad haya dirigido su actividad comercial hacia el mercado español, y no estamos pues en presencia de un consumidor pasivo. Después de la compra, la empresa sueca demanda en España al consumidor para exigir el pago, contestando este que pretende desistir del contrato con arreglo al Derecho español, derecho que, imaginémoslo, no procede según el Derecho sueco. Los jueces españoles aplicarán el artículo 48 ley 7/1996 dado que cabe apreciar la existencia de un vínculo estrecho con el territorio comunitario. El resultado será que aplicarán el Derecho español al contrato. De este modo, una sociedad con sede en Suecia, que no ha dirigido sus actividades hacia el mercado español, sin embargo podrá quedar sometida a la versión española de la directiva sobre ventas a distancia. Esta situación, eventualmente, podría ser considerada por el TJCE como una limitación a la libre circulación de mercancías, al imponerse, sin que exista razón que lo justifique, la aplicación de un Derecho diferente al del país en el que opera la empresa vendedora. La aplicación de la ley del Estado de destino puede ser justificada bajo ciertas circunstancias. El hecho de que la empresa hubiera dirigido su actividad comercial hacia España y que el consumidor tuviera residencia en este país serían índices aptos para dicha justificación, y por ello las soluciones del artículo 5 CR, en buena medida, suponen una restricción justificada a las libertades comunitarias de circulación de mercancías y servicios.

4.2.3.2. Aplicación del Derecho español a los supuestos conectados con el territorio español

Otra versión de la normativa española es la que adopta la disposición adicional segunda de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Dicha disposición indica cuándo será de aplicación la legislación española, esto es, cuando el bien inmueble de uso compartido esté situado en España. Sin embargo, la norma no proporciona una solución para los supuestos en los cuales el bien inmueble esté situado en otro Estado miembro, salvo en lo relativo a algunas

de sus disposiciones. Esta regla, probablemente, no va a tener problemas desde la perspectiva de su compatibilidad con la regla comunitaria de reconocimiento mutuo, pues en los supuestos comprendidos en su ámbito de aplicación espacial sería posible estimar legítima la restricción a las libertades operada a través de una norma de protección del consumidor. En efecto, como ha señalado el TJCE desde la sentencia *Cassis de Dijon*, la regla de reconocimiento mutuo admite también excepciones, y probablemente sería admisible la aplicación de normas imperativas que protegen al consumidor en un país cuando su ámbito de aplicación es razonable, adecuado y proporcional al objetivo perseguido. Esta situación se daría, por ejemplo, cuando los productos se dirigen al propio mercado o el consumidor posee su residencia habitual en el mismo.

La norma, sin embargo, presenta el inconveniente de hacer surgir una laguna de regulación respecto de los supuestos conectados con la Comunidad en los que no es de aplicación el Derecho estatal. Se impone pues al juez la carga de una más complicada gestión y administración del sistema, pues habrá de acudir a expedientes diversos al objeto de garantizar el objetivo perseguido por el derecho comunitario. Entre tales expedientes el intérprete podrá proceder a bilateralizar el criterio de conexión utilizado por el Derecho estatal, siendo de aplicación el derecho del país de la UE en cuyo territorio se encuentre situado el bien inmueble sometido a aprovechamiento por turnos. También será posible tener en cuenta el ámbito de aplicación que haya sido dado para sí por normas unilaterales de otros países de la UE.

4.2.3.3. Aplicación del Derecho español como ley del domicilio del consumidor

La exposición del sistema de ley aplicable a los contratos de consumo internacionales no sería completa si no hiciéramos una alusión, aunque sea solo breve, a la interacción entre las normas de ley aplicable y las del sector de la competencia internacional. Dichas normas están contenidas, fundamentalmente, en el reglamento 44/2001, en una sección especial que consta de dos artículos, el 15 y el 16. De acuerdo con dichas normas, la competencia judicial internacional en los casos de contratos de consumo corresponde, fundamentalmente, a los jueces del domicilio del consumidor, sea este demandante, caso en que el foro opera con carácter alternativo, o demandado, donde el foro se articula con carácter único. Respecto a la alternativa que se le ofrece al consumidor, es preciso poner de relieve que la escasa cuantía que normalmente tendrá la reclamación, la comodidad para el consumidor de litigar en casa, así como la existencia de garantías equivalentes en los Estados miembros de la UE, pueden conducir a que los consumidores, en los casos típicos, no opten por demandar al profesional en el domicilio de este. Si se tiene en cuenta que los jueces darán normalmente preferencia aplicativa a las normas imperativas del foro, no resulta difícil afirmar que, al

menos como tendencia, en muchos casos procederá la aplicación de la ley de transposición de una directiva dictada por el país del domicilio del consumidor. Cabría así identificar, a modo de tendencia, una especie de regla *forum ius* cuya actuación queda facilitada por el criterio del domicilio del demandante consumidor. Esta solución, lógicamente, es solo tendencial pues limita su operatividad a las situaciones en que sea de aplicación el artículo 15 del reglamento. Junto a los contratos de ventas a plazos, y los de financiación, las normas especiales son también de aplicación a todos los contratos de consumo cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado o a varios Estados, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

Si estas son las normas de competencia internacional, casi sería preferible que los Estados diesen a su legislación un ámbito de aplicación total y exorbitante, lo cual permitiría a los jueces resolver las situaciones vinculadas con el mercado interior con arreglo a las normas del foro. La competencia legislativa de este país no quedaría basada en el *legeforismo*, sino en el criterio de conexión del domicilio del consumidor, criterio que podría ser observado como razonable, en muchas ocasiones, aunque no en todos, para determinar la aplicación de las normas imperativas en los contratos de consumo, sobre todo en todos los casos en que sea el profesional quien se dirija al consumidor en el país del domicilio de este.

5. Recapitulación: propuesta de *lege ferenda* para el sistema español de ley aplicable a los contratos de consumo vinculados con el mercado interior

En las páginas anteriores hemos pretendido exponer la configuración básica, y problemas, que presenta el sistema español de ley aplicable a los contratos de consumo internacionales. Sin lugar a dudas, el mejor modo de resolver estos problemas pasaría por articular unas soluciones comunitarias y uniformes en este ámbito. Pero ya vimos que eso no parece que vaya a ocurrir por ahora. En su conjunto, estamos en presencia de un sistema poco claro, que genera costes de administración muy elevados para el intérprete y el juez. Y si el legislador comunitario no pretende intervenir, habrá de ser el legislador español quien se ocupe de introducir mayor dosis de coherencia en el sistema, mediante una articulación jurídica que dé satisfacción a los numerosos condicionantes en presencia. Entre ellos, habrá que tener en cuenta, junto lógicamente a la letra de los preceptos, la finalidad del Derecho comunitario, los principios del Derecho comunitario, singularmente el objetivo de la creación y correcto funcionamiento del mercado interior europeo. Igualmente será preciso considerar las escasas indicaciones ofrecidas por el TJCE, en el sentido de que, si bien la transposición no

exige una acción legislativa del Estado, es indispensable «[...] que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales».³¹

Por otra parte, habida cuenta de la afinidad entre el texto de las diferentes normas comunitarias, sería deseable establecer un sistema común para las diferentes directivas comunitarias, pues no tiene sentido que deba ser aplicado el Derecho español de garantías de los bienes de consumo y no, por ejemplo, el relativo a la prohibición de las cláusulas abusivas. La misma *ratio* que hace aplicable a uno de ellos debería hacerlo con el otro.

La nueva norma estatal debería delimitar con sumo cuidado su ámbito de aplicación, pues la excepción que esta supone al régimen general de normas de conflicto del CR únicamente procede en algunos casos. La aplicabilidad de esta norma está sometida a la existencia de una «estrecha relación con un Estado miembro», la cual debería ser definida teniendo en cuenta la finalidad perseguida por este sector del derecho comunitario. Por ello, el criterio debería ser la existencia de actividades comerciales orientadas hacia un Estado del espacio económico europeo.³² Dicho criterio, que resulta flexible en su configuración, podrá ser objeto de conexiones que funcionen a modo de presunción, para hacer más fiable y seguro el sistema. En todo caso, la valoración judicial deberá estar presente en los casos más dudosos, que seguro se darán. Así, por ejemplo, para valorar si una publicidad va dirigida al mercado de un Estado miembro de la UE habrá que ver, por ejemplo, si dicha publicidad se difunde por una cadena de televisión de ámbito estatal o si, por el contrario, es recibida a través de una antena parabólica, o por un cable de red, pues en estos dos últimos casos no existirá actividad comercial dirigida hacia el mercado europeo. La necesidad de esta valoración será especialmente difícil respecto de la publicidad que tiene lugar a través de Internet, donde la configuración de la página y la aptitud de la empresa podrán ser elementos determinantes para la aplicación eventual del Derecho comunitario. Otros

³¹ Véanse considerando 15 sentencia TJCE 9 septiembre 2004, As. C-70/03: «Comisión/Reino de España»; considerando 17 sentencia TJCE 10 mayo 2001, As. C-144/99: «Comisión/Países Bajos»; y considerando 18 sentencia TJCE 7 mayo 2002, As. C-478/99: «Comisión/Reino de Suecia».

³² Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F. *La protección de los consumidores*, ob. cit., pp. 176-186. Señalando que existe la vinculación del artículo 6.2 directiva cuando el proveedor extranjero opera en el mercado de un Estado miembro, véase VIRGÓS SORIANO, M. y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ob. cit., p. 175. Desde la perspectiva del consumidor, estos últimos autores entienden que «[...] el objetivo principal de la directiva es asegurar la tutela de los consumidores que consumen en el mercado comunitario (con independencia de que el profesional sea o no comunitario)» (p. 173).

datos, como la existencia de una agencia en el país, serán más definitivos. Habida cuenta de la variabilidad de estas posibilidades, resultará deseable conceder cierto espacio en este ámbito para la valoración judicial.

A pesar de que el legislador español no ha contemplado hasta ahora esta posibilidad, una opción muy válida para reglamentar las situaciones internacionales en este ámbito pasaría por la elaboración de normas de conflicto bilaterales, que designen al Derecho del Estado miembro de la UE que habrá de ser aplicado en una situación que resulta relevante para el Derecho comunitario.³³ Esta norma no genera ningún tipo de laguna de regulación, pues todos los casos que resultan relevantes para el Derecho Comunitario quedarán comprendidos en su ámbito de aplicación, y obtienen, como respuesta, la aplicación del Derecho de un Estado miembro de la UE. La norma, por otra parte, es congruente con la existencia de cierta equivalencia entre las legislaciones estatales armonizadas. Además, el método bilateral es coherente con la regla de reconocimiento mutuo, pues no impone la aplicación obligatoria del Derecho de ningún Estado miembro, pudiendo servir, a través de una elección apropiada de criterios de conexión, para reforzar la aplicación de la ley del Estado de origen, e igualmente para introducir excepciones a la aplicación de dicha ley cuando quepa descubrir exigencias imperativas relacionadas con la protección del consumidor, ya dentro incluso de las relaciones relevantes para el Derecho Comunitario. De acuerdo con estas ideas, nuestra propuesta de norma general española para el sector que nos ha ocupado sería la siguiente:

1. *Ámbito de aplicación.* Esta norma será de aplicación a los contratos de consumo que reúnan las siguientes condiciones:

- que contengan un pacto por el que se designe como ley aplicable el Derecho de un Estado que no forme parte del espacio económico europeo, y
- que hayan sido celebrados por consumidores que tengan tal carácter con arreglo a lo dispuesto por las siguientes directivas: directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; directiva 97/7/CE del PE y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; directiva 94/47/CE del PE y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,

³³ Este ha sido el sistema elegido por el legislador alemán, que en su nuevo artículo 29 a la Ley de Introducción al Código Civil (EGBGB) establece una norma de conflicto bilateral que, además, es de aplicación como norma de DIPr para varias directivas comunitarias relativas a la protección del consumidor.

de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la directiva 90/619/CEE del Consejo y las directivas 97/7/CE y 98/27/CE, y además

- que presenten un vínculo estrecho con el territorio de un Estado miembro del espacio económico europeo.

Se presumirá que el contrato presenta el vínculo estrecho definido en el apartado anterior cuando el profesional haya extendido su actividad comercial, encaminada a la promoción de contratos iguales o similares al celebrado, sobre el territorio de cualquier Estado del espacio económico europeo. Dicha actividad podrá consistir, en particular, en el envío de ofertas de contratos por correo convencional o electrónico, o a través de la inclusión de publicidad en algún medio de comunicación que, a la vista de las circunstancias, vaya dirigido hacia uno de esos Estados.

2. *Garantía de aplicación del nivel comunitario de protección del consumidor.* Para los contratos de consumo definidos en el párrafo anterior, la elección de ley realizada por las partes no podrá suponer que se prive al consumidor de la protección que le garantice:

- a) La ley del Estado miembro del espacio económico europeo.
- b) En su defecto, la ley del Estado miembro de la Unión Europea o del espacio económico europeo en el que el consumidor tenga su residencia habitual.
- c) En su defecto, la ley española.

3. *Protección del consumidor.* No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consumidor tendrá derecho a no ser privado de la protección establecida por la ley del Estado miembro del espacio económico europeo en el que se encontraba cuando entró en contacto por primera vez con el profesional cuando este haya extendido sobre el territorio de ese Estado su actividad encaminada a la promoción de contratos iguales o similares al celebrado.